



# NOREGS HØGSTERETT

Den 19. september 2008 sa Høgsterett dom i

**HR-2008-01601-A, (sak nr. 2008/634), straffesak, anke over orskurd,**

Den offentlege påtalemakta

(førstestatsadvokat Morten Eriksen)

mot

X AS

(advokat Morten Goller)

## R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld bruk av føretaksstraff, jf. straffelova § 48 a, etter sal av "innmaten" i ein divisjon i eit føretak.
- (2) Y AS hadde ved starten på 2001 fire verksemdsområde – aktivitetssområde. Av desse var tre organiserte som divisjonar i selskapet og eitt som heileigd aksjeselskap. I tilknytning til verksemdsområda hadde Y også nokre heileigde dotterselskap og dessutan eigardelar i andre selskap. Y ønskte å konsentrere seg om aktiviteten i byggdivisjonen, og selde i løpet av 2001 dei delane av verksemda som låg i dei andre divisjonane.
- (3) Ein av divisjonane var "veg", som inneheldt aktiviteten som asfaltentreprenør, medrekna grus- og pukkproduksjon. Denne delen av verksemda vart ved avtale 17. februar 2001 selt til X AS under stifting. Salet skjedde som ei verksemdsoverdraging – eit innmatsal – der alle aktiva, rettar og skyldnader knytte til vegområdet, medrekna tilsetjingstilhøva, vart overdrege. Overføringsdato var 24. mars 2001. Divisjonsdirektøren for området veg i Y vart tilsett som dagleg leiar for X AS.
- (4) Etter overdraginga har Y ikkje hatt nokon aktivitet innanfor vegområdet, men driv med byggjevarer og liknande. X driv som asfaltentreprenør med utgangspunkt i kjøpet av vegdivisjonen frå Y. Det er inga eigartilknytning mellom Y og X. Det er heller ikkje noko tilknytning når det gjeld personkrinsen i styra.

- (5) I 2001 gjennomførde Konkurransetilsynet kontrollbesøk hos X og hos fleire andre større asfaltentreprenørar. Konkurransetilsynet melde fem av dei til Økokrim, som utferda førelegg mot X og fire andre for ulovleg prissamarbeid i 1997 og i 2001. Det er av aktor for Høgsterett uttala at påtalemakta ikkje gjer gjeldande at noko av det ulovlege prissamarbeidet i tid ligg etter at X overtok den aktuelle delen av verksemda 24. mars 2001.
- (6) Førelegget mot X vart utferda 27. juni 2006, og bota var sett til fire millionar kroner. I førelegget vart det vist til straffelova § 48 a og 48 b om føretaksstraff. Heimelen elles var lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) § 6-6 første ledd bokstav a og andre ledd, jf. § 3-2. Konkurranselova frå 1993 er avløyst av lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12, der § 10 motsvarar § 3-2 i den tidlegare lova. – Det er ikkje retta straffeansvar mot enkeltpersonar.
- (7) X vedtok ikkje førelegget, særleg under tilvising til at selskapet meinte ikkje å vere rett ansvarssubjekt.
- (8) Påtalemakta førte saka mot X inn for Oslo tingrett, i det førelegget gjaldt som tiltalevedtak. Ved behandlinga for tingretten vart det forhandla særskilt om X er rett ansvarssubjekt, jf. straffeprosesslova § 288.
- (9) Oslo tingrett sa dom 7. september 2007 med slik domsslutning:
- ”X AS, org nr 911 671 549, frifinnes.”**
- (10) Ved orskurd 10. mars 2008 forkasta Borgarting lagmannsrett anken frå påtalemakta.
- (11) Økokrim har anka lagmannsrettens orskurd til Høgsterett.
- (12) *Eg er komen til at anken ikkje kan føre fram.*
- (13) Spørsmålet i saka er om X er rett ansvarssubjekt for moglege brot på konkurranse-lova frå før selskapet 24. mars 2001 tok over verksemda i asfaltdivisjonen til Y.
- (14) Reglane om føretaksstraff står i straffelova § 48 a og 48 b. Om X skal vere rett ansvarssubjekt, må vilkåra i § 48 a første ledd vere oppfylte. Det heiter der:
- ”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.”**
- (15) For at føretaket X skal kunne straffast, må såleis nokon som har handla ”på vegne” av dette føretaket, ha brote straffebod i konkurranse-lova. Eg startar med å sjå på vilkåra for føretaksstraff i ein situasjon som i saka her, der verksemd – innmat – er overdregen, men der det seljande føretaket framleis finst. Spørsmålet er då om straffansvaret i eit slikt tilfelle skal følgje den økonomiske verksemda, som er overdregen, eller bli verande i det seljande føretaket.
- (16) Om nokon har handla på vegner av eit føretak, vil etter ei naturleg forståing av ordlyden i straffelova § 48 a i utgangspunktet vere avhengig av om vedkomande fysiske personar er

tilsette i eller på annan relevant måte tilknytte vedkomande føretak på handlingstidspunktet. Også ordlyden i straffelova § 48 b, som inneheld ei opprekning av omsyn som er relevante ved kan-skjønnet etter § 48 a og ved utmålinga av ei eventuell straff overfør føretaket, peikar i same lei. For meg er det tilstrekkeleg å vise til at det i bokstav c som særleg omsyn er vist til om føretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha førebygd lovbroten. Dette er omsyn som best gir meining i høve til det føretaket som var ansvarleg for verksemda på handlingstidspunktet. Det er også ein naturleg tankegang at straff berre kan nyttast der det på handlingstidspunktet ligg føre ansvarsgrunnlag hos nokon som på det tidspunktet handla på vegner av vedkomande. Ettersom føretaksstraff gjeld nettopp føretak, og det kan skje endringar for desse mellom handlingstidspunkt og tidspunkt for reaksjonsfastsetjing, kan dette likevel ikkje gjelde uavgrensa. Det er likevel eit klart utgangspunkt, og det er unnataka som må grunnigvast.

- (17) Orskurden i Rt. 2002 side 1722 er sentral når det gjeld rettspraksis om slike unnatak. Eg viser til gjennomgangen av lovførearbeida i orskurden, og nøyer meg her med å vise til noko av det departementet uttala i Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) på side 42:

**”Utgangspunktet for vurderingen må etter departementets syn være lovens krav om at overtredelsen skal være begått « på vegne av » foretaket. Dersom foretaket og virksomheten knyttet til det har opphørt fullstendig, finnes det ikke noe foretak å fullbyrde straffen overfor. Men dersom virksomheten er fortsatt under en ny selskapskonstruksjon - som følge av overtakelse, fusjon, fisjon, endret ansvarsforhold m.v. - må det foretas en konkret vurdering av om overtredelsen kan sies å være begått på vegne også av det nye foretaket.”**

- (18) På same side presiserer departementet at det er mest tenleg at spørsmålet om verknadene av ulike former for overdragingar ikkje blir lovregulert, men blir overlata til praksis.
- (19) Avgjerda i 2002 gjaldt eit tilfelle der eigaren av eit aksjeselskap der verksemda var butikkdrift (butikkføretaket), selde aksjane i føretaket til eit anna aksjeselskap (franchiseføretaket). Butikkføretaket selde deretter innmaten i selskapet til franchiseføretaket for 20 millionar kroner. Franchiseføretaket sat då att med aksjane i butikkføretaket, som no hadde ei kontantbeholdning på 20 millionar kroner saman med skatteposisjonar, men ikkje noka butikkdrift. Butikkføretaket vart så avvikla og kontantane i selskapet overførde til franchiseføretaket.
- (20) At aksjane i butikkføretaket skifte eigar, endra ikkje situasjonen. Straffeansvaret låg framleis i det selskapet som handlingane var gjort på vegner av; eit føretak som stadig stod for verksemda. Spørsmåla i saka knytte seg til salet av innmaten i butikkføretaket saman med oppløysinga av dette føretaket. Ved desse siste transaksjonane hadde franchiseføretaket først kjøpt innmaten i butikkføretaket, for deretter litt seinare å få hand om kontantbeholdninga gjennom oppløysinga. Dette innebar at verksemda vart ført vidare i franchiseføretaket av dei same økonomiske interessene som hadde stått for butikkføretaket. Det var såleis eit strukturelt samband. Påtalemakta fekk derfor medhald i at føretaksstraff kunne nyttast mot franchiseføretaket.
- (21) I orskurden frå 2002 er det uttala at det ”til vanleg” ikkje kan vere nok til å overføre ansvaret at innmaten blir overdregen. Det ligg i dette ein reservasjon for omgåingstilfelle, jf. til dømes Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) på side 42 om situasjonar der det ”godtgjøres at

de foretaksmessige endringene primært er motivert ut fra et ønske om å unngå straffansvar”. Saka no gir ikkje grunn til å utvikle innhaldet i omgåingsalternativet.

- (22) X har gjort gjeldande at reglane i konkurranselova av 2004 § 10 vil gi eit gunstigare resultat for X enn reglane i konkurranselova av 1993 § 3-2, og at dei nye reglane då skal leggjast til grunn, jf. straffelova § 3 andre ledd. Slik eg ser på innhaldet i straffelova § 48 a – som er ei føresegn som gjeld mange fleire typar saker enn konkurransesaker – treng eg ikkje gå inn på dette. Praksis i konkurransesaker etter EØS- og EU-retten vil likevel ha interesse for vurderingane etter straffelova § 48 a.
- (23) Den grunnleggjande dommen i desse spørsmåla er EF-domstolens dom 8. juli 1999 i sak C-49/92P, Kommissjonen mot Anic. Dette selskapet hadde overdrege den delen av verksemda som konkurranselovbrotet gjaldt, til eit anna selskap. Anic, som også hadde annan aktivitet, gjorde gjeldande at føretaket då ikkje lenger var ansvarleg. EF-domstolen uttala i premiss 145 at Anic då såg bort frå at kriteriet om at det overtakande selskapet var ansvarleg grunna økonomisk kontinuitet, berre var aktuelt der det handlande føretaket hadde opphøyr å eksistere etter at handlinga var gjort. Situasjonen i Anicsaka er direkte parallell med den saka vi behandlar no.
- (24) I dom 7. januar 2004 i sak C-204/00 P, Aalborg Portland AS mot Kommissjonen, forklara domstolen dommen i Anic med at det der var ”two existing and functioning undertakings one of which had simply transferred part of its activities to the other and where there was no structural link between them”, sjå premiss 359. Med andre ord: Det var ingen strukturelle band, og då var ikkje ei overføring av aktiviteten nok. I Aalborg Portlandsaka var det strukturelle band mellom seljar og kjøpar ved ei delvis overføring av verksemda, og då kunne ansvar også gjerast gjeldande mot det overtakande føretaket.
- (25) Den siste dommen eg skal nemne, er dom 11. desember 2007 frå EF-domstolen i sak C-280/06, som gjaldt fleire saker om oppløysinga av det italienske tobakksmonopolet. Også denne dommen byggjer på eit vilkår om vidareføring av økonomiske aktivitetar, og i ein situasjon der overdragaren framleis var eit aktivt føretak. Som utgangspunkt kan ikkje ein overtakar påleggjast ansvar for den tidlegare handlinga. Dette kan likevel skje ”når de pågjeldende enheder kontrolleres af den samme person og, henset til de tette bånd, som forener dem på det økonomiske og organisatoriske plan, i alt væsentligt har fulgt de samme kommersielle instruksjer”, sjå premiss 49.
- (26) Så langt det gjeld saker der det opphavlege føretaket eksisterer på tidspunktet for fastsetjing av reaksjon, inneber EF-domstolens praksis såleis at reaksjonen berre rettast mot det overtakande føretaket der det er tette strukturelle band mellom dei to føretaka. Også etter EF-retten er det truleg nødvendig å gjere reservasjonar for omgåingstilfelle, utan at eg går nærare inn på det.
- (27) Som det har gått fram av det som tidlegare er sagt, må det etter straffelova § 48 a i utgangspunktet vere ein føresetnad at det seljande føretaket er opphøyr før det kan vere aktuelt å nytte føretaksstraff mot det overtakande. Skal det etter § 48 a vere tale om straff for overtakaren, må det i alle tilfelle vere tale om ei overføring av verksemd og sterke strukturelle band mellom seljar og overtakar. I så måte vil det kome inn om det er monaleg samanfall i eigarinteressene mellom føretaka, og også om det er sterk tilknytning gjennom same styre eller administrativ leiing. Det må gjerast ein reservasjon for omgåingstilfelle.

- (28) Det er uomtvista at Y overdrog ein del av verksemda til X, som førde aktiviteten vidare. Kriteriet om overføring av økonomisk verksemd er med det oppfylt. Men det er også på det reine at Y hadde stor aktivitet også etter salet av tre verksemdområder. Y hadde såleis ikkje opphøyr som føretak. I tillegg kjem at det heller ikkje var strukturelle og økonomiske band mellom selskapa. At dei tilsette i vegdivisjonen, medrekna divisjonsdirektøren, følgde med på overdraginga og fekk tilsetjing i X, endrar ikkje på dette.
- (29) Anken må etter dette forkastast.
- (30) Eg røystar for slik

D O M :

Anken blir forkasta.

- (31) Dommer **Oftedal Broch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (32) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (33) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (34) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (35) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

Anken blir forkasta.

Rett utskrift: