

KONKURSKARANTÆNE OG DOBBELTSTRAF

Kandidatnr: 392

Veileder: Jon T. Johnsen

Leveringsfrist: 25.11.2003

Til sammen 12622 ord

(* se <http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/>)

12.03.2004

Indholdsfortegnelse

1 Indledning	side	4-6
1.1 Præsentation af tema.....	side	4
1.2 Problemstillinger og afgrænsning.....	side	5
2 FØRSTE HOVEDPROBLEMSTILLING	side	7-24
2.1 Konkurskarantæne og straf	side	7-16
2.1.1 Indledning.....	side	7
2.1.2 Formål.....	side	8
2.1.3 Forarbejder.....	side	8
2.1.4 Vilkår: Personelle, materielle og processuelle.....	side	10
2.1.5 Retsvirkninger.....	side	13
2.1.6 Er konkurskarantæne straf ?	side	15
2.1.7 Konklusion.....	side	16
2.2 EMK, straf og konkurskarantæne	side	17-23
2.2.1 Indledning	side	17
2.2.2 Udgangspunkter for tolkningen af EMK og protokol 7 art.4 nr.1.....	side	18
2.2.3 Flere tolkningsalternativer efter EMK.....	side	20
2.2.4 "Criminal charge" og konkurskarantæne.....	side	22
2.2.5 Konklusion	side	23
2.3 Konklusion på første hovedproblemstilling	side	24

3 "KARANTÆNEDOMMEN" side 25-30

3.1	Indledning	side 25
3.1.1	Faktum	side 26
3.1.2	"Karantænedommen" og protokol 7 art.4 nr.1 "endelig"	side 26
3.1.3	"Karantænedommen" og straf efter EMK	side 28

4 ANDEN HOVEDPROBLEMSTILLING side 31-47

4.1 Vil EMD følge Højesteret? side 31-37

4.1.1	Indledning og problemstilling.....	side 31
4.1.2	National kategorisering.....	side 32
4.1.3	Handlingens art.....	side 32
4.1.4	Sanktionens stregthed.....	side 35
4.1.5	Konklusion.....	side 37

4.2 Protokol 7 art.4 nr.1 side 38-46

4.2.1	Indledning og problemstilling.....	side 38
4.2.2	"in accordance with the law and penal procedure of that State"	side 38
4.2.3	"acquitted or convicted".....	side 39
4.2.4	"finally"	side 40

4.2.5	"the same offence".....	side 43
4.2.6	Konklusion	side 45

4.3 Konklusion på anden hovedproblemstilling side 47

5 LITTERATURLISTE side 48-50

1 Indledning:

1.1 PRÆSENTATION AF TEMA.

Opgaven omhandler konkurskarantæne og dobbeltstraf. Temaet kan i korthed beskrives som følgende. Jævnfør ”Almindelig borgerlig Straffelov” 22. maj.nr.10.1902 (straffeloven) kan straffedom ilægges på grundlag af de samme forhold, som var grundlaget for konkurskarantæne. Problemet, i forhold til forbudet mod dobbeltstraf er, om konkurskarantæne er straf efter ” Den europæiske Menneskerettighedskonvention” 4. november 1950 (EMK) art. 6 (1) og om konkurskarantæne vil spærre for ny forfølgning jf. forbudet mod dobbeltstraf i protokol nr. 7 art.4 nr.1 til konventionen om beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende friheder (protokol 7).

Konkurskarantæne jævnfør (jf.) ”Lov om gjeldsforhandling og konkurs” 8. juni nr. 58 1984 (konkursloven) § 142 første led, er en reaktion som tingretten (skifteretten) kan pålægge blandt andet ved ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”. Konkurskarantæne vil sige, at skyldneren bliver frataget retten til at stifte selskaber i to år, som nævnt i konkursloven § 142 femte led. Desuden indebærer konkurskarantæne, at skyldneren heller ikke kan påtage sig eller reelt udøve nye hverv som medlem eller varamedlem af styret eller som daglig leder i slikt selskab i to år.

Retstilstanden var usikker, indtil Højesteret i dommen fra 23. september 2003, 2002-01389a, (”karantænedommen”) slog fast, at konkurskarantæne ikke spærre for straffesag om de samme forhold som resulterede i konkurskarantænen jf. forbudet mod dobbeltstraf og dobbeltforfølgning i protokol nr.7 art.4 nr.1.

Jeg har valgt, at behandle konkurskarantæne i forhold til EMK art. 6 og protokol nr. 7 art. 4 nr.1, da problemstillingen om en sanktion er straf eller ikke, samt om en sanktion rammes af forbudet mod dobbeltforfølgning eller ikke, giver indsigt og forståelse for vigtige regler i EMK.

1.2 PROBLEMSTILLINGER OG AFGRÆNSNING.

Opgaven vil bestå af to hovedproblemstillinger. Den første hovedproblemstilling er, hvad er konkurskarantæne og om konkurskarantæne er straf dels efter straffeloven og dels efter EMK. I forbindelse med, om konkurskarantæne er straf efter EMK vil jeg også analysere, hvordan konkurskarantæne kan kategoriseres efter EMK. Den første hovedproblemstilling behandles i punkt 2. Denne hovedproblemstilling har jeg inddelt i to underproblemstillinger.

Den første underproblemstilling er, hvad er konkurskarantæne ifølge konkursloven og herunder om konkurskarantæne er straf ifølge straffeloven (punkt 2.1). Spørgsmålet om, hvad er konkurskarantæne bliver behandlet ud fra gældende ret efter reglerne i konkursloven §§142-143a. Vilkaerne for konkurs behandles ikke. Jeg lægger mest vægt på konkursloven § 142 første led nr.1 ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”.

Spørgsmålet om konkurskarantæne er straf bliver behandlet i forarbejderne og retsvirkningerne under fremstillingen af reglerne om konkurskarantæne. Straffebegrebet behandles kort i punkt 2.1.6.

Den anden underproblemstilling er, hvordan konkurskarantæne som sanktion kan kategoriseres efter EMK art. 5 og art.6 jf. Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og herunder om konkurskarantæne er straf ”criminal charge” jf. EMK art.6 første led (punkt 2.2). Efter ”Lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk lov” 21. maj nr. 30.1999 (menneskeretsloven) er EMK også norsk lov, men grundet EMD` s autonome tolkning kan tolkningen blive forskellig fra det norske myndigheder og domstole tillægger begreberne.

For det første, vil jeg redegøre for udgangspunkterne for tolkningen af EMK og protokol 7 art.4 nr.1. Derefter vil jeg analysere, hvilke tolkningsalternativer som kan

foreligge, når en sanktion som konkurskarantæne skal tolkes efter EMK art. 5 og art. 6 . Afgørelsen af sanktionens kategori har betydning for individets rettigheder og statens forpligtelser. De norske regler om konkurskarantæne har ikke været oppe til afgørelse i EMD.

Punkt 3 i dispositionen består af en redegørelse for ”karantænedommen”, som tager stilling til om konkurskarantæne ilagt efter konkursloven § 142 første led nr.1 og nr.2 spærrer for senere straffesag om de forhold som var grundlag for ilæggelse af konkurskarantænen jf. forbudet mod dobbeltfølgning i protokol 7 artikkel 4 nr.1. Dommen tager først stilling til kravet i protokol 7 art.4 nr.1 ”endelig” og derefter tager Højesteret stilling til om konkurskarantæne er straf jf. forbudet mod at blive straffet på ny. Redegørelsen følger dommens systematik. Tolkningsoptionerne fra punkt 2.2.3 i opgaven knyttes til dommens kategoriseringer og argumentationer.

Den anden hovedproblemstilling er, hvor sikkert er det at EMD, med udgangspunkt i EMK og EMD`s retspraksis, vil følge dommen fra Højesteret (punkt 4). Hvilke argumenter vil EMD tillægge vægt efter EMK, hvis spørgsmålet om konkurskarantæne bliver forelagt EMD? Det første spørgsmål er, hvilke argumenter vil EMD lægge vægt på ved afgørelsen af ”criminal charge” efter EMK art.6. Denne drøftelse vil jeg afgrænse til ”criminal charge” jf. EMK artikkel 6 (1) og Engel-kriterierne efter retspraksis fra EMD.

Det næste spørgsmål er, hvis EMD finder at konkurskarantæne er straf efter EMK art.6, hvilke krav sætter protokol 7 art. 4 nr.1 til den spærrende afgørelse, i dette tilfælde konkurskarantæne og hvilke argumenter vil EMD tillægge vægt ved afgørelsen. Denne drøftelse afgrænses til tre krav som følger af ordlyden samt kravet om ”the same offence” efter retspraksis. I denne drøftelse lægger jeg også mest vægt på konkursloven § 142 første led nr.1 ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”, derimod omtales bare konkursloven § 142 første led nr.2.

2 Første hovedproblemstilling.

2.1 Konkurskarantæne og straf

2.1.1 INDLEDNING

Den første underproblemstilling er, hvad er konkurskarantæne ifølge konkursloven og herunder om konkurskarantæne er straf efter straffeloven. Spørgsmålet om hvad er konkurskarantæne bliver behandlet ud fra gældende ret jf. konkursloven §§142-143a. Problemstillingen bliver belyst ved hjælp af retskildefaktorene lovtekst, formål, forarbejder samt retspraksis.

Spørgsmålet om konkurskarantæne er straf behandles dels i forarbejderne til konkurskarantæne punkt 2.1.3 og dels i punkt 2.1.5 om retsvirkningerne. Under omtalen af straffeloven § 29 henviser jeg til punkt 4.1.3 i opgaven. Straffebegrebet efter norsk ret behandles kort i punkt 2.1.6. Straf defineres efter straffeloven §§ 15 og 16.

Reglerne om konkurskarantæne findes i ”Lov om gjeldsforhandling og konkurs” 08.06.1984 nr. 84 (konkursloven) kapitel XVIII §§ 142-143a. Jeg vil i det følgende, fremstille gældende ret vedrørende konkurskarantæne og lægger mest vægt på konkursloven § 142 første led nr. 1, ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”. Hovedvilkåret om at skyldnerens bo må være under konkursbehandling vil jeg ikke behandle. Med konkurskarantæne menes, at konkursdebitor i et tidsrum af to år ikke kan stifte aktieselskab eller andet selskab som nævnt i konkursloven § 142 femte led. Konkurskarantæne indebærer også, at konkursdebitor ikke kan påtage sig eller reelt udøve nye hverv som medlem eller varamedlem af styret eller daglig leder i sådant selskab, i to år.

2.1.2 FORMÅL

Formålet med reglerne om konkurskarantæne er først og fremmest, at hindre konkursgangere i at udøve næringsvirksomhed jf. Ot.prp.nr.50 (1980-81) s.50. På denne måde får reglerne et præventivt præg. Reglerne har i tillæg et mer vidtfavnende formål af generalpræventiv art, nemlig at medvirke til bevidstgøring omkring aktsomhedspligt som generelt påhviler styremedlemmer og andre aktører i næringslivet jf. Innst. Ot. nr. 56 (1983-1984) s.10.

Reglerne skal først og fremmest hindre konkursgangere, men kan også benyttes på en konkursdebitor som går konkurs første gang. Således får reglerne et tillægsformål af individuelpræventiv art, fordi reglerne også skal hindre, at en førstegangs konkursdebitor bliver konkursganger ¹. De politiske hensigter bag konkurskarantænerreglerne er begrundet med ønsket om at slå ned på økonomisk kriminalitet og de såkaldte hvidsnipforbrydere jf. Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s. 54.

Ovenstående taler for, at konkurskarantæne har et vidtfavnende præventivt formål. Konkurskarantæne skal både hindre konkursgangere og hindre en førstegangs konkursdebitor bliver konkursganger. I tillæg skal reglerne være et middel mod økonomisk kriminalitet.

2.1.3 FORARBEJDER

Problemstillingen om konkurskarantæne er straf er behandlet i forarbejderne. Under forarbejdet med karantænebestemmelsen var man opmærksom på, at konkurskarantæne havde væsentlige lighedspunkter med rettighedstab efter straffeloven § 29. Hensynet til at standse konkursgangere blev dog prioriteret og det anførtes at konkurskarantæne ikke er en straf, men alene skal beskytte mod at de pågældende blev involveret i yderligere konkurser.²

I følge forarbejderne er begrundelsen for konkurskarantæne at stoppe såkaldte konkursgangere, som efter konkurs i et selskab fortsætter sin virksomhed i nye selskaber indtil disse også går over ende og hvor det er mistanke om mislige forhold, i

¹ Huser, Kristian: "Gjeldsforhandling og konkurs" bind 2, 1988 s. 424.

² Mygind, Marianne: "Konkurskarantæne og retssikkerhed" ,LoR 1992 s. 225

forbindelse med forretningsdriften jf. Ot. prp. nr.39 (1982-1983) s.6 og Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) kap.3 s. 50. Desuden kan reglerne hindre at en førstegangs konkursdebitor bliver genganger.

I NOU 1993:16 ”Etterkontroll av konkurslovgivningen” (Falkanger-udvalget) s. 87 fremmet flertallet forslag om at reglerne om konkurskarantæne blev ophævet. Dette blev blandt andet begrundet med at reglerne om konkurskarantæne er en straffereaktion og et rettighedstab med et klart præventivt formål jf. NOU 1993:16 s. 87. Desuden mente flertallet at konkurskarantæne var et alvorlig indgreb i den personlige handlefrihed. På denne baggrund, fandt flertallet at ilæggelse af karantæne måtte regnes som straf og burde derfor behandles efter straffeprocesslovens regler og i forbindelse med en straffesag jf. NOU 1993:16 s. 87.

Departementet fremmet alligevel forslag om at reglerne skulle bestå. Det blev blandt andet begrundet med den signaleffekt reglerne kan have i en tid med større opmærksomhed på bekæmpelse af økonomisk kriminalitet. Det blev vist til at karantænebestemmelserne og straffelovens regler om dom for rettighedstab kan virke ved siden af hinanden og supplere hverandre jf. Ot. prp. nr. 26 (1998-1999). Justiskomiteen sluttede sig enstemmig til departementets vurderinger og understreget at effektiv brug af konkurskarantæne kan være et nyttig virkemiddel mod konkurskriminalitet. Komiteen mente, ”at man heller måtte bestrebe seg på en mer utstrakt bruk av karantenen, fremfor at oppheve denne muligheten” jf. Innst. O. nr. 77 (1998-1999) s. 21.

På grundlag af forarbejderne vil jeg slutte følgende. Forarbejderne giver udtryk for vidt forskellige opfattelser af konkurskarantæne. NOU 1993:16 vil ophæve reglerne om konkurskarantæne, fordi sanktionen er en straffesanktion. Derimod vil departementet og justiskomiteen beholde reglerne om konkurskarantæne som et effektivt middel mod konkurskriminalitet og som kan supplere straffelovens regler om rettighedstab.

2.1.4 VILKÅR: PERSONELLE, MATERIELLE OG PROCESSUELLE.

De **personelle vilkår** fremgår af konkursloven §142 første og sjette led jf. femte led. Ifølge konkursloven § 142 første led, er vilkåret at skyldnerens bo er taget under konkursbehandling. Reglerne anvendes tilsvarende på en skyldner som det sidste år formelt har indehaft eller reelt har udøvet hverv som styremedlem eller daglig leder (administrerende direktør) i slikt selskab jf. konkursloven § 142 sjette led. Det præciseres i konkursloven § 142 femte led, hvad selskab indebærer, blant andet kan nævnes aktieselskab, boligbyggelag og gensidig forsikringsselskab.

Vedrørende **de materielle vilkår** er hovedvilkåret for konkurskarantæne, at skyldnerens bo er taget under konkursbehandling, hvilket ikke bliver behandlet. I tillæg opstiller loven to alternative grundvilkår for at ilægge en skyldner konkurskarantæne.

Det første vilkår i konkursloven § 142 første led nr.1 er, at skyldneren med ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”, i forbindelse med konkursen eller den virksomhed som har ført til insolvensen. Ifølge forarbejderne i Innst. O. nr. 56 (1983-1984) s.17 præciseres, at bestemmelsen ikke omfatter strafbare handlinger i sin almindelighed i forbindelse med selskabets virksomhed. Bestemmelsen skal bare være en reaktion mod handlinger som har ført til insolvens og konkurs. Dette er et krav til sammenhæng mellem den strafbare handling og insolvensen, som behandles senere under dette punkt i opgaven.

Når det gælder udtrykket, ”skjellig grunn til mistanke” må det foreligge mistanke af en vis styrke og baseret på konkrete omstændigheder. Udtrykket bruges i straffeprocessloven i forbindelse med tvangsmidler, for eksempel som grundvilkår for varetægtsfængsel jf. ”Lov om rettergang i straffesaker” 22.05.1981 nr.25 (straffeprocessloven) § 171 første led. Det er ikke grundlag, for at definere indholdet i ”skjellig grunn til mistanke” anderledes i konkursloven end i straffeprocessloven jf. Rt. 1991 s. 506. Med ”skjellig grunn” menes tilstrækkelig eller rimelig grund³. Det må foreligge objektive holdpunkter for mistanken. I følge Rt. 1993 s. 1302 indebærer kravet til ”skjellig grunn”, at det må være mer sandsynlig at sigtede har begået den strafbare handling, end han ikke har gjort det. Det vil sige, et krav om sandsynlighedsovervægt.

³ Hov, Jo:” Rettergang”, bind 2 s. 49

Det er desuden krav om, at den skjellige grund til mistanke må gælde en ”straffbar handling”. Dette betyder, at den vurdering som skal gøres jf. konkursloven § 142 første led nr.1, må opfylde både de subjektive og objektive strafbarhedsvilkårene jf. Ot. prp.nr. 50 (1980-1981) s. 126. Selv om det foreligger en objektiv overtrædelse af en straffebestemmelse, men vedkommende mangler det nødvendige forsæt foreligger ikke skjellig grund til mistanke om en strafbar handling. Vedkommende kan da ikke ilægges konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1.

Ligeledes må den strafbare handling have ”forbindelse med konkursen eller den virksomhet som har ført til insolvensen” jf. konkursloven § 142 første led nr.1. Det fremgår af Innst. O. nr. 56 (1983-1984) s. 17, at *”konkurskarantæne skal bare være en reaktion mot straffbare handlinger som fører til insolvens eller konkurs, eller som har direkte tilknytning til konkursen”*. Dette er et krav til sammenhæng mellem den strafbare handling og insolvensen. Som eksempel kan nævnes overtrædelse af straffeloven § 283a, pligten til at melde opbrud. Ved ”skjellig grunn til mistanke” om overtrædelse af straffeloven § 283a kan skifteretten sætte konkursdebitor i konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr. 1, eventuelt med tilbagevirkende kraft efter konkursloven § 142 fjerde led⁴. Ligeledes kan bedrageri og utroskab jf. straffeloven §§ 270 og 275 være relevante, da stillingen som for eksempel styreleder er et tillidsforhold som kan misbruges og udnyttes i vinnings hensigt. Et andet eksempel kan være overtrædelse af reglerne om indbetaling af skattetræk jf. skattebetalingsloven 21.06. 1952 nr.2 § 11 eller merværdiafgiftsloven 19.06. 1969 nr. 66 § 13. Poenget er, at handlingen har sammenhæng med selve konkursen, det vil sige, det faktum at det åbnes konkurs hos konkursdebitor.

Dokumentation på andre lovbrud som er begået i virksomheden for eksempel markedsføringsloven eller arbejdsmiljøloven er ikke tilstrækkelig for at ilægge konkurskarantæne. Dette er lovovertrædelser som ikke har sammenhæng med konkursen, men kan få betydning ved den rimelighedsvurdering som skifteretten foretager jf. konkursloven § 142 andet led⁵.

⁴ Andenæs, Mads Henry: ”Konkurs” s. 29

⁵ Schonhowd, Kjetil: ”Konkurskarantæne- vilkår og virkning” s.36

Det andet alternative vilkår jf. konkursloven § 142 første led nr.2 er, at skyldneren på grund af ”uforsvarlig forretningsførsel” må antages at være ”uskikket” til at stifte et nyt selskab eller påtage sig hverv som styremedlem eller daglig leder i et selskab som nævnt i bestemmelsens femte led. Antagelsen om at skyldneren er uskikket må være baseret på den uforsvarlige forretningsførsel som han tidligere har udvist. Højesteret har fastslået, at det må foretages en helhedsvurdering af forretningsførselen, herunder faren for tab og faren for at kreditorernes interesser bliver tilsidesat jf. Rt. 1991 s.932.

Dersom et af lovens alternative vilkår er opfyldt, kan skifteretten efter en skønsmæssig vurdering ilægge skyldneren konkurskarantæne. Ved vurderingen skal det tages hensyn til, om det ud fra skyldnerens handlemåde og forholdene for øvrig synes rimelig at sætte skyldneren i karantæne i henhold til konkursloven § 142 andet led. Af betydning kan være hvor graverende skyldnerens handlemåde har været, om kreditorerne er påført tab, om skyldneren har været involveret i konkurs tidligere og hvilken virkning karantænen vil få for skyldneren.

Ifølge de **processuelle vilkår**, fremgår det af konkursloven § 143 første led, at beslutning om karantæne skal afgøres ved kendelse. Kendelsen kan påkjæres efter konkursloven § 153 andet led, men kjæremålet har ikke opsættende virkning uden at skifteretten eller kjæremålsretten bestemmer det jf. konkursloven § 143 tredje led. Det vil sige, at kendelsen har virkning fra den bliver afsagt, ikke først fra den er retskraftig. Det er tingretten (skifteretten), som behandler konkursboet, som er kompetent til at afgøre karantænespørgsmålet.

Konkursboet og påtalemyndigheden kan optræde som part i sager om konkurskarantæne jf. konkursloven § 143 andet led. Skifteretten kan også ex officio tage stilling til pålæg om konkurskarantæne, men i praksis vil det ske på grundlag af bostyrets indberetning jf. konkursloven § 120 første led nr.7. Boet og påtalemyndigheden må varsels om karantænesagen, men også skyldneren er part og skal varsles med anledning til at udtale sig, selv om dette ikke udtrykkelig er nævnt i konkursloven § 149 fjerde led. Efter konkursloven § 143 andet led, er det i visse tilfælde anledning til at forlænge karantænetiden ud over to år. Det forudsætter en begæring fra påtalemyndigheden. Skifteretten kan forlænge karantænetiden til retskraftig straffedom foreligger med anledning for påtale-

myndigheden til at begære yderligere forlængelse. De processuelle regler lægger hermed til grund, at tiltale og straffesag kan iværksættes samtidig eller i forbindelse med ilæggelse af konkurskarantæne.

Kendelsen kan omgøres efter konkursloven § 143 fjerde led. Det må være oplysninger af mer væsentlig betydning som skal tillægges vægt specielt hvis omgøring skal ske til ugunst for skyldneren. Hvis vedkommende som er ilagt karantæne på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1, senere frifindes i straffesag om det aktuelle forhold eller efterforskningen viser at det ikke foreligger et strafbart forhold, bør påtalemyndigheden straks begære ophævelse af karantænen jf. Innst. O. nr. 50 (1975-1976) s. 21⁶. Efter konkursloven § 143 femte led bortfalder virkningerne af kendelsen ved tilbagelevering efter konkursloven § 136 og stadfæstet tvangsakkord efter konkursloven § 125.

Ovenstående viser, at det ene alternative materielle vilkår i konkursloven § 142 første led nr.1, ”med skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”, retter sig mod strafbare handlinger i straffeloven. Den strafbare handling skal have sammenhæng med insolvensen. Desuden skal skifteretten ud fra en skønsmæssig vurdering tage hensyn til, om det er rimelig at ilægge skyldneren konkurskarantæne. De processuelle vilkår tager sigte på, at straffesag kan iværksættes samtidig eller i forbindelse med ilæggelse af konkurskarantænen.

2.1.6 RETSVIRKNINGER

Spørgsmålet er, om konkurskarantæne har retsvirkninger som kan ligne på en straffesanktion. Jeg henviser til fremstillingen under forarbejderne, hvor man var opmærksom på, at konkurskarantæne havde væsentlige lighedspunkter med straffelovens regler om rettighedstab § 29. Vedrørende straffeloven § 29 henviser jeg til side 33 under punkt 4.1.3.

Konkurskarantæne indebærer, at skyldneren for en periode af to år regnet fra konkursåbningen ikke kan stifte selskab som nævnt i bestemmelsens femte led. Dette omfatter blandt andet stiftelse af aktieselskaber, næringsdrivende stiftelse, boligbyggelag, boretts-

⁶ Schonhowd, Kjertil: ”Konkurskarantæne- vilkår og virkninger”, s.90

lag eller samvirkelag. Desuden kan skyldneren heller ikke påtage sig eller reelt udøve nye hverv som medlem eller varamedlem af styret eller daglig leder i et slikt selskab. Det vil sige, for personer omfatter karantænen både formelle og reelle positioner, men vedkommende kan begynde ny virksomhed i form af enkeltmandsvirksomhed. Retten kan beslutte at karantænen skal få virkning fra det tidspunkt kendelsen bliver afsagt. Dette er aktuelt dersom det er gået lang tid siden konkursåbningen. Denne virkning kaldes obligatorisk.

Retsvirkningen indebærer visse ligheder med sanktionen rettighedstab efter straffeloven § 29. Ved konkurskarantæne mister vedkommende retten til at stifte nye selskaber og udøve nye hverv i to år. Ved rettighedstab i straffeloven § 29, mister vedkommende også retten til stillingen eller retten til at udøve virksomhed.

I konkursloven § 142 fjerde led, åbnes det adgang til at beslutte en valgfri og tilbagevirkende konkurskarantæne. Det vil sige, at karantænen også skal omfatte eksisterende hverv. Det gælder dersom skyldneren med skjellig grund kan mistænkes for en strafbar handling som nævnt i konkursloven § 142 første led nr. 1. På denne måde skærpes konkurskarantænenes retsvirkninger. Vedkommende mister ikke bare retten til at stifte nye selskaber og udøve nye hverv, men mister også retten til eksisterende hverv. Denne retsvirkning har også lighedstræk med rettighedstab i straffeloven § 29, hvor vedkommende blandt andet kan miste retten til stillingen.

Overtrædelse af kendelse om konkurskarantæne kan straffes med bøder og fængsel i indtil fire måneder efter konkursloven § 143a. Desuden registreres kendelsen om konkurskarantæne i Konkursregisteret, som er åbent for offentlig tilsyn jf. konkursloven § 144 andet led. Vedkommende som er ilagt karantæne har ikke et retslig krav på automatisk genindtræden i de hverv han er fjernet fra efter karantæneperioden er udløbet, men må vælges eller søge stillingen på ny⁷.

Ovenstående taler for, at konkurskarantæne får omfattende retsvirkninger, som har visse ligheder med rettighedstab efter straffeloven § 29. Den som ilægges karantænen fratages blandt andet retten til at udøve nye hverv og kan i tillæg miste retten til eksisterende

⁷ Ot. prp.nr. 39 (1982-1983) s. 9

hverv. På denne måde mister konkursdebitor retten til økonomisk indtjening. Desuden bliver oplysningerne om karantænen offentlig tilgængelig, hvilket også kan bidrage til reduceret økonomisk indtjening. Hvis det handles i strid med karantænen ricikerer vedkommende fire måneders fængsel.

2.1.6 ER KONKURSKARANTÆNE STRAF ?

Problemstillingen er, om konkurskarantæne er straf efter norsk ret. Begrebet straf benyttes i flere love og har forskellig betydning afhængig af hvilket rets område vi befinder os på. ”Kongeriget Norges Grundlov” 17. maj 1814 (Grundloven) , straffeloven og ”lov om rettergangsmåten i straffesaker” 22. maj nr. 25 1981 (straffeprocessloven) benytter begrebet straf.

Grundlovens §96 fastslår: ”Ingen kan dømmes uden efter Lov eller straffes uden efter Dom”. Med ”dømmes” mener Grundloven straffedømmes. Grundloven slår fast legalitetsprincippet i strafferetten. Derimod kan andre civilretslige reaktioner pådømmes uden lovhjemmel for kravet, for eksempel kan erstatningsansvar pålægges på grundlag af retspraksis⁸. Hvad som regnes som straf i formel henseende er regnet op i straffeloven §§ 15 og 16. Dersom en retsfølge først er karakteriseret som ”straff” i formel forstand, så skal spørgsmålet om ilæggelse af denne retsfølge afgøres i straffeprocessens former jf. straffeprocessloven § 1.

Konkurskarantæne er efter norsk ret en reaktion som ilægges af tingretten (skifteretten) jf. konkursloven §§ 142-143a , som ikke giver hjemmel for straf. Desuden følger konkurskarantæne de processuelle regler i konkursloven og tvistemålsloven. I følge forarbejderne er konkurskarantæne heller ikke regnet som straf, men skal derimod komme som tillæg til andre reaktioner med strafansvar jf. Ot. prp.nr. 50 (1980-81) side 50. I straffelovens §§ 15 og 16 er konkurskarantæne ikke med i opregningen af straf. Det kan hermed konkluderes, at konkurskarantæne ikke er straf efter straffeloven.

⁸ Andenæs, Johannes: ”Almindelig strafferett” kap.9

2.1.7 KONKLUSION

Konklusionen på den første underproblemstilling under den første hovedproblemstilling er følgende. Konkurskarantæne er en sanktion, som skifteretten på visse vilkår kan ilægge en skyldner, hvis bo er taget under konkursbehandling og som fratager vedkommende retten til nærmere bestemte hverv for en periode af to år. Formålet med konkurskarantæne skal både hindre konkursgangere og være et middel mod økonomisk kriminalitet. I forarbejderne gives det udtryk for vidt forskellige opfattelser af konkurskarantæne. NOU 1993:16 vil ophæve reglerne om konkurskarantæne, fordi sanktionen er en straffesanktion, som ligner på straffeloven § 29. Derimod vil departementet og justiskomiteen beholde reglerne om konkurskarantæne som et effektivt middel mod konkurskriminalitet og som kan supplere straffelovens regler om rettig-hedstab.

Det materielle vilkår, i konkursloven § 142 første led nr.1 ”med skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”, retter sig mod straffbare handlinger i straffeloven. Den straffbare handling skal have sammenhæng med insolvensen. De processuelle vilkår tager sigte på, at straffesag kan iværksættes samtidig eller i forbindelse med ilæggelse af konkurskarantænen.

Retsvirkingerne er omfattende, da konkursdebitor blant andet fratages retten til at udøve nye hverv og kan i tillæg miste retten til eksisterende hverv i to år. Hvis det handles i strid med karantænen kan fængselsstraf ilægges. På trods af ligheden med straffeloven § 29 kaldes sanktionen konkurskarantæne, ikke straf. Efter reglerne i konkursloven og straffeloven regnes konkurskarantæne ikke som straf. Konklusionen er, at konkurskarantæne ikke er straf efter norsk ret.

2.2 EMK, straf og konkurskarantæne

2.2.1 INDLEDNING.

Den anden underproblemstilling er, hvordan en sanktion som konkurskarantæne kan tolkes og kategoriseres efter EMK art. 5 og art.6 første led og herunder om konkurskarantæne anses som "criminal charge" jf. EMK art.6 første led og EMD. I udgangspunktet er EMK også norsk lov efter menneskeretsloven, men på grund af EMD's autonome tolkning af konventionen kan tolkningen blive forskellig fra den tolkning norske myndigheder og domstole tillægger konventionen. Valget af tolkningsalternativ efter EMK er væsentlig, fordi sanktionens kategorisering tillægges forskellig værn efter konventionen. Omfanget af individets rettigheder og statens forpligtelser afhænger af denne afgrænsning.

For det første, vil jeg redegøre for udgangspunkterne for tolkningen af EMK og protokol 7 art.4 nr.1. Hvis konkurskarantæne anses som straf efter EMK, bliver forbudet mod dobbeltstraf i protokol 7 art.4 nr.1 relevant.

For det andet, vil jeg analysere hvilke kategorier eller tolkningsalternativer en sanktion som konkurskarantæne kan tillægges efter EMK art. 5 og art.6 første led. Herunder behandles også om konkurskarantæne er straf "criminal charge" jf. EMK art.6 første led. EMD har ikke taget stilling til, om de norske regler vedrørende konkurskarantæne er straf efter EMK art.6 første led.

2.2.2 UDGANGSPUNKTER FOR TOLKNINGEN AF EMK OG PROTOKOL 7:

Efter menneskeretsloven § 2 er Europarådets konvention 04.11.1950 om beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende friheder med tilhørende tillægsprotokoller indarbejdet som norsk lov. Disse skal ved modstrid gå foran bestemmelser i anden lovgivning jf. menneskeretsloven § 3.

Når EMD tolker EMK anvender domstolen den tolkningsmetode som følger af Wienkonventionen af 23.05.1969 om traktatretten. Dette indebærer, at konventionerne må tolkes lojalt i samsvar med ordenes vanlige betydning i den kontekst de er benyttet, og i lys af bestemmelsernes formål jf. Wienkonventionen artikel 31.⁹ Konventionen blev udarbejdet for undertegnelse efter anden verdenskrig i 1950. Samfundsudviklingen og dagens behov for konventionsbeskyttelse tilsiger derfor, at EMD baserer tolkningen af EMK med tillægsprotokoller efter en dynamisk eller evolutiv fortolkning. Menneskerettighedskonventionen har karakter af levende instrumenter og tolkningen må derfor ikke stivne. Ordlyden er et udgangspunkt for tolkningen. EMD tolker de begreber som benyttes i EMK med tillægsprotokoller autonomt.¹⁰ Det vil sige, at det ikke er afgørende hvad norske myndigheder og domstole lægger i begreberne, men hvad konventionen og EMD udleder af begreberne.

Protokol 7 til Den europæiske Menneskeretskonvention blev vedtaget i Europarådet 22.11 1984 og trådte i kraft 01.11.1988. Norge ratificerede protokol 7 den 25.10.1988 og den fik virkning fra 01.01.1989. Baggrunden for protokol 7 var ønsket om at supplere menneskeretsværnet efter EMK med bestemmelser fra FN-konventionen fra 1966 om civile og politiske rettigheder (SP). En af de rettigheder som ved protokol blev indført i det europæiske menneskeretsværnet, er forbudet mod gentaget straffeforfølgning jf. protokol 7 artikel 4. Denne bestemmelse er udformet efter mønster fra SP artikel 14 nr. 7. Bestemmelsen i protokol 7 artikel 4 nr.1 pålægger staterne, at tillægge nærmere bestemte afgørelser i straffesager negativ materiel retskraft. Det vil sige, at afgørelsen skal spærre mod ny straffeforfølgning for samme forhold ("ne bis in idem"- ikke to ganger for det samme)¹¹.

⁹ Møse, Erik: Folkeretlige tekster.

¹⁰ Møse, Erik: "Menneskerettigheter" kap .4.9

¹¹ Møse, Erik: "Menneskerettigheter" s.390

De norske regler om negativ materiel retskraft følger af straffeprosesloven §§ 51 og 74. Dette betyder, at man ikke kan blive straffeforfulgt på nyt efter endelig dom eller frifindelse i en straffesag. Den negative materielle retskraft er begrænset til ny forfølgning med krav om sanktioner som enten er straf efter norsk ret eller som skal behandles i straffeprocessuelle former og som allerede er afgjort i sagen¹².

EMD's generelle og autonome tolkning af EMK gælder også for tillægsprotokollerne. I det følgende vil jeg fremhæve formålet, retspraksis fra EMD, retskraft og ordlyden efter protokol 7 art.4 nr.1.

Formålet med forbudet er at hindre gentaget straffeforfølgning som bliver afsluttet med en endelig afgørelse (*"the aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision"*) jf. dom i EMD, Gardinger versus Østerrike 1995 28.09 (afsnit 53 i Gardinger).

Efter EMD's retspraksis er bestemmelsen ikke til hinder for at en og samme handling kan rammes af flere straffebud jf. Gardinger v. Østerrike A 328-C 1995, Oliveira v. Sveits RJD 1998 og Franz Fisher v. Østerrike 29.05.2001 (idealkonkurrens, se punkt 4.2.5 side 43). Såfremt straffebudene skiller sig fra hinanden *"in their essential element"*, kan overtrædelser forfølges uafhængig af hverandre, uden at dette rammes af forbudet mod gentaget straffeforfølgning. Desuden retter bestemmelsen sig mod straf ved både administrativ og judisiel behandling. Det spiller ingen rolle hvilken sag som afgøres først.¹³

De afgørelser som staterne efter protokol 7 artikel 4 nr.1 har pligt til at tillægge negativ materiel retskraft, er afgørelser som går ud på at sigtede bliver *"finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State"*. Efter bestemmelsens ordlyd stiller den tre krav til den afgørelse som spærrer for yderligere forfølgning. Disse går ud på, at afgørelsen må være truffet

¹² Skoghøy, Jens E. A.: "Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK protokoll 7 art.4 nr.1" TfR 1/2003 s.1-39

¹³ Møse, Erik: "Menneskerettigheter" s.390-393

som led i afgørelsen af en straffesag, afgørelsen må dømme eller frifinde sigtede og afgørelsen må være endelig. Desuden må afgørelserne angå samme forhold. Disse krav bliver drøftet i punkt 4.2 i opgaven.

Ordlyden taler for, at bestemmelsen bare gælder egentlige straffesager behandlet efter straffeprocessloven. I retspraksis og teori er det uenighed om formålet. Skal formålet bare gælde afgørelser som er truffet i samsvar med en rettergangsordning for straffesager i vedkommende land, som skal spærre mod ny forfølgning? Eller skal formålet også omfatte forvaltningsmæssige, civile eller administrative afgørelser, som kan anses som straf efter EMK artikel 6, men som ikke er truffet som led i en straffeprocessuel forfølgning i vedkommende land? Dette er aktuelt i forhold til konkurskarantæne, da konkurskarantæne ikke er en afgørelse som er truffet i straffeprocessuelle former. Dette drøftes i punkt 4.2.2 side 38.

2.2.3 FLERE TOLKNINGSALTERNATIVER EFTER EMK.

Problemstillingen er, hvordan en sanktion som konkurskarantæne kan tolkes og kategoriseres efter EMK art. 5 og art. 6 første led. Afgrænsningen har blandt andet betydning for hvilket værn den tiltalte kan kræve i straffesager og hvilke pligter konventionen pålægger staterne jf. EMK art. 6 andet og tredje led. Efter EMK og EMD's retspraksis kan en sanktion tolkes på flere måder. For det første, kan sanktionen anses som en civil rettighed, "civil rights and obligations" jf. EMK art. 6 første led. For det andet og tredje, kan en sanktion betegnes som "a regulatory matter", som både kan falde indenfor "civil rights and obligations", så vel som udenfor EMK artikel 6. For det fjerde, kan en sanktion anses som et tvangsmiddel efter EMK art. 5. Endelig kan en sanktion kategoriseres som straf, "criminal charge" jf. EMK art. 6 første led.

For det første, hvis en sanktion skal betegnes som en civilretslig sanktion, må sagen angå "civil rights" jf. EMK art. 6 første led og opfylde tre kriterier efter EMD's praksis. Det må foreligge en reel retslig tvist mellem enkeltpersoner eller en person og myndighederne. Tvisten må gælde en rettighed som har grundlag i national ret og rettigheden må efter konventionen kunne karakteriseres som "civil rights" eller forpligtelse. Efter konventionen kan konkurskarantæne tolkes som "civil rights and obligations" jf. Højesterets kendelse 2003-04-01 afsnit (31).

For det andet og tredje, kan EMD betegne en reaktion som "a regulatory matter" jf. DC, HS og AD v. Storbritannia (sagnr. 39031/97) afgjort 14/9 1999. Spørgsmålet var, om diskvalificering af direktører i selskaber er "criminal charge" eller ikke efter EMK.

"In the present case, the proceedings were classified as civil in domestic law, the disqualification of directors is a matter which is regulatory rather than criminal, and the "penalty" is neither a fine nor a prison sentence, but rather a prohibition on acting as a company director without the leave of the court".

EMD konkluderede: *"the proceedings against the applicant therefore determined "civil rights and obligations", but did not determine a "criminal charge"*. Det vil sige, det findes reaktioner som betegnes som "a regulatory matter" og som kan falde ind under "civil rights and obligations", men som også kan falde udenfor EMK artikel 6. For eksempel vil rene forvaltningsmæssige afgørelser som tvist om statsborgerret, politiske rettigheder som stemmeret m.m. falde udenfor både "civil rights and obligations" og "criminal charge" jf. EMK art.6 første led¹⁴.

For det fjerde, kan frihedberøvelse efter EMK art. 5 benyttes som tvangsmiddel i EMK art. 5 første led a) til f). Bestemmelsen værner retten til frihed og sikkerhed. Formålet med EMK art.5 er at beskytte individet mod vilkårlig frihedberøvelse. Ifølge EMK art.5 første led anden sætning, skal ingen berøves friheden, men national ret kan gøre undtagelser i seks tilfælde, forudsat at frihedsberøvelsen sker i samsvar med lovbestemt fremgangsmåde. I "karantænedommen" sammenligner Højesteret konkurskarantæne med andre tvangsmidler i straffeprocessloven og finder, at konkurskarantæne også har tilknytning til efterforskningen i sagen (afsnit 42 i dommen). Hvis konkurskarantæne anses som tvangsmiddel kommer EMK art. 5 ikke til anvendelse, fordi konkurskarantæne ikke omfatter frihedsberøvelse¹⁵. Hvis derimod det handles i strid med karantænen kan fængselsstraf anvendes jf. konkursloven § 143a og da kommer både EMK art.5 og art.6 til anvendelse.

Sluttelig kan en sanktion anses som "criminal charge" efter EMK artikel 6, som drøftes i det følgende.

¹⁴ Møse, Erik: "Menneskerettigheder", s. 305

¹⁵ Standbakken, Asbjørn: "Ne bis in idem", Lov og rett nr .6 2002 s. 360

2.2.4 "CRIMINAL CHARGE" OG KONKURSKARANTÆNE.

Det sidste tolkningsalternativ efter EMK behandles her. Spørgsmålet er, om konkurskarantæne er straf "criminal charge" efter EMK artikel 6 første led og retspraksis fra EMD.

Virkeområdet bestemmes ud fra, om den anklagede anses som "charge with a criminal offence" jf. EMK artikel 6 første led. Bestemmelsens rækkevidde afgøres ud fra en formålsbetragtning. Den nationale klassificering af hvad som anses som "charged with a criminal offence", er ikke afgørende. Hvis dette var tilfældet ville det åbne for at den enkelte medlemsstat selv definerede rækkevidden af EMK artikel 6.

Afgrænsningen får betydning for EMK artikel 6 i sin helhed, fordi artikel 6 (2) og (3) efter ordlyden bare gælder ved strafbar handling "criminal charge". I udgangspunktet er det ikke problematisk at afgøre om det foreligger en straffesag. Men i konventionspraksis har det været nødvendigt at trække grænsen i forhold til disciplinærsager, bagatelartede forseelser, rettergangsstraf og tillægsskat. Når vi kommer til de tvilsomme grænsetilfælde er afgrænsningskriterierne efter EMK og EMD ikke helt entydige.

Efter praksis i EMD vil vurderingen af om det foreligger "a criminal offence" være knyttet til tre forhold. For det første den nationale kategorisering, for det andet handlingens karakter og for det tredje reaktionens karakter jf. Engel v. Nederland, A 22 (1974). Jeg vil kort nævne eksempler fra norsk ret, som viser hvad som falder indenfor og udenfor bestemmelsen.

Med udgangspunkt i kriteriet, om den nationale klassifikation er det ingen tvil om at sanktioner som er defineret som straf efter straffeloven §§ 15 og 16 falder ind under EMK artikel 6 første led. Ligeledes falder gebyr ilagt af administrative myndigheder ind under EMK artikel 6 første led, da det er en generel norm som retter sig mod en ubestemt personkreds. Gebyr efter vegtrafikkloven 18/06 1965 nr.4 §§ 31a og 36a bringer retssikkerhedsgarantierne i EMK artikel 6 andet og tredje led til anvendelse.

Med udgangspunkt i en helhedsvurdering af handlingens og reaktionens karakter er tillægsskat anset som "criminal charge" i EMK artikel 6 første led og blandt andet

dommen i EMD Bendenoun v. Frankrike A 284 (1994). Dette blev også lagt til grund af Højesteret i Rt. 2000 s.996 og plenumsdommene fra 03.05.2002.

Når det gælder konkurskarantæne har EMD taget stilling til konkurskarantæneinstituttet fra Storbritannia. I Storbritannia anses konkurskarantæne for en civilretslig reaktion som indeholder et grundlag tilsvarende "uforsvarlig forretningsførsel" jf. konkursloven § 142 første led nr.2. Derimod har de britiske regler ikke et grundlag som konkurslovens § 142 første led nr.1, "med skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling". I EMD's afvisningsafgørelse i sagen DC, HS og AD v. Storbritannia (sagnr. 39031/1997), tog EMD stilling til om konkurskarantæne i Storbritannia er straf eller ikke efter EMK. Jeg henviser til citatet punkt 2.2.3 side 21. Som nævnt fandt EMD, at dette tilfælde ikke faldt ind under "criminal charge", men derimod ind under "civil rights and obligations".

Konklusionen er, at konkurskarantæneinstituttet fra Storbritannia ikke anses som straf, men falder ind under "a civil rights and obligations" jf. EMK art.6 (1).

2.2.5 KONKLUSION

Konklusionen på den anden underproblemstilling, under den første hovedproblemstilling er, at konkurskarantæne kan tolkes på flere måder efter EMK. For det første, kan konkurskarantæne kategoriseres som "civil rights and obligations" efter EMK art. 6 (1). Desuden kan konkurskarantæne betegnes som "a regulatory matter", hvor EMD konkluderede med at diskvalificering af direktører falder ind under kategorien "civil rights and obligations". For det andet, kan konkurskarantæne sammenlignes med andre tvangsmidler i straffeprocessloven jf. Højesteret i "karantænedommen". Hvis konkurskarantæne anses som tvangsmiddel efter EMK, da kommer hverken EMK art. 5 og art.6 til anvendelse. Sluttelig har EMD taget stilling til konkurskarantæneinstituttet fra Storbritannia, hvor EMD slår fast, at konkurskarantæne "did not determine a"criminal charge"", efter EMK art.6 (1).

2.3 Konklusion

Konklusionen på første hovedproblemstilling er, at konkurskarantæne ikke anses som straf efter norsk ret. Hvad konkurskarantæne er fremgår af drøftelsen og konklusionen under punkt 2.1 Efter EMD kan det med sikkerhed fastslåes, at konkurskarantæneinstituttet i Storbritannia heller ikke er straf efter EMK. Hvis det lægges til grund, at de norske regler om konkurskarantæne er tilsvarende de britiske, da vil det være samsvar og harmoni mellem de norske interretslige regler og folkeretten. Dette må anses at stemme overens med præsumptionsprincippet, som forudsætter at norsk ret er i samsvar med folkeretten.

3 "Karantænedommen"

3.1 Indledning

Før Højesteret i "karantænedommen" (2003.09.03. sagnr. 2002-01389a) tog stilling til, at konkurskarantæne ikke spærrer for straffesag om de samme forhold som resulterede i konkurskarantænen jf. forbudet om dobbeltstraf i protokol 7 art.4 nr.1 og heller er straf i konventionens forstand, var retstilstanden usikker. Det var første gang retsspørgsmålet fik sin afgørelse i Højesteret. Dommen har dermed retsskabende virkning. Retsområdet bærer også præg af, at retspraksis fra EMD er begrænset, når det gælder tolkningen af protokol 7 art.4 nr.1. Desuden har EMD bare taget stilling til to afvisningsafgørelser om konkurskarantæneinstituttet fra Storbriannia.

I denne forbindelse vil jeg nævne hvordan Højesteret tolker EMK. Efter indarbejdelsen af menneskeretsloven foretager Højesteret en selvstændig tolkning af konventionen ud fra den metode som EMD benytter. I Rt. 2002 s. 557 fastlår Højesteret hvordan konventionen skal tolkes. Ved tolkning af EMK skal de benytte samme metode som EMD, med den reservation at det i første række er EMD som skal udvikle konventionen. Dersom tolkningen af en inkorporeret konventionsbestemmelse som udfra en slik bedømmelse har de bedste grunde for sig, kommer i strid med anden norsk lovgivning, skal konventionsbestemmelsen gå foran jf. menneskeretsloven § 3.

Problemstillingen i dommen er, om konkurskarantæne ilagt jf. konkursloven § 142 første led nr. 1 og nr.2, spærrer for en senere straffesag om de samme forhold som var grundlaget for ilæggelsen af konkurskarantænen jf. forbudet om dobbeltforfølgning i protokol 7 art.4 nr.1. Jeg vil afgrænse redegørelsen af dommen til konkursloven § 142 første led nr.1.

Dommen tager stilling til to hovedproblemstillinger. Højesteret tager først stilling til, om konkursdebitor ved ilæggelse af konkurskarantæne "endelig" er frikendt eller domfældt for en strafbar handling. Dernæst tager Højesteret stilling til, om konkurskarantæne er straf jf. forbudet mod at blive straffet på ny. Dommens systematik bliver fulgt i nedenstående redegørelse. Tolkningsalternativerne, i opgavens punkt 2.2.3 side 20, vedrørende kategoriseringen af konkurskarantæne efter EMK, vil jeg knytte til Højesterets argumentation.

3.1.1 FAKTUM.

A drev cafe og restaurant fra 1/7 1998 til 1/3 1999. Denne blev lukket grundet manglende opgjør til udlejer. Eidsvoll skifteret ilagde 17/01 2000 A konkurskarantæne i to år på grundlag af konkursloven § 142 første led nr. 1 og nr. 2. To år senere blev A ved dom 18/12 2001 i Eidsvoll herredsrett fundet skyldig i overtrædelse af tre straffbare forhold. Dommen blev påanket til Eidsivating lagmannsrett. A påanket lagmannsrettens dom (punkt 2 vedrørende overtrædelse af straffeloven § 286 andet straffealternativ jf. regnskabsloven og merværdiafgiftsloven, straffen var sat til 15 dagers fængsel) til Høyesteret. I anken gøres gældende sagsbehandlingsfejl. Sagen skulle have været afvist fra domstolene, fordi videre straffeforfølgning efter ilæggelse af konkurskarantæne stred mod artikkel 4 nr.1 i protokol 7 til EMK.

3.1.2 "KARANTÆNEDOMMEN" OG PROTOKOL 7 ART.4 NR.1 "ENDELIG":

Den første problemstilling Høyesteret tager standpunkt til er, om konkursloven § 142 første led nr.1, med skjellig grund mistænkes for en strafbar handling i tilknytning til konkursen, spærrer for videre straffeforfølgning i forhold til protokol nr.7 art.4 nr.1. Høyesteret fremhæver vilkåret, om at sigtede allerede har blevet "endelig frikjent eller domfelt", hvis protokol 7 artikkel 4 nr.1 skal spærre for videre straffeforfølgning. For at tage stilling til dette vilkår begrunder Høyesteret dette med skyldkravet, formålet med konkurskarantæne og sagsbehandlingsreglerne.

"For det første viser jeg til det skyldkravet som knytter seg til de straffbare forhold. Konstatering av skjellig grunn til mistanke er verken etter sin ordlyd eller norsk rettstradisjon en endelig domfellelse. Skjellig grunn knytter seg særlig til når tvangsmidler kan benyttes etter straffeprosessloven pågripelse, varetekt, ransakning osv. og en slik avgjørelse innebærer selvsagt ikke en endelig avgjørelse av skyldspørsmålet. Riktignok dreier det seg her om midlertidig tiltak som direkte er bundet til etterforskningen. Tvangsmidlene brukes i etterforskningens øyemed og må anses å falle bort om etterforskningen innstilles. Men som jeg tidligere har beskrevet, har også konkurskarantene tilknytning til etterforskningen i saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg har fastslått at dersom påtalemyndigheten frafaller siktelsen for de straffbare handlinger som karantenen bygger på, kan heller ikke karantenen

oppretholdes jf. Rt. 2002 s.789. Det samme må gjelde ved en frifinnelse for de straffbare forhold” (afsnit 42).

Højesteret fremhæver, at afgørelsen om konkurskarantæne indebærer at skyldkravet som knytter sig til de straffbare handlinger i forbindelse med skjellig grund til mistanke, kan sammenlignes med tvangsmidler efter straffeprosesloven. På dette grundlag finder Højesteret, at afgørelsen om konkurskarantæne ikke er en endelig dom eller frifinnelse. De retskildefaktorer som Højesteret lægger vægt på, er ordlyden og norsk retstradition. Jeg henviser til den tidligere nævnte kategorisering af sanktioner efter EMK (se punkt punkt 2.2.3 side 20). Når en reaktion falder ind under begrebet tvangsmiddel, men ikke indebærer frihedsberøvelse kommer hverken EMK artikkel 5 eller artikkel 6 til anvendelse.

Højesteret fortsætter: ”*Videre taler formålet med konkurskarantænen mot å anse de underliggende straffbare forhold endelig avgjort gjennom vedtaket om konkurskarantæne.*” Højesteret henviser til forarbejderne, hvor det uttales at formålet er at hindre vedkommende i at udnytte selskabsformen til misligheder og at ilæggelsen må ske raskt. Kravet til skjellig grund til mistanke er knyttet til behovet for en rask reaktion, som forudsættes at finde sted uden at forholdene er færdig efterforsket. Dette harmonerer ikke med en endelig afgørelse af skyldspørgsmålet. Forarbejderne peger direkte på at en straffesag vil tage længere tid at efterforske færdig, altså noget det tages stilling til efterpå (afsnit 43).

Højesteret lægger i det ovenstående vægt på formålet og forarbejderne. Formålet tilsiger, at reaktionen må ske hurtigt for at hindre vedkommende i at udnytte selskabsformen til misligheder. Kravet til skjellig grund til mistanke er også begrundet med behovet for en rask reaktion, selv om forholdene ikke er færdig efterforsket. Behovet for en rask reaktion tillægges stor vægt og anvendes som argument mod at anse konkurskarantæne som en endelig afgørelse af de straffbare forhold. Sammenligningen til kategorien tvangsmidler er nærliggende. Jeg henviser til kategoriseringen efter EMK punkt 2.2.3 side 20.

”*Endelig taler saksbehandlingsreglene mot å anse at beslutningen om karantæne innebærer en ”endelig domsfellelse””.....” Bostyrer vil gi en oversikt over mulige*

straffbare forhold, men ha liten mulighet til å knytte noen vurdering av mistankens styrke til den enkelte handling. Også i tingretten er det oftest begrenset mulighet til en nærmere vurdering av de enkelte påpekte forhold. Siden en konkurskarantene bare krever skjellig grunn til mistanke om et straffbart forhold, har det liten hensikt for konkursdebitor å ta til motmæle mot en enkeltpost, med mindre han hevder ikke å ha begått noe straffbart i det hele. Alt dette gjør at det vil være lite fokus på den enkelte handling. Derfor er tingrettens kjennelse uegnet til å avgjøre hvilke konkrete straffbare handlinger som kan sies å være endelig pådømt” (afsnit 44).

Højesteret lægger vægt på sagsbehandlingsreglerne, som argument mod at anse konkurskarantæne som en endelig domsfældelse. Hverken bostyrer eller tingretten har mulighed til at knytte nogen vurdering af mistankens styrke til den enkelte handling. På dette grundlag finder Højesteret, at tingrettens kendelse er uegnet til at afgøre hvilke konkrete straffbare handlinger som er endelig pådømt.

Højesterets konklusion er, ud fra dette fremstår det rimelig klart at konkursdebitor ikke er blevet ”endelig frikjent eller domfelt” for de straffbare handlinger konkurskarantænen er begrundet i og protokol artikel 4 nr.1 får følgelig ikke anvendelse.

3.1.3 ”KARANTÆNEDOMMEN” OG STRAF EFTER EMK :

Den anden problemstilling Højesteret tager stilling til er, om konkurskarantæne ilagt efter konkursloven § 142 første led nr.1 kan anses som ilæggelse af straf efter EMK (afsnit 49).

Før Højesteret tager stilling til dette spørgsmål lægger Højesteret forarbejdernes begrundelse og formålsangivelse til grund for vurderingen. I forarbejderne er begrundelsen for instituttet angivet i fællesskab for begge grundlag i konkursloven § 142 første led nr.1 og nr.2. Det bærende formål er et ikke-pønalt behov for beskyttelse i de tilfælde der konkursen har sammenhæng med at vedkommende leder eller styremedlem ved strafbar eller uforsvarlig forretningsførsel har vist sig uskikket til at drive forretningsvirksomhed. Højesteret lægger stor vægt på, at formålet og begrundelsen er den samme for begge alternative grundlag jf. konkursloven § 142 første led nr.1 og nr.2 . Konkursloven § 142 nr.1 må anses som et specialudslag af uegnethedskriteriet.

Højesteret citerer også til begrundelsen i afvisningsafgørelsen fra EMD i sagen DC, HS og AD v. Storbritannia (se punkt 2.2.3) og lægger denne udtalelse til grund for den videre vurdering. I det følgende, vil jeg ved hjælp af uddrag og citater fremstille Højesterets vurdering af, om konkurskarantæne er straf, ”criminal charge” efter EMK artikel 6 første led.

I intern norsk ret er det således ikke tvilsomt at konkurskarantæne klassificeres som civilretslig (jf. dommen afsnit 52).

”Det neste kriteriet omtales gjerne som karakteren av og formålet med tiltaket. Her fremhever EMD at diskvalifiseringen er en forvaltningsmessig/sivil avgjørelse mer enn en strafferettslig. Sentralt er formentlig at karantenebestemmelsene i Storbritannia og også i Norge regulerer næringsutøvelse på et meget begrenset felt; det at stifte og lede aksjeselskaper. Karakteren av tiltaket kan ikke sies å påvirkes vesentlig av at grunnlaget for det er mistanke om straffbare forhold i stedet for en uegnehetsvurdering. Under enhver omstendighet må det her veie mer at hovedbegrunnelsen for konkurskarantene er å beskytte andre, ikke å straffe”(afsnit 52). Højesteret nævner også, at et særtræk ved de norske regler er, at karantæne ilægges efter en konkret rimelighedsvurdering jf. § 142 andet led og mener at dette trækker afgørelsen i retning af at regulere næringslivet snarere end at straffe (afsnit 52).

Højesteret lægger stor vægt på EMD`s afvisningsafgørelse mod Storbritannia, fordi afgørelsen af diskvalifisering af direktører er en civilretslig afgørelse mer end en strafferettslig. EMD`s afvisningsafgørelse lægges til grund for vurderingen af karakteren og formålet med konkurskarantæne. Jeg henviser til punkt 2.2.3 , hvor det fremgår at EMD`s klassifisering af konkurskarantæneinstituttet fra Storbritannia betegnes som ”a regulatory matter”, som falder ind under ”civil rights and obligations”. Højesteret lægger også til grund, at karakteren med konkurskarantæne ikke påvirkes af at grundlaget for mistanke om strafbare handlinger i stedet for uegnehetskriteriet. Højesteret tillægger hovedbegrundelsen stor vægt, da denne er at beskytte, ikke at straffe.

Når det endelig gælder konkurskarantænenes alvorlighedsgrad, drejer det sig om et forbud mod at stifte og lede nye selskaber med begrænset ansvar i en periode på to år.

Karantænen udløser ikke noget generelt forbud mot udøvelse av næringsvirksomhed. Selv om karantænen er forstærket til også at omfatte eksisterende hvern i § 142 fjerde led og derved rammer hardere, mener Højesteret ikke at karantænen omfattes af konventionens straffebegreb. Da forsvareren har påpeget registerets infamerende og reaktionsskærpene virkninger, fremhæver Højesteret at konkursregisterets formål er at effektivisere overholdelsen af nedlagte forbud. I departementets vurdering måtte hensynet til effektiv overholdelse gå foran personværnenssyn. Det kan efter Højesterets mening ikke lægges specielt vægt på registreringen, ved vurderingen af konkurskarantænenens alvorlighedsgrad (afsnit 53 og 54). Højesteret lægger hermed til grund, at konkurskarantænenes alvorlighedsgrad ikke under nogen omstændigheder omfattes af konventionens straffebegreb.

Højesterets konklusionen er, at hverken karakteren af konkurskarantænen, formålet bag eller det begrænsede alvoret af indgrebet leder til at karantæneinstituttet kan ses som straf i konventionens forstand (afsnit 56).

4 Anden hovedproblemstilling

4.1 Vil EMD følge Højesteret?

4.1.1 INDLEDNING OG PROBLEMSTILLING

Den anden hovedproblemstilling er, hvor sikkert er det at EMD, med udgangspunkt i EMK og EMD's retspraksis, vil følge dommen fra Højesteret. Hvilke argumenter vil EMD tillægge vægt efter EMK, hvis spørgsmålet om konkurskarantæne bliver forelagt EMD?

Det første spørgsmål er, om EMD vil anse konkurskarantæne som straf efter EMK artikel 6 (1) og hvilke argumenter EMD vil tillægge vægt. Dette spørgsmål behandles i punkt 4.1. Jeg vil afgrænse drøftelsen af spørgsmålet til begrebet "criminal charge" efter EMK artikel 6 (1) og retspraksis fra EMD jf. Engel v. Nederland A 22 (1974).

Afgørelsen af om en sanktion anses som "criminal charge", er et afgørende kriterie for om forbudet mod dobbeltstraf i protokol 7 art.4 nr.1 kommer til anvendelse. Ordlyden i protokol 7 art.4 nr.1 anvender ikke "criminal charge", men "punished again". Efter EMD -dommen Göktan v. Frankrig 02.07.2002, lægges til grund, at begrebet straf ikke har forskellig betydning alt efter hvilken af konventionens bestemmelser det gælder.

Det næste spørgsmål er, hvilke krav ordlyden i protokol 7 art.4 nr.1 og retspraksis fra EMD sætter til den spærrende afgørelse, i dette tilfælde konkurskarantæne og hvilke argumenter EMD vil lægge vægt på. Dette spørgsmål behandles i punkt 4.2. I denne drøftelse lægger jeg også mest vægt på konkursloven § 142 første led nr.1 "skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling".

Jeg vil forudsætte, at det er forskel på at blive ilagt en sanktion på grundlag af "skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling" jf. konkursloven § 142 første led nr.1, fremfor grundlaget om "uforsvarlig forretningsførsel" jf. konkursloven § 142 første led nr.2. Begrundelsen er, at skjellig grund til mistanke om en strafbar handling retter sig mod strafbare handlinger i straffeloven. Desuden er dette grundlag en betingelse for den valgfrie eller udvidede karantæne, som omfatter fjernelse fra eksisterende hverv jf. kon-

kursloven § 142 fjerde led. Dette grundlag medfører de mest omfattende retsvirkninger. I ”karantænedommen” ligestilles de to alternative vilkår på grundlag af formålet. Efter Højesterets syn er formålet er det samme uanset hvilket alternativ som benyttes.

4.1.2 NATIONAL KATEGORISERING

Jeg vil henviser til punkt 2.2.4 angående udgangspunktet for tolkningen af ”criminal charge” efter EMK artikel 6 (1) og retspraksis fra EMD jf. Engel v. Nederland A 22 (1974). Begrebet er autonomt. Det første spørgsmål, er om handlingen efter national ret er klassificeret som straf (”classification in domestic law”). Efter konventionen bliver det bare et udgangspunkt om handlingen efter national ret anses som strafferetslig eller ikke. Hvis handlingen efter national ret er klassificeret som straf, er dette også afgørende efter EMK. Det omvendte er ikke tilfældet. EMD afgør om indgrebet er af en sådan art, at værnet for den anklagede skal gælde.

Efter intern norsk ret er konkurskarantæne ikke straf jf. straffeloven §§ 15 og 16. I forarbejderne gives det udtryk for uenighed. Jeg henviser til punkt 2.1.3 i opgaven. I ”karantænedommen” foretager Højesteret også en klassificering efter EMK. Højesteret slår fast, at i intern norsk ret er det således ikke tvilsomt at konkurskarantæne klassificeres som civilretslig (i dommen afsnit 52).

EMD vil ikke lægge afgørende vægt på den internretslige klassificering. Det kunne åbne for at den enkelte stat selv definerede rækkevidden af EMK art.6. Derimod vil EMD lægge større vægt på de to andre kriterier handlingens art og sanktionens strenghed end national klassificering.

4.1.3 HANDLINGENS ART

Det næste spørgsmål er, om den overtrådte lovbestemmelses formål og karakter kan karakteriseres som straf (”the nature of the offence”). Et moment som tillægges vægt er, om normen retter sig mod handlinger som kan begås af enhver eller mod en speciel gruppe.

Den overtrådte lovbestemmelses karakter følger af konkursloven § 142 første led nr.1, hvor konkurskarantæne ilægges på grundlag af ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”. Lovbestemmelsen retter sig mod strafbare handlinger i straffeloven.

Dette tilsiger, at bestemmelsens karakter bør bedømmes anderledes end konkurskarantæneinstituttet fra Storbritannia. EMD's afvisningsafgørelse i sagen DC, HS og AD v. Storbritannia, som angik diskvalifisering af direktører på grundlag af uforsvarlig forretningsførsel bør derfor ikke anvendes analogisk på de norske regler jf. konkursloven § 142 første led nr.1. (Se også forudsætningen i indledningen til punkt 4.1.1 i opgaven). Afgørelsen i konkursloven § 142 første led nr.1, retter sig mod strafbare handlinger, som kan begås af enhver. Dette taler for, at anse konkurskarantæne for en bestemmelse med strafferetslig karakter.

Formålet med konkurskarantæne er at hindre konkursgangere. Det vil sige, konkurskarantæne er forebyggende og præventiv. Det skal beskytte samfundet og være et middel mod økonomisk kriminalitet. Fra "karantænedommen" kan citeres: *"Karakteren av tiltaket kan ikke sies å påvirkes vesentlig av at grunnlaget for det er mistanke om straffbare forhold i stedet for en uegnethetsvurdering. Under enhver omstendighet må det her veie mer at hovedbegrunnelsen for konkurskarantene er å beskytte andre, ikke å straffe"* (afsnit 52). Højesteret lægger stor vægt på formålet. Ligeledes vil EMD også lægge vægt på formålet, men spørgsmålet er om andre argumenter kan tale for, at konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1, er en lovbestemmelse med en karakter som gør at den alligevel kan anses som straf efter EMK.

Et argument som kan tale for at anse konkurskarantæne som straf er ligheden med rettighedstab. Konkurskarantæne har stærke lighedstræk med rettighedstab efter straffeloven § 29, som er straf efter norsk lov. Rettighedstab efter straffeloven § 29 er tab af stilling eller tab af retten til at udøve virksomhed som den skyldige ved den strafbare handling har vist sig uskikket til, eller må fryktes at ville misbruge eller som i særlig grad kræver almen tillid. Formålet med rettighedstab er også at beskytte andre, da rettighedstab ilægges "når almene hensyn krever det", alligevel er rettighedstab straf efter norsk ret. Juridisk teori mener, at rettighedstab eller tab af retten til at udøve hvervet også kan regnes som "criminal charge",¹⁶ siden de i realiteten angår ilæggelse af en sanktion.

EMD-dommen Albert og Le Compte A 58 (1983) angik tilbagekaldelse af lægebe-

¹⁶ Aall, Jørgen: "Rettergang og menneskerettigheter", side 101- 104.

villinger. Det drejede sig om en sag med et klart strafferetsligt præg og gjaldt ilæggelsen af en reaktion i sanktionsøjemed. De specielle garantier i EMK art.6 (2) og (3), som efter ordlyden bare gælder i strafferetslige anklager blev i denne sag givet anvendelse også i denne civile sag. EMD begrundede rettigheden i EMK art.6(1) og udledte den af "fair hearing". Lighedshensyn taler for, at en part i en strafferetslig præget civil sag må have det samme værn som den anklagede.¹⁷

Konkurskarantæne ilagt på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1, vil have lighedstræk med afgørelsen i Albert og Le Compte jf. EMD. Under forudsætning af, at konkurskarantæne ilagt på grundlag af "skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling" jf. konkursloven § 142 første led nr.1, anses som en reaktion i sanktionsøjemed, taler ovenstående argument for, at garantierne i EMK art.6 (2) og (3) kan få anvendelse i sager om konkurskarantæne.

Et andet argument, som kan tale for at anse konkurskarantæne som straf er tidspunktet for når konkurskarantænen ilægges. Juridisk teori mener også, at konkurskarantæne kan anses som straf jf. EMK artikel 6 afhængig af tidspunktet for når kendelsen om konkurskarantæne foreligger¹⁸. Afgørende for om konkurskarantæne kan anses som en afgørelse af "criminal offence" må derfor være hvad som er formålet med reaktionen. Dersom karantænen ilægges som en reaktion for strafbare handlinger, må retsikkerheds-garantierne i artikel 6 ivaretages. Ved denne vurdering må man også tage hensyn til på hvilket tidspunkt afgørelsen træffes. Når afgørelsen træffes umiddelbart ved åbningen af konkurs, er det naturligt at anse den som en forholdsregel af forebyggende karakter. Ilægges sanktionen ved afslutningen af bobehandlingen, bør man anse det som en afgørelse af "a criminal offence". I så fald vil det ikke være tilstrækkeligt at vise til lovens krav om at det er skjellig grund til mistanke. Skifteretten må finde det bevist, i samsvar med de strafferetlige bevisregler, at konkursdebitor har begået en straffbar handling.

I "karantænedommen" viser Højesteret til forarbejderne, hvor det udtales at ilæggelsen af konkurskarantæne må ske raskt og at kravet til skjellig grund til mistanke er knyttet

¹⁷ Aall, Jørgen: "Rettergang og menneskerettigheter", side 101- 104

¹⁸ Asbjørn, Strandbakken: "Uskyldpresumsjonen. In dubio pro reo" s .336-337.

til behovet for en rask reaktion (i dommen afsnit 43). Dermed lægger Højesteret til grund, at konkurskarantæne er en rask reaktion, som ilægges ved åbningen af konkurs. På den anden side set, viser retspraksis fra Norge, at kendelse om konkurskarantæne kan ilægges længe efter boåbningen. Jeg henviser til side 42 under punkt 4.2.4. Ovenstående taler, at i de tilfælde hvor ilæggelsen af konkurskarantæne sker længe efter boåbningen eller ved afslutningen af bobehandlingen ændres reaktionens karakter. Fra at være en forholdsregel med forebyggende karakter bliver konkurskarantæne en reaktion som bør anses som en afgørelse af ”criminal offence”. Dette argument taler for, at konkurskarantæne kan anses som straf efter EMK.

Ved afgørelsen af lovbestemmelsens karakter og handlingens art, vil EMD sandsynligvis lægge vægt på, at konkurskarantæne ilagt på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1, retter sig mod strafbare handlinger i straffeloven og indebærer et rettighedstab, hvor reaktionen kan ilægges i sanktionsøjemed. EMD vil også lægge vægt på det præventive formål med konkurskarantæne vægt. Men når karantænen ilægges ved afslutningen af bobehandlingen vil konkurskarantæne ændre karakter, slik at EMD kan anse konkurskarantæne som ”criminal offence”. Endelig kan EMD anvende dommen Albert og Le Compte v. Belgia A58 (1983) analogisk. Hvis EMD finder, at konkurskarantæne er et rettighedstab, hvor reaktionen sker i sanktionsøjemed, taler dette for at principperne fra EMD-dommen Albert og Le Compte også kan få anvendelse for konkurskarantæne ilagt efter konkursloven § 142 første led nr.1. Dette taler for, at EMD sandsynligvis kan anse handlingens art eller lovbestemmelsens karakter jf. konkursloven § 142 første led nr.1, for straf efter EMK artikel 6 første led.

4.1.4 SANKTIONENS STRENGTHED

Spørgsmålet er, om sanktionens indhold og alvor kan karakteriseres som straf, (”the nature and degree of severity of the penalty”) efter EMK artikel 6 første led og retspraksis fra EMD. EMD har anvendt EMK artikel 6 på tre-fire måneders frihedsberøvelse, men ikke på let arrest som ikke var frihedsberøvelse og heller ikke på to dages skærpet arrest, det vil sige på helt korte frihedsberøvelser.

Sanktionen i konkurskarantæne er to års fratagelse af blandt andet retten til nærmere bestemte hverv i styret eller stilling som daglig leder eller administrerende direktør. Den som ilægges konkurskarantæne registres i konkursregisteret og oplysningerne bliver

offentlig tilgængelige. Da konkurskarantæne ikke omfatter frihedsberøvelse, taler det mod at EMD vil anse sanktionens strengthed alvorlig nok til at den omfattes af straf efter EMK artikel 6.

I ”karantænedommen” slår Højesteret fast, at karantænenes alvorlighedsgrad ikke omfattes af konventionens straffebegreb og lægger vægt på EMD`s afvisningsafgørelse mod Storbritannia. Heller ikke reglerne om forstærket karantæne efter konkursloven § 142 fjerde led opfylder kravet om sanktionens alvorlighed. Denne karantæne kan bare ilægges på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1 og indebærer fjernelse fra eksisterende hverv (se punkt 2.1.5). I denne forbindelse lægger Højesteret også vægt på EMD`s afvisningsafgørelse DC, HS og AD v. Storbritannia, da denne ligeledes omfatter eksisterende hverv (afsnit 54 i dommen). Dette taler for, at EMD kan følge Højesteret, når det gælder sanktionens karakter. Men spørgsmålet er, om andre argumenter kan tale for at konkurskarantæne alligevel omfattes af sanktionens strengthed.

EMD kan i denne forbindelse også lægge vægt på afgørelsen i EMD-dommen Albert og Le Compte A 58 (1983). Ligheden mellem konkurskarantæne, ilagt på grundlag af mistanke om strafbare handlinger og som omfatter et mærkbart rettighedstab, samt tilbagekaldelse af lægebevillinger er stor. På dette grundlag kan EMD komme til at konkurskarantæne er en reaktion i sanktionsøjemed, som omfattes af konventionens krav til sanktionens strengthed.

Ved vurderingen af konkurskarantænenes alvorlighedsgrad lægger Højesteret heller ikke specielt vægt på registreringen i konkursregisteret. Begrundelsen er, at formålet med registreringen er at effektivisere overholdelsen af nedlagte forbud (i dommen afsnit 55).

På den anden side set, vil registreringen i konkursregisteret indebære offentliggørelse og i de tilfældene hvor straffesagen frafalder eller konkursdebitor frifindes, vil offentliggørelsen indebære en forhåndsdom af konkursdebitor, hvilket kan være i strid med uskyldpræsumptionen jf. EMK art.6 andet led. Dette kan bidrage til at sanktionens alvor øges.

Konklusionen på sanktionens alvor træffes under tvil. Når det gælder sanktionens alvor kan EMD lægge vægt på, at konkurskarantæne ikke omfatter frihedsberøvelse. På den

anden side set, kan EMD også lægge vægt på, at konkurskarantæne indebærer en sanktion rettet mod strafbare handlinger og som omfatter et rettighedstab, som kan indebære en reaktion i sanktionsøjemed. Offentliggørelsen i konkursregisteret kan også øge sanktionens alvor. Dette kan tale for, at EMD med en vis sandsynlighed kan anse konkurskarantæne for en sanktion med et alvor som kan falde ind under ”criminal charge” i EMK artikel 6 første led.

4.1.5 KONKLUSION

EMD foretager en helhedsvurdering af handlingens art og sanktionens strengthed med udgangspunkt i principperne fra Engel- kriterierne jf. EMK art.6. Derimod vil EMD ikke tillægge den nationale kategorisering af konkurskarantæne afgørende vægt. Centralt i helhedsvurderingen vil være, om værnet for den anklagede (konkursdebitor) skal gælde.

Når det gælder handlingens art, kan EMD i dette tilfælde lægge vægt på, at konkurskarantæne ilagt på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1, retter sig mod strafbare handlinger ”the nature of the offence”. Desuden kan EMD anvende domsresultatet fra dommen *Albert og Le Compte* analogisk, hvis EMD finder, at konkurskarantæne i konkursloven § 142 første led nr.1 er et rettighedstab, hvor reaktionen sker i sanktionsøjemed. Dermed kan lighedshensyn taler for, at konkursdebitor får samme værn som den anklagede. Endelig kan EMD også lægge vægt på tidspunktet for når konkurskarantænen ilægges. Når karantænen ilægges ved afslutningen af bobehandlingen, taler dette for, at konkurskarantæne er en reaktion, hvor handlingens art eller lovbestemmelsens karakter kan anses for straf efter EMK artikel 6 og hvor retssikkerhedsgarantierne efter EMK artikel 6 (2) og (3) bør gælde.

Vedrørende sanktionens alvor kan EMD lægge vægt på, at konkurskarantæne ikke omfatter frihedsberøvelse og dermed er det en mulighed for, at konkurskarantæne kan falde udenfor straffebegrebet efter EMK. Men på den anden side set, kan EMD også lægge vægt på, at konkurskarantæne er rettet mod strafbare handlinger, som indebærer et rettighedstab, som kan anses som en reaktion i sanktionsøjemed. Offentliggørelsen i konkursregisteret kan også øge sanktionens alvor. Dette kan tale for, at konkurskarantæne er en sanktion med et alvor som kan være straf efter EMK.

Efter helhedsvurderingen kan EMD med en vis sandsynligvis komme til at konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1 er straf efter EMK artikel 6. Dette betyder, at ikke bare retssikkerhedsgarantierne i EMK artikel 6 andet og tredje led kan komme til anvendelse, men også uskyldspræsumptionen i EMK artikel 6 (2).

4.2 Protokol 7 art.4 nr.1

4.2.1 INDLEDNING OG PROBLEMSTILLING

Efter ovenstående drøftelse, vil EMD med en vis sandsynlighed anse de norske regler om konkurskarantæne jf. konkursloven § 142 første led nr.1, som "criminal charge" efter EMK art.6 (1). Hvis konkurskarantæne anses som straf efter EMK og det i tillæg kan ilægges en straffedom for de samme handlinger som danner grundlaget for konkurskarantænen, da kommer spørgsmålet om forbudet mod dobbeltforfølgning i protokol 7 art.4 nr.1 til anvendelse.

Det næste spørgsmål er, hvilke vilkår stiller protokol 7 artikel 4 nr.1, til den spærrende afgørelse og hvilke argumenter vil EMD tillægge vægt. Den spærrende afgørelse er i dette tilfælde konkurskarantænen. Jeg vil drøfte tre vilkår, som følger af bestemmelsens ordlyd og kravet til "the same offence", som følger af retspraksis fra EMD.

4.2.2 "IN ACCORDANCE WITH THE LAW AND PENAL PROCEDURE OF THAT STATE".

Det første krav protokol 7 artikel 4 nr.1 stiller til den spærrende afgørelse er, at afgørelsen må være truffet som led i afgørelsen af en straffesag. Spørgsmålet er, om konkurskarantæne jf. konkursloven § 142 første led nr.1 har negativ materiel retskraft efter protokol 7 artikel 4. Hvis protokol 7 artikel 4 nr.1 skal spærre mod ny straffefølgning, må ilæggelsen af konkurskarantæne anses som straffefølgning.

Ordlyden i protokol 7 taler mod at konkurskarantæne omfattes af straffefølgning, da konkurskarantæne utvilsomt ikke er truffet i straffeprocesslovens former. I Gøktanddommen 02.07.2002 mod Frankrig har EMD (afsnit 48 i Gøktanddommen) lagt til

grund,¹⁹ at protokol 7 artikkel 4 ikke stiller krav til at den spærrende afgørelse må være truffet i straffeprosesuelle former efter national ret. Begrundelsen var, at begrebet straf ikke kan have forskellig betydning alt efter hvilken af konventionens bestemmelser det gælder. Det samme indhold må lægges til grund i konventionsbestemmelserne uanset, som også blev lagt til grund i Højesterets kendelse afsagt 02.09.03 (HR-2003-00509a) (afsnit 46 i Højesterets kendelse).

Ovenstående taler for, at EMD vil lægge afgørende vægt på Göktan- dommen. Konklusionen bliver, at hvis konkurskarantæne anses som straf efter EMK vil konkurskarantæne også spærre for en senere straffesag om de samme forhold, selv om konkurskarantæne ikke er truffet i straffeproseslovens former.

4.2.3 "ACQUITTED OR CONVICTED".

Det fremgår af protokol 7 artikkel 4 nr.1, at den spærrende afgørelse må frifinde ("acquitted") eller dømme ("convicted") den sigtede, hvis den skal spærre for ny forfølgning. Spørgsmålet er, om konkurskarantæne er en afgørelse som enten frifinder eller dømmer konkursdebitor.

I "karantænedommen" udtrykkes det, at skifteretten ved at ilægge konkurskarantæne utvilsomt tager stilling til, om vedkommende kan have begået de strafbare handlinger, som er grundlaget for karantænen. Men Højesteret finder ikke, at vedkommende ved at blive ilagt konkurskarantæne eller ikke, er endelig frikendt eller domfældt, for de strafbare handlinger (afsnit 41).

Ved spørgsmålet, om konkurskarantæne er en afgørelse som enten frifinder eller dømmer konkursdebitor for de strafbare handlinger, har dette spørgsmål sammenhæng med om afgørelsen er straf "criminal offence" jf. EMK art.6 (1). Hvis EMD finder, at konkurskarantæne ikke er straf efter EMK art.6 (1), vil EMD også følge Højesteret. Spørgsmålet er, om andre argumenter taler for, at afgørelsen om konkurskarantæne frifinder eller dømmer konkursdebitor.

¹⁹ Skoghøy, Jens E. A: Forbudet mot gjentatt straffefølgning i den europeiske menneskerettighetskonvensjon P7 art.4 nr.1 ("ne bis in idem") s.12 flg.

En kendelse om konkurskarantæne ilagt efter konkursloven § 142 første led nr.1, vil enten tage stilling til om konkursdebitor skal ilægges konkurskarantæne eller ikke, på grundlag af mistanke om strafbare handlinger. Afgørelsen om konkurskarantæne træffes med sandsynlighedsovervægt, hvor både de objektive og subjektive strafbarhedsvilkår må opfyldes. Kendelsen om konkurskarantæne får virkning som en frifindende eller fældende dom, fordi sanktionen enten ilægges eller ikke. Vilkåret, til at den spærende afgørelse må frifinde eller dømme den som ilægges konkurskarantæne, kan på dette grundlag være opfyldt. Med dette udgangspunkt, kan EMD også komme til at konkurskarantæne er en afgørelse som enten frifinder eller dømmer konkursdebitor. Forudsætningen for dette er, at EMD finder at konkurskarantæne er straf efter EMK artikel 6 første led.

Konklusionen afhænger af hvilket resultat EMD kommer til ved afgørelsen af straf efter EMK artikel 6(1). Ovenstående drøftelse af "criminal charge" viste, at det ikke er usandsynligt, at EMD kan komme til at konkurskarantæne ilagt efter konkursloven § 142 første led nr.1 kan være straf efter EMK. Med dette udgangspunkt, kan EMD lægge vægt på, at kendelsen om konkurskarantæne enten frifinder eller dømmer vedkommende.

4.2.4 "FINALLY"

Efter protokol 7 artikel 4 nr.1 kræves, at frifindelsen eller domfældelsen er endelig ("finally"). Spørgsmålet er, om afgørelsen af ilæggelse af konkurskarantæne er endelig og hvilke argumenter EMD vil lægge vægt på. Retspraksis fra EMD er begrænset når det gælder præcisering af kravet til "endelig".

Når det er en domstol som træffer afgørelsen er det fra det tidspunkt da fristen for at benytte ordinære retsmidler er udløbet. Hvis retsmiddel er benyttet, er det fra det tidspunkt, når retsmiddelinstanden har truffet afgørelsen og fristen for at angribe denne med ordinære retsmidler er udløbet. Spørgsmålet om retsmiddel vil jeg ikke behandle.

Når tingretten træffer kendelsen om konkurskarantæne har kendelsen virkning fra den er afsagt, ikke først fra den er retskraftig jf. konkursloven § 143 tredje led. Denne afgørelse er endelig. Når kendelsen er afsagt vil afgørelsen afslutte en selvstændig

proces. Ovenstående taler for, at kendelsen om konkurskarantæne er endelig og afslutter en selvstændig proces.

I ”karantænedommen” konkluderes med, at skyldformen, formålet og sagsbehandlingsreglerne af afgørelsen om konkurskarantæne ikke kan opfattes som en endelig domsfældelse (”finally”) jf. protokol 7 art. 4 nr.1, i forhold til de straffbare handlinger som ligger til grund for karantænen.

Når det gælder skyldkravet udtaler Højesteret: *”For det første viser jeg til skyldkravet som knytter seg til de straffbare forhold. Konstatering av skjellig grunn til mistanke er verken etter sin ordlyd eller norsk rettstradisjon en endelig domsfellelse. Skjellig grunn knytter seg særlig til når tvangsmidler kan benyttes etter straffeprosessloven pågripelse, varetekt, ransakning osv. og en slik avgjørelse innebærer selvsagt ikke en endelig avgjørelse av skyldsspørsmålet”* ...jf. ”karantænedommen” (afsnit 42).

Det lave skyldkravet kan også være af betydning for EMD, hvis EMD finder at konkurskarantæne ikke er straf efter EMD artikkel 6 (1). Hvis derimod EMD finder, at konkurskarantæne er en afgørelse af ”a criminal offence”, vil det ikke være tilstrækkelig at vise til lovens krav om at det er skjellig grund til mistanke. Skifteretten må finde det bevist, i samsvar med de strafferetlige bevisregler, at konkursdebitor har begået en strafbar handling²⁰. Dette taler for, at afgørelsen om konkurskarantæne kan være en endelig frifindelse eller domsfældelse.

Når det gælder formålet udtaler Højesteret: *”Videre taler formålet med konkurskarantænen mot å anse de underliggende straffbare forhold endelig avgjort gjennom vedtaket om konkurskarantæne”* *”Kravet til skjellig grunn til mistanke er knyttet til behovet for en rask reaksjon, som forutsettes å finne ste sted uten at forholdene er ferdig etterforsket. Dette harmonerer ikke med en endelig avgjørelse av skyldsspørsmålet”*.. (afsnit 43).

²⁰ Strandbakken, Asbjørn: ”Uskyldspresumsjonen. In dibio pro reo”, s. 336-337

Højesteret lægger til grund, at formålet med konkurskarantæne og kravet til skjellig grund til mistanke er knyttet til behovet for en rask reaktion, hvilket anvendes som argument mod at anse afgørelsen om konkurskarantæne som ”endelig”.

På den anden side set, påviser eksempler fra retspraksis i Norge, at sagsbehandlingen ved ilæggelsen af konkurskarantæne kan tage lang tid. I sagen Rt. 1992 s. 553 gik det to år fra konkursåbning til kendelse om karantæne blev ilagt. I LB 1998-00861 havde det gået fire og et halvt år siden konkursåbningen og desuden lå de strafbare forhold to år før konkursen.²¹ Dette er et forhold som kan vurderes i rimelighedsvurderingen, men samtidig er det et argument for at hurtig sagsbehandling ikke bliver praktiseret. Ovenstående viser, at formålet med konkurskarantæne som er at ivaretage en rask reaktion ikke praktiseres. Dette taler for, at konkurskarantænen mister det præventive formål og forandre karakter til en reaktion i sanktionsøjemed, hvor kravet til ”endelig”, kan anses opfyldt.

Hvis EMD på dette grundlag kommer til, at konkurskarantæne er en endelig afgørelse som frifinder eller dømmer vedkommende, da vil EMD også lægge stor vægt på formålet med protokol 7 art.4 nr.1. Bestemmelsens formål er, at forhindre gentagelse af straffeforfølgning som bliver afsluttet med en endelig afgørelse.

Højesteret lægger også vægt på sagsbehandlingsreglerne, som argument mod at anse konkurskarantæne som ”finally”. ”*Endelig taler saksbehandlingsreglene mot å anse at beslutningen om karantene innebærer en ”endelig domsfellelse” ”.....” Derfor er tingrettens kjennelse uegnet til å avgjøre hvilke konkrete straffbare handlinger som kan sies å være endelig pådømt*” (afsnit 44).

Højesterets begrundelse er, at sagsbehandlingsreglerne og undersøgelsen af beviserne fra bostyret eller skifteretten (tingretten) er uegnet til at afgøre hvilke strafbare handlinger som er endelig pådømt. Det vil sige, at bostyrets indberetning jf. konkursloven § 120 første led nr. 7, ikke giver tilstrækkelig bevis-og faktagrundlag, til at afgøre hvilke strafbare handlinger som er endelig pådømt. Men på den anden side set, kan sagsbehandlingsreglerne medføre at vedkommende bliver ilagt en sanktion

²¹ Schonhowd, Kjetil: ”Konkurskarantene – vilkår og virkning”, side 62-63

(konkurskarantæne), selv om det i eftertid viser sig at det ikke foreligger et strafbart forhold eller dette ikke kan bevises²².

Desuden understreger Højesteret, at konkurskarantænen bortfalder i de tilfælde det iværksættes straffesag, men denne ender med frifindelse eller sigtelsen frafaldes (afsnit 42). På den anden side set, i de tilfælde, hvor beviserne ikke undersøges af påtalemyndigheden, kan vedkommende ricikere at konkurskarantænen er ilagt på grundlag af tvilsomme beviser. Dette taler for, at sagsbehandlingsreglerne kan virke vilkårlig.

Når EMD skal tage stilling til om konkurskarantæne er en endelig afgørelse taler ovenstående for, at EMD bare vil lægge vægt på det lave skyldkrav, hvis konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1 ikke anses som straf. Hvis derimod EMD finder, at konkurskarantæne er en reaktion i sanktionsøjemed, da må skyldkravet afgøres efter straffeloven og dermed kan afgørelsen anses som ”finally”. Desuden kan EMD lægge vægt på, at kendelse om konkurskarantæne ofte ilægges lang tid efter boåbningen og dermed vil reaktionen ikke virke som en rask reaktion, men som en reaktion i sanktionsøjemed. Dette taler for, at EMD sandsynligvis kan komme til, at konkurskarantæne er en endelig afgørelse.

4.2.5 ”THE SAME OFFENCE”

Forbudet mod gentaget straffeforfølgning i protokol 7 artikel 4 gælder ny forfølgning for de samme strafbare forhold som den tidligere sag (”the same offence”). Spørgsmålet er, om den nye forfølgning, det vil sige den senere straffesag, angår samme strafbare forhold, som var grundlaget for ilæggelsen af konkurskarantæne. Da konkurskarantæne ofte ilægges før straffesagen iværksættes, da vil straffesagen udgøre den nye forfølgning. Efter praksis fra EMD kan det opstilles to vilkår for at den nye forfølgning kan gælde samme strafbare forhold.

For det første, må den nye forfølgning angå samme faktiske handling som den tidligere dom eller frifindelse *”Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct”* jf. Gardinger v. Østerrike (afsnit 55). For det andet, kan det ikke være

²² Schonhowd, Kjetil: ”Konkurskarantene- vilkår og virkning”, side 136

væsensforskell på de straffebud det er tale om at anvende ”..the Court has to examine whether or not such offences have the same essential elements” jf. Fischer v. Østerrike 29.05.2001 (afsnit 25 i Fischer-dommen).

Det sidstnævnte vilkår betyder, at hvis straffebudene skiller sig fra hinanden ”in their essential element”, da kan overtrædelser forfølges uafhængig af hverandre uden at det rammes af forbudet mod gentaget straffeforfølgning²³. Vilkåret har sammenhæng med idealkonkurrens. Idealkonkurrens vil sige, at det i samme handling forøves flere forbrydelser. Spørgsmålet er, om en og samme handling kan udgøre flere strafbare forhold²⁴. Dette omhandler også retskraftsvurderingen og ved denne vurderingen lægges det efter norsk ret vægt på interesseteorien. Interesseteorien vil sige, at man ved afgørelsen om man står overfor samme strafbare forhold tager udgangspunkt i hvilken interesse straffebudene tager sigte på at beskytte. Hvis flere straffebud værner samme interesse lægger man til grund at det er samme strafbare forhold.²⁵

EMD tager derimod udgangspunkt i en totalvurdering, om det er væsensforskell i den objektive gerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud, hvilket er den centrale vurdering. Desuden lægges det vægt på straffebestemmelsernes formål og hvilke interesser de tager sigte på at beskytte. Dermed kan retskraftvurderingen i EMD blive anderledes end det vi kender fra norsk ret²⁶. Når EMD lægger central vægt på den objektive gerningsbeskrivelse vil konkurskarantænen ofte indeholde de samme strafbare forhold som en senere tiltalebeslutning og straffesag.

Til illustration af ovenstående, kan nævnes Højesteretsdom (2003-00014a), hvor konkurskarantænen blev ilagt på grundlag af undladelse af at indlevere selvangivelse jf. ligningsloven og manglende udarbejdelse af årsregnskab, årsberetning og revisionsberetning jf. regnskabsloven 17/07 1998 nr. 56 § 8-5.2 led jf. § 8-2. Senere blev vedkommende tiltalt for overtrædelse af regnskabsloven 17/07 1998 nr. 56 § 8-5. 1. led andet straffealternativ, jf. § 1-2.1 led nr.1 jf. §9-2 og regnskabsloven 13/05 1977 nr.35 § 5

²³ Skoghøy, Jens E. A.: ”Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK P7 art.4 nr.1” s.32-36

²⁴ Andenæs, Johs.: ”Alminnelig strafferett” kap. 35

²⁵ Hov, Jo:” Rettergang” II, s. 308-312

²⁶ Skoghøy, Jens E. A.: ”Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK P7 art.4 nr.1” s. 32-36

jf. § 6. Grundlaget var beskrevet slik: ”Som styreleder i X A/S unnlot han fra selskapets oppstart 1. juli 1999 og frem til konkursåpning 30. november 2000 å føre eller besørge ført regnskap for selskapet”.

For det første viser eksemplet, at de faktiske handlinger for konkurskarantænen og tiltalebeslutningen var de samme. For det andet illustrerer eksemplet, at de straffebud som var grundlaget for konkurskarantænen ikke indebar en væsensforskell på den objektive gerningsbeskrivelse til de straffebud som var grundlaget for tiltalebeslutningen. Vilåret til at straffebudene må have ”the same essential elements” er opfyldt i dette tilfælde.

Ovenstående taler for, at EMD i totalvurderingen vil komme til den konklusjon at kravene, til de faktiske handlinger må være de samme og at det ikke må være væsensforskell på straffebudene som anvendes, som oftest vil være opfyldt.

4.2.6 KONKLUSION

Når det gælder konklusjonen, om konkurskarantæne opfylder vilkårene som sættes til den spærende afgørelse efter ordlyden i protokol 7 art.4 nr.1 og retspraksis fra EMD, må denne vurderes i lys af formålet med protokol 7 art. 4 nr.1. Formålet med forbudet er at hindre gentaget straffefølgning som bliver avsluttet med en endelig afgørelse (*”the aim of Article 4 of Protocol No. 7 is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision”*) jf. dom i EMD, Gardinger versus Østerrike 1995 28.09 (afsnit 53 i Gardinger).

I forhold til bestemmelsens enkelte krav er konklusjonen følgende. Når det gælder kravet til ”in accordance with the law and penal procedue of the State” taler drøftelsen for, at EMD vil lægge afgørende vægt på Göktan- dommen. Hvis konkurskarantæne anses som straf efter EMK, vil konkurskarantæne også spærrer for en senere straffesag om de samme forhold, selv om konkurskarantæne ikke er truffet i straffeprocloslovens former.

Ved afgørelsen af, om konkurskarantæne frifinder ("acquitted") eller dømmes ("convicted") vedkommende som ilægges konkurskarantæne, vil konklusionen også afhænge af hvilket resultat EMD kommer til ved afgørelsen af straf efter EMK artikel 6 (1). Hvis EMD kommer til at konkurskarantæne anses som en afgørelse af "criminal charge" efter EMK artikel 6 første led, da kan EMD lægge vægt på, at kendelsen om konkurskarantæne enten frifinder eller dømmes vedkommende. Efter konklusionen i punkt 4.1.5 er det ikke usandsynlig, at EMD kan komme til et andet resultat end Højesteret.

I forhold til kravet om "finally" vil konklusionen afhænge af, om EMD finder at konkurskarantæne er straf eller ikke i forhold til EMK artikel 6 første led. Hvis EMD finder, at konkurskarantæne er en reaktion i sanktionsøjemed vil afgørelsen være endelig. Hvis dette er tilfældet kan EMD komme til et andet resultat end "karantænedømmen". I så fald vil formålet med protokol 7 art.4 nr.1 også få betydning for afgørelsen. Formålet med forbudet er netop at hindre gentaget straffeforfølgning som bliver afsluttet med en endelig afgørelse.

Konklusionen i forhold til kravet om "the same offence", som følger af retspraksis fra EMD taler for, at EMD i totalvurderingen vil komme til at kravene til de faktiske handlinger må være de samme og at det ikke må være væsensforskel på straffebudene som anvendes, vil være opfyldt i mange tilfælde. .

Ovenstående taler for, at det ikke er usandsynlig, at EMD vil finde, at vilkårene for forbudet mod dobbeltforfølgning i protokol 7 art.4 nr.1 kommer til anvendelse. Bestemmelsen i protokol 7 artikel 4 nr.1 pålægger staterne, at tillægge nærmere bestemte afgørelser i straffesager negativ materiel retskraft. Det vil sige, at det ikke er udelukket, at EMD kan komme til at afgørelsen om konkurskarantæne skal spærre mod ny straffeforfølgning for samme forhold ("ne bis in idem"- ikke to gange for det samme).

4.3 Konklusion

Konklusionen på anden hovedproblemstilling, hvor sikkert er det at EMD vil følge dommen fra Højesteret må træffes under tvil. Efter drøftelserne, i punkterne 4.1 og 4.2, er det alligevel ikke usandsynlig at EMD kan komme til et andet resultat end ”karantænedommen”. Momenter som kan være afgørende for et andet resultat er blandt andet, at i ”karantænedommen” sammenlignede Højesteret konkurskarantæneinstituttet i Storbritannia med det norske og lagde stor vægt på EMD` afvisningsafgørelse. EMD kan vurdere det norske konkurskarantæneinstitut anderledes på grundlag af konkursloven § 142 første led nr.1, som retter sig mod strafbare handlinger i straffeloven. Et andet moment, som også har betydning for resultatet er, at Højesteret vurderede begge alternative grundlag i konkursloven § 142 første led nr.1 og nr.2, på samme måde, fordi formålet og begrundelsen var fælles for begge grundlagene. Det er ikke udelukket at EMD vil anse grundlaget for ”skjellig grunn mistenkes for en straffbar handling”, for en afgørelse som er rettet mod strafbare handlinger og dermed kan EMD komme til et andet resultat end Højesteret.

Jeg henviser til konklusionen i punkt 4.1.5 vedrørende helhedsvurderingen af om afgørelsen af konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1, kan anses som straf jf. ”criminal charge” i EMK artikkel 6 (1). Under en vis tvil er konklusionen, at EMD kan komme til at konkurskarantæne er straf efter EMK. Når det angår konklusionen i forhold til protokol 7 art.4 nr.1 henviser jeg til punkt 4.2.6. Efter drøftelsen er det ikke usandsynlig, at EMD kan komme til vilkårene i bestemmelsen om forbudet mod dobbeltstraf og dobbeltforfølgning jf. protokol 7 art.4 nr.1 er også opfyldt. Selv om konklusionen på den anden hovedproblemstilling træffes under en vis tvil, er det heller ikke udelukket at EMD kan komme til et andet resultat end ”karantænedommen”.

Under en vis tvil, kan EMD komme til at afgørelsen om konkurskarantæne skal spærre mod ny straffeforfølgning for samme forhold. Hvis dette er tilfældet bliver konsekvensen for norske domstole, at domstolene må vælge sanktion og procesform. Enten ilæggelse af konkurskarantæne efter konkursloven § 142 første led nr.1 eller straffesag efter straffeloven.

5 Litteraturliste

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo 2002.

Schonhowd, Kjertil. *Konkurskarantene – vilkår og virkninger*. Juristforbundets Forlag. Oslo 2001.

Kapitler i bøger:

Andenæs, Johannes. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. 3. opplag Oslo 1999 kap.1,9 og 35

Andenæs, Mads Henry. *Konkurs*. 2. utg. Oslo 1999 kap. 4.

Hov, Jo. *Rettergang I*, Oslo 1999, kap.12 og 14.

Hov, Jo. *Rettergang II*, Oslo 1999, kap.1, 2 III og 7 IV.

Huser, Kristian. *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind 2. Bergen 1988 s. 424-438.

Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumsjonen "In dubio pro reo"*, Bergen 2003 s.336-337 og s.360

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1995 s. 101 –104.

Redigerede verk:

Folkerettslige tekster. Redigert av Erik Møse. 4.utg. Oslo 1998.

Artikler:

Mygind, Marianne. *Konkurskarantene og retssikkerhed*. LoR 1992 s.222-226.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske Menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4 nr.1 ("Ne bis in idem")*.

TfR 1/2003 s.1-39.

Strandbakken, Asbjørn. *Ne bis in idem*. LoR 2002 nr.6 s. 355-391.

Kildehenvisninger.

Forarbejder:

Ot. prp. nr. 26 (1998-1999)

Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

Ot.prp.nr.39 (1982-1983)

Innst.O.nr.56 (1983-1984)

Innst. O.nr.77 (1998-1999)

NOU 1993:16 ”Etterkontroll av konkurslovgivningen”.

Lovregister:

1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 08.juni 1984 nr.58 .

1999 Lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven) av 21 mai 1999 nr. 30 med tilhørende vedlegg og protokoller.

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22 mai 1902 nr.10.

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22 mai nr. 25.

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13 aug. nr.6

Konventioner:

Convention for the Protection and Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma
04.11.1950.

Norsk tittel: Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

Protocol no.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Strasbourg 11.11.1984.

Norsk tittel: Protokoll nr.7 til konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og
grunnleggende friheter.

International Covenant on Civil and Political rights, 16.12.1966.

Norsk tittel: Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter.

Domsregister:

Rt. 1991 s. 506

Rt. 1991 s. 932

Rt. 1993 s.1302

Rt. 1994 s. 610

Rt. 2003 s. 557

Rt. 2002 s. 996

Rt.1996 s. 591 Konkurskarantene. Kjennelse fra Kjæremålsutvalget i Høyesterett.

Høyesterett. Kjennelse (HR-2003-00509a) afsagt 2003-09-02.

Høyesterett. Kjennelse 2003-09-23. "Karantænedommen". HR 2002-01389a (Lovdata online).

Høyesterett. Kjennelse 2003-09-23. Konkurskarantene. Dobbeltstraff. HR 2003-00014a (Lovdata online).

Domme fra EMD:

Albert og Le Compte v. Belgia A58 (1983)

Bendenoun v. Frankrike A 284 (1994)

DC,HS og AD v. The United Kingdom (39031-1997) avgjort 14.09.1999

Engel v. Nederland A22 (1974)

F. Fischer v. Østerrike 29.05.2001

Gardinger v. Østerrike A 328-C (1995)

Göktan v. Frankrike 02.07.2002

Oliveira v. Sveits RJD 1998 s. 1990

<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>

