

Moss tingrett - TMOSS-2010-133412

Instans	Moss tingrett - Dom
Dato	2010-09-03
Publisert	TMOSS-2010-133412
Stikkord	(Restauratørsaken) - Tilståelsesdom. Straffutmåling. Dobbelstraff. Regnskapsloven § 8-5 og § 10-2. Straffeloven § 270, § 271 og § 271a.
Sammendrag	Siktete ble 11. januar 2006 dømt til fengsel i 1 år og 8 måneder for overtredelse av merverdiavgiftsloven og regnskapsloven. Anken til lagmannsretten ble nektet fremmet, uten begrunnelse. Høyesterett forkastet kjæremål over ankenektelsen. FNs menneskerettskomite fant 17. juli 2008 at manglende begrunnelse for at anken ikke ville føre frem, representerte et brudd på SP art. 14 nr. 5. Saken ble gjenåpnet og lagmannsretten opphevet tingrettens dom med hovedforhandling. I mellomtiden hadde siktete gjennomført 2/3 av straffen. Spørsmål om straffutmåling etter endret siktelse og de særegne forhold i saken.
Saksgang	Moss tingrett TMOSS-2010-133412. (10-133412ENE-MOSS).
Parter	Den offentlige påtalemyndighet (Politiadvokat Stig Bratli) mot A (Advokat Rolf Henning Borge og Advokat Petar Sekulic).
Forfatter	Dommerfullmektig Geir Sunde Haugland med alm. flm.

A, født 0.0.1946, bor --- 00, 0000 Oslo.

Ved Østfold politidistrikts siktelse av 26. august 2010, rettet 30. august 2010, er A siktet for overtredelse av:
I Regnskapsloven § 8-5 første ledd første punktum jf § 1-2 jf kapittel 2 jf § 10-2 jf Regnskapsloven av 1977 kapittel 2

for som næringsdrivende ved uaktsomhet vesentlig å ha overtrådt bestemmelsene om registrering og dokumentasjon av regnskapsopplysninger,

§ 10-2 Loven trer i kraft 1. januar 1999. Regnskapspliktige kan velge å benytte reglene om registrering og dokumentasjon av regnskapsopplysninger (bokføring) i lov 13. mai 1977 nr. 35 med forskrifter i stedet for reglene i lovens kapittel 2.

jfr regnskapsloven av 1977 § 5

Regnskapsbøkene skal gi så fullstendige og spesifiserte opplysninger om forretningenes gang som tilsies av hensyn til virksomhetens fordringshavere, eier og deltaker, virksomhetens ledelse og de ansatte, samt av hensyn til den oppgave- og opplysningsplikt som følger av lov eller er pålagt i medhold av lov.

Det skal fremgå særskilt av bøkene hva eier eller deltaker setter inn i virksomheten av penger, varer og andre eiendeler, og hva vedkommende tar ut av varer og tjenester.

jfr regnskapsloven av 1977 § 6.

Det skal føres de regnskapsbøker som er nødvendige av hensyn til virksomhetens art og omfang. Det skal alltid føres:

1. Kassabok for kontante inn- og utbetalinger.

jfr regnskapsloven av 1977 § 8

Kostnader skal være legitimert ved bilag. Det samme gjelder for inntekter i den utstrekning det er mulig, bl.a. ved fakturakopier, kassasedler og kassastrimler.

Hver postering skal foretas på en slik måte at det blir klar forbindelse mellom bilag og bøker.

jfr regnskapsloven av 1977 § 11

Regnskapsbøker med tilhørende bilag, herunder lister og oppstillinger som nevnt i § 10 annet og tredje ledd, skal oppbevares ordnet her i landet i minst ti år etter utløpet av vedkommende regnskapsår.

Grunnlag:

a)

I tiden 1. januar 2001 til 7. juli 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant og Investering AS, i --- gate 00 i Y, unnlot han å føre eller sørge for å regnskapsføre all omsetningen i restauranten.

b)

I tiden 1. januar 2001 til 7. juli 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant og Investering AS, i --- gate 00 i Y, unnlot han å oppbevare pliktig regnskapsmateriell som kelneroppgjør og sladreruller.

c)

I tiden 1. januar 2001 til 7. juli 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant og Investering AS, i --- gate 00 i Y, unnlot han å føre eller sørge for å føre kassaoppgjørsbok og/eller kassabok for virksomheten.

d)

I tiden 1. januar 2001 til 28. februar 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant Fredrikstad AS i ---gata 00 i Fredrikstad, unnlot han å føre eller sørge for å føre all omsetningen i regnskapet

e)

I tiden 1. januar 2001 til 28. februar 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant Fredrikstad AS i ---gata 00 i Fredrikstad, unnlot han å oppbevare pliktig regnskapsmateriell som kelneroppgjør og sladreruller.

f)

I tiden 1. januar 2001 til 28. februar 2002, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant Fredrikstad AS i ---gata 00 i Fredrikstad, unnlot han å føre eller sørge for å føre kassaoppgjørsbok og/eller kassabok for virksomheten.

II Straffeloven § 271a jf § 270 første ledd, jf § 271

for ved grov uaktsomhet å ha skaffet seg eller andre en uberettiget vinning ved å fremkalle, styrke eller utnytte en villfarelse, rettsstridig forlede noen til en handling som voldte fare for tap, eller bruker uriktige eller ufullstendige opplysninger, idet bedrageriet anses som grovt, særlig fordi handlingen har voldt betydelig økonomisk skade.

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til dette:

a)

For perioden 1. januar 2001 til 31. desember 2001 som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant og Investering AS i --- gate 00 i Y, innsendte han i merverdiavgiftsoppgaver til Østfold fylkesskattekontor en omsetning som var kr 1.212.134,- eller vesentlig del derav, lavere enn den reelle omsetningen. Han forledet ansatte i skatteetaten til å ikke pålegge/innkreve avgift på dette, og unndro derved merverdiavgift for kr 290.912,- eller en vesentlig del derav.

b)

For perioden 1. januar 2001 til 31. desember 2001, som styreleder og/eller reell daglig leder i X Restaurant Fredrikstad AS i ---gaten 00 i Fredrikstad, innsendte han i merverdiavgiftsoppgaver til Østfold fylkesskattekontor en omsetning som var kr 3.529.942,- eller en vesentlig del derav, lavere enn den reelle omsetningen. Han forledet ansatte i skatteetaten til å ikke pålegge/innkreve avgift på dette, og unndro derved merverdiavgift for kr 847.186,- eller en vesentlig del derav.

Før retten vurderer skyldspørsmålet, om vilkårene for pådømmelse som tilståelsessak er til stede samt straffutmålingen, er det grunn til å redegjøre noe nærmere for sakens spesielle bakgrunn:

På bakgrunn av bokettersyn og anmeldelse fra Østfold fylkesskattekontor ble det 13. juni 2003 tatt ut siktelse mot A. Politimesteren i Østfold satte siktede under tiltale 7. juli 2005. Ved Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 ble siktede dømt for to overtredelser av merverdiavgiftsloven § 72 nr. 1 og nr. 3, jf. straffeloven § 270, jf. § 271, en overtredelse av merverdiavgiftsloven § 72 nr. 2 annet ledd, jf. nr. 3, seks overtredelser av regnskapsloven § 8-5 første ledd første straffalternativ, jf. § 1-2, jf. kapittel 2, jf. § 10-2, jf. regnskapsloven 1977 kapittel 2 § 5, § 6, § 8 og § 11, samt to overtredelser av straffeloven § 270 første ledd, jf. annet ledd jf. § 271. Straffen ble satt til fengsel i 1 år og 8 måneder.

Siktede anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Anken gjaldt saksbehandlingen, lovanvendelsen og straffutmålingen. Borgarting lagmannsrett nektet anken fremmet ved beslutning 1. juni 2006, uten nærmere begrunnelse enn at lagmannsretten fant det klart at anken ikke ville føre frem, jf. straffeprosessloven § 321 annet ledd første punktum. Siktede påkjærte avgjørelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som ved kjennelse 19. juli 2006 forkastet kjæremålet. Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 ble ved dette rettskraftig.

Saken ble brakt inn for FNs menneskerettskomité ved klage 20. november 2006. Klagen ble tillatt fremmet. Den 23. november 2006 påbegynte siktede straffegjennomføringen og ble ifølge soningsattesten løslatt på prøve 21. desember 2007, etter å ha gjennomført nær 2/3 av straffen. Siktede er registrert med 214 dager resttid. Straffen ble gjennomført etter at siktede hadde fått avslag på søknad om soningsutsettelse på bakgrunn av klagen til FNs menneskerettskomité. Retten nøyer seg med å vise til dok. 01,09,23.

Den 17. juli 2008 (CCPR-2007-1542) avgjorde FNs menneskerettskomité at manglende begrunnelse for at anken ikke ville føre frem, representerte et brudd på SP artikkel 14 nr. 5 om retten til anke. Denne bestemmelsen gir den som er straffedømt rett til å få skyldspørsmålet og straffutmålingen prøvd av en høyere rettssinstans.

Saken ble deretter begjært gjenåpnet og Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker traff 17. desember 2008 avgjørelse om at Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 19. juli 2006 (HR-2006-1295-U - Rt-2006-932) ble gjenåpnet. Saken ble dermed behandlet på nytt av Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg traff 26. januar 2009 kjennelse (HR-2009-237-U - Rt-2009-77) hvor lagmannsrettens beslutning 1. juni 2006 ble opphevet. Det ble samtidig bestemt at siktedes anke over Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 skulle behandles ved Gulating lagmannsrett.

Ved Gulating lagmannsretts kjennelse 2. juni 2009 (LG-2009-34263 - RG-2009-738) ble Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 med hovedforhandling, opphevet. Grunnlaget var saksbehandlingsfeil ved tingrettens

dom. Saken ble sendt til ny berømmelse 26. august 2009. Ved Gulating lagmannsretts beslutning 27. november 2009 ble det bestemt at saken skulle overføres fra Sarpsborg tingrett til Moss tingrett. Det ble satt av seks uker til sakens behandling i tingretten. Hovedforhandlingen skulle startet 30. august 2010.

Den 26. august 2010 utarbeidet Østfold politidistrikt ny siktelse, som er mildere enn tiltalebeslutningen i saken. Siktede avga samme dag en erklæring hvor han erkjente straffeskyld for samtlige poster i siktelsen. Han samtykket samtidig til pådømmelse som tilståelsessak. Ved påtegning samme dag har Østfold politidistrikt begjært rettslig avhør og eventuell summarisk pådømmelse etter straffeprosessloven § 248. Rettsmøte ble avholdt 30. august 2010 i Moss tingrett. Start for hovedforhandlingen i saken ble samtidig utsatt til 31. august 2010 for det tilfellet at vilkårene for tilståelsesdom ikke skulle være til stede.

Siktede møtte og avga en uforbeholden tilståelse i retten. Riktigheten av tilståelsen styrkes av de øvrige opplysninger i saken, herunder forklaringen fra vitnet spesialrevisor Kringstad som redegjorde for Østfold fylkesskattekontors rapporter 20. oktober 2003 (dok. 02,05,02) og 3. november 2003 (dok. 02,04,02) etter bokettersyn av henholdsvis X Restaurant og Investering AS (heretter benevnt *X Sarpsborg*) og X Restaurant Fredrikstad AS (heretter benevnt *X Fredrikstad*). Vitnet har i sin forklaring illustrerte manglene som er påvist i rapportene, som danner grunnlag for skatteetatens anmeldelse og påtalemyndighetens siktelsen, ved å peke på eksempler på overtredelsene som fremgår av sakens dokumenter. Siktede bestred ikke vitnets forklaring eller påvisninger.

På denne bakgrunn har retten funnet det bevist at siktede har forholdt seg som beskrevet i siktelsen.

Etter regnskapsloven § 8-5 er skyldkravet forsett eller uaktsomhet. Siktede har forklart at han på tidspunktet for de straffbare handlinger var sykemeldet, men at han fortsatte i sin rolle som styreleder og utførte de oppgaver som lå til denne stillingen. Han har forklart at han burde overlatt stillingen til noen andre.

Regnskapsloven § 8-5 rammer «den som» overtrer sine plikter etter loven. At en styreleder dermed som utgangspunkt kan gjøres strafferettslig ansvarlig, er ikke tvilsomt, jf. Rt-2008-592 avsnitt 18. Ved at siktede unnlot å forvise seg om at pliktene etter regnskapslovgivningen ble etterlevd, finner retten at siktede har handlet uaktsomt.

Etter straffeloven § 271a rammes de grovt uaktsomme bedragerier. Det er ikke noe krav om vinnings hensikt etter bestemmelsen, jf. bl.a. Rt-1999-874. For at uaktsomheten skal være grov, har Høyesterett uttalt at «det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet», jf. bl.a. Rt-1983-1222, se også definisjonen i ny straffelov 2005 § 23 annet ledd (bestemmelsen er ikke trådt i kraft).

Det er hovedsakelig siktede som har signert omsetningsoppgavene for de to restaurantene i den aktuelle perioden, jf. dok. utdrag s. 2014 flg. (X Sarpsborg) og dok. utdrag s. 4311 flg. (X Fredrikstad). Siktede har i retten erkjent at den omsetning som ble innberettet var i størrelsesorden som angitt i siktelsen, dvs. henholdsvis kr 1.212.134 (X Sarpsborg) og kr 3.529.942 (X Fredrikstad), lavere enn den reelle omsetning. Retten har etter dette funnet at siktede handlet grovt uaktsomt da han forledet ansatte i skatteetaten til ikke å pålegge/innkreve avgift på den reelle omsetningen eller medvirket til dette, og derved unndro merverdiavgift for kr 290.912 (X Sarpsborg) og kr 847.186 (X Fredrikstad).

Både de subjektive og de objektive vilkår for straff er etter dette oppfylt. Siktede har samtykket i at saken blir avgjort ved tilståelsesdom. Retten finner at vilkårene for pådømmelse etter straffeprosessloven § 248 er til stede og at slik pådømmelse ikke er betenkelig. Siktede dømmes i samsvar med siktelsen.

Påtalemyndigheten har i påtegning til retten 26. august 2010 foreslått at straffen settes til fengsel i 6 måneder, som gjøres betinget med en prøvetid på to år. I retten har påtalemyndigheten imidlertid foreslått at siktede dømmes i samsvar med siktelsen, men at det ikke utmåles noen straff for forholdet. Bakgrunnen er faren for at det ellers i realiteten kan bli tale om dobbeltstraff i strid med forbudet etter EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4. Det er vist til at selv om Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 er opphevet, er det en realitet at siktede har gjennomført den straffen han der ble idømt. Ved ny straffutmåling nå vil han i realiteten måtte gjennomføre eller hvertfall risikere - dersom vilkårene for den betingede straffen ikke overholdes - å måtte gjennomføre ytterligere straff. Dette vil kunne komme i konflikt med forbudet mot dobbeltstraff. Bestemmelsene om erstatning i anledning forfølgningen mot siktede etter straffeprosessloven kapittel 31 reparerer ikke dette.

Som begrunnelse for at retten kan unnlate å fastsette straff er anført at ettersom retten kan fastsette straff, må retten også kunne gjøre det mindre - nemlig å unnlate å fastsette noen straff. Samtidig må det markeres at siktede har begått straffbare handlinger ved at han dømmes i samsvar med siktelsen.

Dersom det blir tale om å fastsette straff har påtalemyndigheten som formildende omstendigheter pekt på at det er lang tid siden gjeringstidspunktet i 2001-2002. Saken har ikke på noe tidspunkt ligget i ro, men det kan ikke legges siktede til last at den er blitt gammel. Påtalemyndigheten har gjort gjeldende at det foreligger brudd på EMK art. 6, som må kompenseres ved straffutmålingen, jf. art. 13. Saken er for øvrig meget spesiell ved at siktede allerede har gjennomført straffen på bakgrunn av en dom som er opphevet etter at FNs menneskerettighetskomité konstaterte brudd på SP artikkel 14 nr. 5. Det er dermed opplagt at siktede ikke på ny skal gjennomføre noen frihetsstraff.

Siktede har videre avgitt en uforbeholden tilståelse for de forhold han nå er siktet for. Straffeloven § 59 annet ledd kommer derfor til anvendelse. Hovedforhandling i seks uker med statsautoriserte revisorer som oppnevnte meddommere, med en formentlig ny runde i lagmannsretten neste år, faller bort ved en pådømmelse som tilståelsessak. De prosessøkonomiske besparelsene er med dette betydelige, og skal tillegges en ikke ubetydelig vekt til siktedes fordel, jf. riksadvokatens rundskriv nr. 3 for 2007.

I skjerpene retning har påtalemyndigheten vist til at det er tale om store beløp som er unnlatt registrert i kasse og regnskaper/innrapportering til Skatteetaten. Selskapene som er omhandlet i siktelsen er også senere gått konkurs, og de økonomiske tap er meget betydelige. Det er også vist til den lange tiden som er gått uten noen etterrettelig bokføring, samt de metoder som er brukt ved gjennomføringen av de straffbare handlinger.

Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:

«A, født 0.0.1946 dømmes for overtredelse av regnskapsloven § 8-5 første ledd første punktum, jf. § 1-2, jf. kapittel 2, jf. § 10-2, jf. regnskapsloven av 1977 kapittel 2, jf. regnskapsloven av 1977 § 5, jf. § 6, jf. § 8, jf. § 11 og straffeloven § 271a, jf. § 270 første ledd, jf. § 271.»

A har gjennom sine forsvarere gjort gjeldende at det prosessuelt ikke er adgang til å gi en dom med slik slutning påtalemyndigheten har nedlagt påstand om. Ved domfellelse er retten forpliktet til å utmåle en straff. Det er videre gjort gjeldende at dette ikke kan komme i konflikt med forbudet om dobbeltstraff, idet Sarpsborg tingretts dom 11. januar 2006 er opphevet og straffeprosessloven inneholder regler om erstatning som vil reparere den krenkelsen siktede har vært utsatt for ved å gjennomføre en fengselsstraff som vil være lengre enn det den endelige dommen går ut på.

Når det gjelder den nærmere straffutmåling er det tatt utgangspunkt i påtalemyndighetens forslag i påtegning 26. august 2010 på 6 måneder betinget fengsel. Det er anført at dette i lys av de straffbare handlinger siktede nå dømmes for og de spesielle forholdene ved saken er for strengt. Retten bør bestemme at fastsetting av straff utsettes i en prøvetid, jf. straffeloven § 52 første ledd, eller en fastsette en betinget fengselsstraff i området 30-60 dager.

Siktede har nedlagt slik påstand:

«A anses på mildeste måte.»

Rettsens vurdering

Innledningsvis vil retten ta stilling til et utgangspunkt for straffutmålingen, før retten går nærmere inn på sakens spesielle bakgrunn og betydningen dette får for straffutmålingen.

Siktede dømmes nå for seks uaktsomme overtredelser av regnskapslovgivningen begått i to forskjellige selskaper over et tidsrom av 1 år og 2 måneder. Han dømmes i tillegg for to grove uaktsomme bedragerier eller medvirkning til dette av til sammen kr 1.138.098.

Det er vanskelig å finne helt sammenlignbare saker i rettspraksis. Høyesterett har likevel i flere avgjørelser påpekt at forsømmelse av regnskapsførsel i næringslivet må sees på som et alvorlig straffbart forhold. Både regnskapenes betydning for styringen av foretakenes egen økonomi, hensynet til fordringshaverne, og ikke minst hensynet til at regnskapene er grunnlaget for den offentlige myndighetskontroll med skatte- og avgiftsoppgjørene, tilsier dette, jf. Rt-1996-905. I denne saken hadde domfelte som formann og/eller daglig leder i fire aksjeselskaper unnlatt å sørge for at det ble ført lovpåbudte regnskaper i selskapene i en periode fra under ett år til omkring fire år. Straffen ble satt til ubetinget fengsel i 90 dager. Også i Rt-2004-1074, hvor domfelte fullstendig hadde unnlatt å føre regnskap i en virksomhet med en gangske betydelig omsetning, ble det i avsnitt 20 lagt til grunn at det i utgangspunktet må reageres med ubetinget fengselsstraff.

Også grovt uaktsomt grovt bedrageri i den størrelsesorden det er tale om i den foreliggende saken kvalifiserer i utgangspunktet til ubetinget fengselsstraff. Samtidig er det på det rene at grovt uaktsomt bedrageri må vurderes annerledes straffutmålingsmessig enn forsettelig bedrageri, jf. Rt-1995-1494, på side 1498. I Rt-2005-185 ble det i avsnitt 11 uttalt at et grovt uaktsomt grovt trygdebedrageri som gjaldt et beløp på over 160.000 kroner, isolert sett tilsa ubetinget fengsel. På bakgrunn av den lange saksbehandlingstiden i saken kom Høyesterett likevel til at det burde reageres med samfunnsstraff. I saken inntatt i Rt-1995-1494 ble det idømt en straff av fengsel i 1 år, hvorav 9 måneder ble gjort betinget, for grovt uaktsomt grovt bedrageri ved at en finansdirektør i et investerings- og finansieringsselskap ved å ha unnlatt å forhindre at to utbetalingsordrer for til sammen 91 millioner kroner ble sendt banken og effektivert av denne til tross for at det ikke var dekning på selskapets konto.

Etter dette antar retten at et utgangspunkt for straffutmålingen i den foreliggende saken ville ligge i området rundt 6 måneder fengsel, hvorav en del av straffen kunne gjøres betinget.

Det foreligger imidlertid flere formildende momenter i saken. De straffbare handlinger ble begått i perioden 2001-2002. Den samlede saksbehandlingstiden, med særlig vekt på den tiden som har gått fra Sarpsborg tingretts opphevede dom 11. januar 2006, må lede til en ikke ubetydelig reduksjon i straffen. At det har gått så lang tid kan ikke tilskrives forhold på siktedes side, men særlig behandlingen saken har fått i mange rettsinstanser. Det er ikke tvilsomt at også det tidsforløpet som har gått for å få avklart konvensjonskrenkelsen i FNs menneskerettskomité skal tillegges vekt i formildende retning, selv om denne tidsbruken ikke kan tilskrives forhold staten er ansvarlig for. Det vises til Rt-2008-1689, Rt-2008-1692 og Rt-2009-868. I tillegg kommer det forhold at siktede har gjennomført fengselsstraffen etter Sarpsborg tingretts opphevede dom, og den helsemessige og familiemessige belastning det har medført for siktede at saken stadig har måttet behandles på nytt i rettsapparatet slik at han ikke har fått lagt handlingene bak seg. Det legges også vekt på de prosessøkonomiske besparelser det innebærer at saken nå kan avgjøres som en tilståelsessak isteden for en ny langvarig hovedforhandling med statsautoriserte revisorer som oppnevnte meddommere, og med mulighet for ny behandling i lagmannsretten neste år. Bestemmelsen i straffeloven § 59 annet ledd kommer derfor til anvendelse.

Etter rettens syn tilsier disse forholdene samlet at det nå bør utmåles en straff av fengsel i 90 dager som gjøres betinget med en prøveperiode på 2 år.

Påtalemyndigheten har gjort gjeldende at siktede risikerer å måtte gjennomføre ytterligere fengselsstraff dersom det nå idømmes en betinget fengselsstraff, jf. straffeloven § 54 nr. 3, og at dette kan komme i konflikt med forbudet om dobbeltstraff etter EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4. Det er anført at denne risikoen bør nøytraliseres.

EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 har slik ordlyd i norsk oversettelse:

«Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.»

Bestemmelsen oppstiller to forbud; forbud mot gjentatt sanksjonering (dobbeltstraff) og forbud mot ny forfølgning. Forbudet er også kommet til uttrykk i regelen om straffedommers negative materielle rettskraft i straffeprosessloven § 51 første ledd. EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 2 har videre slik ordlyd i norsk oversettelse:

«Bestemmelsene i forrige avsnitt skal ikke være til hinder for å gjenoppta en sak i samsvar med vedkommende stats lov og rettergangsordning i straffesaker, hvis det foreligger bevis for nye eller nyoppdagede omstendigheter eller hvis det i den tidligere rettergangen har vært en grunnleggende feil, som kunne påvirke utfallet i saken.»

Etter ordlyden fremstår artikkel 4 nr. 2 som et unntak fra forbudet mot ny forfølgning i nr. 1. Det kan likevel se ut til at EMD ikke anser bestemmelsen som et unntak fra hovedregelen om at ny forfølgning av samme forhold er konvensjonsstridig. EMD synes å legge til grunn at det da er tale om en fortsettelse av samme forfølgning, jf. Nikitin v. Russia, Application no. 50178/99, Judgement of 20 July 2004 para. 46. Dette er imidlertid et spørsmål av mer akademisk art, se nærmere Jon Petter Rui, Forbudet mot gjentatt straffefølgning side 285 flg. Uansett er EMK tilleggsprotokoll 7 art 4 ikke til hinder for ny/fortsatt forfølgning når opphevelsen av tingrettens dom skjedde som følge av gjenopptakelse etter straffeprosessloven § 391 nr. 2 bokstav b.

Etter domfellelse ved den nye/fortsatte forfølgningen må retten fastsette en straff. Retten kan ikke se at det er holdepunkter for, slik påtalemyndigheten har anført, at retten kan unnlate å utmåle en straff ut fra et «fra det mer til det mindreressonnement». De alminnelige reaksjoner retten kan fastsette følger av straffeloven § 15. Retten peker på at straffeloven av 2005 § 61 åpner for at retten når helt spesielle grunner tilsier det, kan frafalle å utmåle straff. Bestemmelsen er imidlertid ikke trådt i kraft. Av forarbeidene følger at domstolene etter gjeldende rett, uten særskilt hjemmel, ikke har adgang til å fritta for straff når de objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene først er oppfylt, jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 108. Det foreligger ingen slik særskilt hjemmel som er anvendelig i den foreliggende saken.

At det er adgang til å fastsette ny straff i et tilfelle som det foreliggende synes også å være forutsatt i straffeprosessloven § 444 annet ledd, som bestemmer at en domfelt har rett til erstatning for økonomisk tap som skyldes fullbyrdet straff som overstiger den straff som idømmes etter gjenåpning.

Det er likevel et spørsmål om hvilken straff som bør utmåles når forholdene er som i den foreliggende saken. Det finnes lite rettspraksis som gir veiledning om dette. Retten viser likevel til Rt-2008-1692 (Bandidossaken) som gjaldt straffutmåling for bombesprenning. Tiltalte var i mars 2003 dømt til fengsel i 12 år av Borgarting lagmannsrett. Det ble anket til Høyesterett over lagmannsrettens saksbehandling, herunder at en av lagdommerne var inhabil. Høyesterett forkastet anken. Saken ble brakt inn for EMD, som ved dom i juli 2007 enstemmig kom til at det for tiltaltes del hadde skjedd brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. Saken ble gjenåpnet og lagmannsrettens dom med hovedforhandling ble opphevet. Ved den nye behandlingen fastsatte lagmannsretten straffen til fengsel i 11 år. Tiltalte anket over saksbehandlingen og straffutmålingen til Høyesterett, som tillot anken over straffutmålingen fremmet. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var betydningen av den lange saksbehandlingstiden, blant annet for EMD. Det ble vist til at tiltalte hadde startet straffgjennomføringen, men ble løslatt samme dag som Høyesterett hadde besluttet å oppheve lagmannsrettens dom med hovedforhandling. Han hadde da gjennomført vel fem år av straffen. Høyesterett fant at en del av straffen burde gjøres betinget, slik at den avsonede tid hensyntatt reglene om prøveløslatelse etter 2/3-dels tid gjorde det uaktuelt med gjeninnsetting. Høyesterett fastsatte deretter straffen til fengsel i 9 år, hvorav 1 år og 6 måneder ble gjort betinget.

Til forskjell fra den foreliggende saken hadde tiltalte i denne saken ikke gjennomført mer straff enn han ble dømt til ved den endelige dommen. Avgjørelsen inntatt i Rt-2008-1692 viser imidlertid at det skal utmåles en ny straff etter gjenåpningen, hvor saksbehandlingstid og gjennomført straff vil være viktige straffutmålingsmomenter. Avgjørelsen viser også at det ved gjennomføringen av den nye straffen gjøres fradrag for den allerede avsonede tiden, selv om dette ikke kommer til uttrykk i domsslutningen.

Påtalemyndighetens bekymring for at siktede risikerer å måtte gjennomføre ytterligere fengselsstraff dersom det nå idømmes en betinget fengselsstraff, løses slik retten ser det av straffeloven § 60. Bestemmelsen fastsetter at den frihetsberøvelse den domfelte har vært undergitt i anledning av saken, skal bringes til fradrag i straffen. Det vil dermed ikke kunne bli aktuelt med gjennomføring av ytterligere straff for samme forhold (dobbelstraff).

Bestemmelsens typiske virkeområde er de tilfeller hvor utholdt varetekt kommer til fradrag i ubetinget fengselsstraff, jf. for eksempel Rt-2001-436. Bestemmelsen er imidlertid verken etter sin ordlyd eller slik den er forstått i teori og praksis begrenset til varetektsfradrag. All frihetsberøvelse i anledning saken omfattes. Bestemmelsen får også anvendelse hvor det idømmes betinget fengselsstraff, jf. for eksempel Rt-2005-1210 hvor straffen i sin helhet ble gjort betinget og det i slutningen heter: «Ved eventuell soning av straffen kommer 1 - en - dag til fradrag for frihetsberøvelse.» Det vises også til at denne adgangen har kommet til uttrykk i straffeloven av 2005 § 83 tredje ledd forutsetningsvis. Se også kommentarene til bestemmelsen i Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 474. Bestemmelsen er ikke trådt i kraft, men retten kan ikke se at bestemmelsen innebærer noen endring av rettstilstanden.

Bestemmelsen i straffeloven § 60 innebærer også at hele straffen kan anses gjennomført ved utholdt varetekt eller annen frihetsberøvelse, se Andenæs, Alm. strafferett 5. utg. side 435 med videre henvisninger. Retten kan ikke se at dette bare kan gjelde hvor det idømmes en ubetinget fengselsstraff. Det er ingen grunn til at en domfelt som blir idømt en betinget reaksjon, skal stilles dårligere enn om vedkommende var idømt en ubetinget reaksjon. Slik retten ser det kan det derfor ikke være noe i veien for at det ved eventuell gjennomføring av straffen gjøres fradrag tilsvarende hele den betingede straffen ettersom den tidligere frihetsberøvelsen i saken overstiger den betingede fengselsstraff som nå utmåles.

Retten finner etter dette at siktede bør dømmes til en straff av fengsel i 90 dager som gjøres betinget med en prøvetid i to år, og at hele straffen ved en eventuell gjennomføring anses utholdt ved den frihetsberøvelse

siktete var undergitt etter Sarpsborg tingretts opphevede dom 11. januar 2006. At dette innebærer at prøvetiden rent faktisk ikke får noen realitet, kan etter rettens syn ikke være avgjørende. Etter dette vil det slik retten ser det ikke kunne bli aktuelt med noen fellesstraff med eventuelle nye straffbare handlinger begått i prøvetiden etter straffeloven § 54 nr. 3.

Slutning

A, født 0.0.1946 dømmes for overtredelse av regnskapsloven § 8-5 første ledd første punktum, jf. § 1-2, jf. kapittel 2, jf. § 10-2, jf. regnskapsloven av 1977 kapittel 2, jf. regnskapsloven av 1977 § 5, jf. § 6, jf. § 8, jf. § 11 og straffeloven § 271a, jf. § 270 første ledd, jf. § 271 til en straff av fengsel i 90 - nitti - dager. Fullbyrdelsen av straffen utsettes i medhold av straffeloven §§ 52-54 med en prøvetid på 2 - to - år. Ved eventuell gjennomføring av fengselsstraffen anses hele straffen utholdt ved den frihetsberøvelse siktete var undergitt etter Sarpsborg tingretts opphevede dom 11. januar 2006.