

Gulating lagmannsrett - LG-2009-34263 - RG-2009-738

Instans	Gulating lagmannsrett - Kjennelse
Dato	2009-06-02
Publisert	LG-2009-34263 - RG-2009-738
Stikkord	«Restauratørsaken». Opphevelse av dom uten ankeforhandling. Mangelfulle domsgrunner. Feil bruk av bevisbyrderregel. Straffeprosessloven § 322 første ledd nr 1, § 305.
Sammendrag	Etter at Borgarting lagmannsrett hadde nektet ankebehandling, vant siktede frem i FNs menneskerettighetskomité om at ugrunnet ankenektelse var i strid med SP Art 14 nr 5. Saken ble gjenåpnet av Gjenopptagelseskomisjonen, hvorefter Høyesteretts ankeutvalg opphevet lagmannsrettens beslutning og oppnevnte Gulating lagmannsrett som settedomstol. Under ankesilingen opphevet lagmannsretten enstemmig tingrettens dom da domsgrunnene hadde etterlatt tvil om tingretten hadde anvendt riktig beviskrav og om den hadde foretatt en selvstendig drøftelse av de individuelle omstendighetene i saken. Dessuten var det en klar saksbehandlingsfeil at tingretten hadde bygget på forhold som ikke var belyst under hovedforhandlingen og uten kontradiksjon, jf. straffeprosessloven § 305.
Saksgang	Sarpsborg tingrett - Gulating lagmannsrett LG-2009-34263 (09-034263GST-GULA/AVD1). Se HR-2009-237-U.
Parter	A (advokat Anders Christian Stray Ryssdal) Oslo statsadvokatembeter (førstestatsadvokat Berit Sagfossen).
Forfatter	Lagdommer Berit Moldskred Mo, lagdommer Ørnulf Jacobsen, Lagdommer Ellen Midtgaard.

Saken gjelder ny prøving av As anke over Sarpsborg tingretts dom av 11. januar 2006. Anken gjelder saksbehandlingsfeil, rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen hva angår omfanget av avgiftsunndragelsen. Borgarting lagmannsrett nektet anken fremmet ved ubegrunnet beslutning av 1. juni 2006 (LB-2006-40893). Denne ble påkjært og forkastet av Høyesteretts kjæremålsutvalg ved kjennelse av 19. juli 2006 (HR-2006-1304-U). Etter klage til FNs Menneskerettighetskomité (Communication No. 1542/2007) Communication No. 1542/2007, fikk A den 17. juli 2008 medhold i at Norge hadde krenket hans rett til å få domfellelsen overprøvet av en høyere instans. Saken ble gjenåpnet ved Gjenopptagelseskomisjonens avgjørelse av 17. desember 2008, som gjenåpnet Høyesteretts kjennelse av 19. juli 2006. Høyesteretts ankeutvalg opphevet ved kjennelse 26. januar 2009 (HR-2009-237-U) Borarting lagmannsretts beslutning av 1. juni 2006, og fastsatte at saken skulle behandles for Gulating lagmannsrett.

For Gulating lagmannsrett sin behandling har forsvarer gjentatt og utdypet de tidligere anførsler. Det er således i hovedsak gjort gjeldende at det foreligger saksbehandlingsfeil i form av uklare og mangelfulle domsgrunner som skaper tvil om tingretten har fulgt bevisreglene. Det er lagt vekt på bevis som ikke ble ført under hovedforhandlingen og ikke er gjort til gjenstand for kontradiksjon, jfr straffeprosessloven § 305. Om rettsanvendelsen er det vist til at tingretten har benyttet feil bevisbyrdeprinsipp, ved at det ved flere anledninger synes å være anvendt simpel sannsynlighetsovervekt. Tingrettens partiskhet og snevre marginer tilsier at enhver rimelig tvil ikke er kommet A til gode. Det er videre anket over straffutmålingen, erstatningsfastsettelsen og saksomkostningsavgjørelsen, samt at anken gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og at det nå er adgang til å utvide det som tidligere er anført om dette.

Det er lagt ned slik påstand:

Prinsipalt: Anken fremmes til ny fullstendig ankebehandling i lagmannsretten.

Subsidiært: Dom avsagt av Sarpsborg tingrett 11. januar 2006 oppheves.

I begge tilfelle: A tilkjennes saksomkostninger.

Påtalemyndigheten gjør gjeldende at den manglende kontradiksjon ikke er en feil som har hatt betydning for avgjørelsens innhold. Dersom lagmannsretten skulle komme til at feilen har hatt betydning, jfr straffeprosessloven § 343 første ledd, har påtalemyndigheten ikke noe å bemerke til at tingrettens dom oppheves uten ankeforhandling, jfr straffeprosessloven § 322 første ledd nr 1. Det er den opprinnelige anken som må legges til grunn. Det er ikke adgang til å utvide anken utover det som fremgår av straffeprosessloven § 342. Opprinnelig var det ikke anket over skyldspørsmålet.

Lagmannsretten finner at det er grunn for den kritikk mot tingrettens dom som fremkommer i anken og etterfølgende prosesskriv fra forsvarer, med hensyn til saksbehandlingsfeil. Lagmannsretten finner at domsgrunnene etterlater tvil om tingretten har anvendt riktig beviskrav ved fastsettelsen av hvilken reell omsetning det har vært i de to restaurantene i tiltaleperioden. Lagmannsretten er enig i at det kan se ut som om at prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode, ikke er anvendt. Det vises til side 23 i tingrettens dom, hvor tingretten «*etter en vurdering av det som har fremkommet i retten (legger) til grunn at svinn i snitt kan settes til 10%*». Det kan se ut som at tingretten har lagt avgjørende vekt på hva den anser som et sannsynlig gjennomsnittlig svinn. Det er ikke i samsvar med beviskravreglene. Det samme gjelder i dommen side 24 hvor tingretten etter «*en helhetsvurdering (...) legger til grunn et påslag på 2,5 %*», og side 49 hvor tingretten «*skjønsmessig*» har fastsatt tiltaltes arbeid «*i snitt og antar at det ved det er tatt rimelig hensyn til den tvil som foreligger*». De løsrevne sitater kan utvilsomt etterlate et inntrykk av at tingretten har lagt avgjørende vekt på en gjennomsnittsberegning. Selv om premissene leses i sammenheng, slik påtalemyndigheten anfører, finner lagmannsretten at det kan være tvil med hensyn til om tingretten har gitt sikkerhetsmargin som tilfredsstillende strafferettslige beviskravsregler.

Lagmannsretten finner videre at tingretten ikke har foretatt en selvstendig drøftelse ifht restauranten i Fredrikstad når det gjelder omfanget av antatt utelatt omsetning. Her har tingretten kun vist til drøftelsene for den andre restauranten.

Det er for øvrig ubestridt at tingretten har bygget på forhold som ikke er belyst under hovedforhandlingen, og således er i strid med straffeprosessloven § 305. Tingretten har vist til at det i dokumentene finnes faktura som lyder på sau som er solgt ut i restauranten som lam, noe retten antar gir en relativt høy fortjeneste. Dette er brukt som argument for at X-restauranten trolig opererte med høyt påslag. Det fremstår ikke som et avgjørende

moment i tingrettens vurdering, men det er nå en gang trukket frem og vektlagt uten at tiltalte er gitt anledning til å kommentere dette eller føre motbevis.

Dette siste mener påtalemyndigheten er en feil som ikke har hatt betydning. Det er mulig det er slik, men lagmannsretten mener det er tillagt vekt slik dette er trukket frem av tingretten for å underbygge dens vurdering av påslaget.

Lagmannsretten finner at premissene under enhver omstendighet er så vidt uklare at det, sammen med de forhold som er behandlet ovenfor, tilsier at tingrettens dom oppheves, jfr straffeprosessloven § 322 første ledd nr 1. De feil som her foreligger tilsier at også tingrettens ankeforhandling oppheves. Med dette resultatet er det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til problemstillingene knyttet til om det opprinnelig var anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, jfr straffeprosessloven § 326 første ledd annet punktum.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

Sarpsborg tingrettes dom av 11. januar 2006 i sak nr 05-097954 MED-SAP med hovedforhandling oppheves.