

UiO : **Det juridiske fakultet**

Korrupsjon i internasjonale petroleumskontrakter

Om leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon og selskapets adgang til å terminere kontrakten.

Kandidatnummer: 705

Leveringsfrist: 25. november 2015

Antall ord: 16 965



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Aktualitet.....	3
1.3	Norsk og annen ekstraterritoriell korrupsjonslovgivning	6
1.3.1	Straffeloven av 2005.....	6
1.3.2	US Foreign Corrupt Practices Act	8
1.3.3	UK Bribery Act	9
1.4	Metode og rettskilder	10
2	KORRUPSJON SOM KONTRAKTSBRUDD	12
2.1	Innledning	12
2.2	Kontraktsforpliktelsens art – handlingsnormen i kontrakten	12
2.3	Tolkning av kontraktsvilkår der korrupsjon medfører kontraktsbrudd.....	15
2.3.1	Utgangspunktet for tolkningen: kontraktens ordlyd.....	15
2.3.2	Sammenheng med kontraktens øvrige kontraktsbestemmelser.....	17
2.3.3	Tolkning av kontraktsvilkår i lys av strafferetten.....	19
2.3.4	Konklusjon.....	23
2.4	Kontraktsbrudd – grunnlag for innfortolkning av skyldkrav?	24
3	IDENTIFIKASJON	25
3.1	Innledning	25
3.1.1	Leverandøren og leverandørgruppen.....	26
3.2	Identifikasjonsspørsmålet i rettspraksis	28
3.2.1	Norconsult-saken Rt. 2013 s. 1025:.....	29
3.2.2	Klagenemnda for offentlige anskaffelser KOFA-2011-206.....	30
3.2.3	Rana tingrett saksnr. 14-063096TVI-RANA.....	32
3.2.4	Oslo byfogdembete: TOBYF-2010-172901	33
3.2.5	Betraktninger og konklusjon	34
4	BEVISKRAV	36
4.1	Innledning	36
4.2	Alminnelig eller skjerpet beviskrav	36
4.2.1	Oslo byfogdembete: TOBYF-2010-172901	37
4.2.2	Oslo Byfogdembete: TOBYF- sak nr. 10-1683000TVI-OBYF/1 og 10-164818- OBYF/1	38
4.2.3	Borgarting lagmannsrett: LB-2010-201915	39

4.2.4	Konklusjon og betraktninger	40
5	SANKSJONER VED KONTRAKTSBRUDD.....	41
5.1	Selskapets adgang til å terminere kontrakten.....	41
5.2	Kontraktsvilkårets art.....	41
5.2.1	Standardvilkår.....	41
5.3	Vedtakelsesspørsmål og intensjonsdybde	42
5.4	Innfortolkning av vesentlighetskrav.....	44
5.4.1	Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og NF og NTK.....	44
5.4.2	Anvendelse av vesentlighetskravet.....	46
5.4.3	Konklusjon.....	47
5.5	Sensur gjennom avtaleloven § 36	47
5.5.1	Konklusjon.....	50
6	AVSLUTNING.....	51
6.1	Kampen mot korrupsjon – er heving et effektivt middel?	51
	LITTERATURLISTE.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Denne masteroppgaven behandler temaet korrupsjon i internasjonale petroleumskontrakter, herunder leverandørkontrakter. Flere oljeselskap opererer med kontraktvilkår som gir selskapet en rett til å terminere kontrakten ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon. Hovedproblemstillingene er knyttet til hva som skal til for at korrupsjon utgjør kontraktsbrudd, identifikasjon hos leverandøren, hvilket beviskrav som må legges til grunn ved terminering av kontraktene, samt selskapets rett til å terminere kontraktene uavhengig av om kontraktsbruddet er vesentlig.

Korrupsjon kan forekomme i ulike former, gjennom blant annet politisk nepotisme, favorisering og bestikkelser, der formålet ofte vil være å tilegne seg ulovlige fordeler.¹ I den norske straffelovgivningen skilles det mellom aktiv og passiv korrupsjon. Aktiv korrupsjon defineres som å gi eller tilby noen en utilbørlig fordel i anledning av stilling, verv eller oppdrag. Passiv korrupsjon defineres som å kreve, motta eller akseptere et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av stilling, verv eller oppdrag.² Eksempel på korrupsjon kan være en leverandør som bestikker den ansvarlige innkjøperen i et selskap, med formål å få kontraktstildelingen. I den nyavsaagte dommen fra Oslo tingrett i Yara-saken, beskriver retten korrupsjon som «... *en straffbar handling hvor både den som bestikker og den som blir bestukket har en fordel av handlingen*».³

Leverandørkontrakter i oljeindustrien kan inneholde et bredt spekter av leveranser og tjenester, herunder blant annet prosjektering, innkjøp, bygging, installasjon (EPCI kontrakter) fabrikkasjon, bore- og konsulenttenester. Både før, under og etter en kontraktstildeling eller i kontraktsoppfyllelsen kan det foreligge insentiver for en leverandør til å utføre korrupte handlinger. Hensikten kan være å forsøke å få tildelt en kontrakt, få visse fordeler under kontraktsforholdet, eller sikre leverandøren senere kontraktstildelinger.⁴

¹ Transparency International håndbok «Beskytt din virksomhet!» (2014) s. 6.

² Straffeloven av 2005 § 387.

³ TOSLO-2014-22670.

⁴ Transparency International Norge og NHO «Antikorrupsjonstiltak i leverandørkjeden» (2014) s. 6.

For oljeselskapene er det flere risikoaspekter ved inngåelse av leverandørkontrakter. Korrupsjon hos en leverandør kan få direkte konsekvenser for selskapet som står i et kontraktsforhold med leverandøren ved at selskapet kan bli holdt ansvarlig for korrupsjonshandlinger gjennom medvirkning.⁵ Videre kan konsekvensene for selskapet ved å bli innblandet i leverandørens korrupsjon blant annet innebære kostnadsrisiko, risiko for å bli utestengt fra anbudsprosser, finansieringsrisiko og risiko for omdømmetap.⁶ Samtidig vil myndighetene, investorer, forretningsforbindelser, ansatte i selskapet og sivilsamfunnet ha forventninger til at selskapet opererer korrupsjonsfritt.⁷ Selskapets kontraktsrettslige adgang til å terminere kontrakter ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon er derfor av stor betydning for selskapet.

Hovedproblemstillingene i denne masteroppgaven behandles i kapittel 2 til 5:

I. I kapittel 2 behandles problemstillingen om hva som skal til for at korrupsjon utgjør kontraktsbrudd i internasjonale petroleumskontrakter. Drøftelsene tar utgangspunkt i kontraktsvilkår der korrupsjon utgjør kontraktsbrudd. Det foretas først en generell tolkning av slike kontraktsvilkår hvor blant annet handlingsnormen i kontrakten beskrives. Deretter tolkes et konkret kontraktsvilkår fra et internasjonalt oljeselskap sin borekontrakt. Standardkontraktene Norsk Fabrikasjonskontrakt og Norsk Totalkontrakt benyttes som sammenligningsgrunnlag. Anvendelsen av korrupsjon som er et strafferettslig konsept i en kontraktsrettslig sammenheng reiser noen særlige kontraktsrettslige problemstillinger. På bakgrunn av dette reises problemstillingen om man kan tolke kontraktens begreper i lys av strafferetten og hvorvidt det er grunnlag for å innfortolke et skyldkrav i kontraktsbestemmelsene.

II. Leverandørkontrakter i oljeindustrien opererer ofte med kontraktsvilkår der leverandøren er ansvarlig både for sine egne ansatte og eventuelle underleverandører sine handlinger. I noen kontraktsvilkår gjelder dette også ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon. I kapittel 3 behandles problemstillingen om det er grunnlag for å tolke disse kontraktsvilkårene innskrenkende, herunder om det i visse tilfeller kan foretas en avgrensning av hvem leverandøren skal identifiseres med.

⁵ Etter straffeloven av 1902 var medvirkning direkte regulert i §§ 276 a, 276 b og 276 c om korrupsjon, grov korrupsjon og påvirkningshandel. I straffeloven av 2005 fremgår dette av den generelle medvirkningsbestemmelsen i § 15.

⁶ Transparency International «Beskytt din virksomhet» (2014) s. 9

⁷ Transparency International «Beskytt din virksomhet» (2014) s. 21-23.

III. Terminering av en privatrettslig kontrakt på bakgrunn av korrupsjon som kan være en ulovlig straffbar handling danner grunnlaget for problemstillingen om hvilket beviskrav som må legges til grunn ved terminering av kontrakten. I straffesaker er beviskravet at det faktum som må legges til grunn må være bevist utover enhver rimelig tvil. I sivilrettslige saker gjelder alminnelig sannsynlighetsovervekt. Nyere rettspraksis har slått fast at det kan gjelde et skjerpet beviskrav i sivilretten, dersom det gjelder et faktum som i særlig er grad belastende for en part. I kapittel 4 behandles problemstillingen om det må gjelde et alminnelig sivilrettslig beviskrav eller om det kan stilles krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt ved terminering av kontrakten.

IV. Noen oljeselskap opererer med kontraktsvilkår som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett ved korrupsjon hos leverandøren, uten at det stilles krav til at kontraktsbruddet må være vesentlig. Denne løsningen avviker fra bakgrunnsretten og standardkontrakter som Norsk Fabrikasjonskontrakt og Norsk Totalkontrakt, som forutsetter vesentlig kontraktsbrudd for heving.⁸ Kontraktsvilkårene har gjerne preg av å være standardvilkår og kan hevdes å virke urimelig overfor leverandøren i visse tilfeller. Det vurderes om det er grunnlag for en innskrenkende tolkning av kontraktsvilkårene gjennom henholdsvis innfortolkning av et vesentlighetskrav i bestemmelsene eller sensur gjennom avtaleloven § 36.

1.2 Aktualitet

Det har de senere årene blitt et stadig større fokus på korrupsjon i offentlige organer og i det private næringslivet, deriblant i internasjonale kontrakter. En kontraktsfestet regulering av selskapets misligholdsbeføyelser ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon vil derfor trolig bli mer utbredt i tiden som kommer. Noen bransjer er kjent for å ha en høyere forekomst av korrupsjonsutfordringer enn andre, og blant dem er forsvarsindustrien, bygg- og anleggsbransjen og olje- og gassindustrien.⁹ Olje- og gasselskaper opererer i mange ulike land, også i land der korrupsjon er utbredt. Dette kan medføre utfordringer for blant annet norske

⁸ Bakgrunnsretten det her refereres til er alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Knoph (2004) s. 282. NF 07 og NTK 15, begges Art. 26. 1 bokstav c.

⁹ Transparency International «Beskytt din virksomhet!» 36.

selskaper som ønsker å drive korrupsjonsfri forretningsvirksomhet i disse landene med tanke på samarbeid med myndigheter, andre selskaper i «joint ventures» og med leverandører.¹⁰ Transparency International utgir rapporter som inneholder en oversikt over hvilke land og i hvilke bransjer korrupsjon er mest utbredt.¹¹ Bribe Payers Index 2011, BPI, er en utgivelse basert på data fra Transparency International Bribe Payers Survey i 2011. Tallene viser den antatte sannsynligheten for at selskaper fra de 28 største økonomiene i verden betaler bestikkelser når de driver virksomhet i utlandet. The Bribe Payers Survey inneholder antakelser om sannsynligheten for at bestikkelser blir betalt i ulike sektorer og inkluderer også bestikkelser mellom private aktører.¹² Hovedfunnene fra undersøkelsen var blant annet at bestikkelser mellom private selskaper er like utbredt som bestikkelser fra private selskap til offentlige tjenestemenn.¹³ Blant sektorene som kom dårligst ut i undersøkelsen var blant annet offentlige kontrakter, bygg- og anleggsbransjen, olje- og gasssektoren samt gruvedrift. Alle disse sektorene kjennetegnes ved at det inngår store investeringer og at det foreligger en betydelig offentlig interaksjon og regulering, noe som kan skape muligheter og insentiver for korrupsjon.¹⁴

Både nasjonalt og internasjonalt foregår det fortløpende etterforskning og domfellelse i korrupsjonssaker som involverer private aktører. Økokrim har i Norge de siste årene etterforsket flere korrupsjonssaker der norske selskaper eller personer har vært innblandet.¹⁵ I juli d.å. ble det avsagt dom i Oslo tingrett i Yara-saken.¹⁶ Korrupsjonssaken hadde bakgrunn i en avtale om betaling av et større beløp til sønner av offentlige tjenestemenn i Libya. Fire av de tiltalte i saken som var personer tilknyttet Yara ASAs, heretter Yara, konsernledelse ble dømt til ubetinget fengselsstraff i henholdsvis 2 år (gjaldt to av de tiltalte), 2 år og seks måneder samt 3

¹⁰ Et «joint venture» kan beskrives som et samarbeidsforhold eller interessentskap mellom oljeselskaper i et fellesforetak.

¹¹ Transparency International er en global, politisk uavhengig organisasjon som ble grunnlagt i 1993. Organisasjonens hovedkontor er i Berlin og de har avdelinger i over 100 land. Transparency International samarbeider med myndigheter, næringslivet og det sivile samfunnet for å iverksette effektive tiltak for å bekjempe korrupsjon. Transparency International Norge er den nasjonale avdelingen i Norge.

¹² «Bribe Payers Index 2011» s. 3.

¹³ «Bribe Payers Index 2011» s. 3.

¹⁴ «Bribe Payers Index 2011» s. 14-15.

¹⁵ Se blant annet Eidsivating lagmannsrett dom 2010-05-20 «Vannverksaken», Trondheim tingretts dom 2007-05-30 «Sintef Petroleumsforskning AS», Borgarting lagmannsretts dom 2008-02-25 «Ullevålsaken», Borgarting lagmannsretts dom 2003-01-24 «UNICEF-saken».

¹⁶ TOSLO-2014-22670. Saken er blitt anket av påtalemyndighetene og er følgelig ikke rettskraftig, se LB-2015-138815.

år.¹⁷ Yara erkjente korrupsjon i januar 2014 og selskapet vedtok en foretaksbot på 270 millioner kroner samt inndragning av 25 millioner kroner. Tiltale mot de fire personene ble tatt ut samtidig som forelegget ble utferdiget.

Dommen som ble avsagt i Yara-saken er et bevis på utviklingen av straffbarheten for korrupte transaksjoner. De siste 20 årene har holdninger og rettslige sanksjoner mot korrupsjon endret seg. Før 1995 var det anledning for bedrifter å trekke fra på skatten for bestikkelser som ble gjort i utlandet dersom de var dokumenterte.¹⁸ I dag er det ikke lenger anledning for bedrifter å få skatteavdrag for bestikkelser, jf. lov av 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt § 6-22. I motsetning vil i dag bestikkelser kunne medføre både personlig straffansvar og straffansvar for foretak. At det ikke lengre er tilstrekkelig å ilegge selskaper som er innblandet i korrupsjon foretaksstraff, men at også enkeltpersoner risikerer straffeansvar, viser at både myndighetene og domstolene slår hardt ned på korrupsjon.

Yara-saken gjaldt ikke petroleumskontrakter, men saken er relevant da den viser hvordan korrupsjon i et selskap med utbredt internasjonal virksomhet kan foregå og hvilke konsekvenser det kan ha både for selskapet som juridisk person og dets ansatte.¹⁹ Yara-saken viser videre hvor krevende det kan være å oppdage korrupte transaksjoner. En av metodene som ble brukt for å skjule betalingene blir benyttet som eksempel under kapittel 4 om beviskrav.

Utfordringer knyttet til korrupsjon, både i utlandet og i hjemlig virksomhet tydeliggjør viktigheten av kontraktsreguleringer med adekvate løsninger når korrupsjon avdekkes, herunder også muligheten for selskapet å terminere kontrakten. De fleste store oljeselskaper har i dag detaljerte anti-korrupsjonsprogram og ofte er disse implementert i selskapets retningslinjer (gjerne kalt «Terms and Conditions», «Code of Conduct» eller lignende). Som eksempel kan nevnes «Ethics in Statoil» som inntatt i vedlegg D til NF 07. Disse retningslinjene kan også pålegges deres kontraktspartnere, herunder leverandørene. Gjennom selskapets retningslinjer og prosedyrer kan oljeselskapene danne en kultur som virker forebyggende mot korrupsjon, både innad i eget selskap og blant sine samarbeidspartnere.

¹⁷ Straffeloven § 276 b gjelder grov korrupsjon, og strafferammen er fengsel i inntil 10 år.

¹⁸ Utenriksdepartementet (2005) i revidert utgave, «Si nei til korrupsjon- det lønner seg! informasjon til norske bedrifter i et globalt marked» s. 14.

¹⁹ Yara International ASA er verdens største leverandør av mineralgjødsel, de har 9000 ansatte, har virksomhet i mer enn 50 land og driver med salg til 150 land.

1.3 Norsk og annen ekstraterritoriell korrupsjonslovgivning

Et selskap som er innblandet i korrupsjon kan bli straffeforfulgt med grunnlag både i nasjonal og ekstraterritoriell lovgivning. Gjennom medvirkning kan selskapet også risikere straffansvar for handlinger en leverandør har utført, hvilket viser selskapets behov for å kunne terminere kontrakter med leverandører som ikke opererer korrupsjonsfritt.

Den norske straffelovgivningen inneholder strenge korrupsjonsbestemmelser og den er ekstraterritoriell. Også korrupsjon som er blitt begått i utlandet kan rammes av bestemmelsene.²⁰ Det finnes også annen ekstraterritoriell korrupsjonslovgivning som vil kunne ha betydning for en lang rekke selskaper, viktigst antas å være US Foreign Practices Act og UK Bribery Act. Amerikanske og britiske myndigheter kan straffeforfølge handlinger som er begått med tilstrekkelig tilknytning til landene. Nedenfor vil det foretas en redegjørelse av dette regelverket.

1.3.1 Straffeloven av 2005

1. oktober 2015 trådte straffeloven av 2005 i kraft.²¹ Bestemmelsene om korrupsjon, grov korrupsjon og påvirkningshandel viderefører bestemmelsene fra straffeloven 1902 som trådte i kraft i 2003.²² Etter straffeloven § 387 er både passiv og aktiv korrupsjon ulovlig. Det sentrale vurderingselementet i avgjørelsen om den korruperte handlingen er ulovlig er hvorvidt en fordel som blir gitt eller mottatt er *utilbørlig*. Det finnes imidlertid en nedre grense for hvilke handlinger som omfattes, da det er de klart klanderverdige forholdene som er ment å rammes av bestemmelsen.²³ De norske straffebestemmelsene om korrupsjon gjelder både i privat og offentlig sektor.²⁴

Et selskap kan risikere straffansvar etter de norske straffebestemmelsene om korrupsjon gjennom medvirkning og foretaksstraff. Straffeloven av 2005 § 15 inneholder en generell medvirkningsbestemmelse og omfatter bestemmelsene om korrupsjon, grov korrupsjon og påvirknings-

²⁰ Se straffeloven av 2005 § 387 annet ledd om korrupsjon.

²¹ Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

²² Straffeloven av 1902 §§ 276 a, 276 b og 276 b.

²³ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 56.

²⁴ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 54.

handel. Straffeloven § 27 regulerer foretaksstraff, der hovedvurderingen i spørsmålet om illeggelse av foretaksstraff er om gjerningspersonen har handlet på vegne av foretaket.²⁵ Det følger av forarbeidene til loven at en person som hovedregel må ha positiv hjemmel for å kunne handle på vegne av foretaket. Men det kreves ikke hjemmel for handlingen som potensielt medfører foretaksstraff.²⁶ Som praktisk eksempel kan tenkes en ansatt som har signaturrett for foretaket. Dersom vedkommende signerer en avtale om en ulovlig bestikkelse vil han ha en positiv hjemmel for å underskrive avtalen, men uten at det foreligger en konkret hjemmel for vedkommende til å skrive under den konkrete avtalens innhold. Videre vil personer med ledende stillinger lettere anses for å handle på vegne av foretaket.²⁷ Den nye bestemmelsen om foretaksstraff inneholder ikke noe krav til skyld hos vedkommende som har handlet på vegne av selskapet, dette er en endring av rettstilstanden fra før den nye straffeloven trådte i kraft.²⁸

De norske straffebestemmelsene er antatt å være blant verdens strengeste rettsregler mot korrupsjon.²⁹ Norske myndigheter har ratifisert og undertegnet flere konvensjoner som har fått betydning for de norske straffebestemmelsene, heriblant; OECD-konvensjonen om bekjempelse av bestikkelser av offentlige tjenstepersoner i internasjonale forretningstransaksjoner (1997), Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon (1999), Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon (1999) og FN-konvensjonen mot korrupsjon (2003). Som følge av at disse konvensjonene trådte i kraft har norske myndigheter kriminalisert korrupsjon både i offentlig og i privat sektor, aktiv og passiv korrupsjon³⁰, bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn og tjenestemenn i mellomstatlige organisasjoner³¹, og vi har fått regler om hvitvasking, inndragning og tvangsmidler.³²

²⁵ Straffeloven av 2005 § 27 «Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. ...».

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430.

²⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430-431.

²⁸ Ibid.

²⁹ Utenriksdepartementet (2005) i revidert utgave, «Si nei til korrupsjon- det lønner seg! informasjon til norske bedrifter i et globalt marked» s. 5 og Transparency International Norge (2014) s. 10.

³⁰ OECD-konvensjonen; St.prp.nr. 60 (2002-2003) s.2

³¹ Ot.prp. nr. 66 (1997-1998) s.2.

³² St.prp. nr. 49 (2005-2006) s. 5 og 6.

1.3.2 US Foreign Corrupt Practices Act

US Foreign Corrupt Practices Act og UK Bribery Act med sitt ekstraterritoriale nedslagsfelt innebærer at amerikanske og britiske myndigheter kan straffeforfølge både fysiske og juridiske personer utenfor deres alminnelige jurisdiksjon. Dette kan få betydning for selskapene dersom de blir innblandet i leverandørens korruperte transaksjoner.

US Foreign Corrupt Practices Act, heretter FCPA, forbyr aktiv korrupsjon av utenlandske offentlige tjenestemenn.³³ FCPA skiller seg på dette punktet fra den norske og britiske straffelovgivningen, som forbyr korrupsjon både i både offentlig og privat sektor.³⁴ FCPA forbyr handlinger som består i å betale, tilby å betale eller love å betale penger eller noe av verdi til utenlandsk offentlig tjenesteperson med formål om å skaffe eller beholde virksomhet. Det samme gjelder godkjenning eller medvirkning til slik handling. Handlingen er forbudt når hensikten er å påvirke den offentlige tjenestemannens i anledning hans stilling, som kan innebære å få tjenestemannen til å foreta handling i strid med hans lovpålagte plikter, for å få en utilbørlig fordel eller bruke hans innflytelse til å skaffe eller beholde virksomhet.³⁵ Handlingen er forbudt når den er begått med tilstrekkelig «corruptly» intensjon. Den amerikanske kongressen har definert dette som «... *intent or desire to wrongfully influence the recipient*».³⁶

FCPA gjelder tre hovedgrupper av personer og selskaper. Den første gruppen er «issuers», som omfatter ansatte, ledere, agenter eller aksjonærer i et selskap. Et norsk selskap som er børsnotert i USA vil med dette rammes av lovgivningen.³⁷ Den andre gruppen er «domestic concerns» som inkluderer amerikanske statsborgere og andre personer bosatt i USA, samt selskaper som har sin hovedvirksomhet i USA eller er underlagt amerikansk lovgivning.³⁸ Til slutt omfattes utenlandske fysiske og juridiske og juridiske personer som befinner seg i USA.³⁹ Det er ikke noe krav til at handlingen må ha funnet sted i USA, det er tilstrekkelig for straffeforfølgelse av utenlandske personer eller selskap dersom en telefonsamtale, SMS, e-post eller fax kommer

³³ FCPA 15USCS § 78dd-1 (a), § 78dd-2 (a) og § 78dd-3 (a).

³⁴ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 54.

³⁵ FCPA 15USCS 78dd-1 (a) (1) (A) (B), 78dd-2 (a) (1) (A) (B) og 78dd-3 (a) (1) (A) (B).

³⁶ FCPA «A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act» s. 14.

³⁷ FCPA § 78dd-1.

³⁸ FCPA § 78dd-2 (h) (1).

³⁹ FCPA § 78dd-3 (f) (1).

fra, til eller gjennom USA i forbindelse med den korruperte handlingen. Det samme gjelder overføringer fra eller til amerikanske banker.⁴⁰ For utenlandske personer og selskap som befinner seg i USA vil straffeforfølgning kunne skje uavhengig om de ovennevnte metodene er blitt benyttet.⁴¹ I 1998 trådte det i kraft et vedlegg («amendment») til loven, som gir amerikanske myndigheter rett til å straffeforfølge amerikanske personer og selskap, selv om handlingen fullt ut er skjedd utenfor USA, såkalt alternativ jurisdiksjon.⁴² Amerikansk lovgivning har ikke noe forbud mot dobbel straffeforfølgning ved internasjonal korrupsjon. Dette kan blant annet få betydning for en av de siktede i Yara-saken, Kendrick Wallace, som er amerikansk statsborger.⁴³

1.3.3 UK Bribery Act

UK Bribery Act forbyr både aktiv og passiv korrupsjon.⁴⁴ Det er ulovlig å bestikke personer og utenlandske offentlige tjenestemenn (aktiv korrupsjon), samtidig som er det ulovlig for disse å ta imot bestikkelsene (passiv korrupsjon).⁴⁵ Britiske myndigheter kan straffeforfølge forholdet dersom gjerningspersonen eller selskapet som begår handlingen har tilstrekkelig tilknytning til Storbritannia. Kravet til tilstrekkelig tilknytning innebærer at britiske domstoler har jurisdiksjon over handlinger begått i Storbritannia, og utenfor Storbritannia dersom handlingen er begått av en britisk statsborger, person som til vanlig er bosatt i Storbritannia eller er foretatt av et selskap som er registrert der.⁴⁶

Den aktive eller passive bestikker må ha tilstrekkelig intensjon for at forholdet er straffbart. Tilstrekkelig intensjon foreligger dersom den aktive bestikker har som formål å påvirke en annen til «*improper performance*» av dennes virke. For den passive bestikker vil intensjonen foreligge når mottakelse av bestikkelsen i seg selv er «*improper performance*» av virket.⁴⁷

⁴⁰ FCPA «A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act» s. 11.

⁴¹ FCPA «A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act» s. 12.

⁴² FCPA «A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act» s. 12.

⁴³ TOSLO-2014-22670.

⁴⁴ UKBA Section 1 og 2.

⁴⁵ UKBA Section 1 og 6.

⁴⁶ UKBA Section 12.

⁴⁷ UKBA Section 1.

Sammenlignet med bestemmelsene i den norske straffelovgivningen og FCPA har UK Bribery Act et stort fokus på prosedyrer for å forebygge korrupsjon. Under UK Bribery Act er det straffbart for et selskap å svikte i forebyggingen av korrupsjon, dersom en handling beskrevet som aktiv eller passiv bestikkelse av en annen person eller offentlig tjenestemann finner sted.⁴⁸ Samtidig vil et selskap kunne forsvare seg med og gå fri for ansvar dersom det kan vise til at de har tatt forebyggende grep og har et tilfredsstillende antikorrupsjonsprogram.⁴⁹ Tilknytningskravet er ikke her like strengt, britiske myndigheter kan straffeforfølge forholdet dersom et selskap er registrert i eller inkorporert i Storbritannia, eller driver virksomhet eller deler av virksomheten der.⁵⁰

1.4 Metode og rettskilder

Det reises flere kontraktsrettslige problemstillinger underveis i denne masteroppgaven. I tolkningen av internasjonale petroleumskontrakter er det ikke bare norsk rett som gjelder. Hvilket lands kontraktsrettslige prinsipper, strafferett og standardkontrakter kontrakten eventuelt kan tolkes i lys av vil bero på hvor partene har inngått kontrakt, og hvilket lands rett de har avtalt at skal komme til anvendelse på kontraktsforholdet. Som eksempel på en slik bestemmelse kan nevnes NF 07 art. 37.1 som uttrykkelig fastsetter at kontrakten skal tolkes i samsvar med norsk rett.

For å besvare problemstillingene denne masteroppgaven behandler tas det først og fremst utgangspunkt i norske kontraktsrettslige prinsipper, norsk strafferett og standardkontraktene NF og NTK som en avgrensning av oppgaven, selv om temaet gjelder internasjonale petroleumskontrakter.⁵¹

I de kontraktsrettslige problemstillingene som reises vises det til Norsk Fabrikasjonskontrakt, heretter NF, og Norsk Totalkontrakt, heretter NTK 07 og NTK 15. I juridisk teori er det antatt at standardkontrakter på obligasjonsrettens område kan benyttes som rettskilder på generelt

⁴⁸ UKBA Section 7.

⁴⁹ Et antikorrupsjonsprogram kan betegnes som tilfredsstillende selv om det skulle forekomme korrupsjon. Et godt antikorrupsjonsprogram vil aldri være en garanti for at enkeltpersoner ikke handler i strid med dets bestemmelser.

⁵⁰ UKBA Section 12.

⁵¹ Alminnelig kontraktslitteratur er relevant for tolkningen av Norsk Fabrikasjonskontrakt. Kaasen (2006) s. 59. Det samme må derfor gjelde for andre leverandørkontrakter i petroleumsbransjen.

grunnlag.⁵² Hvorvidt standardene utgjør bakgrunnsrett er usikkert. Standardene er mye brukt i praksis og bestemmelsene er i all hovedsak uttrykk for balanserte kompromissløsninger. Dette gjør standardene egnet for sammenligningsgrunnlag med andre kontraktsvilkår i denne masteroppgaven, og det reises også spørsmål underveis om det er grunnlag for å tolke kontraktsbestemmelser i lys av standardkontraktene.

NF og NTK er standardkontrakter som er laget for leveranser til den norske kontinentalsokkel. Standardene har status som «agreed documents».⁵³ NTK og NF standardene har inspirert andre kontrakter som benyttes i oljebransjen og flere kontrakter har store likehetstrekk med NF og NTK. NF 07 og NTK 07 er en fremforhandlet av Statoil ASA, Norsk Hydro ASA og Norsk Industri.⁵⁴ Standardkontrakten NTK 15 kom ut i oktober 2015, og er fremforhandlet mellom Norsk Olje og gass og Norsk Industri. Dersom det inngås en kontrakt med Statoil som part på den ene siden og et medlem i Norsk Industri på den andre, skal standardkontraktene benyttes.⁵⁵ Statoil har ingen plikt til å benytte NF og NTK når de inngår kontrakter med utenlandske leverandører, men disse blir likevel ofte lagt til grunn.⁵⁶ Bakgrunnen for dette er at NF og NTK standardene ofte blir lagt til grunn i anbudsgrunnlaget på norsk sokkel, slik at utenlandske selskap som har fått kontrakter har måttet gå med på å benytte seg av standardene.⁵⁷ Når enten NF eller NTK blir brukt i avtaleforholdet mellom selskapet og leverandøren er det vanlig at også leverandøren benytter standarden i avtaleforhold med sine underleverandører.⁵⁸ Det hender også at standardene blir lagt til grunn ved entreprisarbeid, både med og uten tilknytning til offshorevirksomhet.⁵⁹

I kapittel 3 og 4, om henholdsvis identifikasjon og beviskrav, analyseres rettsavgjørelser som ledd i å besvare problemstillingene, herunder flere underrettsavgjørelser. Etter alminnelige

⁵² Hagstrøm (2011) s. 60.

⁵³ «Agreed documents» innebærer at standarden er forhandlet frem mellom to parter eller bransjeorganisasjoner

⁵⁴ Statoil og Hydro fusjonerte i 2007, og Hydro er i dag ikke lenger et oljeselskap, men er i dag et selskap som er spesialisert på aluminium. Det må derfor antas at i dag er det kun i kontraktsforholdet mellom Statoil og leverandører representert av Norsk Industri med flere hvor det er aktuelt å benytte standarden. Jeg velger likevel å behandle Hydro sine retningslinjer i det følgende, da det er av interesse å sammenligne ulike reguleringer av korrupsjon.

⁵⁵ Fremgår av protokollen til NTK i art. 1.1 og i protokollen til NF art. 1

⁵⁶ Kaasen (2006) s. 32.

⁵⁷ Kaasen (2006) s. 42.

⁵⁸ Kaasen (2006) s. 42.

⁵⁹ Kaasen (2006) s. 43 og 44.

rettskildeprinsipper har ikke disse avgjørelsene like tung rettskildemessig verdi som avgjørelser fra Høyesterett, men spørsmålene som tas opp i sakene er likevel relevante for denne masteroppgaven, da det finnes få saker som er behandlet av Høyesterett på dette feltet.

2 Korrupsjon som kontraktsbrudd

2.1 Innledning

I denne delen behandles problemstillingen om hva som skal til for at korrupsjon utgjør kontraktsbrudd i internasjonale petroleumskontrakter. Flere leverandørkontrakter har en kontraktsfestet regulering der korrupsjon hos leverandøren utgjør kontraktsbrudd. Målet med drøftelsene er å klargjøre hvilke handlinger på leverandørens side som kan medføre kontraktsbrudd, da bruken av et strafferettslig konsept i en kontraktsrettslig kontekst kan reise særlige kontraktsrettslige spørsmål.

Nedenfor foretas det en først en generell analysing og tolkning av kontraktsvilkår som regulerer korrupsjon, herunder hvilke forpliktelser som kan utledes av vilkårene. Deretter tolkes et konkret kontraktsvilkår i et internasjonalt oljeselskap sin borekontrakt. Begrepene korrupsjon, bestikkelser, «facilitation payments» m.m. kan danne grunnlag for tvist mellom partene, dersom det ikke fremgår klart av kontrakten hvordan begrepene skal forstås og dermed hvilke handlinger som kan medføre kontraktsbrudd. På denne bakgrunn trekkes NF og NTK inn som sammenligningsgrunnlag, og det vurderes hvorvidt det er grunnlag for å tolke kontrakter med uklar ordlyd i tråd med standardkontraktens løsning. Videre vurderes det om det er grunnlag for å trekke paralleller til strafferettens begreper ved tolkning av kontraktsvilkårene, og til slutt om det er grunnlag for å innfortolke et skyldkrav i bestemmelsene.

2.2 Kontraktsforpliktelsens art – handlingsnormen i kontrakten

I en leverandørkontrakt vil de enkelte kontraktsvilkårene fastsette ulike plikter for henholdsvis leverandøren og selskapet. De enkelte forpliktelsene kan blant annet karakteriseres som hoved- eller biforpliktelser, positive eller negative oppfyllelsesforpliktelser, samt resultat- eller innsatsforpliktelser. De ulike forpliktelsene illustreres med eksempler fra standardkontraktene NF og NTK.

Først og fremst kan det skilles mellom hovedforpliktelser og biforpliktelser. Leverandørens sentrale forpliktelser vil som oftest være å levere gjenstander til selskapet eller utføre tjenester

eller arbeid og disse kan dermed beskrives som hovedforpliktelser.⁶⁰ Forpliktelsene er den sentrale årsaken til kontraktsinngåelsen. At leverandøren leverer tjenestene eller utfører arbeid i samsvar med tidsfrister er også en sentral forpliktelse i leverandørkontraktene. I NF 07 og NTK 15 er denne forpliktelsen fastsatt som en plikt for leverandøren til å utføre arbeid i henhold til en fremdriftsplan.⁶¹ Selskapets hovedforpliktelser vil til sammenligning som oftest være å betale for gjenstandene eller tjenestene.⁶²

Biforpliktelser kan beskrives som alminnelige ulovfestete lojalitetskrav i kontraktsforhold, men de kan også være regulert i kontrakten.⁶³ Leverandørens kontraktsfestede plikt til å hemmeligholde informasjon og plikten til å varsle selskapet vil være eksempler på slike biforpliktelser.⁶⁴ Kontraktsforpliktelser som pålegger leverandøren å ikke foreta handlinger som kan beskrives som korrupsjon vil kunne betraktes som biforpliktelser. Kontraktsforpliktelsene bærer preg av å inneholde en plikt for leverandøren til å opptre aktsomt og lojalt, hvilket ofte nettopp er kjennetegnet på biforpliktelser.⁶⁵

Videre kan det skilles mellom positive og negative kontraktsforpliktelser. Positive kontraktsforpliktelser kjennetegnes ved at de forutsetter at debitor for kontraktsforpliktelsen skal gjøre noe – foreta en aktiv handling.⁶⁶ Negative oppfyllellesforpliktelser kjennetegnes ved at kontraktsparten er forpliktet til å unnlate å gjøre noe.⁶⁷ Kontraktsbestemmelser som angår korrupsjon kan være utformet på ulikt vis, som kan ha betydning for om leverandøren plikter å foreta en aktiv handling eller å unnlate å gjøre noe.

En kontraktsbestemmelse kan for eksempel pålegge leverandøren å foreta tilstrekkelige anti-korrupsjonstiltak i eget selskap, herunder å ha et anti-korrupsjonsprogram og prosedyrer for å

⁶⁰ Hagstrøm (2011) s. 122.

⁶¹ NF 07 og NTK 15, begges art. 11.

⁶² NF 07 og NTK 15, begges art 20.1.

⁶³ Hagstrøm (2011) s. 124.

⁶⁴ Kaasen () s. 54. Se NF 07 og NTK 2015 begges art. 34 om hemmeligholdelse av informasjon, og art. 6.1, 6.2, 11.1 og 11.3 om varsling.

⁶⁵ Rt. 1988 s. 1078 på s. 1084.

⁶⁶ Haaskjold (2013) s. 469

⁶⁷ Hagstrøm (2011) s. 122 og Haaskjold (2013) s. 469.

forhindre korrupsjon. En slik forpliktelse vil kunne beskrives som en positiv kontraktsforpliktelse ved at leverandøren aktivt må sørge for at de stiller krav i egen virksomhet som selskapet pålegger dem. De må altså foreta noe aktivt, det er ikke tilstrekkelig at de unnlater å opptre i strid med etiske retningslinjer. Eksempel på en slik forpliktelsesformulering finnes i protokollen til NF 07:

*«Selskapet har utarbeidet dokumentet Etikk i Statoil som beskriver Selskapets etiske standarder og krav. Dokumentet er inntatt som Exhibit X til vedlegg D. Leverandøren skal følge standarder og stille krav i sin egen virksomhet som tilsvarer de som fremkommer i dette dokumentet».*⁶⁸

Andre kontraktsbestemmelser er utformet slik at korrupsjon, herunder for eksempel betaling av bestikkelser eller tilretteleggingsbetalinger, utgjør kontraktsbrudd. En slik bestemmelse fastslår en negativ kontraktsforpliktelse, ved at leverandøren må unnlate å foreta handlinger som er beskrevet som korrupsjon i kontrakten for å opptre kontraktsmessig.

Til slutt kan det skilles mellom resultat- og innsatsforpliktelser. Resultatforpliktelser defineres gjerne som en plikt til å frembringe et bestemt resultat, mens innsatsforpliktelser defineres ved at det er tilstrekkelig med faglig god innsats for å tilstrebe resultatet.⁶⁹ En kontrakt vil ofte kunne bestå av både resultat- og innsatsforpliktelser.⁷⁰ Noen forpliktelser er enklere å plassere i disse kategoriene. Dersom selskapet inngår en kontrakt med en leverandør for levering av en borekone til en borestreng vil forpliktelsen defineres som en resultatforpliktelse, da det ikke er tilstrekkelig at leverandøren yter en faglig god innsats dersom leveringen av borekronen uteblir.

Kontraktsbestemmelser som pålegger leverandøren å iverksette tilstrekkelige anti-korrupsjonstiltak i eget selskap eller implementere selskapets krav vil kunne beskrives som en innsatsforpliktelse. Dersom leverandøren foretar en handling som kan beskrives som korrupsjon vil det være naturlig å vurdere i hvilken grad leverandørens innsats og i hvilket grad de har oppfylt sin forpliktelse til nettopp å forhindre slike handlinger gjennom anti-korrupsjonsprogram hos leverandøren. Dersom leverandøren har ytt en tilstrekkelig god innsats for å forhindre korrupsjon

⁶⁸ NF 07, Protokollens punkt 3. Teksten inntas i vedlegg 1 i vedlegg D.

⁶⁹ Hagstrøm (2003) s. 115.

⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 127.

vil dette tale mot at kontraktsbrudd foreligger. Denne vurderingen blir muligens annerledes dersom man står overfor en resultatforpliktelse.

Kontraktsbestemmelser som er utformet slik at korrupsjon i seg selv utgjør et kontraktsbrudd vil best beskrives som at de pålegger leverandøren en resultatforpliktelse. Resultatet leverandøren forpliktelse seg til å etterleve er at det ikke skal forekomme korrupsjon, altså et resultat. Kontraktsbestemmelsen åpner ikke for at det er tilstrekkelig at leverandøren for eksempel gjennomfører adekvate tiltak mot korrupsjon.

2.3 Tolkning av kontraktsvilkår der korrupsjon medfører kontraktsbrudd

2.3.1 Utgangspunktet for tolkningen: kontraktens ordlyd

For å avgjøre når korrupsjon medfører et kontraktsbrudd må man ta utgangspunkt i kontraktsbestemmelsene. Svaret må først søkes i kontraktsvilkåret og dennes ordlyd, da det er ordlyden i kontrakten som er utgangspunktet for tolkningen.⁷¹ Nedenfor vises det til ordlyden til et kontraktsvilkår som regulerer korrupsjon, hentet fra et internasjonalt oljeselskap sin borekontrakt:⁷²

«COMPANY shall have the right by giving notice to terminate the CONTRACT or all or any part of the WORK (...) subject only to Article [...] below, in the event of any breach of CONTRACT on the part of CONTRACTOR».

Hovedregelen oppstiller videre følgende unntak:

«(a) Subject to the provisions of Article [...] in the event of breach of CONTRACT on the part of CONTRACTOR which materially affects the progress of the WORK and is capable of remedy, COMPANY shall give notice to CONTRACTOR providing the details of such breach and COMPANY intent to terminate the WORK or any part thereof upon failure of CONTRACTOR to remedy such breach. Save as provided by Article [...] or [...] as applicable, if CONTRACTOR upon receipt of such notice does not commence and thereafter continuously proceed with action to remedy such breach in accordance with the CONTRACT, COMPANY may issue a notice of termination in accordance with the provisions of Article [...].

⁷¹ Knoph (2004) s. 249.

⁷² Kontraktsvilkåret er inntatt i Alvik (2014) s. 272 i note 736.

Bestemmelsen er tatt med i sin helhet på tross av dens lange ordlyd. Dette er representativt for leverandørkontrakter i oljebransjen, som ofte er komplekse og har ordrike bestemmelser.

(b) The provisions of (...) (a) shall not apply in the event of breach of CONTRACT on the part of CONTRACTOR that is not capable of remedy including the event that any of CONTRACTOR GROUP when performing WORK in connection with the CONTRACT:

(i) fails to comply with applicable competition laws;

(ii) directly or indirectly offers, pays, solicits or accepts bribes in any form, including facilitation payments;

(iii) is subject to a material conflict of interest with COMPANY GROUP, unless accepted in writing by COMPANY... ». (Min utheving).

Ordlyden i denne kontraktsbestemmelsen gir selskapet en rett til å terminere kontrakten dersom leverandøren «... direkte eller indirekte, tilbyr, betaler, etterspør eller aksepterer bestiktelser i hvilken som helst form, inkludert "facilitation payments" ...» (Min oversettelse). Både aktiv og passiv bestikkelse omfattes av bestemmelsen. Som det fremgår av ordlyden gjelder det også et forbud mot betaling eller mottakelse av «facilitation payments», såkalte tilretteleggingsbetalinger. I forarbeidene til straffeloven defineres «facilitation payments» som «... *betaling av mindre beløp for å motta en tjeneste eller tillatelse og lignende som man har et ubetinget krav på*» til utenlandske offentlige tjenestemenn.⁷³ Slike betalinger er ofte forbundet med tjenestemenn i utlandet som for eksempel krever penger for å utlevere et pass eller for å slippe passasjerer gjennom tollene. Dette er arbeidsoppgaver man har krav på at tjenestemannen utfører, men hvor vedkommende utnytter sin posisjon som gir han anledning til å forsøke å tilegne seg ekstra betaling.

Det er et anerkjent norsk avtalerettslig prinsipp at det er en alminnelig språklig forståelse av ordlyden skal legges til grunn ved tolkning av kontrakten.⁷⁴ Dersom kontrakten inneholder ord og uttrykk som kan forstås på mer enn en måte, kan man finne frem til en løsning ved å se på ulike bestemmelser i kontrakten i sammenheng.⁷⁵

Ordlyden i kontraktsbestemmelsen som er benyttet som eksempel ovenfor kan illustrere poenget. Uttrykkene «bribes» og «facilitation payments» kan leses og forstås på flere måter, hvilket medfører at partene i kontraktsforholdet kan tenkes å legge et ulikt meningsinnhold til grunn. Den ene parten kan for eksempel lese kontraktsvilkåret slik at i bestikkelse ligger det

⁷³ Ot. Prp. Nr. 78 (2002-2003) s. 31.

⁷⁴ Knoph (2004) s. 254. En del av det objektive tolkningsprinsipp.

⁷⁵ Knoph (2004) s. 248.

implisitt et krav om at det må gjelde utilbørlige fordeler. På motsatt side kan den andre parten kan lese kontraktsvilkåret slik at enhver bestikkelse medfører kontraktsbrudd, ordlyden «*in any form*» kan tale for en slik tolkning.

Dersom tolkningen av ordlyden i kontraktsvilkåret alene ikke gir tilstrekkelig klart svar på hva som skal til for at en bestikkelse eller tilretteleggingsbetaling utgjør kontraktsbrudd ledes man over til neste steg i tolkningsprosessen, som er å tolke kontraktsvilkåret i lys av kontraktens øvrige vilkår.⁷⁶

2.3.2 Sammenheng med kontraktens øvrige kontraktsbestemmelser

For å fastlegge hvilket meningsinnhold kontraktsvilkåret har kan definisjoner i kontrakten gi veiledning. I store og komplekse kontrakter er det vanlig med en innledende seksjon som definerer viktige begreper. Se for eksempel NF 07 og NTK, begges 15 Art. 1, som lister opp henholdsvis 28 og 31 viktige begreper i kontraktene. Noen av begrepene er definert på forhånd mens andre defineres i fellesskap mellom kontraktspartene i det enkelte kontraktsforhold. Dersom for eksempel «bribes» eller «facilitation payments» er definert i en slik definisjonsseksjon i en kontrakt må dette være utgangspunktet for hva partene har bundet seg til.

Partene kan også tenkes å ha definert begrepene knyttet til korrupsjon i retningslinjer eller anti-korrupsjonsprogram. Som nevnt innledningsvis er det vanlig at de store oljeselskapene og også leverandører har utarbeidet etiske retningslinjer som ofte omhandler anti-korrupsjon. Dersom kontraktspartene gjennom retningslinjene og anti-korrupsjonsprogram har definert hva de anser som korrupsjon, bestikkelser, tilretteleggingsbetalinger m.m. og disse er en del av kontraktsdokumentene som er vedtatt av partene kan kontraktsvilkårene tolkes i tråd med disse. Dersom partene har avtalt at for eksempel selskapets retningslinjer skal gjelde i kontraktsforholdet mellom partene er både leverandøren og selskapet bundet av dette. Spørsmål om forrang mellom de ulike kontraktsdokumentene vil først komme på spissen dersom det foreligger motstrid mellom avtaledokumentet og retningslinjene, som typisk vil være et vedlegg til kontrakten.⁷⁷

⁷⁶ Knoph (2004) s. 255.

⁷⁷ Kaasen (2006) s. 89.

Som eksempel på hvordan korrupsjon er definert i retningslinjer i en kontraktsrettslig sammenheng vises det til NF 07, der «krav til etikk, anti-korrupsjon og menneskerettigheter» skal inntas som vedlegg D til kontrakten, som omfatter både «Ethics in Statoil» og «Hydro Integrity Program». ⁷⁸ Statoil ASA og Hydro har definert hva selskapene anser som korrupsjon og hvilke krav de stiller til etterlevelse. ⁷⁹ I «Ethics in Statoil» omfatter korrupsjon bestikkelser og påvirkningshandel. ⁸⁰ Bestikkelser er videre definert som forsøk på å påvirke noen i dets virke gjennom å tilby en utilbørlig fordel. Både aktiv og passiv bestikkelse rammes av bestemmelsen, og forbudet gjelder både i privat og i offentlig sektor, i likhet med de norske straffebestemmelsene. Det er tilstrekkelig at det er gjort forsøk på bestikkelser. ⁸¹ «Facilitation payments» er også forbudt med mindre liv og helse står i fare dersom betalingen ikke blir gjort, og forutsatt at den blir rapportert inn og korrekt regnskapsført. ⁸² Dette forbudet mot betalinger av «facilitation payments» ligner på forbudet i den norske straffelovgivningen. Etter de norske straffebestemmelsene er «facilitation payments» en ulovlig betaling dersom betalingen etter en utilbørlighetsvurdering må anses som klart klanderverdig, men det er gjort unntak for betalinger der liv og helse står på spill. Utilbørlighetsvurderingen i straffeloven vil behandles nærmere nedenfor.

I «Hydro Integrity Program» er det forbudt å gi eller tilby en offentlig tjenestemann eller tredjepersoner en utilbørlig fordel med hensikt å skaffe eller beholde virksomhet. ⁸³ Forbudet retter seg mot den aktive bestikker. Tilretteleggingsbetalinger defineres ikke. Videre er det forbud mot å tilby eller motta gaver eller tjenester under visse stadier i kontraktsprosessen.

Både i «Ethics in Statoil» og i «Hydro Integrity Program» er en betaling forbudt når den representerer en utilbørlig fordel. Kontraktsvilkåret som er nevnt ovenfor inneholder ikke noen reservasjon som kan leses direkte av ordlyden om at bestikkelsene må være utilbørlige for at handlingen utgjør et kontraktsbrudd.

⁷⁸ NF 07, protokollens art. 3.

⁷⁹ NF 07 protokollens art. 3.

⁸⁰ «Ethics in Statoil» art. 3.4 «Corruption».

⁸¹ «Ethics in Statoil» art. 4.5 «Corruption».

⁸² «Ethics in Statoil» art. «Facilitation payments».

⁸³ «Hydro Integrity Program» punkt «Improper payments».

Innledningsvis i metodekapittelet ble det anført at standardkontrakter kan anvendes som rettskilde på allment grunnlag på obligasjonsrettens område.⁸⁴ Løsningene som er presentert i NF og NTK er ofte gode løsninger, da disse er fremforhandlet mellom bransjeorganisasjoner. Hva gjelder retningslinjene og anti-korrupsjonsprogrammene er disse kun vedlegg til kontrakten noe som gjør dem mindre tilgjengelige. Reelle hensyn taler for å kunne tolke kontraktsvilkår i lys av NF og NTK, selv om de ikke må legges til grunn som en selvstendig rettskilde. Dette åpner for at det kan innfortolkes en utilbørighetsvurdering ved vurderingen av om en bestikkelse er skal utgjøre kontraktsbrudd. Innholdet i en utilbørighetsvurdering blir drøftet nærmere rett nedenfor.

2.3.3 Tolkning av kontraktsvilkår i lys av strafferetten

Korrupsjon er hovedsakelig et strafferettslig konsept som i stadig økende grad blir benyttet i en kontraktsrettslig sammenheng. Det kan dermed reises spørsmål om i hvilken grad man kan trekke paralleller til strafferettens begreper om korrupsjon ved tolkningen av når korrupsjon utgjør kontraktsbrudd. Både i ulike kontraktsvilkår og i anti-korrupsjonsprogram ser man at flere av oljeselskapene utformer bestemmelsene slik at de samsvarer med, eller også er strengere enn lovgivning om korrupsjon.

Utgangspunktet for tolkningen av kontraktsbestemmelser er ordlyden partene har brukt.⁸⁵ Det vil først og fremst være der kontrakten og dennes ordlyd ikke gir et klart svar på hvordan ordlyden skal forstås at bakgrunnsretten kan ha betydning for tolkningen av kontrakten. Det er diskuterbart hvorvidt strafferetten kan betraktes som bakgrunnsrett i kontraktsrettslige spørsmål. Når strafferettslige ulovlige handlinger blir benyttet som grunnlag for kontraktsbrudd taler reelle hensyn for at man ved tolkning av uklare eller tvetydige kontraktsvilkår kan tolke disse i lys av strafferetten. I straffesaker kan korrupsjon bli sanksjonert med bøter, fengsels- og foretaksstraff, mens i kontraktsforhold kan korrupsjon bli sanksjonert med blant annet terminering av kontrakten. Det strafferettslige og kontraktsrettslige perspektivet har på denne måten likhetstrekk, ved at adferd som kan beskrives som korrupsjon sanksjoneres.

Nedenfor redegjøres det kort for hovedtrekkene ved straffeloven av 2005 § 387 om korrupsjon og hvordan korrupsjon er definert.

⁸⁴ Se pkt. 1.4.

⁸⁵ Knoph (2004) s. 249.

Ordlyden i straffeloven av 2005 § 387 om korrupsjon:

§ 387. Korrupsjon

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som

a) for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag, eller

b) gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføringen av oppdrag.

Med stilling, verv eller oppdrag i første ledd menes også stilling, verv eller oppdrag i utlandet.

Det fremgår av forarbeidene til loven at bestemmelsen fullt ut viderefører straffeloven av 1902 § 276 a og at forarbeidene til den nå opphevede straffeloven har fortsatt relevans.⁸⁶ Straffeloven § 387 første ledd bokstav a og b definerer hva som regnes som korrupsjon. Adferden å kreve, motta eller akseptere tilbud om en utilbørlig fordel har etter forarbeidene fått betegnelsen passiv korrupsjon, mens adferden å gi eller tilby en utilbørlig fordel betegnes som aktiv korrupsjon. Både passiv og aktiv korrupsjon retter seg begge til den passive bestikker sin stilling, verv eller oppdrag.⁸⁷

Kjernepunktet i straffebestemmelsen er hva som kan anses som en utilbørlig fordel, da enhver fordel ikke er ment å omfattes av bestemmelsen. Det er kun forhold som anses som klart klanderverdige som kvalifiserer som utilbørlige.⁸⁸ I forarbeidene til straffeloven fremgår det hvilke momenter som kan tjene som veiledning for å vurdere om fordelen skal kvalifiseres som utilbørlig eller ikke. Det kan blant annet være av betydning om fordelen har en økonomisk verdi eller ikke, partenes stilling og posisjon samt formålet med fordelen.⁸⁹ Ved bedømmelsen om korrupsjonen anses som grov etter § 388 er det av betydning hvem som er forsøkt bestukket, verdien av bestikkelsen, risikoen for skade samt metoden som er brukt.⁹⁰

⁸⁶ Or.prp.nr. 22 (2008-2009) Sidetall ikke oppgitt.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 54.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 56.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 56.

⁹⁰ Henviing forarbeidene.

«Facilitation payments» kan omfattes av straffebestemmelsen, også her forutsatt at fordelene som ytes er utilbørlig. I forarbeidene fremkommer det at det er en skjønnsmessig vurdering som skal legges til grunn, «facilitation payments» gitt under tvang er eksempelvis ikke straffbart.⁹¹

En sammenligning av hvilke krav lovbestemmelsene stiller for straffbarhet og kontraktsvilkår som gjelder kontraktsbrudd som følge av korrupsjon viser at noen kontraktsbestemmelser stiller strengere krav enn lovgivningen. Kontraktsvilkåret som er benyttet ovenfor som eksempel kan illustrere forskjellen:

«... (ii) directly or indirectly offers, pays, solicits or accepts bribes in any form, including facilitation payments; ...».

Det fremgår ikke av ordlyden i dette kontraktsvilkåret at det skal foretas en vurdering av om bestikkelsen eller tilretteleggingsbetalingen må karakteriseres som utilbørlig eller klart klanderverdig, jf. også ordlydens ordbruk «*in any form*». En streng ordlydsfortolkning av kontraktsvilkåret slik dette er utformet vil kunne medføre at enhver betaling eller mottakelse av «facilitation payments» utgjør kontraktsbrudd. På denne måten fremstår kontraktsvilkåret som mer rigid enn straffebestemmelsene.

Videre kan ansettelses- og oppdragsavtaler og interne retningslinjer tillegges vekt i utilbørlighetsvurderingen. Slike avtaler og retningslinjer kan regulere hvilke gaver og fordeler som for eksempel ansatte i et selskap kan motta. Det fremgår likevel klart av forarbeidene at ikke ethvert brudd på en eventuell avtale eller retningslinje vil føre til at mottakelse av gaven eller fordelene er utilbørlig.⁹² Kravet til at forholdet må være klart klanderverdig gjelder også i disse tilfellene.

Noen retningslinjer og anti-korrupsjonsprogram går i detalj på hvilke gaver en ansatt kan motta eller ikke. Som eksempel kan nevnes «Ethics in Statoil» sin regulering av hvilke gaver det er

⁹¹ Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 57.

⁹² Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) s. 56.

anledning å motta. Det er stilt forbud mot å motta gaver med unntak av gaver som er «...*promotional items of minimal value normally bearing a company logo...*» og gaver som «*clearly give offence to refuse*». Sistnevnte må leveres til Statoil – og anses som selskapets eiendom.⁹³ Med en slik detaljert regulering vil det kunne være enklere for de ansatte å vite hvordan de skal forholde seg til situasjoner som kan ligge i grenseland for hva som må anses som korrupsjon.

Når det gjelder spørsmålet om kontraktsbestemmelser bør tolkes i lys av strafferettens krav til ulovlig korrupsjon vil rettferds- og rimelighetsbetraktninger kunne trekke i begge retninger. Det kan være enklere for selskapet å operere med klart definerte begreper som ikke krever en utilbørighetsvurdering, og ha strenge reaksjoner overfor bestikkelser og tilretteleggingsbetalinger. Selskapet kan velge å føre en hard linje, hvor for eksempel enhver tilretteleggingsbetaling betalt av leverandøren vil kunne utgjøre kontraktsbrudd. Det er ikke selskapets ansvar å fungere som et rettsapparat og vurdere hvorvidt leverandørens klanderverdighet er straffbar etter loven. De vil først og fremst ønske å sikre egne interesser og avslutte kontraktsforhold med leverandører som er innblandet i korrupsjon dersom det er sjans for at selskapet kan risikere å bli innblandet. Selskapet vil kunne ha interesse av å terminere kontrakten uavhengig av om leverandøren kan dømmes til straffeansvar. Det krever også ressurser for selskapet å foreta vurderinger for når betalinger skal anses som utilbørlige eller ikke. Da det ofte er vanskelig å trekke grenser for hva som er lovlig og hva som er ulovlig korrupsjon, vil selskapene kunne oppfatte dette som å handle i en gråson.

På den annen side er det ikke gitt at domstolene vil være enig i en slik streng ordlydsfortolkning når tolkningen kan åpne for flere tolkningsalternativer. De norske straffebestemmelsene om korrupsjon gir gjennom forarbeidene til loven om hvordan en utilbørighetsvurdering kan foretas. Dette taler for å anvende strafferetten som bakgrunnsrett ved tolkning av kontraktene. I motsetning til for eksempel anti-korrupsjonsprogram og retningslinjer som benytter seg av begrepene «utilbørlig fordel», gir forarbeidene til loven en grundig innføring i den rettslige standarden og vurderingsmomenter.

Å anvende utilbørighetskravet som blir benyttet ved vurdering av om et forhold er straffbart etter straffeloven §§ 387 og 388 vil medføre at vurderingen av hvorvidt kontraktsbrudd foreligger blir mer nyansert. Dessuten viser også bruken av begrepet utilbørlige fordeler i NF og

⁹³ «Ethics in Statoil» art.4.4 «Gifts and hospitality».

Statoil ASA og Hydro sine retningslinjer at en utilbørighetsvurdering ikke kun er forbeholdt straffesaker.

Gjennom utilbørighetsvurderingen kan man avgrense mot de tilfellene som ikke kan anses som klanderverdige. Eksempler på slike forhold formuleres i forarbeidene til straffeloven som fordeler hvor det vil stride mot den alminnelige rettsbevissthet å kriminalisere, samt andre mindre gaver.⁹⁴ Videre kan det for eksempel være unnskyldelig å foreta en tilretteleggingsbetaling dersom liv og helse står i fare. På motsatt side vil bestikkelser eller tilretteleggingsbetalinger som representerer en stor verdi, foretatt av sentrale ledelsespersoner, i strid med foreliggende retningslinjer m.m. tale for at forholdet er klanderverdig.

2.3.4 Konklusjon

Når partene har inngått en kontrakt og samtykket til strenge anti-korrupsjonsbestemmelser er det disse som gjelder i kontraktsforholdet mellom partene. Dette må som hovedregel også gjelde der partene stiller strengere krav til å operere korrupsjonsfritt enn straffelovgivningen.

Betydningen av NF og NTK sine retningslinjer og strafferetten som bakgrunnsrett vil først og fremst kunne komme til anvendelse gjennom tolkning eller utfylling av kontraktene der kontraktsvilkårene er uklare og kan lede til flere tolkningsalternativer. Dersom partene ikke har regulert korrupsjon i sine kontrakter må anvendelse av NF og NTK som referanseramme og strafferetten som bakgrunnsretten anses som en god løsning.

Problemstillingen som ble reist innledningsvis gjaldt hva som skulle til for at korrupsjon utgjør kontraktsbrudd. En streng ordlydsfortolkning av kontraktsvilkår som ikke åpner for at det tas forbehold mot handlinger som ikke klanderverdige, tilsier at det ikke gjelder noen nedre grense for når korrupsjon kan utgjøre kontraktsbrudd. En streng ordlydsfortolkning av kontraktsvilkåret som er benyttet som eksempel ovenfor vil medføre at enhver bestikkelse og enhver tilretteleggingsbetaling kunne utgjøre kontraktsbrudd. En streng ordlydsfortolkning gir ikke grunnlag for å trekke inn en utilbørighetsvurdering av hvorvidt bestikkelsen eller tilretteleggingsbetalingen er klanderverdig, jf. også ordlydens ordbruk «*in any form*». Motsetningsvis vil handlinger først anses klanderverdige etter straffeloven og «Ethics in Statoil» dersom handlingen består i å gi eller motta utilbørlige fordeler.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 78 s. 56.

2.4 Kontraktsbrudd – grunnlag for innfortolkning av skyldkrav?

Ved anvendelsen av handlinger som er ulovlige i en strafferettslig sammenheng som grunnlag for å konstatere kontraktsbrudd kan noen særlige kontraktsrettslig spørsmål reises, herunder om det er grunnlag for å innfortolke et skyldkrav i bestemmelsene for å konstatere kontraktsbrudd.

Hvorvidt kontraktsbrudd foreligger må fastsettes på bakgrunn av partenes forpliktelser i kontrakten og hvorvidt det foreligger avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse. Det er også en forutsetning at kontraktsbruddet gjelder forhold kreditor har risikoen for. Vurderingen av om det foreligger kontraktsbrudd er objektiv, og hvorvidt debitor kan klandres er således ikke relevant.⁹⁵ Vurderingen skiller seg fra avgjørelsen av om et kontraktsbrudd er vesentlig – der har misligholderens skyld betydning i vurderingen.⁹⁶

Skyldkravet for å bli straffet for både korrupsjon og grov korrupsjon er forsett, jf. straffeloven §§ 387 og 388 jf. § 21. Vedkommende må ha handlet med tilstrekkelig grad av skyld. Det samme gjelder ikke for ileggelse av foretaksstraff jf. straffeloven § 27. Den nye straffebestemmelsen viderefører ikke den eldre rettstilstanden om at det må foreligge skyld hos en bestemt person som har handlet på vegne av foretaket eller for anonyme og kumulative feil.⁹⁷ Ved avgjørelsen av om foretaksstraff skal ilegges er tilknytningen et viktig moment, herunder om vedkommende som begikk handlingen handlet på vegne av foretaket.⁹⁸

Kontraktsbestemmelser som fastslår at korrupsjon er kontraktsbrudd vil ofte ha et form for tilknytningskrav. Kontraktsbestemmelsen det ble vist til ovenfor har et slikt tilknytningskrav, men da til selve kontrakten: «... *any of CONTRACTOR GROUP when performing WORK in connection with the CONTRACT*”. (Min utheving). Det er ikke noe krav om at vedkommende som har foretatt handlingen må ha handlet på vegne av leverandøren.⁹⁹ Forskjellen på å handle i tilknytning til en kontrakt og på vegne av leverandøren kan virke flytende, men det finnes ulikheter. Vedkommende sin stilling kan ha betydning for om personen har handlet på vegne

⁹⁵ Hagstrøm () s. 326.

⁹⁶ Hagstrøm () s. 435.

⁹⁷ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁹⁸ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 432.

⁹⁹ Problemstillinger knyttet til dette drøftes i kapittel 4 om identifikasjon på leverandørsiden.

av foretaket, og personer med ledende stillinger vil lettere anses for å handle på vegne av et foretak. Til sammenligning vil en underordnet ansatt, som ikke handler på vegne av selskapet, men foretar en bestikkelse i forbindelse med kontrakten anses for å ha handlet i tilknytning til kontrakten. En slik handling kan for eksempel være å foreta bestikkelse til en ansatt i tollens under en jobbreise på en flyplass i utlandet i forbindelse kontrakten.

Det kan virke strengt med en ren objektiv vurdering uten at det vurderes om vedkommende som har foretatt en handling som korrupsjon har handlet med tilstrekkelig grad av skyld. Samtidig må skillet mellom kontraktsretten og strafferetten holdes adskilt. Det foreligger ikke rettspraksis eller andre holdepunkter for å fravike den objektive normen for å vurdere om kontraktsbrudd foreligger.

Når straffeloven av 2005 om foretaksstraff har skjerpet rettstilstanden hva gjelder ileggelse av foretaksstraff og at det ikke skal stilles krav til skyld – vil det trolig ikke være grunnlag for å innfortolke et skyldkrav i kontraktsrettslige bestemmelser.

3 Identifikasjon

3.1 Innledning

Leverandørkontrakter i oljeindustrien opererer ofte med kontraktsvilkår der leverandøren er ansvarlig både for sine egne ansatte og eventuelle underleverandører sine handlinger. I noen kontraktsvilkår gjelder dette også ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon. I dette kapitlet behandles problemstillingen om ethvert brudd på korrupsjonsbestemmelsene kvalifiserer til kontraktsbrudd eller om det bør foretas en avgrensning av hvem leverandøren må identifiseres med. Leverandører i petroleumsbransjen vil hovedsakelig være juridiske personer.¹⁰⁰ Det blir for det første spørsmål om hvilke ansatte som identifiseres med leverandøren som juridisk person, dernest om det kan foretas identifikasjon mellom leverandøren og eventuelle underleverandører.

¹⁰⁰ En juridisk person kan defineres som et «rettssubjekt som uten å være en fysisk person kan ha rettigheter og plikter og foreta rettsstiftende handlinger ...». Gisle (2010) s. 199.

I profilerte korrupsjonssaker hører man ofte om personer i ledende stillinger som har foretatt korrupte transaksjoner. Det vil ofte være disse personene som har anledning til å foreta transaksjonene og som har tilgang til beløpene som gis dersom det er snakk om store bestiktelser.¹⁰¹ Det er likevel ikke utelukket at også underordnede ansatte hos leverandøren eller hos underleverandøren foretar korrupte transaksjoner, herunder bestiktelser eller tilretteleggingsbetalinger.

Underordnede ansatte representerer ofte den utøvende driften hos leverandøren og kan således lett havne i situasjoner der det for eksempel kreves tilretteleggingsbetalinger av tjenester, forhandling av bikontrakter, agenttjenester og lignende. Selv om slike situasjoner kan fremstå som dagligdagse og uttrykk for lokal praksis, vil slike betalinger kunne være grunnlag for kontraktsbrudd og terminering i noen kontraktsbestemmelser. For ledelsen hos leverandøren kan det være vanskelig å ha kontroll med at slike betalinger ikke blir gjort, men det er likevel ledelsens ansvar å sørge for anti-korrupsjonsarbeid i foretaket.

Kontraktskjeden i leverandørkontraktene i petroleumsindustrien kan ofte være lang og kompleks. I forbindelse med større prosjekter er det ikke uvanlig at selskapet inngår kontrakt med en leverandør, som igjen har sine underleverandører, som igjen har sine underleverandører. I slike kontrakter er det normalt at leverandøren har ansvar for sine underleverandører. For leverandøren kan det være vanskelig å ha kontroll med hvilke handlinger underleverandørene og disses ansatte foretar.

Nedenfor vises det først til et eksempel på ordlyden i et kontraktsvilkår og tolkningen av dette. Deretter analyseres rettspraksis i spørsmålet om hvilke fysiske personer som bør identifiseres med leverandøren, før det foretas en analyse av rettspraksis med tanke på hvilke andre selskaper som må identifiseres med leverandøren.

3.1.1 Leverandøren og leverandørgruppen

Noen kontraktsbestemmelser er formulert slik at selskapet har en hevingsrett når kontraktsbruddet som følge av korrupsjon skyldes leverandøren. Andre bestemmelser angir eksplisitt at

¹⁰¹ Se for eksempel TOSLO-2014-22670, «YARA-saken» i punkt 2. Retten uttalte at personene som alle ble funnet skyldige i korrupsjon «... var i en posisjon hvor de kunne sette selskapets kontroll og rutiner til stede».

også overtredelse foretatt av leverandørgruppen og/eller underleverandører anses som kontraktsbrudd. Som med de andre kontraktsvilkårene er det ordlyden i kontrakten som er utgangspunktet for å fastsette innholdet i kontraktsbestemmelsene. I følgende kontraktsvilkår vil handlinger som er brudd på korrupsjonsbestemmelsene foretatt av både leverandøren og leverandørgruppen medføre kontraktsbrudd:

«...breach of CONTRACT on the part of CONTRACTOR that is not capable of remedy including the event that any of CONTRACTOR GROUP when performing WORK in connection with the CONTRACT: (i) fails to comply with applicable competition laws; (ii) directly or indirectly offers, pays, solicits or accepts bribes in any form, including facilitation payments;...». (Minutheving).

Ved tolkning av dette vilkåret blir det først et spørsmål om hvilke fysiske personer som må identifiseres med leverandøren. En tolkning av ordlyden «contractor» kan bety leverandøren som juridisk person og alle som kan identifiseres med leverandøren, eller det kan bety leverandøren og alle dens ansatte. Derneft blir det spørsmål om hvilke selskaper som utgjør «contractor group». Leverandørgruppen vil normalt forstås som å inkludere alle underleverandørene. Dersom man legger til grunn at leverandøren er ansvarlig for alle sine ansattes og underleverandørers handlinger blir det spørsmål om man kan tolke disse kontraktsvilkårene innskrenkende, herunder foreta en avgrensning for hvem leverandøren bør identifiseres med.

3.1.1.1 Hvilke fysiske personer skal identifiseres med leverandøren?

I forbindelse med spørsmålet om hvilke fysiske personer som kan identifiseres med leverandøren er det i juridisk teori lagt til grunn at leverandørens styre og administrerende direktør kan betegnes som leverandøren.¹⁰² Når det gjelder andre ansatte hos leverandøren kan den ansattes formelle posisjon fungere som et utgangspunkt i vurderingen hvorvidt denne bør identifiseres med leverandøren.¹⁰³ I vurderingen kan det også legges vekt på hvor vide fullmakter vedkommende har. Videre er det antatt at personer som har «den øverste myndighet innenfor et avgrenset område av leverandørens virksomhet, i hvert fall forutsatt at området dekker en selvstendig

¹⁰² Spørsmålet er behandlet i forbindelse med NF 05. Kaasen (2006) s. 605.

¹⁰³ Kaasen (2006) s. 606.

*funksjon i forhold til kontraktsoppfyllelsen, slik at personen treffer selvstendige beslutninger med virkning for oppfyllelsen» kan identifiseres med leverandøren.*¹⁰⁴

Kontraktsvilkårenes utforming få betydning for hvem som anses som leverandøren. Dersom et kontraktsvilkår kun angir at handlinger som er brudd på korrupsjonsbestemmelsene foretatt av «leverandøren» fører til kontraktsbrudd, kan det argumenteres for at det må foretas en avgrensning. På motsatt side vil kontraktsvilkår som eksplisitt angir «leverandøren og dennes ansatte» osv. tale mot at det skal foretas en avgrensning. Hvem som omfattes av leverandøren er ikke definert i hverken NF 07 eller NTK 15, men leverandørgruppen er definert, se rett nedenfor. Ved en lesning av flere kontraktsvilkår i sammenheng kan svaret utledes. Leverandørgruppen omfatter blant annet ansatte hos underleverandøren, og dette taler for at de ansatte er medregnet hos leverandøren.

3.1.1.2 Identifikasjon med underleverandører?

Leverandørkontrakter i petroleumsindustrien har et særpreg, ved at selskapet normalt inngår kontrakt med en leverandør, som ofte igjen har sine underleverandører. Kontraktkjeden kan være lang og kompleks. Hvem som omfattes av «contractor group» vil ofte være definert i kontraktene. I NF 07 og NTK 15 er «contractor group» definert som «... *Leverandøren, hans Tilknyttede Selskaper som deltar i Arbeidet, hans Underleverandører og deres leverandører og underleverandører, deltagere i et foretak som er etablert for å utføre Arbeidet, og de ansatte i de nevnte selskaper og foretak*». ¹⁰⁵ Dette innebærer at leverandørgruppen kan omfatte en vid selskaps- og personkrets som potensielt kan føre til at leverandøren holdes ansvarlig.

3.2 Identifikasjonsspørsmålet i rettspraksis

I det følgende benyttes rettspraksis både fra Høyesterett, Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Rana tingrett og Oslo Byfogdembete til å illustrere problemstillingen. Målet er å finne hvilke momenter som kan anvendes ved en eventuell avgrensning av hvilke personer og selskaper som må identifiseres med leverandøren, både der kontraktsvilkåret gir grunnlag for det eller der reelle hensyn taler for en slik løsning.

¹⁰⁴ Kaasen (2006) s. 607. Grensene er drøftet i forbindelse med ansvarsfraskrivelser, men prinsippene for hvem som skal identifiseres med leverandøren må antas å være generelle.

¹⁰⁵ NF 07 art. 1.15 og NTK 15 art. 1.16.

3.2.1 Norconsult-saken Rt. 2013 s. 1025:

En avgjørelse fra Høyesterett i 2013 gjaldt spørsmål knyttet til ileggelse av foretaksstraff i et selskap på bakgrunn av korrupsjon, den såkalte Norconsult-saken.¹⁰⁶ Fra et kontraktsrettslig perspektiv er avgjørelsen interessant, da drøftelsene om hvilke fysiske personer som måtte identifiseres med selskapet må antas å gjelde også utenfor strafferettens område.

Bakgrunnen for saken var Norconsult sitt samarbeid med to andre selskap i et «joint venture» i Tanzania. Tre ansatte i Norconsult ble dømt for medvirkning til korrupsjon i Oslo tingrett i 2011, på bakgrunn av en avtale med «Dar es Salaam Water and Sewerage Authority» som ga ansatte hos oppdragsgiveren rett på 5 % av kontraktssummen. En av de ansatte ble frifunnet i lagmannsretten. For Høyesterett gjaldt spørsmålet om Norconsult skulle ilegges foretaksstraff og vurderingen knyttet seg hovedsakelig til en av de ansattes handlinger, heretter omtalt som A, vedkommende var styrerepresentant i fellesforetaket (joint venture).

Høyesterett vurderte blant annet anførselen fra Norconsult om at A ikke var på ledelsesnivå, at ingen på ledelsesnivå var å klandre og at behovet for å straffe Norconsult dermed ikke var tilstede.¹⁰⁷ Vurderingene det vises til nedenfor knyttet seg til straffeloven § 48 b bokstav a om preventiv virkning og bokstav c om selskapets retningslinjer.¹⁰⁸ Høyesterett fant at A var en «... *betrodd medarbeider, som representerte selskapet utad*».¹⁰⁹ Han hadde blant annet signert kontrakten på vegne av Norconsult, han var selskapets representant i fellesforetakets styre og han var gitt i oppdrag av divisjonsdirektøren å følge opp samarbeidet. Høyesterett fant at det er det reelle ansvaret en ansatt i bedriften har som må være det avgjørende og ikke det formelle.¹¹⁰ Høyesterett viste til tre avgjørelser og vurderte dem slik at dersom selskapets ledelse var å bebreide for å ikke ha truffet adekvate tiltak som kunne forebygget hendelsene, kunne foretaksstraff benyttes selv om handlingen skulle ha vært foretatt av en underordnet ansatt.

Høyesterett konkluderte med at Norconsult hadde manglende tiltak for å hindre korrupsjon på tiden da handlingene fant sted, noe som talte for å ilegge foretaksstraff. Etter en helhetsvurdering ble likevel foretaksstraff ikke ilagt, da det blant annet ble lagt vekt på at det var gått lang

¹⁰⁶ Rt. 2013 s. 1025.

¹⁰⁷ Dommens premiss 42.

¹⁰⁸ Straffeloven av 1902.

¹⁰⁹ Rt. 2013 s. 1025 premiss 44.

¹¹⁰ Ibid. dommens premiss 43 og 44.

tid fra handlingene fant sted, selskapet var blitt utestengt fra Verdensbankens prosjekter og kunne stå i fare for utestengelse fra det norske markedet for offentlige anskaffelser, samt at Norconsult hadde iverksatt tiltak mot korrupsjon i etterkant av hendelsen, såkalt «self-cleaning».

Norconsult-saken viser at det ikke alltid er personer i selskapets styre eller ledelse som foretar korruperte transaksjoner. Videre ser man hvilke konsekvenser et foretak står i fare for å møte på grunnlag av korruperte handlinger foretatt av enkeltpersoner. Som Høyesterett bemerket i saken var handlingen utført av en enkeltperson, og representerte ikke en korrupsjonskultur i selskapet. Videre viser dommen at selv om ulovlige handlinger begås av underordnede ansatte kan hva styret eller ledende personer i selskapet har gjort for å nettopp forhindre slike handlinger ha betydning for om foretaksstraff skal ilegges eller ikke. Dermed vil de preventive tiltakene et foretak foretar gjennom retningslinjer og anti-korrupsjonsarbeid tillegges betydning. Videre vil foretakets «self-cleaning»-tiltak kunne vurderes, altså hva selskapets ledelse gjør i etterkant av avdekkelse av ulovlig korrupsjon.

Norconsult-saken gjelder spørsmål om ileggelse av foretaksstraff, men gir veiledning med tanke på hvilke fysiske personer som kan identifiseres med leverandøren. Momentene som kan utledes av dommen for vurdering av hvilke fysiske personer som bør identifiseres med foretaket er hvorvidt vedkommende representerer selskapet utad, hvilket reelt ansvar vedkommende har, hvorvidt vedkommende har signaturrett og om den ansatte sitter i et styre.

Det må skilles mellom terminering av kontrakter og ileggelse av foretaksstraff. Foretaksstraff er en straffesanksjon mens terminering av kontrakt er en sivilrettslig handling. Samtidig vil en terminering av kontrakt som følge av korrupsjon inneholde et straffelement fra selskapets side. Leverandøren mister en kontrakt som følge av handlinger som er forbudte i en kontraktsrettslig kontekst. Å tillegge de samme momentene ved avgjørelsen av hvilke personer som må identifiseres med leverandøren er følgelig ikke helt urealistisk.

3.2.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser KOFA-2011-206

Spørsmålet om identifikasjon mellom en leverandør og dennes ansatte er blitt behandlet i Klagenemnda for offentlige anskaffelser og Rana tingrett. KOFA-2011-206 gjaldt offentlige anskaffelser og spørsmål om avvisning av en leverandør som følge av korrupsjon. Spørsmålet i saken var om Rana kommune hadde brutt forskrift om lov om offentlige anskaffelser § 11-10

(1) bokstav e ved å ikke avvise leverandøren på grunnlag av at en av de ansatte var straffedømt for korrupsjon. Forskriften § 11-10 (1) bokstav e pålegger oppdragsgiver å avvise leverandører som blant annet er dømt for korrupsjon.¹¹¹

Rana kommune hadde holdt åpen anbudskonkurranse for rehabilitering av en skole og mottok tilbud fra to ulike selskap. Klager i saken, selskapet som ikke vant anbudskonkurransen, førte saken inn for KOFA og de hevdet at selskapet som fikk oppdraget skulle ha vært avvist på bakgrunn av at en ansatt i selskapet som vant anbudskonkurransen ble dømt for grov korrupsjon i 2009.¹¹²

Det foreligger en detaljert regulering av offentlige anskaffelser, men disse reglene vil ikke bli drøftet i det følgende. Det relevante i saken er hvordan klagenemnda vurderer identifikasjon mellom entreprenørselskapet og den ansatte. Da den aktuelle forskriften i saken ikke inneholdt retningslinjer om identifikasjon, uttalte klagenemnda at identifikasjon må avgjøres konkret i den enkelte sak.¹¹³

Klagenemnda konkluderte med at det måtte skje en identifikasjon mellom den straffedømte og selskapet og at Rana kommune hadde brutt forskriften ved å ikke avvise leverandøren. Klagenemnda la avgjørende vekt på at den straffedømte hadde en sentral administrativ rolle, hans oppgaver var sentrale for selskapets drift og at han hadde en nøkkelrolle i selskapet samt eierandel. Denne avgjørelsen ble satt til side av Rana tingrett, se drøftelsen nedenfor i punkt 3.2.3.

¹¹¹ Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 annet ledd bokstav d, kan en leverandør bli avvist dersom denne i «sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». Videre følger det av departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser pkt. 13.2.2 at leverandøren kan avvises dersom det foreligger objektive bevis for slike brudd.

¹¹² Rt.2009 s. 130.

¹¹³ KOFA-2011-206 premiss 23.

3.2.3 Rana tingrett saksnr. 14-063096TVI-RANA

Avgjørelsen fra KOFA ble anket inn for Rana tingrett i 2014, og det ble avsagt dom i saken i 2015.¹¹⁴ Parten som var klager i KOFA-saken saksøkte kommunen med krav om positiv kontraktsinteresse, subsidiært krav om negativ kontraktsinteresse, i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 10.¹¹⁵

Retten kom frem til at den straffedømte ikke kunne identifiseres med leverandøren og Rana kommune ble frifunnet. Retten vurderte om den korrupsjonsdømte hadde hatt oppgaver knyttet til den sentrale driften av selskapet. Det ble vist til KOFA avgjørelse 2009-28, der klagenemnda påpekte at identifikasjon mellom et selskap og en ansatt med en underordnet stilling kan skje, dersom vedkommende har hatt sentrale oppgaver i driften av selskapet.¹¹⁶ Retten vurderte det slik at den straffedømte ikke hadde noe å gjøre med forberedelsen eller utførelsen av det konkrete tilbudet til anbudskonkurransen, og at hans posisjon som dominerende eier dermed ikke var tilstrekkelig for identifikasjon.¹¹⁷ Videre kom retten frem til at han eller ikke hadde en sentral rolle i driften i selskapet, da han hverken var daglig leder, satt i styret eller hadde signaturrett. Hans eierposisjon med 25 % av aksjene på tidspunktet for handlingene var ikke tilstrekkelig til at han hadde en sentral rolle i driften av selskapet. Retten mente KOFA hadde lagt en for vid forståelse av identifikasjon til grunn for sin avgjørelse.

Saker som gjelder offentlige anskaffelser skiller seg fra private kontraktsinngåelser ved at det finnes et detaljert regelverk. Men som klagenemnda uttalte i sak nr. 2001-206 fremgår det ikke av forskriften til lov om offentlige anskaffelser hvem som kan identifiseres med selskapet, og man må dermed foreta en konkret vurdering. De to ovennevnte sakene fra KOFA og Rana tingrett viser at det går an å operere med retningsgivende kriterier som hvorvidt en ansatt er daglig leder, sitter i et styre, har hatt oppgaver som er sentrale for driften av et selskap, eierposisjon og signaturrett for hvem som kan identifiseres med selskapet, men at det må foretas konkrete vurderinger i den enkelte sak.

¹¹⁴ Rana tingrett saksnr. 14-063096TVI-RANA/.

¹¹⁵ Lov av 16.juli 1999 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

¹¹⁶ KOFA-2009-28 avsnitt 28.

¹¹⁷ Rana tingrett saksnr. 14-063096TVI-RANA/ s. 13.

3.2.4 Oslo byfogdembete: TOBYF-2010-172901

Kjennelsen nedenfor gjelder identifikasjon mellom ulike selskaper. Fra dette kan det trekkes paralleller til spørsmålet om når en leverandør må identifiseres med sine underleverandører.

En kjennelse fra Oslo Byfogdembete avsagt i 2010 gjaldt blant annet spørsmål om terminering av kontrakter som følge av et angivelig korrupsjonsforsøk og overfakturering.¹¹⁸ Et entreprenørselskap hadde inngått rammeavtaler for håndverkertjenester med Oslo kommune. På bakgrunn av et påstått korrupsjonsforsøk foretatt av en ansatt i søsterselskapet til entreprenørselskapet, hevet Oslo kommune rammeavtalene og selskapet ble også avvist fra anbudskonkurranser med kommunen. Korrupsjonsforsøket skal ha bestått av at den ansatte hadde tilbudt en kommunalt ansatt en ferie dersom han gikk med på å si at han hadde godkjent et firma som manglet gyldig dokumentasjon og som var blitt bortvist fra en byggeplass. Entreprenørselskapet fremsatte for Oslo byfogdembete tre begjæringer om midlertidig forføyning med krav om etterlevelse av rammeavtalene og rett til å delta i anbudskonkurransene.

Hva gjaldt heving av rammeavtalene anførte entreprenørselskapet for det første at personen som var beskyldt for å ha utført forsøket på korrupsjon ikke handlet på vegne av entreprenørselskapet og at det forelå en uhjemlet identifikasjon av de to selskapene. Det forelå etter deres syn kun en korrupsjonsmistanke mot deres søsterselskap. Oslo kommune anførte at korrupsjonsforsøket innebar et tilbud som gjaldt et oppdrag entreprenørselskapet hadde ansvar for og at både hendelsesforløpet og familieband sannsynliggjorde at vedkommende som hadde utført korrupsjonsforsøket handlet på vegne av entreprenørselskapet.

Retten bemerket at vedkommende som var ansatt i søsterselskapet og som skulle ha foretatt korrupsjonsforsøket hverken hadde en uformell eller en formell rolle i entreprenørselskapet. Hva gjaldt selskapsstrukturen uttalte retten at selskapene ikke hadde bestemmelsesrett overfor hverandre, de var økonomisk adskilt og delte ikke regnskap, de hadde uavhengige styreverter med ulike daglige ledere, styreleder og aksjonærsammensetning. Retten konkluderte med at vedkommende som utførte korrupsjonsforsøket ikke var i en rettslig posisjon til å handle på vegne av entreprenørselskapet. Retten kom dermed frem til at Oslo kommunes terminering av kontraktene var rettsstridig.¹¹⁹

¹¹⁸ TOBYF-2010-172901.

¹¹⁹ TOBYF-2010-172901 s. 11.

Søsterselskapet reiste også søksmål for Oslo byfogdembete. I den saken kom retten frem til at korrupsjonsforsøket ble begått av toppledelsen i selskapet og at terminering av kontraktene med selskapet var rettmessig fra Oslo kommune sine side.¹²⁰

Hva gjaldt identifikasjon mellom den ansatte i søsterselskapet og entreprenørselskapet la retten i TOBYF-2010-172901 avgjørende vekt på om vedkommende handlet på vegne av entreprenørselskapet. Dette er tilsvarende vurdering som blir benyttet ved vurdering om ileggelse av foretaksstraff.¹²¹ Selv om saken var en sivilrettslig sak og ikke en straffesak benyttet retten tilsvarende kriterier som blir brukt for vurdering om ileggelse av foretaksstraff, noe som taler for at man kan gjøre det tilsvarende ved vurdering av om en leverandør skal identifiseres med sine underleverandører ved kontraktsbrudd som følge av korrupsjon.

Vurderingene av hvorvidt to søsterselskap skal identifiseres med hverandre og hvorvidt en leverandør må identifiseres med sin underleverandør blir naturligvis noe ulik. Søsterselskap vil ofte har en nærmere tilknytning hva gjelder eierskap m.m. i motsetning til hva som normalt vil gjelde mellom en leverandør og dennes underleverandør. Dommen viser likevel at det kan trekkes en grense dersom det vil virke urimelig at et selskap skal måtte tåle konsekvensene for handlinger foretatt av et annet selskap, når vedkommende som har handlet kontaktstridig ikke handlet på vegne av begge selskapene.

3.2.5 Betraktninger og konklusjon

Dersom en leverandør har påtatt seg ansvar for sine ansatte og/eller sine underleverandører i en kontrakt er det dette som i utgangspunktet må gjelde. Hvilke kontraktsvilkår en leverandør signerer og vedtar er i utgangspunktet leverandørens risiko. Hensynet bak slike kontraktsbestemmelser taler for denne løsningen. Dersom ikke ansvaret for disse underleverandørene hadde ligget hos leverandøren ville systemet blitt kaotisk.

Dersom kontraktsvilkårene ikke er tilstrekkelig klare, eller reelle hensyn taler for en innskrenkende tolkning av kontraktsvilkårene kan rettspraksis gi veiledning med tanke på hvordan grensedragningen for leverandørens ansvar for leverandører og underleverandører.

¹²⁰ Kjennelse Oslo byfogdembete sak nr. 10-168300TVI-OBYF/1 og 10-164818-OBYF/1.

¹²¹ Se straffeloven 2005 § 27 om foretaksstraff.

Hva gjelder leverandørens identifikasjon med sine ansatte, kan hvorvidt en ansatt har signaturrett, representerer selskapet utad, sitter i styre, har et reelt ansvar eller sentrale oppgaver i driften av selskapet være av betydning. Både Norconsultsaken og saken fra Rana tingrett åpner for at identifikasjon kan skje selv om en handling er foretatt av en underordnet ansatt. Begge sakene viser hvordan retten foretar konkrete vurderinger. Norconsult saken viser at ledelsen nødvendigvis ikke må skjermes dersom en underordnet ansatt foretar en forbudt handling. Ledelsens ansvar i form av preventive tiltak gjennom retningslinjer og anti-korrupsjonsprogram, og «self-cleaning»-tiltak vil kunne ha betydning. Dersom ledelsen svikter på dette feltet taler det for at de også må ta ansvar for en videre krets av personer sine handlinger.

Hva gjelder identifikasjon mellom ulike selskap kan momenter som hvorvidt en av de ansatte hos underleverandøren har handlet på vegne av leverandøren være avgjørende for vurderingen.

4 Beviskrav

4.1 Innledning

I det følgende behandles problemstillingen om hva som skal til for at selskapet rettmessig kan terminere kontrakten med tanke på hvilket beviskrav som skal legges til grunn. Selskapet vil kunne heve kontrakten når det anser at kontraktsbrudd har funnet sted. Om termineringen av kontrakten er rettmessig vil først kunne avklares dersom leverandøren tar ut søksmål mot selskapet for urettmessig heving av kontrakten. Kontraktsbrudd som følge av korrupsjon står i en særstilling da korrupsjon kan være vanskelig både å oppdage og bevise.

4.2 Almennelig eller skjerpet beviskrav

Ved vurderingen av hvilket beviskrav som gjelder ved korrupsjon i leverandørkontrakter blir forholdet mellom korrupsjon som et strafferettslig og kontraktsrettslig fenomen satt på spissen. Strafferettslige og sivilrettslige beviskrav er ulike. I straffesaker er beviskravet at det faktum som legges til grunn må være bevist utover enhver rimelig tvil.¹²² I sivilrettslige saker gjelder alminnelig sannsynlighetsovervekt. Nyere rettspraksis har slått fast at det kan gjelde et skjerpet beviskrav i sivilretten, dersom det gjelder et faktum som i særlig grad er belastende for en part.¹²³ Et skjerpet beviskrav i sivilretten innebærer således at det må kreves «... *sterk, klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt*».¹²⁴

Kontraktsbrudd som følge av korrupsjon står i en særstilling i sammenlignet med andre kontraktsbrudd. Et kjennetegn ved korrupsjon er at korruperte transaksjoner og bestiktelser forsøkes skjult for ikke-involverte parter. Både de som foretar transaksjonene og mottakerne vil ha interesse av hemmelighet. Det er ofte lite skriftlig bevismateriale og betalingsstrømmer kan for eksempel skjules gjennom å benytte skatteparadiser.¹²⁵ Det kan således være vanskelig for selskapet å bevise at en leverandør har vært innblandet i en type korrupsjon som etter kontrakten konstituerer kontraktsbrudd.

¹²² Andenæs (2009) s. 160-161

¹²³ Rt. 2014 s. 1161 premiss 21, som gjaldt en ansatt som ble avskjediget på grunn av underslag mot arbeidsgiveren.

¹²⁴ Rt. 2014 s. 1161 premiss 22.

¹²⁵ Se Yara-dommen, avsnitt 1. Innledning.

Til sammenligning kan andre typer kontraktsbrudd være enklere å bevise. I leverandørkontrakter i petroleumsindustrien er det vanlig å sanksjonere forsinkelser med dagmulkt.¹²⁶ I kontraktene fastsettes også ofte leverandørens maksimale ansvar for dagmulkt. I NF 07 er denne satt til 10 % av kontraktsprisen. Når selskapet har krav på maksimal dagmulkt, foreligger det kontraktsbrudd og selskapet har rett til å terminere kontrakten.¹²⁷ Vurdering av hvorvidt det foreligger kontraktsbrudd beror på en matematisk utregning og oppstiller ingen særlige problemstillinger med tanke på beviskrav. Å konstatere kontraktsbrudd på bakgrunn av korrupsjon derimot stiller seg annerledes.

I denne sammenheng kan en av betalingene som ble foretatt i Yara-saken til sønnen av den tidligere oljeministeren i Libya i forbindelse med en konsulentavtale, tjene som eksempel. I relasjon til denne masteroppgaven er det relevant å se nærmere på en av betalingene, da den viser hvordan korrupsjon kan foregå i utlandet og på tvers av landegrenser og den viser også hvordan slike betalinger kan forsøkes fordekt. Yara inngikk en avtale med styreformannen i selskapet Ameropa, som eide selskapet Nitrochem SA. Nitrochem SA overførte USD 1,5 millioner til Golden Petal Ltd.s konto i USB. Golden Petal Ltd. er eid av Golden Petal Limited Trust, og registrert på de britiske jomfruøyer. Konsulenten som skulle motta pengene var eneste signaturberettigede og «beneficial owner». Gjennom overfakturering av ammoniakkleveranser skulle beløpet med renter tilbakebetales av Yara Sveits til Nicrothem via Balderton som er Yaras deleide selskap i Sveits.



4.2.1 Oslo byfogdembete: TOBYF-2010-172901

Den tidligere nevnte saken fra Oslo byfogdembete kan også tjene som eksempel i spørsmålet om beviskrav. Som redegjort for i punkt 3.1.5 omhandlet saken at Oslo kommune hevet rammeavtaler entreprenørselskapet hadde med kommunen som følge av korrupsjonsmistanker mot

¹²⁶ Dagmulkt er dagsbøter, som leverandøren må betale daglig ved forsinkelse.

¹²⁷ Se for eksempel NF 07 art. 26.2 bokstav a.

en ansatt i dets søsterselskap, i tillegg til at entreprenørselskapet ble avvist fra anbudskonkurranser.

Hva gjaldt beviskrav anførte entreprenørselskapet at kommunens mistanke om «korrupsjonsliknende forhold» ikke var tilstrekkelig for heving av avtalene og de hevdet at det måtte gjelde et beviskrav med kvalifisert sannsynlighetsovervekt hvor kommunen hadde bevisbyrden.¹²⁸ Oslo kommune på sin side bestred at det gjaldt et skjerpet beviskrav og viste til at alminnelig sannsynlighetsovervekt måtte gjelde. De anførte at det ikke var grunnlag å fravike det alminnelige beviskravet da avgjørelsen ikke kunne innebære personlige konsekvenser da partene var kommunen og et selskap.

Hva gjelder avvisning av leverandører gir forskriften om offentlige anskaffelser § 11-10 annet ledd bokstav d veiledning, og retten kom frem til at det for avvisningen i anbudskonkurransen var tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Retten fant ikke at det var grunnlag å tolke forskriften med bestemmelsen om beviskrav utvidende til også å gjelde heving av rammeavtalene. På selvstendig grunnlag i henhold til rettspraksis fant retten at det samme beviskravet, sannsynlighetsovervekt, måtte gjelde i saken. Retten konkluderte med at selv om forholdet var politianmeldt og således gjaldt et straffbart forhold følger det av rettspraksis at det måtte legges til grunn en alminnelig bevisvurdering i sivilrettslige saker.¹²⁹

Retten vurdering har direkte overføringsverdi til problemstillingen som ble reist innledningsvis i dette kapitlet. Ved heving av en kontrakt fra selskapets side som skyldes leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon, står vi overfor en sivilrettslig sak, men med et straffbart forhold som hevingsgrunn. Nedenfor vises til ytterligere to saker som underbygger hvilket beviskrav som må legges til grunn.

4.2.2 Oslo Byfogdembete: TOBYF- sak nr. 10-1683000TVI-OBYF/1 og 10-164818-OBYF/1

Søsterselskapet til entreprenørselskapet i saken ovenfor tok også ut søksmål mot Oslo kommune om at rammeavtalene som kommunen hadde hevet måtte opprettholdes. Dette entreprenørselskapet var arbeidsgiveren til vedkommende som angivelig skulle ha foretatt korrupsjonsforsøket.

¹²⁸ TOBYF-2010-172901 s.5.

¹²⁹ TOBYF-2010-172901 s. 10.

Entreprenørselskapet anførte også her at det ikke ville være tilstrekkelig med «... *ren mistanke om korrupsjonsliknede forhold* ...» ved heving av rammeavtalene. Retten konkluderte med at det ikke var rettslig grunnlag for å operere med krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt på et forhold som gjaldt sivilrettslig heving av kontrakt. Retten bemerket at hevingsgrunnlaget gjaldt en strafferettslig karakteristik, men at det kunne ikke få betydning for sannsynlighetsovervekten som gjelder i sivile saker. Retten fant hverken i rettspraksis, lovforskrift, kontraktsklausuler eller grunnlag for å avvike den alminnelige bevisvurderingen. Selv om hevingsgrunnlaget var basert på en strafferettslig karakteristik uttalte retten at dette ordvalget ikke kunne få betydning for hvilket beviskrav som måtte legges til grunn. Dette kunne medført at det ville være vanskeligere å heve kontrakten – desto grovere og straffbart et mislighold er.¹³⁰

4.2.3 Borgarting lagmannsrett: LB-2010-201915

Kjennelsen 10-164818-OBYF/1 fra Oslo byfogdembete ble anket og lagmannsretten avsa kjennelse i 2011.¹³¹ Den ankende parten anførte at Oslo Byfogdembete hadde lagt til grunn et feil beviskrav da dette var for lavt, og de anførte at siden straffesaken mot den ansatte var henlagt talte dette for å operere med et strengere beviskrav. Retten bemerket at det i visse tilfeller vil være grunnlag for å operere med et strengere beviskrav, dersom det kan medføre store personlige konsekvenser for en part ved avsigelse av en uriktig dom.¹³² Retten la til grunn samme vurdering som Oslo byfogdembete og fant at det måtte gjelde alminnelig beviskrav med sannsynlighetsovervekt.

Retten fant støtte for sitt synspunkt i en avgjørelse fra Høyesterett fra 2006. Høyesterett uttalte at det ville være grunnlag for å fravike det alminnelige beviskravet i saker der en «... *uriktig dom i én retning vil føre til vesentlig større konsekvenser for en part enn en uriktig dom i den andre retningen* ...». Lagmannsretten fant at selv om hevingsgrunnlaget gjaldt en straffbar handling, var det mer tungtveiende at det gjaldt en kontraktstvist mellom juridiske personer. Videre bemerket retten at vilkårene for heving ville ha være oppfylt dersom det hadde vært lagt til grunn at det gjaldt et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

¹³⁰ TOBYF- sak nr. 10-1683000TVI-OBYF/1 og 10-164818-OBYF/1 s 10.

¹³¹ LB-2010-201915.

¹³² LB- 2010- 201015 s. 5 og 6 med sitering av Høyesterett i sak Rt. 2006 s. 1657 avsnitt 34.

Den siste bemerkningen fra lagmannsretten kan tolkes på ulike måter. På den ene siden kan den tolkes slik at lagmannsretten holdt en liten mulighet åpen for at det kan gjelde et strengere beviskrav i saken man sto ovenfor, men at vilkårene ville ha vært oppfylt også dersom det gjaldt kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Muligens kan dette ha blitt påpekt av lagmannsretten, slik at ikke den tapende part i saken skulle anke for atter en instans når det gjelder beviskravet som skulle legges til grunn. Utsagnet fra lagmannsretten kan også tolkes slik at de var helt sikre på at det måtte gjelde et alminnelig beviskrav og at utsagnet kun var ment hypotetisk.

4.2.4 Konklusjon og betraktninger

Rettsferds- og rimelighetsbetraktninger for hvilket beviskrav som skal legges til grunn i saker som gjelder heving av kontrakter på bakgrunn av korrupsjon kan trekke i ulike retninger.

Av argumentene som taler mot at det skal gjelde et alminnelig beviskrav er at en terminering av kontrakten for leverandøren vil oppfattes som en straff, uten at selskapet eller personer knyttet til selskapet er straffedømt. Det vil videre kunne ramme leverandøren hardt å miste en kontrakt på grunn av korrupsjon, noe som kan få direkte konsekvenser som for eksempel utestengelse fra offentlige anbudskonkurranser og også omdømmesvikt. Med et alminnelig beviskrav er det større sannsynlighet for at leverandøren finnes «skyldig» i korrupsjon. Heving av en kontrakt med en leverandør vil også kunne ramme eventuelle underleverandører. Det er selskapet som må ta avgjørelsen dersom det mener at det foreligger et godt nok grunnlag for å terminere kontrakten med leverandøren. Dersom termineringen er urettmessig kan selskapet bli erstatningsansvarlig. Med et skjerpet beviskrav ville selskapet måtte være sikrere i sin sak for å terminere kontrakten.

På den annen side er det mer tungtveiende hensyn som taler for at selskapet skal ha anledning til å terminere kontrakten på grunnlag av et alminnelig beviskrav. Som Oslo kommune anførte i saken TOBYF-2010-172901 ville et strengere beviskrav medført et paradoks, nemlig at det ville bli vanskeligere å heve avtalene desto mer alvorlig tilfellet er. Som sakene referert til ovenfor viser vil det trolig ikke være anledning å operere med et strengere beviskrav i saker som gjelder kontraktsbrudd som følge av korrupsjon hos leverandøren. Terminering av kontrakter er en avtalerettslig problemstilling selv om leverandøren blir beskyldt for å ha begått en straffbar handling. Beviskravet slik retten i kjennelsene fra Oslo Byfogdembete og Borgarting lagmannsrett vurderte det må legges til grunn.

5 Sanksjoner ved kontraktsbrudd

5.1 Selskapets adgang til å terminere kontrakten

Drøftelsene i kapittel 2 viste at ikke alle kontraktsvilkår inneholder en nedre grense for hvilke handlinger som medfører kontraktsbrudd. Videre viste drøftelsene i kapittel 3 at noen kontraktsvilkår innebærer at korrupsjon hos leverandøren kan medføre kontraktsbrudd, både dersom handlingene er foretatt av leverandøren eller dennes underleverandører. Problemstillingene i dette kapittelet knytter seg til selskapets sanksjoner ved kontraktsbrudd som følge av korrupsjon. Noen oljeselskap opererer med kontraktsvilkår som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett ved korrupsjon hos leverandøren, uten at det stilles krav til at kontraktsbruddet må være vesentlig.

Nedenfor beskrives først kontraktsvilkårene som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett. Deretter behandles kort spørsmålet om leverandørens vedtakelses- og intensjonsdybde, da den typen kontraktsvilkår vi her står overfor ofte er ensidig fastsatt av selskapet. Deretter reises problemstillingen om det er grunnlag for en innfortolkning av et vesentlighetskrav i kontraktsvilkår som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett. Til slutt behandles problemstillingen om det er grunnlag for en sensurering av slike kontraktsvilkår i medhold av avtaleloven § 36.

5.2 Kontraktsvilkårets art

5.2.1 Standardvilkår

Kontraktsvilkår som er en del av kontraktsforholdet mellom selskapet og leverandøren kan komme i stand på ulikt vis. Kontraktsvilkårene kan være fremforhandlet mellom partene i fellesskap, eller det kan inngå som en del av selskapets standardvilkår. Ofte kan en kontrakt både inneholde fremforhandlede vilkår og standardvilkår.

De store oljeselskapene inngår kontinuerlig en rekke kontrakter med leverandører og har utarbeidet sine egne standardkontrakter og standardvilkår. I kontraktsforhold med blant annet entreprenører og leverandører blir disse standardiserte vilkårene ofte lagt til grunn.¹³³ Standardvilkår er normalt fastsatt av den ene parten alene, i vårt tilfelle selskapet, og ikke utarbeidet av partene i fellesskap i det enkelte kontraktsforhold.¹³⁴ De største oljeselskapene har en posisjon

¹³³ Knoph (2004) s. 471.

¹³⁴ Knoph (2004) s. 257.

i markedet som gjør at de ofte i større grad enn leverandørene kan bestemme hvilke vilkår de ønsker at skal bli en del av kontrakten, og de kan sette som forutsetning at deres vilkår blir lagt til grunn i kontraktsforholdet.¹³⁵

Anvendelsen av standardvilkår har en egenverdi. Det ville vært upraktisk dersom partene i et kontraktsforhold alltid skulle fremforhandle nye kontraktsvilkår, noe som både ville ha vært unødvendig og tidkrevende. En praktisk situasjon er at selskapet og leverandøren både benytter standardvilkår og fremforhandlede vilkår i kontrakten og det må derfor skilles mellom rene standardkontrakter og standardvilkår. Kontraktsvilkår som omhandler pris, leveringstid osv. vil variere fra kontrakt til kontrakt og blir derfor ofte konkret fremforhandlet, mens kontraktsvilkår som regulerer krav til etterlevelse av antikorrupsjonsbestemmelser og selskapets hevingsrett ofte vil være en del av selskapets standardvilkår. I de følgende drøftelsene forutsettes det at kontraktsvilkåret vi står overfor er et standardvilkår.

5.3 Vedtakelsesspørsmål og intensjonsdybde

Spørsmål som kan reises på bakgrunn av at et selskap ensidig har fastsatt kontraktsvilkåret som gir det en umiddelbar hevingsrett ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon er for det første vedtakelsesspørsmål og intensjonsdybde.¹³⁶ Med dette menes spørsmålet om partene i det hele tatt kan anses å ha vedtatt kontraktsvilkåret.

Dersom standardvilkårene er en del av kontrakten, eller om kontrakten kun henviser til standardvilkårene har leverandøren en plikt til å sette seg inn i kontraktsvilkårene.¹³⁷ Det er dermed leverandørens ansvar å gjøre seg kjent med innholdet i kontraktsvilkårene.

Kontraktsvilkår som angir at korrupsjon utgjør kontraktsbrudd, og gir selskapet en rett til å heve kontrakten umiddelbart står i en særstilling. Slike kontraktsvilkår er lite egnet til forhandlinger mellom partene. Selv om en leverandør skulle finne kontraktsvilkåret strengt vil leverandøren trolig ikke forhandle rundt vilkåret. Ved fremsettelse av krav om at kontraktsvilkåret må fremstå lempeligere, eller ikke fullt så strengt, kan dette raskt virke mistenkeliggjørende.

¹³⁵ Typiske kontraktsvilkår som selskapet vil kreve at blir en del av kontrakten er vilkår som gjelder skadesløsholdelse, forsikringer hos leverandøren m.m.

¹³⁶ Knoph (2004) s. 257.

¹³⁷ Knoph (2004) s. 258.

Dersom et kontraktsvilkår avviker vesentlig fra deklarasjonslov eller hva som er vanlig eller rimelig, kan det ha betydning hvor klart dette fremkommer av kontrakten eller kontraktsvilkåret.¹³⁸ En hevingsrett for selskapet uten noe krav til at kontraktsbruddet er vesentlig kan sies å være et så kvalifisert avvik fra det normale kravet heving, nemlig vesentlig kontraktsbrudd, at det bør fremkomme tilstrekkelig klart at ordningen avviker fra dette.

Videre er spørsmålet på hvilken måte det må fremkomme klart at kontraktsvilkåret avviker fra deklarasjonsrett eller hva som er rimelig. På den ene siden kan det anføres at det er tilstrekkelig at kontraktsvilkårets ordlyd angir at selskapet har en hevingsrett uten at det stilles krav til vesentlig kontraktsbrudd, da man må kunne forutsette at partene forstår at dette vilkåret avviker fra et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp. På den annen side er det ikke bare jurister som inngår kontrakter, og det er ikke gitt at en medkontrahent fanger opp avviket ved en gjennomlesning av kontrakten uten at det eksplisitt gjøres oppmerksom på at ordningen avviker fra den normale. Dette må modifieres ved at det er snakk om profesjonelle aktører, og i omfattende kontrakter vil partene ha en oppfordring til å innhente nødvendig juridisk kompetanse.

Utgangspunktet er at partene kan avtale avvik fra bakgrunnsretten og partene kan dermed avtale et strengere hevingsvilkår. Dette modifieres noe når kontraktsvilkåret er et standardvilkår utarbeidet av selskapet. Da vil selskapet måtte sørge for at det fremkommer tydelig at løsningen avviker fra det normale. På motsatt side vil leverandøren ha ansvar for å kjenne til innholdet i kontraktsbestemmelsene, og forhandle rundt kontraktsvilkår som synes urimelige.

Selv om kontraktsvilkåret ikke egner seg godt for forhandlinger bør likevel leverandøren ha en plikt og oppfordring til å melde fra til selskapet om vilkårets rigiditet, fremfor å på et senere tidspunkt anføre at de ikke hadde tilstrekkelig intensjonsdybde. I et kontraktsforhold mellom to profesjonelle aktører skal det mye til før en av partene kan hevde å si seg ubundet av et kontraktsvilkår på denne bakgrunn.

¹³⁸ Knoph (2004) s. 258.

5.4 Innfortolkning av vesentlighetskrav

Da standardvilkår som gir selskapet en hevingsrett uten at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd avviker fra både bakgrunnsretten og løsningen i NF og NTK, er problemstillingen som reises i det følgende hvorvidt det kan innfortolkes et vesentlighetskrav i kontraktsvilkårene som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett. Det vil innebære å tolke kontrakten innskrenkende, slik at kontraktsvilkåret utfylles med bakgrunnsretten.¹³⁹

Nedenfor vises til alminnelige avtalerettslige prinsipper og løsningene som er presentert i NF og NTK hva gjelder kravet til vesentlig mislighold for heving av kontraktene. Deretter illustreres hvordan man kan benytte vesentlighetskravet på kontraktsbrudd som skyldes leverandørens korrupsjon.

5.4.1 Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og NF og NTK

Følgende kontraktsvilkår er eksempel på en ordlyd der ethvert kontraktsbrudd gir selskapet rett til å terminere kontrakten:

«COMPANY shall have the right by giving notice to terminate the CONTRACT or all or any part of the WORK (...) subject only to Article [...] below, in the event of any breach of CONTRACT on the part of CONTRACTOR...».

Som hevingsgrunn er eksplisitt nevnt:

(ii) directly or indirectly offers, pays, solicits or accepts bribes in any form, including facilitation payments.

At et selskap har en umiddelbar hevingsrett ved leverandørens kontraktsbrudd som følge av korrupsjon avviker fra bakgrunnsretten. Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at heving krever vesentlig kontraktsbrudd.¹⁴⁰ Vesentlighetskravet for heving fremgår videre av standardkontraktene NF 07 og NTK 15, begge art. 26.1 bokstav c. Vesentlighetskravet fremgår for øvrig også av «Unidroit Principles of International Contracts 2010» i artikkel 7.3.1.

¹³⁹ Knoph (2004) s. 251.

¹⁴⁰ Knoph (2004) s. 282.

Dersom selskapet ønsker å avslutte kontraktsforholdet med leverandøren har det to alternativer – heving og avbestilling. Heving vil ofte være en gunstig beføyelse for selskapet, og det vil kunne være en fordel for selskapet å ha en vid adgang til å heve kontrakten. En sammenligning av retten selskapet har til å heve kontrakten og avbestilling kan utdype dette nærmere. Et oljeselskap vil som oftest ha anledning til å avbestille en leverandørkontrakt uten at det foreligger kontraktsbrudd. Som eksempel her nevnes NF 07 og NTK 15. Begge disse standardkontraktene gir selskapet rett til å avbestille kontrakten når som helst.¹⁴¹ Dersom selskapet foretar en avbestilling av kontrakten må selskapet betale kostnader til leverandøren. Disse fremgår av NF og NTK art. 17.2 bokstav a-d.

Etter NF og NTK 07 vil en heving av kontrakten gi leverandøren krav på betaling for utført arbeid og de leveransene som selskapet overtar etter art. 26.2. En heving gir i tillegg selskapet rett til å fremsette krav om erstatning, se NF og NTK art. 26.3. Som hovedregel vil selskapet komme bedre ut av kontraktsforholdet dersom de hever kontrakten i stedet for avbestilling. På denne bakgrunn stilles det krav til at heving forutsetter at det foreligger vesentlig mislighold.

Hensynet bak regelen om at selskapet skal ha en rett til å heve kontrakten må derfor være at kontraktsbruddet er vesentlig, og at selskapet har en «*skjellig grunn til å komme ut av kontrakten*».¹⁴²

Det er grunnlag for å skille mellom ulike former for standardvilkår. NF og NTK er fremforhandlet mellom ulike bransjeorganisasjoner, til forskjell fra standardvilkår som er fastsatt av den ene parten alene.¹⁴³ Domstolene har gitt standardvilkår som er fremforhandlet mellom ulike bransjeorganisasjoner anvendelse i større grad enn der standardvilkårene er fastsatt av den ene parten.¹⁴⁴ Det vil si at standardkontrakter som NF og NTK kan ha en sterkere stilling i møte med domstolene, enn standardkontrakter/standardvilkår fastsatt ensidig av et enkelt oljesel-

¹⁴¹ NF og NTK art. 17. 1 «Selskapet kan ved varsel til Leverandøren si opp kontrakten med den virkning at utførelsen av Arbeidet skal opphøre».

¹⁴² Knoph () s. 313 med henvisning til Rt. 1998 s. 1510.

¹⁴³ NF og NTK 07 er fremforhandlet mellom Statoil ASA, Hydro ASA og Norsk Industri, mens NTK 2015 er fremforhandlet mellom Norsk olje og gass og Norsk Industri.

¹⁴⁴ Knoph (2014) s. 258.

skap. Årsaken er at reglene ofte vil ta hensyn til begge parteres interesser, at de fremstår balanserte og som et kompromiss mellom partene.¹⁴⁵ Dette innebærer at dersom partene som har fremforhandlet NF og NTK hadde inntatt et kontraktsvilkår som hadde gitt selskapet en hevingsrett uten at det måtte foreligge vesentlig kontraktsbrudd, skal det mer til før retten kan tolke kontraktsvilkåret innskrenkende. I motsatt fall innebærer dette at et standardvilkår fastsatt ensidig av et enkelt oljeselskap ikke nyter samme vern.¹⁴⁶

5.4.2 Anvendelse av vesentlighetskravet

Nedenfor vises det hvordan vesentlighetskravet kan benyttes ved leverandørens kontraktsbrudd. Anvendelse av vesentlighetskravet viser at det kan skilles mellom handlinger på leverandørens side som resulterer i kontraktsbrudd og vesentlig kontraktsbrudd.

I vurderingen av om et kontraktsbrudd er vesentlig er årsaken til kontraktsbruddet av betydning. Dersom leverandøren kan klandres vil kontraktsbruddet lettere anses som vesentlig.¹⁴⁷ Noen forhold medfører at handlingen som medførte kontraktsbruddet i seg selv er vesentlig, slik som svik.¹⁴⁸ Det kan anføres at korrupsjon i seg selv vil utgjøre en vesentlig kontraktsbrudd på bakgrunn av at korrupsjon inneholder en strafferettslig karakteristikk og vil ofte være klannderverdig. Det kan også innebære et vesentlig tillitsbrudd i kontraktsforholdet, som vil være særlig prekært i langsiktige kontraktsforhold.¹⁴⁹

På den annen side vil hvorvidt leverandøren kan klandres for handlingene bero på flere momenter. Drøftelsene i kapittel 2 og 3 har illustrert at korrupsjon ikke alltid er utilbørlig og klannderverdig korrupsjon, og at leverandøren ikke alltid bør identifiseres med sine ansatte og sine underleverandører. Dersom personer i ledelsen hos leverandøren kan klandres for kontraktsbruddet, enten ved direkte å ha utført en korrupt handling, eller sviktet i anti-korrupsjonsarbeid taler dette for at leverandøren kan klandres. På motsatt side vil handlinger foretatt av en underordnet ansatt tale mot at leverandøren kan klandres.

¹⁴⁵ Knoph () s. 258.

¹⁴⁶ Det vil ikke grunnlag for å tolke «agreed documents» innskrenkende. Woxholt (2009) s. 439.

¹⁴⁷ Knoph () s. 313.

¹⁴⁸ Hagstrøm () s. 443.

¹⁴⁹ Knoph () s. 313.

Videre er det et moment hvorvidt det foreligger gjentakelsesfare. Dersom korrupsjon hos leverandøren blir avdekket, og det ikke blir tatt noen grep, må det antas at gjentakelsesfaren er høy. Men når korrupsjon blir avdekket kan leverandøren foreta «self-cleaning»-tiltak i et forsøk på å rydde opp i hendelsen. Dette kan medføre en mindre risiko for at handlingen skjer igjen hos leverandøren. Og dersom det er en enkelt ansatt hos leverandøren som har foretatt handlingen som utgjør korrupsjon kan dette være et brudd på hans arbeidskontrakt med leverandøren. Som følge av dette kan det tenkes at den ansatte både blir politianmeldt og avskjediget. Når leverandøren har foretatt dette grepet, vil dette også kunne medføre en mindre risiko for at korrupsjon skjer igjen.

5.4.3 Konklusjon

Drøftelsen ovenfor viser at selskapet lettere vil ha en rimelig grunn til å si seg løst fra kontraktsforholdet dersom kontraktsbruddet er vesentlig. Dersom kontraktsbruddet ikke utgjør et vesentlig kontraktsbrudd vil hensynet bak hevingsadgangen kunne hevdes å være bortfalt.

Dersom man kan terminere kontrakter uten at det stilles krav til at kontraktsbruddet er vesentlig kan dette føre til misbruk av både hevings- og korrupsjonsinstituttet. Som eksempel kan tenkes at et selskapet ønsker å reforhandle eller si opp en langsiktig kontrakt som har blitt ugunstig på grunn av endrede markedsforhold og benytter kontraktsvilkår som gir dem muligheten til dette, uten at det stilles kvalifiserende krav til kontraktsbruddet, typisk da umiddelbar hevingsrett på grunn av korrupsjon. Det er derfor viktig at det stilles et kvalifisert krav til kontraktsbruddet før man kan si seg løst av kontrakten. På den annen side vil selskapet løpe en enorm risiko med tanke på strafferettslige og økonomiske sanksjoner, omdømmetap o.l. ved å måtte fortsette et kontraktsforhold med en korrupt leverandør.

Av avgjørende betydning vil nok hensynet til avtalefrihet mellom partene veie tyngst i denne sammenheng, hvilket taler mot en adgang til å innfortolke et slikt vesentlighetskrav.

5.5 Sensur gjennom avtaleloven § 36

Drøftelsen nedenfor forutsetter at det ikke er grunnlag for en innfortolkning av et vesentlighetskrav i kontraktsvilkårene som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett. Selskapets adgangen til å terminere en kontrakt uten at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd kan hevdes å slå urimelig ut overfor leverandøren i visse tilfeller. Spørsmålet blir etter dette om kontraktsvilkår uten vesentlighetsreservasjon kan sensureres gjennom avtaleloven § 36.

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes og at det hersker avtalefrihet mellom partene.¹⁵⁰ Domstolenes adgang til helt eller delvis å tilsidesette eller endre urimelige avtaler eller avtalevilkår representerer således en modifikasjon av utgangspunktet om kontraktsfrihet.¹⁵¹ Sensur gjennom avtaleloven § 36 kan tenkes påberopt dersom leverandøren går til søksmål mot selskapet for urettmessig heving av kontrakten. En anvendelse av lempingsreglen i avtaleloven § 36 vil imidlertid først være aktuelt etter at domstolene har fastsatt avtalens eller avtalevilkårets innhold og rettsvirkninger gjennom tolkning.¹⁵² Som nevnt ovenfor er det gjennom tolkingen man finner frem til kontraktsvilkårets rettsvirkning og det er virkningen av kontraktsvilkåret som eventuelt kan sensureres med hjemmel i avtaleloven § 36. Dersom det er grunnlag for å innfortolke et vesentlighetskrav i bestemmelsene som gir selskapene en umiddelbar hevingsrett, vil det ikke være aktuelt med en rimelighetsensur av avtalevilkåret gjennom avtaleloven § 36, da avtalevilkåret ikke vil virke urimelig. Dersom det derimot ikke er adgang til å innfortolke en slik vesentlighetsreservasjon, er det aktuelt å vurdere avtalevilkåret i henhold til § 36.¹⁵³ Slik vil avtaleloven § 36 kunne fungere som en «sikkerhetsventil».¹⁵⁴

Ved vurderingen av om en avtale eller et avtalevilkår er urimelig eller i strid med god forretningsskikk skal det legges til grunn en konkret rimelighetsvurdering.¹⁵⁵ Et første spørsmål er hvordan partenes stilling vil påvirke denne vurderingen.

Både et oljeselskap og en leverandør i oljebransjen vil begge være å anse som kommersielle og profesjonelle parter, og regnes nok i de fleste tilfeller som jevnbyrdige. Det skal derfor mye til for at domstolene foretar en sensur av et kontraktsvilkår, da hensyn som forbrukervern og beskyttelse av den svakere part ikke gjør seg gjeldende i kontraktsforholdet. Dette underbygges av at hensynet til forutberegnelighet veier tungt i forholdet mellom kommersielle, jevnbyrdige parter.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Dette følger blant annet av Kong Christian Den Femtis Norske Lov, av 1687 1 Art: «*En hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver*» og 2 Art «*Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem ... som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere*».

¹⁵¹ Woxholt (2001) s. 356.

¹⁵² Woxholt (2003) s. 297

¹⁵³ Ibid. s. 297.

¹⁵⁴ Knoph (2004) s. 251.

¹⁵⁵ Ot. Prp. Nr. 5 (1982-1983) s. 42, Hagstrøm (2003) s. 279 og Woxholt (2012) s. 296.

¹⁵⁶ Hagstrøm (2011) med henvisning til Lyng Andersen: Aftaleloven s. 243.

Resultatet vil imidlertid kunne bli et annet hvis den ene parten er underlegen den andre, og kontrakten inneholder vilkår den ene parten ikke har anledning til å påvirke innholdet av.¹⁵⁷ Det vil i denne sammenheng vært relevant å se på hvem som har utarbeidet kontrakten og/eller kontraktsvilkåret og om det er en standardkontrakt.¹⁵⁸ Dette må antas å gjelde også for standardvilkår, og ikke bare rene standardkontrakter.

Ved prosjekter i oljebransjen vil det ofte være konkurranse blant leverandørene om å få oppdrag hos selskapene. De store og anerkjente oljeselskapene vil sjeldent ha mangel på leverandører som er interessert i å levere sine tjenester.¹⁵⁹ Selv om styrkeforholdet mellom kontraktpartene i petroleumskontrakter kan variere, vil det ikke være tilstrekkelig å påberope seg at motparten har en sterkere posisjon. Selskapet vil imidlertid ofte stå i en slik posisjon at de kan kreve å legge sine standardavtaler, standardvilkår og retningslinjer til grunn i avtaleforholdet, hvilket trekker i retning av at leverandøren i visse tilfeller fortjener et bedre vern.

Videre vil det være et spørsmål i den konkrete rimelighetsvurderingen om hvilken betydning partenes opptreden har. Dersom selskapet terminerer kontrakten som følge av leverandørens korrupte forhold er det leverandørens klanderverdighet som utløser de negative virkningene av kontraktsvilkåret. Dette taler mot lemping med hjemmel i avtaleloven § 36. Videre kan det være av betydning om leverandøren burde ha opptrådt annerledes, dersom han ikke direkte kan sies å ha opptrådt klanderverdig.¹⁶⁰ Dette må ses i sammenheng med hvem som kan klandres hos leverandøren samt hvor graverende forholdet er. Her vil også typen forhandlinger kunne spille inn, da langvarige forhandlinger som utgangspunkt taler mot lemping.¹⁶¹ Som nevnt ovenfor vil kontraktsforholdet som gir selskapet en umiddelbar hevingsrett være lite egnet for forhandlinger. Men det kan også anføres at det må være leverandørens ansvar å bestride kontraktsvilkåret ved tidspunktet for en kontraktsinngåelse, selv om det kan føre til mistenkeliggjøring.

¹⁵⁷ Woxholt (2012) s. 316.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr 5. (1982-1983) s. 34.

¹⁵⁹ Dette modifierer av hva slags tjenester som er aktuelt. På nisjeområder, der det for eksempel er få leverandører som tilbyr en tjeneste kan det tenkes at disse står i en bedre forhandlingsposisjon.

¹⁶⁰ Woxholt (2012) s. 318 og 319.

¹⁶¹ Hagstrøm (2011) s. 307.

I urimelighetsvurderingen kan det også vektlegges hvor langvarig kontraktsforholdet er. Er det lenge til partene kan revidere kontrakten gjennom forhandlinger, vil dette kunne tale for en avtalesensur. På den annen side vil virkningen av en heving kunne være mer urimelig i et langvarig kontraktsforhold på grunn av innrettelseshensyn. Dersom det er kort tid igjen av en kontraktsforhold, og selskapet hever en kontrakt på grunnlag av korrumpert adferd hos leverandøren, vil ikke dette virke så urimelig som tilfelle der det skulle være en lang tid i igjen av kontraktsforholdet.

Videre kan det stilles spørsmål om bakgrunnsretten sin relevans ved anvendelse av lempningsregelen, altså tilfeller der et kontraktsvilkår strider med henholdsvis deklarasjon eller preseptorisk lovgivning. Det bør utvises forsiktighet med anvendelse av avtaleloven § 36 på kontraktsvilkår som strider med ufravikelig lovgivning, da virkningen av dette kan bli at man gjør deklarasjon lovgivning preseptorisk.¹⁶² Det samme må antas å gjelde ved kontraktsvilkår som strider med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, som for eksempel at heving forutsetter vesentlig kontraktsbrudd. Et slikt prinsipp har «status» som alminnelig kontraktsrettslig prinsipp nettopp ved at det fremstår som rimelig og ivaretar begge parterens interesse. Deklarasjon lovgivning kan på sin side fungere som en rettesnor med tanke på grensen mellom det urimelige og rimelige.¹⁶³

5.5.1 Konklusjon

Den ovenstående drøftelsen viser at både partenes stilling og deres opptreden hovedsakelig vil tale mot en avtalesensur etter avtaleloven § 36. En avtalesensur vil imidlertid kunne tenkes der man står overfor et langvarig kontraktsforhold og en heving av kontrakten vil virke svært urimelig på leverandøren. Også rettferds- og rimelighetsbetraktninger vil kunne trekke i retning av at kontraktens virkninger kan virke urimelig overfor leverandøren dersom det ikke gjelder en vesentlighetsreservasjon, hvilket taler for en anvendelse av avtaleloven § 36. Hensynet til forutberegnelighet i kommersielle avtaleforhold vil imidlertid veie svært tungt og en avtalesensur etter avtaleloven § 36 bør derfor anvendes med forsiktighet.

¹⁶² Ibid. s. 300.

¹⁶³ Woxholt (2012) s. 299 og 300.

6 Avslutning

6.1 Kampen mot korrupsjon – er heving et effektivt middel?

Denne masteroppgaven har behandlet ulike kontraktsrettslige problemstillinger hva gjelder korrupsjon. Nulltoleranse for korrupsjon er et prinsipp som både myndigheter og private aktører tilstreber i kampen mot korrupsjon. Som følge av dette må selskapet ha en rett til å terminere kontrakter med leverandører som handler i strid med kontraktsbestemmelser som gjelder anti-korrupsjon. Drøftelsene i denne masteroppgaven har vist at det finnes nyanseringer og ulike alvorlighetsgrader av korruperte handlinger. Videre har drøftelsene vist at det også kan trekkes grenser for når leverandøren bør identifiseres med handlingene.

Fra en rettspolitisk synsvinkel kan det stilles spørsmål ved om en terminering av kontraktene alltid er et middel som fører til mindre korrupsjon. Hva gjelder de største oljeselskapene kan det anføres at disse har en særskilt posisjon som også innebærer at de har et særlig ansvar i kampen mot bekjempelse av korrupsjon. Flere av verdens oljeselskap har stor innflytelse og de er for leverandørene attraktive samarbeidspartnere. De operer i mange ulike land, blant annet i land der korrupsjonsrisikoen anses som høy.

Myndigheter og organisasjoner arbeider for å få selskap til å ta mer ansvar i kampen mot korrupsjon. Egnede grep kan være at selskapet stiller krav til leverandørens anti-korrupsjonsarbeid både for å forebygge korrupsjon, men også «self-cleaning»-tiltak dersom korrupsjon blir avdekket. Selskapet kan for eksempel stille krav om at leverandøren skal ha et tilfredsstillende anti-korrupsjonsprogram, eller å pålegge leverandøren å følge selskapet sitt program. Dersom en kontrakt blir terminert er ikke dette noen garanti for at leverandøren ordner opp i egne rekker.

Fremfor at selskapet terminerer kontrakten, kan de samarbeide med leverandøren i forebygging av og i bekjempelsen av korrupsjon. Det er dermed ikke ment at selskapet ikke skal ha en rett til å terminere kontrakter der leverandøren har foretatt korruperte handlinger. Men det kan anføres at hensynet bak hevingsinstituttet tilsier at denne retten forbeholdes kontraktsbrudd som er vesentlige.

Litteraturliste

Forkortelser

FCPA	US Foreign Corrupt Practices Act
NF	Norsk Fabrikasjonskontrakt
NTK	Norsk Totalkontrakt
UKBA	UK Bribery Act

Bøker

- Alvik, Ivar. Fartøystjenesteleie. Oslo, 2014
- Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess, 4.utgave ved Tor-Geir Myhrer. Oslo, 2009.
- Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett. 1. utgave Oslo, 2003 og 2. utgave Oslo, 2011.
- Haaskjold, Erlend. Kontraktsforpliktelser. Oslo, 2013.
- Gisle, Jon. Jusleksikon. Drammen, 2010.
- Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Oslo, 2006.
- Knoph, Ragnar. Utgitt av Kåre Lilleholt. Oslo, 2009.
- Matningsdag, Magnus. Norsk spesiell strafferett. Bergen, 2000.
- Woxholt, Geir. Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning 4. utgave. Oslo, 2001.
- Woxholt, Geir. Avtalerett, 8. utgave. Oslo, 2012.
- Woxholt, Geir. Avtalerett, 7. utgave. Oslo, 2009.

Annet materiale

Forskrift 7. april 2006 nr. 402

Forskrift om offentlige anskaffelser

Norsk Totalkontrakt 07

Tilgjengelig på: <http://www.norskindustri.no/Om-Norsk-Industri/Publikasjoner/Leveringsbetingelser-og-standardkontrakter/NTK-kontrakter/>

Norsk Totalkontrakt 15

Norsk Fabrikasjonskontrakt 07

Ethics in Statoil

Vedlegg til NF 07. Tilgjengelig på:
http://www.norskindustri.no/siteassets/dokumenter/leveringsbetingelser/nf_07_norskfabrikasjonskontrakt.pdf

Hydro Integrity Program

Vedlegg til NF 07. Tilgjengelig på:
http://www.norskindustri.no/siteassets/dokumenter/leveringsbetingelser/nf_07_norskfabrikasjonskontrakt.pdf

Transparency International Norge (2014)

Beskytt din virksomhet! Håndbok i anti-korrupsjon for norsk næringsliv. 2. utgave publisert 2014, oppdatert i 2015. Opprinnelig utgitt 2009.

Tilgjengelig på: <http://www.transparency.no/2014/12/17/ny-utgave-av-beskytt-din-virksomhet-er-lansert/>

Transparency International Norge og NHO

Antikorrupsjonstiltak i leverandørkjeden (2014)

Tilgjengelig på:
<http://www.transparency.no/2014/02/24/antikorrupsjonstiltak-i-leverandorkjeden/>

Utenriksdepartementet (2010)

Internasjonale anti-korrupsjonsinitiativer
<https://www.regjeringen.no/nb/tema/utenrikssaker/naringslivssamarbeid-i-utlandet/sletting/antikorrupsjonsinitiativer/id496120/> [sitert 11.04.2015]

Utenriksdepartementet (2012)

Kort om OECD

https://www.regjeringen.no/nb/tema/utenrikssker/handelspolitikk/sletting/om_oecd/id707180 [sistert 11.04.2015]

Transparency International

Bribe Payers Index 2011

Tilgjengelig på:

<http://www.transparency.org/bpi2011>

Utenriksdepartementet

Si nei til korrupsjon – det lønner seg! Informasjon til norske bedrifter i et globalt marked 2005 revidert utgave.

Department of State Justice

FCPA A Resource Guide to the U.S.

Foreign Corrupt Practices Act

Secretary of State for Justice

The Bribery Act 2010 Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing

Konvensjoner

1997 OECD-konvensjonen om bekjempelse av bestikkelser av offentlige tjenstepersoner i internasjonale forretningstransaksjoner

1999 Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon

1999 Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon

2003 FN-konvensjonen mot korrupsjon

Lover

1687	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 1687
1902	Lov av 22.mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven).
1918	Lov av 31. mai 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).
1977	U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)
1999	Lov av 16.juli 1999 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
2005	Lov av 20.mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
2011	UK Bribery Act (UKBA)

Forarbeider

Ot.prp.nr.5 (1982-1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)
Ot.prp.nr.66 (1997-1998)	Om lov om endringer i straffelova m.m (gjennomføring og samtykke til ratifikasjon av OECD-konvensjonen 21 november 1997 om motarbeiding av bestikking av utlandske offentlige tenestemenn i internasjonale forretningshøve).
Ot.prp nr. 78 (2002-2003)	Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)
St.prp. nr. 60 (2002-2003)	Om samtykke til ratifikasjon av Europarådets strafferettslige konvensjon om korrupsjon av 27. januar 1999 og undertegning av tilleggsprotokollen
Ot.prp.nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)

St.prp. nr. 49 (2005–2006)	Om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen mot korrupsjon av 31. oktober 2003.
Ot.prp.nr.53 (2005-2006)	Om lov om endringer i straffeloven 1902 og utleveringsloven (gjennomføring av FN-konvensjonen mot korrupsjon)
St.prp. nr. 86 (2006-2007)	Om samtykke til ratifikasjon av Europarådets -sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 4. november 1999
Ot.prp.nr.22 (2008-2009)	Om lov om endringer straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Rettspraksis

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1999 s. 1299

Rt. 2006 s. 1657

Rt. 2009 s. 130

Rt. 2013 s. 1025

Rt. 2014 s. 1161

LB 2003-01-24 UNICEF-saken

LB 2008-02-25 Ullevål-saken

LE 2010-05-20 Vannverk-saken

LB – 2010 – 201915

LB-2015-138815

Rana tingrett sak nr. 14-063096TVI-RANA/

Trondheim tingrett 2007-05-30

Sintef Petroleumsforskning AS

TOSLO-2014-22670

Yara-saken

TOBYF-2010-172901

TOBYF sak nr. 10-168300TVI-OBYF/1 og 10-164818-OBYF/1.

KOFA-2011-206

KOFA 2009-28