

ANSVARLIGGJØRING AV SELSKAPER FOR MEDVIRKNING TIL ICC-FORBRYTELSER

Kandidatnummer: 530

Veileder: Arne Willy Dahl

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17 959 ord

21.03.2006

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Tema	1
1.1.2 Avrensninger og terminologi	1
1.2 Rettskildene	4
1.3 Problemstillingens aktualitet	5
1.4 Oppgavens opplegg	6
2. Stat vs. selskap de lege lata	8
2.1 Folkerettens ansvarsregler	9
2.2 Statenes ansvar i henhold til traktatretten	12
2.2.1 EMK- som instrument for ansvarliggjøring av selskaper	15
2.2.2 EU- retten som instrument for ansvarliggjøring av selskaper	17
2.3 Nasjonal rett som grunnlag for folkerettslig sedvane.	19
3 Stat vs. Selskap- de lege ferenda	21
3.1 Folkerettens system	21
3.2 Utbygging av statenes ansvar	22
3.3 Utvikling av EU- retten	24
3.4 Utvikling av folkerettslig sedvanerett på bakgrunn av nasjonal rett	25
3.5 Den historiske konteksten	26
4 Ikke- rettslige initiativer	31
4.1 "The Norms"	32
4.3.1 Ruggies kritikk av normene	33
5. Anvendelsen av norsk rett ved ansvarliggjøring av selskaper for medvirkning til ICC- forbrytelser	36
5.1 spesielle straffebestemmelser i norsk rett	37
5.1.1 Anvendelse av de spesielle straffebestemmelsene i saken mot Total	40
5.2 Internasjonal strafferett	41
5.2.1 Anvendelse av internasjonal strafferett i det tenkte tilfellet	43
5.3 Foretaksstraff	44
5.3.1 foretakstraff anvendt i det tenkte tilfellet	47
5.4 Medvirkning	49
5.4.2 medvirkning anvendt i det tenkte tilfellet	54
6. Avslutning	56
7. Litteraturliste og referanser	57
Litteratur	57
Artikler	57
Lovgivning	57
Dommer	58
Forarbeider	59
Andre kilder	59

1 Innledning

1.1 Tema

Denne oppgavens problemstilling vil bli vurdert både i lys av folkeretten og norsk rett. Oppgavens hovedmålsetning er hvordan ansvarliggjøring av bedrifter for medvirkning til såkalte ”ICC- forbrytelser¹” kan gjøres ut fra et strafferettslig perspektiv. Når det gjelder statens folkerettslige ansvar for sine selskaper, kan det imidlertid ikke bli tale om noe strafferettslig ansvar. Følgelig vil oppgaven her behandle en annen form for ansvar enn straffeansvar for statene. Det vil i tillegg vurderes om det bør oppstilles et utvidet folkerettslig ansvar for statene.

Et fokus på ansvarliggjøring av juridiske personer, i motsetning til fysiske, for brudd på folkeretten er et relativt nytt fenomen. Ansvarliggjøring av selskaper som opererer utenfor statens grenser for medvirkning til ICC- forbrytelser har vært gjenstand for liten oppmerksomhet i Norge. Temaet har heller ikke vært behandlet helhetlig på lovgivernivå, og det er ingen norsk rettspraksis på området.

Internasjonalt har temaet fått bredere dekning. Mange av dagens oppfatninger bygger imidlertid tilsynelatende ukritisk på tradisjonell tenkning om at selskaper ikke kan ansvarliggjøres folkerettslig. Det skal i oppgaven undersøkes om denne tradisjonelle oppfatningen kan eller bør forlates.

1.1.2 Avrensninger og terminologi

Oppgaven dreier seg altså om *ansvarliggjøring* av multinasjonale selskaper. Det er dermed nødvendig å markere den forskjell som ligger i en bedrifts moralske ansvar i motsetning til et ansvar som springer ut av rettslige mekanismer. Hvem som til syvende og sist må eller bør bære det menneskerettslige ansvaret vurderes som nevnt nedenfor.

Det skillet som er skissert over er først og fremst utviklet gjennom arbeidet til en rekke non-

governmental organisations (NGO-er), som over lang tid har reagert på multinasjonale selskapers uetiske operasjoner forskjellige steder i verden². På 1990-tallet var det stor optimisme blant disse når det gjaldt frivillige initiativer, slike som ”corporate social responsibility” (CSR) retningslinjer, i motsetning til rettslig bindende forpliktelser. CSR går ut på at et foretak har ansvar for den innvirkning deres aktiviteter har på samfunnsmessige forhold innen virksomhetssfæren³. NGOenes positive holdning endret seg etter hvert som tiden forløp, og de frivillige initiativene ble gjenstand for utstrakt granskning blant NGO-ene selv. Holdningsendringen ble av *The Economist* fremhevet som en ”Switch”: “CSR was conjured up in the first place because government action was deemed inadequate: orthodox politics was a sham, so pressure had to be put directly on firms by organized protest. Ten years on, instead of declaring victory, as well they might, disenchanted NGOs like Christian Aid are coming to regard CSR as the greater sham, and are calling to on governments to resume their duties.”⁴

I dag er det altså slik at NGO-er i stadig økende grad fremhever viktigheten av rettslig bindende mekanismer for å holde multinasjonale selskaper ansvarlig for brudd på menneskerettighetene. De store selskapene på sin side foretrekker som regel i stedet frivillige initiativer og retningslinjer. Hvorfor disse virkemidlene antakelig kommer til kort i forhold til et menneskerettslig vern vil oppgaven gå inn på nedenfor. Bedrifters moralske menneskerettslige ansvar er således noe som relateres til CSR-normer, mens det å ansvarliggjøre bedriftene kobles til rettslige mekanismer.

I og med at hovedmålsetningen blir å undersøke ansvarliggjøring av foretak ut fra et *strafferettslig* perspektiv, avgrenses det således i oppgaven mot sivilrettslig ansvarliggjøring.

Som problemstillingen indikerer, vil den strafferettslige ansvarliggjøringen først og fremst rette seg mot selskaper generelt. Det er imidlertid de multinasjonale selskapene som i hovedsak skaper slike problemer oppgaven ønsker å illustrere. Dermed må det i tillegg spørres hva som ligger i betegnelsen ”multinasjonale selskaper”. OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper

¹ Statuttene for Den Internasjonale Krigsforbryterdomstol- 17. juli 1998

² Clapham (2006), s. 195

³ Bexell(2004), s. 2

⁴ Clapham (2006), s. 195

oppstiller følgende definisjon:

Companies or other entities established in more than one country and so linked that they may co-ordinate their operations in various ways.Ownership may be private, state or mixed.⁵

Denne definisjonen har verken et bestemt rettslig innhold eller realitet, men illustrerer den flytende strukturen og organiseringen som kjennetegner de mange moderne selskapene og synes derfor godt egnet som definisjon. Selv om definisjonen retter seg mot multinasjonale selskaper, påpeker retningslinjene at de samme forventningene er relevante både når det gjelder multinasjonale og nasjonale selskaper.

Uansett hva slags definisjon en velger, dreier det seg som regel om firmaer som driver sin virksomhet innen sektorer som er svært effektivitetsorienterte. Følgelig sprer de sin produksjon verden rundt for på den måten å utnytte seg av lavere produksjonskostnader eller særlig konkurransedyktige forhold i et nasjonalt marked. De landene firmaene anser det gunstigst å investere i, er ofte rike på naturressurser, men fattige på menneskerettslig vern. Den fristelsen vertsland med minimale menneskerettslige standarder står overfor i forhold til å tiltrekke seg investorer, blir forståelig nok vanskelig å motstå. Problemstillinger rundt dette vil oppgaven komme inn på senere.

Dernest må det spørres hvilke overgrep denne oppgaven skal behandle. Oppgaven vil særlig dreie seg om overgrep som fordrivelse av befolkninger og ødeleggelse av levevilkår som følge av et industrielt tiltak. Videre kan nevnes, drap, tortur og trusler mot grupper som oppfattes som en sikkerhetsrisiko for foretaket. Den juridiske betegnelsen på slike forbrytelser er folkemord og forbrytelser mot menneskeheten, to av de såkalte "ICC-forbrytelsene", jf. henholdsvis artikkel 6 og 7 i ICC- vedtektene. Det avgrenses således mot krigsforbrytelser, som er den tredje av ICC-forbrytelsene.

Folkemord innebærer at den enkelte handling, for eksempel en drapshandling, skal være begått i den hensikt å ødelegge helt, eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som

⁵ www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetext.htm.

sådan. Definisjonen stammer fra folkemordkonvensjonen av 1948. Under Nürnbergoppgjøret i 1945- 46 ble det betraktet som en undergruppe under forbrytelsene mot humaniteten. Folkemord kan også skje i fredstid.⁶

Forbrytelse mot menneskeheten innebærer at den enkelte handling skal være begått som et ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning. Dette kan også være en gruppe som ikke dekkes av folkemorddefinisjonen. Forbrytelse mot menneskeheten kan også skje i fredstid⁷. ICC- vedtektenes artikkel 7 gjelder forbrytelser mot menneskeheten.

Folkemord og forbrytelser mot menneskeheten er internasjonale forbrytelser ikke bare i den forstand at det gjelder universell jurisdiksjon, men også at statene har plikter med hensyn til å delta i bekjempelsen av dem, jf. Preambelet i vedtektene for den internasjonale straffedomstol.

1.2 Rettskildene

Det må skilles mellom rettskildene som benyttes ved behandlingen av folkeretten og de som benyttes ved behandlingen av intern rett. Det er generelt sett sparsomt med rettskilder på dette området. Det er særlig stor mangel på rettspraksis. Dette gjør det problematisk å fastslå noe sikkert om rettstilstanden på dette området, samt hvilken retning problematikken rundt ansvarliggjøring av selskaper for medvirkning til ICC- forbrytelser vil ta både etter folkeretten og intern rett.

Når det gjelder folkerettslige ansvarsregler for statene overfor visse selskapers handlinger anvendes Folkerettskommisjonens forslag til regulering av statsansvar for folkerettsbrudd av 10. august 2001. Videre er folkerettens traktatrett relevant for å fastslå på hvilke områder det er oppstilt ansvar for statene overfor selskapene, herunder konvensjoner fra Europarådet, FN og OECD, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter: EMK) og EU- retten. I forbindelse med de to sistnevnte traktatene anvendes noe rettspraksis. For å fastslå hvem som må stå strafferettslig til ansvar for ulike overgrep, anvendes vedtektene til Den internasjonale straffedomstolen. Fordi det er lite rettskilder som angår denne oppgavens problemstilling, har det vært nødvendig å anvende juridisk teori for å tilnærme seg problemstillingene.

⁶ Cassese(2003), s. 64- 70

For den interne retts vedkommende anvendes først og fremst den norske straffeloven og juridisk teori. Forarbeidene til ny straffelov tas i bruk for å belyse hvilken retning norsk rett beveger seg i forhold til denne oppgavens problemstilling. Utenlandsk rett anvendes som rettskilde for å støtte opp under den utviklingen som er på gang i Norge.

1.3 Problemstillingens aktualitet

Det er nødvendig å vurdere problematikken rundt ansvarliggjøring i lys av den maktforsyning som har funnet sted fra statlig makt og innflytelse til multinasjonale selskapers økende makt⁸.

Det er særlig på den økonomiske arenaen makten har fått utfolde seg. Multinasjonale selskaper har utviklet seg til å bli mer og mer ”statsløse” i fremveksten av en globalisert økonomi som kjennetegnes av at nasjonale grenser utviskes, og som illustrert ovenfor, av at økonomisk aktivitet forflytter seg utenfor de nasjonale grenser. Når det gjelder internasjonal rett, viser denne såkalte transnasjonaliteten seg som et problem i seg selv; siden foretak ikke lenger kun er under *en* eneste stats jurisdiksjon, vanskeliggjøres reguleringen av dem⁹.

Det er selvsagt ikke bare negative sider ved økende globalisering av den økonomiske virksomhet, selv om det kan hevdes at fordelene ved den er skjevt fordelt. En slik globalisering har i stor grad ført til høyere levestandard samt ført til at en rekke utviklingsland har fått mulighet til en reduksjon av fattigdommen som savner sidestykke.¹⁰

Konklusjonen er imidlertid klar, multinasjonale selskapers økonomiske aktiviteter kan, både lovlig og ulovlig, opprettholdes gjennom å dra nytte av overgrep på sivilbefolkninger, konflikter, ødeleggende korrupsjon, samt undergraving av sosial og økonomisk utvikling.¹¹ Dette støttes av en rekke rapporter fra ulike NGOer. Disse slår fast at sektoren som driver med utvinning, for eksempel av olje og gass, dominerer når det gjelder rapporterte overgrep. I tillegg viser det seg at denne sektoren står for de groveste overgrepene, inkludert medvirkning til forbrytelser mot

⁷ Cassese(2003), s. 96-98

⁸ Wells(2006), s. 143

⁹ Wells(2006), s. 148

¹⁰ E/CN. 4/2006/, s 5

¹¹ FAFO(2006) s. 5

menneskeheten og folkemord. Dette er typisk for handlinger begått av statlige eller private sikkerhetsselskaper som har i oppgave å beskytte selskapenes verdier og områder.

Det kan etter dette spørres hvor disse overgrepene finner sted. Rapportene viser at det først og fremst er i "lav- inntekts land" eller på den lave siden av "middels- inntekts land" at slike overgrep finner sted. Videre viser de at omtrent 2/3 av landene enten akkurat har vært i konflikt eller fortsatt befinner seg i en konfliktsituasjon. Til sist slår de fast at landene er karakterisert ved en svak statlig styring.¹² Dette må tillegges betydning ved fordelingen av ansvar de lege ferenda for henholdsvis hjemstat og vertsland. Oppgaven behandler således denne problemstillingen nærmere under avsnitt 3.2.

Ettersom det har vist seg at økonomisk utvikling og globalisering av markeder ikke automatisk fremmer respekt for menneskerettigheter, har oppmerksomheten i økende grad blitt rettet mot å utvikle et ansvar overfor selskaper for bedre å kunne møte denne utfordringen.

1.4 Oppgavens opplegg

Del 1 av oppgaven vil først ta stilling til forholdet mellom stat og foretak og hvordan det folkerettslige ansvaret er fordelt mellom disse. Spørsmålet blir således hvem som er pliktsubjekter i henhold til folkeretten de lege lata og de lege ferenda. Oppgaven skal i den forbindelse også belyse hva slags former for folkerettslig ansvar som kan være aktuelt for henholdsvis stat og foretak de lege lata og de lege ferenda.

Deretter vil det bli redegjort for hva slags virkemidler som er tilgjengelige i dag for regulering av bedriftenes atferd på dette området, og i hvilken grad disse er tilstrekkelige for å oppnå et tilfredsstillende menneskerettslig vern. FNs normer for næringslivet og kritikken av disse vil i denne sammenhengen bli vurdert mer inngående, i tillegg til at det vil bli sagt noe om virkemidlenes rettskildemessige betydning.

¹² E/CN. 4/2006/, s 8

Videre, i del 2, vil oppgaven behandle hvilke muligheter som eksisterer etter norsk rett for å ansvarliggjøre multinasjonale selskaper strafferettslig. Utenlandsk rett vil her bli trukket inn, både som eventuell rettskildefaktor for utviklingen av norsk rett og for å avdekke eventuelle "hull" i norsk lovgivning på dette feltet.

I denne delen skal det drøftes hvilke spesielle straffebestemmelser som kan anvendes for denne typen ansvarliggjøring og hvordan generelle strafferettsspørsmål som foretaksstraff og medvirkning skal løses på dette området. Hovedvekten vil bli lagt på de generelle strafferettsspørsmålene.

2. Stat vs. selskap de lege lata

I det følgende er problemstillingen hvem som er pliktsubjekter i henhold til folkeretten og hva slags ansvar som oppstilles for disse.

Statene er de primære rettssubjekter i folkeretten.¹³ Med rettssubjekter forstås de som kan hevde rettigheter og pådra seg forpliktelser i henhold til rettsreglene. Det er det sistnevnte, nemlig pliktsubjektbegrepet, som er interessant i denne sammenheng. Dette begrepet kan igjen spaltes i to; handlingssubjekter og ansvarssubjekter. Handlingssubjekter er de subjektene som har rettslig handleevne. Med ansvarssubjekter forstås de som har direkte ansvar for sine pliktforsømmelser.¹⁴ Igjen er det det sistnevnte som er relevant. Det er staten som har direkte ansvar for sine pliktforsømmelser. På det folkerettslige plan er utgangspunktet altså at kun staten har ansvar. Det er opp til staten alene, gjennom håndhevelse og bestemmelser i sin interne rett, å sikre at dens tjenestemenn og andre oppfyller sine forpliktelser. Etter tradisjonell folkerett har således individer eller selskaper som sådan som hovedregel ikke noe direkte ansvar for sine pliktforsømmelser. De kan i begrenset grad stilles for folkerettslige domstoler og straffes eller pålegges erstatningsansvar.¹⁵ Der det imidlertid er aktuelt å trekke *individer* til ansvar er overfor den internasjonale straffedomstolen (heretter: ICC). Folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser er dekket av vedtektene til ICC, og de slår fast i art. 25 pkt.1 at domstolen kun kan straffe fysiske personer.

Bortsett fra det individuelle ansvaret for blant annet folkemord, eksisterer det ikke noen folkerettslig strafferett. Det blir altså en annen form for ansvar for staten, som skal undersøkes de lege lata i det følgende. Når det for det første gjelder statlig ansvar for deres egne handlinger, herunder handlinger utført av selskaper statene identifiseres med, vil dette gjøres ut fra

¹³ Ulfstein(2002), s.78

¹⁴ Ulfstein(2002), s.80

folkettslige ansvarsregler, som er kommet til uttrykk gjennom folkerettskommisjonens (ICLs) utkast til regler om statsansvar. De folkerettslige ansvarsreglene fastsetter vilkårene for at en stat skal anses direkte ansvarlig for et rettsbrudd, samt innholdet av dette ansvaret.¹⁶ I henhold til den internasjonale domstols praksis er det således slik at ansvarsreglene kan anses som folkerettens sekundærregler, i motsetning til primærreglene som fastsetter de materielle folkerettslige forpliktelsene. Det er således ansvarsreglene som avgjør om et brudd på traktaten medfører ansvar.

Dernest skal det undersøkes hvilket ansvar staten i sin interne rett har til å håndheve og regulere selskapers atferd på ulike områder i henhold til noen utvalgte traktater. Her blir det således tale om et indirekte ansvar for selskapene, men fortsatt et direkte ansvar for statene. Det er altså slik at det folkerettslige ansvar overfor statene er todelt; for det første et direkte ansvar for statens egne overtredelser, herunder selskaper som staten identifiseres med, og for det annet et ansvar for statene for mangelfull gjennomføring av konvensjoner og håndheving overfor selskaper. De lege ferenda skal det undersøkes om det er grunnlag for å utvide statenes ansvar, og om folkeretten bør utvikle et selvstendig ansvar for foretak. Denne delen vil således også dreie seg om selskaper som pliktsubjekt.

De rettslige mekanismene som blir trukket frem i det følgende retter seg mot direkte overgrep på blant annet menneskerettighetene, i motsetning til medvirkning til ICC- forbrytelser som jo er oppgavens hovedfokus. Det holdes imidlertid fast ved at medvirkning vil være den mest relevante straffbare handlingen når selskaper begår overgrep. I det følgende kapittel er verken den straffbare handlingen eller typen overgrep avgjørende i og med at det dreier seg om pliktsubjektene i folkeretten generelt.

2.1 Folkerettens ansvarsregler

Ansvarsreglene bygger i stor grad på folkerettslig sedvanerett, slik denne fremgår av stats- og rettspraksis.¹⁷ FNs Folkerettskommisjon begynte i 1930 sitt arbeid med å kodifisere og utvikle

¹⁵ Ulfstein(2002), s. 78

¹⁶ Ulfstein(2002), s. 234

¹⁷ Ulfstein(2002), s. 235

reglene om statsansvar, og allerede i starten av prosessen ble det fra tyske myndigheter hevdet at prinsippene for statsansvar ville passe utmerket på selskap¹⁸. Det foreligger nå et utkast til regler om statsansvar med tilhørende kommentarer, og ved en gjennomgang av disse synes det klart at internasjonal rett ble utviklet for å kunne dekke visse statlige privatiserte selskap.

Dette utkastet til regler om statsansvar er etter folkerettskommisjonens anbefaling tatt til etterretning av FNs Generalforsamling i resolusjon 56/83 av 28. januar 2002. Selv om reglene ikke er vedtatt i bindende form, følger det av rettslig teori at de, sammen med Folkerettskommisjonens kommentarer, langt på vei gir et dekkende uttrykk for hva som er innholdet i de sedvanerettslige ansvarsreglene.

Den rettslige problemstillingene blir således hvilke vilkår som må være oppfylt for å oppstille et direkte ansvar for staten gjennom en identifikasjon med et selskaps handlinger, jf Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar.

En stat eller dens organer kan etter Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar bare bli holdt ansvarlig dersom den har brutt en folkerettsregel, jf. Art. 1 og 2 litra. b. Videre oppstilles det vilkår med hensyn til de rettssubjektene staten identifiseres med. Artikkel 5 pålegger stater ansvar for det Folkerettskommisjonen i sine kommentarer karakteriserer som ” the increasingly common phenomenon of para- statal entities which exercise elements of governmental authority in place of state organs, as well as situations where former State corporations have been privatised but retain certain public or regulatory functions”. Hva slags foretak dette er kan imidlertid være vanskelig å fastslå. Vil eksempelvis selskap involvert i helseomsorg falle innenfor rammen av artikkel fem? Svaret på slike spørsmål må nok hovedsaklig basere seg på historie og tradisjon for det aktuelle samfunn.¹⁹

Staten vil etter dette, på et internasjonalt plan, bli holdt ansvarlig for disse foretakenes handlinger og unnlatelser, der slik atferd for det første utgjør ”an internationally wrongful act” og for det annet at organet var ” acting in that capacity in the particular instance”, jf.art.1 og art.5.

¹⁸ Clapham(2006), s. 241

¹⁹ Schutter(2006), s. 243

Folkerettskommisjonens kommentarer til disse artiklene konkluderer med følgende:” Such conduct by a state organ is and remains an act of the State to which the organ belongs, by virtue of draft articles 5 et seq which set no territorial limitation on the attribution of the State of the acts of its organs”. Det er ingen ting som tyder på at dette skulle være et syn som ikke har gyldighet i dag²⁰

En annen mer praktisk mulighet for å holde statene direkte ansvarlig for selskapenes handlinger finnes i art. 8. Folkerettskommisjonens kommentarer til artikkelen slår fast at der en stat har direkte kontroll over et selskaps handlinger, vil staten bli ansvarlig for disse.

Det kan i denne forbindelse spørres om hvorvidt selskapene Hydro og Statoil, der staten er hovedaksjonær med en eierandel på henholdsvis 43,82 % og 70,9 %, faller inn under unntakene fra det sedvanerettslige utgangspunktet om at private foretak vanskelig kan holdes rettslig ansvarlig for brudd på internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter. Det må i den forbindelse for det første bli tale om et avledet ansvar, da det altså først og fremst er slik at det er staten som må svare for krenkelsen. Det kan heller ikke bli tale om noe ansvar etter ICL art. 5, da det må være klart at verken Hydro eller Statoil utfører ”Governmental” virksomhet.²¹ Det må dermed tas stilling til hvorvidt det grunnleggende kravet statlig ”control” er oppfylt, jf. ICL art. 8. Endelig synes det i henhold til Folkerettskommisjonens kommentarer at man må kreve noe mer, nemlig at staten mer aktivt har benyttet denne kontrollen på en måte som resulterer i menneskerettighetsbrudd, ev. at staten stilltiende med kunnskap om overgrepene har latt krenkelsen skje uten å benytte sin kontroll til å avverge det.

Det er i denne sammenheng relevant å trekke frem ”Statens ti prinsipper for god eierstyring”,²² som naturligvis gjelder for både Hydro og Statoil. Her fremgår blant annet at ”Aksjonærene skal likebehandles” og at ” Det skal være åpenhet knyttet til statens eierskap i selskapene”. Dette kan trekke i retning av at staten ikke oppfyller kravet til kontroll. Jf. ICL, art. 8. Videre kan det nevnes at Hydro har utviklet den såkalte ” Hydro- modellen” som blir brukt som betegnelse for en eierform der staten har en stor, kontrollerende andel av aksjene, men likevel lar selskapene

²⁰ Schutter(2006), s. 241

²¹ Statens eierberetning(2004), s. 15-30

²² Stortingsmelding nr. 22 (2001- 2002)

operere på selvstendig basis med forretningsmessig frihet.²³ Staten har begrenset utøvelsen av sin eierfunksjon i Hydro til deltagelse i selskapets generalforsamling og gjennom en valgt representant i selskapets valgkomite. Staten har i tråd med den generelle norske praksis for selskaper med statseierskap, ikke embets- eller tjenestmenn i Hydros styre.²⁴ En slik eierfunksjon er således sammenfallende med statens eierskap i Statoil. På bakgrunn av prinsippene overfor og manglede styrerepresentasjon, kan det konkluderes med at den norske stat ikke har direkte kontroll over selskapenes handlinger, jf. ”The ICL Commentary to Art. 8”. Det vil dermed ikke oppstå noe direkte folkerettslig ansvar for den norske stat, fordi staten ikke vil identifiseres med disse selskapenes handlinger.

Etter denne gjennomgangen av statenes direkte ansvar for visse selskapers handlinger er det klart at det oppstår ansvar for staten ved et hvert brudd på en folkerettsregel, jf. art 1 og 2. For å konstantere hvorvidt det har skjedd et brudd på folkeretten, må handlingen sammenholdes med folkerettens regler, enten de finnes i traktater eller i folkerettslig sedvanerett.²⁵ Det oppstår imidlertid ikke et direkte ansvar overfor alle selskaper, jf. art 5 og 8. Det er kun i de nærmere oppregnede tilfellene at staten identifiseres med selskapers handlinger.

2.2 Statenes ansvar i henhold til traktatretten

Traktatretten avgjør om en traktat er i kraft og fastsetter de materielle folkerettslige forpliktelsene. I det følgende skal det undersøkes på hvilke områder det er oppstilt jurisdiksjonsforpliktelser for statene overfor selskaper i henhold til ulike traktater. Det er imidlertid kun et utvalg traktater som vil bli trukket frem i behandlingen. Traktatene dreier seg altså om statenes ansvar for å regulere og håndheve private selskapers handlinger, i motsetning til det som ble gjennomgått ovenfor som dreiet seg statens ansvar for egne handlinger, herunder for selskaper statene blir identifisert med. Konvensjonene som blir trukket frem omfatter i hovedsak ikke slike rettsbrudd temaet i denne oppgaven retter seg mot, men en behandling av dem illustrerer hvordan ansvaret er fordelt mellom stat og selskap og får betydning de lege ferenda for ansvarsforholdet mellom selskap og stat.

²³ www.Hydro.com/library/attachments/no/festskrift_71dpi_old.pdf, s. 440- 445

²⁴ www.Hydro.com/library/attachments/no/festskrift_71dpi_old.pdf, s. 440- 445

Som eksempel på slike konvensjoner som retter seg mot statenes ansvar for å regulere og håndheve private selskapers handlinger, kan nevnes Europarådets ”Convention on the protection of the environment through criminal law(1998)”, jf. dens artikkel 9

Videre kan nevnes FN konvensjonen ” on the suppression of the financing of terrorism(1999)”

Denne og lignende konvensjoner er kommet til som følge av de problemene land står overfor som ikke har noen foretaksstraff i sin nasjonale lovgivning.²⁶ Traktatene krever følgelig at stater iverksetter tiltak for å ansvarliggjøre juridiske personer, eksempelvis ved ”criminal, civil or administrative sanctions”, jf. art. 5(3).

Til sist kan nevnes den konvensjonen som kanskje tydeligst pålegger selskaper ansvar gjennom statens regulering, nemlig OECDs ”Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials”. Konvensjonens artikkel 2 lyder som følger:”Each party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official”. Det er imidlertid også her altså statene som har det primære ansvaret.

På bakgrunn av dette ser en tydelig at det er en rekke traktater som retter seg mot lovovertridelser begått av juridiske personer, men deretter overlater til statene å bestemme den mest effektive måten å ansvarliggjøre selskapene.

Etter denne gjennomgangen blir noen av folkerettens svakheter på dette området belyst. For det første at statenes ansvar overfor sine selskaper er begrenset, samt at selskaper ikke er selvstendige pliktsubjekter etter de ulike bestemmelsene og konvensjonene. I andre tilfeller enn de nærmere oppregnede, vil staten således ikke ha noe ansvar. Alt dette ser ut til å skape et rettslig tomrom. Dette synet forsterkes av at selv om folkeretten i visse henseende pålegger *vertslandet* å beskytte sin befolkning mot menneskerettighetsbrudd, vil denne staten i stor grad mangle incentiver og ressurser til å innføre effektive virkemidler overfor selskaper som begår slike grove overgrep som oppgaven omhandler. Det kan imidlertid hevdes når det gjelder jus cogens normer at det må

²⁵ Ulfstein(2002), s. 235

²⁶ Clapham(2006), s. 247-250

oppstilles et ansvar for stater uansett om forpliktelsen er fastsatt i konvensjon eller ikke.

Jus cogens er betegnelsen på visse sedvanerettslige regler som anses som så grunnleggende at de ikke kan fravikes ved konvensjon²⁷. I art.53 i Wien konvensjonen om traktatretten av 23. mai er slike regler forutsatt. Det er imidlertid uenighet om hvilke regler som har en slik rang, men de eksemplene som er trukket frem er forbudet mot bruk av makt, folkemord, rasediskriminering, forbrytelser mot menneskeheten, slavehandel. Disse eksemplene berører således kjernen av de overgrep oppgaven dreier seg om, selv om i dag kun er statens handlinger de retter seg mot.

Det synes videre som at et *erga omnes* synspunkt kan være fremtredende som argument i denne sammenheng, nemlig det at visse grove brudd på menneskerettighetene er å anse som krenkelse av alle stater. I *Barcelona Traction-saken*(1970) uttalte Den internasjonale domstol følgende:

.....In view of the importance of the rights involved, all states can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.....Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide.....

På denne bakgrunn kan det således hevdes, særlig når det gjelder *jus cogens* normer, at hjemlandet bør sørge for å forby alle juridiske personer å bryte slike folkerettslige normer, selv om de ikke fremgår av noen traktatforpliktelse. Om man kan oppstille en slik regel for *selskapers* medvirkning til ICC- forbrytelser er imidlertid usikkert.

Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar artikkel 5 og 8 og de nevnte traktatene viser at folkeretten på nåværende tidspunkt ikke er kommet så langt i å utvikle systemer for ansvarliggjøring av nasjonalstaten for menneskerettighetsbrudd begått av private, herunder juridiske personer utenfor sitt territorium. De er ansvarlige for en begrenset krets av rettssubjekter på begrensede områder.

Det synes dermed naturlig å se hen til Europa for å undersøke om noen traktater her kan bøte på dette tomrommet. I den forbindelse rettes fokuset mot Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter: EMK) og EU- retten.

²⁷ Ulfstein(2002), s. 50

2.2.1 EMK- som instrument for ansvarliggjøring av selskaper

Spørsmålet blir hvorvidt EMK går lenger enn de ovennevnte folkerettskonvensjonene og -sedvanerettsreglene i å pålegge statene ansvar for regulering og håndhevelse av selskapers handlinger, samt om den pålegger et mer omfattende ansvar for statenes egne handlinger ved å utvide kretsen av pliktsubjekter staten skal identifiseres med i forhold til folkerettkommisjonens utkast *utenfor* sin jurisdiksjon. Det naturlige utgangspunktet ved besvarelsen av denne problemstillingen er EMK art.1, jf. ”within their jurisdiction”. Ordet ”jurisdiction” skal i henhold til juridisk teori ikke forstås som en teoretisk begrensning i konvensjonens virkeområde, men heller som en kobling mellom stat og individ.²⁸

Ved en nærmere fastsettelse av dette begrepet er det naturlig å undersøke menneskerettighetsdomstolens (EMDs) praksis. EMD har forklart begrepet jurisdiksjon utførlig i en nyere avvisningskjennelse.²⁹ Bankovic- saken ble avsagt av et enstemmig storkammer og har således stor rettskildemessig betydning. I denne saken, som gjaldt jugoslaviske personer som hadde blitt skadelidende eller mistet sine slektninger i løpet av Nato- bombingene i Beograd i 1999, slo domstolen fast at ”jurisdiksjon” normalt blir ansett som bruk av makt fra myndighetenes side over et bestemt geografisk område. Dette synspunktet mente domstolen samsvarte med generell folkerett, samt partenes statspraksis i etterkant av ratifiseringen av konvensjonen. Videre legger Domstolen forarbeidene til konvensjonen til grunn hvor det fremgår at poenget med bestemmelsen var å dekke alle individer som oppholdt seg på statens territorium. Etter denne gjennomgangen oppsummerer domstolen argumentasjonen med at det kun er i eksepsjonelle tilfeller at jurisdiksjonen stekker seg utenfor territoriet. Det kan imidlertid hevdes at domstolen her er mer restriktive enn det generelle folkerett synes å være. Folkerettens alminnelig anerkjente regler anser som nevnt en stats handlinger for å være ethvert statsorgans adferd ”acting in that capacity”, jf. Folkerettskommisjonens artikler om statsansvar og kommentarer. Tidligere rettpraksis, jf. bl.a ”Drozd and Janousek” v. France and Spain” bygger på Europarådets praksis som går ut på at der statens representanter handler utenfor statens territorium, ”not only do they remain under its jurisdiction when abroad but they also bring any other persons or

²⁸ Høstmælingen(2003), s. 117-120

²⁹ Se: Bankovic et al. v. Belgium and 16 other States, punkt 57, 62, 71 og 73

property "within the jurisdiction" of that State, to the extent that they exercise authority over such persons or property. Insofar as, by their acts or omission, they affect such persons or property, the responsibility of the State is engaged".³⁰ Denne saken illustrerer at menneskerettighetsdomstolen på dette tidspunktet respekterte Europarådets gjeldende praksis, som altså gikk ut på at de offisielle statlige organene, selv når de handlet utenfor statens territorium, kunne bli koplet til statens ansvar. Det ser således ut til at EMD i Bankovic- saken la til grunn en streng tolkning av EMK artikkel 1, jf. ordene "Within their jurisdiction".

Dette kan på den ene siden tyde på at "Bankovic-saken" medfører en tilbakegang i forhold til tidligere praksis, både når det gjelder Europarådets- og domstolens. På den annen side må sakens karakter trekkes frem. Det kan se ut som domstolen ville reservere seg mot at bekjempelse av terrorisme ble en del av dens ansvarsområde:

.... the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention."

Senere avgjørelser viser tegn til at domstolen beveger seg bort fra Bankovic- standpunktet. I den forbindelse kan nevnes Issa and others v. Turkey(2004), hvor domstolen fremholder følgende:

".....a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State..... Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a *State party* to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory...

Rettsstilstanden på dette området er etter dette noe usikker. Hvilken kurs EMD vil legge seg på når det gjelder statenes ansvar utenfor sitt territorium vil den fremtidige rettspraksis vise. Spørsmålet blir således om domstolen vil følge opp standpunktet fra "Bankovic- avgjørelsen" eller fortsette i den retningen som ser ut til å bevege seg bort fra dette standpunktet. Dersom domstolene

³⁰ Se bl.a "Cyprus v. Turkey", punkt 136 og "Ilse Hess v. the United Kingdom", punkt. 73

viderefører denne linjen, legges en romsligere forståelse av art. 1 til grunn slik at statene får et større ansvar for selskapene som opererer utenfor deres territorium.

Stater bundet av EMK er dermed, etter gjeldende rett, på den ene siden som hovedregel ikke forpliktet som hjemstat til å kontrollere atferden til selskapene som opererer utenlands. På den andre siden vil selskapenes vertsland som regel mangle insentiver til å sørge for at menneskerettighetene blir beskyttet mot overgrep fra selskapene. Tomrommet som ble illustrert ovenfor vil således fortsatt eksistere.

2.2.2 EU- retten som instrument for ansvarliggjøring av selskaper

EU- retten regulerer ikke fundamentale menneskerettigheter bortsett fra i helt spesielle tilfeller. EU- retten har imidlertid en særegen status som tilsier at det synes fornuftig å undersøke hvorvidt den har mulighet til å fylle igjen det tomrommet eller den straffriheten som har blitt nevnt.³¹ En helt selvsagt særegenhet er det viktige prinsippet ”direkte effekt” som skiller EU- retten fra alminnelig folkerett. Prinsippet har blitt utviklet gjennom EU- domstolen, jf. blant annet Van Gend- saken.³² og EU- traktaten art. 234 er i tillegg utslag av prinsippet. Dersom det er tale om at en bestemmelse skal ha direkte effekt betyr det at den gir individuelle rettigheter som må sikres ved de nasjonale domstolene.

En enda sterkere grunn for å trekke frem EU- retten som et ansvarliggjøringsinstrument relaterer seg til den utviklingen EU har gjennomgått de siste årene. EU-medlemslandene har nemlig innført en rekke initiativer som viser deres økende oppmerksomhet for visse verdier innenfor de sosiale, miljømessige og etiske områdene, samt deres vilje til å basere seg på disse i den videre utviklingen av EU- samarbeidet. Som eksempler på denne utviklingen kan bl.a. nevnes erklæringen i år 2000 ” the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, EUs forhold til ILO konvensjonene og OECDs retningslinjer, samt EUs fokus på CSR- normer. Dette vil ikke behandles nærmere her dels fordi det dreier seg om frivillige initiativer og dels fordi det vil bli redegjort for noen av de frivillige initiativene senere i oppgaven. Det som derimot er mer

³¹ Schutter(2006), s. 252

³² Van Gend en Loos v Nederlanse tariefcommissie

interessant å undersøke, er problemstillingen om EU-retten kan legge grunnlag for en utvikling der multinasjonale selskaper kan ansvarliggjøres. Dette behandler oppgaven under de legerferendaavsnittet. Først skal det tas stilling til om det finnes noen slike rettslige mekanismer allerede.

Et eksempel på EU-rettslige mekanismer som allerede finnes er ”the Joint Action of 24 February 1997, concerning action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children”. Eksemplet er på siden av de overgrepene denne oppgaven retter seg mot, men det er likevel interessant på tre ulike måter i forhold til oppgavens tema.

For det første er initiativet et eksempel på kompetansen EU har når det gjelder samarbeid på strafferettens område, herunder å sikre tilstrekkelig vern om fundamentale rettigheter. For det andre viser det hvordan situasjonen er innenfor EU når det kommer til ansvarliggjøring av juridiske personer. Til sist kan det være med på å motivere medlemslandene til å innføre straffelovgivning som har rekkevidde utover det nasjonale territorium.

”Joint Action”- initiativet ble innført som et ledd i EUs arbeid for å sikre fundamentale rettigheter. For at et slikt arbeid skulle lykkes, var det en forutsetning at medlemslandene foretok en harmonisering av sin respektive straffelovgivning. Først når dette var utført, kunne man oppnå samarbeid. Videre forpliktet det medlemslandene til å sikre at visse former for atferd ble kriminalisert og straffet gjennom ”effective, proportionate and dissuasive criminal penalties”.³³ Til sist ble det krevd av medlemslandene at de ga nasjonale straffebestemmelser om “trafficking” og seksuelt misbruk av barn virkning utenfor sine nasjonale grenser. Med unntak av en av de oppregnede overtredelsene må dermed medlemsstatene sørge for at myndighetene til en hver tid har kompetanse både når en forbrytelse er begått innenfor sitt territorium og i de tilfeller personen som begår forbrytelsen er ” a national or a habitual resident of the Member State”.³⁴

Slike forpliktelser vil ofte bli møtt med et forbehold fra medlemslandenes side om at forbrytelsen også må være straffbar i det landet den ble begått. I slike tilfeller femholder ”the Joint Action” følgende:

Where a member state maintains the requirement of double criminality.....it shall keep its law

³³ EFT 1997 L63/2, Aksjonens avsnitt II,A,(c)

under review to ensuring that this requirement is not an obstacle to effective measures against its nationals or habitual residents....

Spørsmålet blir etter dette hvorvidt initiativer som eksemplet over, kan bane vei for lignende initiativer med tanke på harmonisering av medlemsstatenes lovgivning når det gjelder ICC-forbrytelser begått i utlandet av multinasjonale selskaper. EU- retten som instrument for ansvarliggjøring av selskaper, påvirker altså ikke det rettslige tomrommet på det nåværende tidspunkt, men det er en utvikling på gang som kan føre til at EU-retten etter hvert kan spille en viktigere rolle. Dette spørsmålet vil bli behandlet under de lege ferenda kapitlet.

2.3 Nasjonal rett som grunnlag for folkerettslig sedvane.

I henhold til utenlandsk- og norsk rettspraksis synes det som om nasjonal rett er lite egnet og villig til å fange opp tilfeller der selskaper medvirker til ICC- forbrytelser.³⁵ Det kan imidlertid hevdes at nasjonal lovgivning er interessant som bevis for utvikling av internasjonal sedvanerett. Det er dermed naturlig å reise problemstillingen hvorvidt det er mulig å utvikle en internasjonal sedvanerettsregel som går ut på at alle land er forpliktet til å ha bestemmelser som rammer lovovertridelser begått av juridiske personer også når det gjelder medvirkning til ICC-forbrytelser.

I denne forbindelse kan Fafos undersøkelse ”Commerse, Crime and Conflict” fra 2006 trekkes frem. Denne slår fast at det er en utbredt praksis blant stater å pålegge straffansvar for juridiske personer. Av undersøkelsens 16 land hadde 11 innført en slik praksis i sin nasjonale lovgivning³⁶. Dette til tross for at de ulike landene representerer en stor variasjon av rettslige systemer og tradisjoner. Et slikt straffansvar vil som nevnt også som regel gjelde for ICC- forbrytelser, jf. undersøkelsens funn når det gjelder inkorporering av slike³⁷.

Den folkerettslige sedvanerett har etter statuttene for den internasjonale domstol to elementer, nemlig en objektiv side i form av en statspraksis, og en subjektiv side om at statspraksisen

³⁴ EFT 1997 L63/2, Aksjonens avsnitt II,A,(f)

³⁵ Helgesen(2005), s. 597

³⁶ Australia, Belgia, Canada, Frankrike, India, Japan, Nederland, Norge, Sør Afrika, Storbritannia og U.S.A

³⁷ Fafos(2006), s. 15-16

oppfattes som gjeldene rett, såkalt ”opinio juris”, jf. art. 38 (1) l. b. Statspraksisen vokser gjerne frem gradvis og stater kan i henhold til den bli gjensidig bundet gjennom sin atferd. Det kan på den måten skapes spesielle rettsforhold mellom stater.³⁸ Det er imidlertid først ved en mer omfattende statspraksis det blir dannet en generell sedvanerettsregel. Når det for dannelsen av en sedvanerettsregel etter art.38 (1) l. b kreves en ”general practise”, kreves det ikke at alle verdens stater må følge praksisen, men praksisen må følges av et betydelig antall.

Hvorvidt det er et tilstrekkelig antall stater som har et slikt straffansvar rettet mot foretak, slik at en sedvanerettsregel kan statueres, er det på denne bakgrunn vanskelig å si noe generelt om. Tradisjonelt kreves det imidlertid også at statspraksisen må ha foregått over en viss tid. Hvorvidt dette er tilfelle i denne sammenheng er ikke sannsynlig. Generelt sett må det kunne hevdes at straffansvar for foretak er et relativt nytt fenomen, eksempelvis kan det nevnes at Norge som kjent ikke fikk inn en bestemmelse i straffeloven om foretaksstraff før i 1991. Det synes således som at det per i dag ikke er mulig å oppstille en sedvanerettsregel på dette området.

³⁸ Ulfstein(2002), s. 53- 57

3 Stat vs. Selskap- de lege ferenda

Hittil er statenes folkerettslige ansvar både for egne handlinger, herunder handlinger utført av selskaper staten identifiseres med, samt ansvaret staten har til å håndheve og regulere selskapers handlinger behandlet. Oppgaven skal i dette kapitlet vurdere om folkeretten bør utbygge statenes ansvar for selskaper som opererer i utlandet og om det bør utvikles et selvstendig ansvar for multinasjonale selskaper som begår menneskerettighetsovergrep eller, mer aktuelt, medvirker til ICC- forbrytelser.

3.1 Folkerettens system

Som vist ovenfor er det en rekke traktater og folkerettslige bestemmelser som, om enn indirekte, retter seg mot regulering av selskapers atferd. Det kan således hevdes at folkeretten faktisk har utviklet systemer for å sikre ansvarliggjøring av bedrifter. Selv om flesteparten av bestemmelsene som er oppstilt i ansvarsreglene ikke kriminaliserer selskapers handlinger på samme måte som et ansvar for individer som handler på vegne av staten, fastholder de likevel ansvarliggjøring. Videre bør det faktum at traktatene overlater valget av sanksjoner til statene, ikke underminere det som jo faktisk er målet til de internasjonale traktatene - nemlig å forby den aktuelle atferden fra selskapet sin side. Etter gjennomgangen av de ulike ansvarsbestemmelsene og traktatene kan hevdes at folkerettens *system* ikke setter grenser for en ansvarliggjøring av multinasjonale selskaper. Det vil således først vurderes hvorvidt det er mulig å utbygge det statlige ansvaret, både når det gjelder det ansvaret staten har for sine egne handlinger, herunder som nevnt de selskapene staten identifiseres med og det ansvaret staten har for å håndheve og regulere selskapers atferd på ulike områder. Dernest hvorvidt det bør være mulig å oppstille et selvstendig ansvar for selskapene for menneskerettighetsovergrep, eller mer aktuelt, medvirkning til ICC- forbrytelser.

3.2 Utbygging av statenes ansvar

Som vist ovenfor, retter de folkerettslige bestemmelsene seg direkte mot statene og bare indirekte mot selskapene. Det folkerettslige ansvaret for menneskerettighetsovergrep begått av selskaper må således kunne karakteriseres som statsorientert. Det kan imidlertid hevdes at et slikt statsorientert ansvar ikke ville bydd på så store problemer dersom den folkerettslige plikten stater har til beskyttelse av menneskerettighetene, ved å regulere multinasjonale selskapers handlinger, ble fullt ut respektert. Det kan i hvert fall synes som om problemene ville minsket dersom statenes forpliktelser til beskyttelse av menneskerettighetene ikke bare rettet seg mot vertslandene, der de multinasjonale selskapene utvikler sin virksomhet, men også mot hjemlandene ved å pålegge dem å regulere selskapenes aktivitet hvor enn den finner sted. Dette kunne vært å foretrekke på grunn av den effektive innflytelse staten kan ha overfor selskapet.³⁹

En må dermed de lege ferenda skille mellom de forpliktelsene som påhviler hjemlandet og de som påhviler vertslandet.

Når det gjelder hjemstaten synes det som om, muligens med unntak av ”OECDs Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials”, at folkeretten har vært tilbakeholden med å pålegge så vidtrekkende forpliktelser som skissert ovenfor. Prinsipielt sett kan det hevdes at staten har ansvar for en statsborger selv når denne befinner seg i en annen stat. Som nevnt har Folkerettskommisjonen utarbeidet regler som har virkning uten for det nasjonale territoriet, jf. Folkerettskommisjonens utkast til regler om statsansvar artikkel 5 og 8 og det finnes en rekke konvensjoner som pålegger staten ansvar for selskaper. Disse har imidlertid som nevnt generelt sett et nokså snevert anvendelses område. I forhold til andre enn de selskapene oppregnet i ansvarsreglene eller utenfor konvensjonenes område, vil privates handlinger i utlandet dermed ikke kunne henføres til statens ansvar. I forhold til multinasjonale selskapers menneskerettighetsbrudd begått i utlandet, vil staten altså dermed nyte ansvarsfrihet for privates handlinger, der disse ikke handler under statens instruksjonsmyndighet eller kontroll, ikke er dekket av en folkerettslig konvensjon som retter seg mot selskapers handlinger eller ikke blir fanget opp av jus cogens normer. For at staten ikke skal kunne unndra seg ansvar, måtte man ha

³⁹ Schutter(2006), s. 235

krevd at deres forpliktelser til å beskytte menneskerettighetene mot overgrep fra selskaper gjelder overfor alle selskaper de er hjemstat for og at disse forpliktelsene i tillegg gjelder utover de nærmere bestemte handlingene som allerede er fastsatt i en konvensjon.

Når det på den annen side gjelder vertslandets forpliktelser til å regulere multinasjonale selskapers atferd, er det ikke den teoretiske anerkjennelsen av en slik folkerettslig forpliktelse som synes problematisk.⁴⁰ Det som reiser problemer er derimot de incentiver disse statene har til fullt og helt å respektere forpliktelsene, ikke bare når det gjelder å innføre rettslige tiltak, men også til å skape tilstrekkelige virkemidler til overvåking og implementering av disse.⁴¹ Skepsisen i forhold til at vertslandet skal bære ansvaret har sine naturlige årsaker. For det første er det vanskelig å ha tillit til at en stat opprettholder et menneskerettslig vern på sitt territorium, når denne staten selv begår grove menneskerettighetsbrudd.

For det andre kan det være slik at myndighetene ikke direkte er involvert i menneskerettighetsovergrep, men mangler midler eller politisk vilje til å håndheve sin nasjonale lovgivning. Denne lovgivningen kan eksempelvis gå ut på å pålegge visse helse- og sikkerhetsforanstaltninger, forby diskriminering på bakgrunn av fagforenings medlemskap eller beskyttelse av den fysiske integritet mot trusler fra selskapenes sikkerhetstjenester⁴².

I de situasjonene der utviklingsland er avhengige av utenlandske investeringer for å oppnå økonomisk vekst, har det blitt hevdet av folkerettsteoretikere at ” some governments may neither have the interest nor the resources to monitor corporate behavior”.⁴³ En slik avhengighet fører til at utviklingslandene dermed kvier seg for å pålegge belastende byrder overfor selskaper som foretar investeringer innen deres territorium i frykt for at dette fører til at selskapene heller velger å drive sin virksomhet i mindre restriktive stater.

⁴⁰ Schutter(2006), s. 235

⁴¹ Schutter(2006), s. 237

⁴² Schutter(2006), s. 237

⁴³ Schutter(2006), s. 238

Den konkurransen som finner sted blant utviklingslandene om å tiltrekke seg utenlandsk investering bør således ikke undervurderes. Det vil være urealistisk dyrt for hvert enkelt utviklingsland å skulle utvikle tiltak rettet mot multinasjonale selskaper. Etter dette synes det som mest naturlig å pålegge hjemstaten ansvarsbyrden for selskaper som begår menneskerettighetsovergrep i utlandet eller pålegge de multinasjonale selskapene globale uniforme rettslige standarder, samt gjøre de til gjenstand for effektiv overvåking. Det siste vil oppgaven behandle under de lege ferenda drøftelsen som dreier seg om hvorvidt selskaper bør gjøres til selvstendig pliktsubjekter. Et hovedansvar for hjemstaten eller et selvstendig ansvar for selskapet ville ført til at utviklingsland i langt større grad kunne følt seg trygge på at selskapene ikke ville skifte territorium selv om mer krevende og kostbar regulering ble utviklet.

3.3 Utvikling av EU- retten

Det EUrettslige initiativet som ble behandlet under de lege lata kapitlet, omhandlet som nevnt ikke slike overgrep som denne oppgaven retter fokuset mot. I det følgende vil det dermed undersøkes hvorvidt EU- retten bør utvides til også å omfatte et ansvar for statene for den typen overgrep. Det vil her dreie seg om et ansvar for statene til å ha en effektiv håndhevelse og regulering av selskapers handlinger.

Det må være nokså klart at slike initiativer som det ovennevnte bidrar til at et ansvar også for ICC- forbrytelser blir mer nærliggende. Det er imidlertid noen hindre. For det første er det nok tvilsomt hvorvidt EU- retten, jf.art.31 åpner for å innføre bestemmelser med det formål å harmonisere medlemslandenes straffelovgivning når det gjelder slike overgrep begått av juridiske personer. Problemstillingen kan dermed antakeligvis ikke søkes løst ut fra den gjeldende EU- retten, men derimot ved å forandre den eksisterende retten slik at slike initiativer kan muliggjøres. For det andre vil nok innføringen av et slikt initiativ føre til at medlemsstatene må utvide sin straffelovgivning i enda større grad enn ved innføringen av ”the Joint Action”. I noen tilfeller vil det til og med kreve at noen stater innfører helt nye straffebestemmelser for å fange

opp de groveste formene for overgrep fra selskapenes side⁴⁴.

Det kan imidlertid anføres at det at medlemsstatene må foreta noen endringer og utvidelser i sin straffelovgivning ikke burde være et hinder for en slik gjennomføring, men snarere et argument for at EU- retten utvides til å gjelde ICC- forbrytelser eller lignende begått av juridiske personer. Det kan nemlig hevdes at medlemsstatene vil forholde seg passive i forhold til å kriminalisere menneskerettighetsovergrep begått av selskaper, og særlig til det å innføre lovgivning med virkning utenfor de nasjonale grensene dersom de skulle handle alene, fordi det vil være kostbart for hvert enkelt medlemsland. Videre er det klart at de ulike medlemslandene har ulik holdning når det gjelder menneskerettighetsovergrep begått av selskaper som hører under deres jurisdiksjon. Dette kan forsvare et harmonisert regelverk, da ulike holdninger kan føre til en konkurransevridning mellom medlemslandene. De landene som bruker en mengde ressurser for å kriminalisere menneskerettighetsbrudd begått av selskaper vil naturlig nok bli svekket i konkurransen med stater som ikke vier problemet de ressursene som kreves.⁴⁵

Det er klart at dersom et ansvar for ICC- forbrytelser skal innføres i EU- retten, må medlemslandene gjøre noen grep i forhold til sin nasjonale lovgivning. Etter gjennomgangen ser det imidlertid ut som en harmonisering av lovgivningene ikke vil medføre negative konsekvenser for medlemslandene. Situasjonen er jo også den at medlemslandene faktisk har begynt å harmonisere sine nasjonale regelverk i forhold til noen menneskerettighetsområder. Alt dette taler for at tiden er inne for at medlemsstatene foretar en harmonisering slik at det kan oppstilles ansvar for statene også der selskaper begår overgrep som forbrytelser mot menneskeheten og folkemord.

3.4 Utvikling av folkerettslig sedvanerett på bakgrunn av nasjonal rett

Antallet stater som i henhold til Fafos undersøkelse har straffansvar for selskaper i sin nasjonale

⁴⁴ Schutter(2006), s. 286- 287

⁴⁵ Schutter(2006), s. 286- 287

lovgivning synes å være et argument for at en sedvanerettsregel, som går ut på at alle stater plikter å innføre foretaksstraff for ICC- forbrytelser i sin nasjonale lovgivning, for *fremtiden* ikke er en helt fjern mulighet. Ved at statspraksisen stadig er i utvikling, får sedvaneretten en dynamisk funksjon i folkerettssamfunnet. Det synes også klart, i henhold til praksis fra Den internasjonale domstol, at kravene til tid og omfang av statspraksis ikke er særlig presise. Dette synes å innebære at vurderingen i betydelig grad blir preget av skjønn. Noe som igjen medfører at reelle hensyn kan være en viktig rettskilde ved bedømmelsen av om en sedvanerettsregel foreligger.⁴⁶ Med reelle hensyn forstås blant annet vurderinger om innholdet i en rettsregel eller løsningen av et enkelt rettsspørsmål er rimelig og rettferdig og om den vil fungere godt. Adgangen til å legge vekt på slikt fremgår ikke av art. 38 i ICJs statutter, men Den internasjonale domstol har i flere saker anvendt reelle hensyn⁴⁷ Gjennom oppgavens skissering av den utviklingen som har funnet sted, herunder den enorme makt selskaper i dagens samfunn har fått, er det nettopp forsøkt å vise at reelle hensyn taler for at selskaper må stå til ansvar for sine handlinger på den ene eller annen måte. En sedvanerettsregel kan således være en måte å ansvarliggjøre selskaper på. Etter gjennomgangen over synes en slik regel ikke være langt unna rekkevidde.

3.5 Den historiske konteksten

Under dette avsnittet vil det bli drøftet hvorvidt det bør oppstilles et selvstendig ansvar for selskaper der disse begår menneskerettighetsbrudd, eller mer aktuelt medvirker til ICC- forbrytelser, i motsetning til et statlig ansvar som oppgaven har omhandlet ovenfor.

Det synes naturlig å bevege seg bakover i tid når et ansvar for selskaper for menneskerettighetsbrudd skal vurderes. Det er i denne sammenhengen først verdt å merke seg, som en interessant parallell, at på den tiden den internasjonale militære domstolen i Nürnberg avgjorde at *individer* hadde forpliktelser etter internasjonal rett, var det nærmest ingen traktater de kunne forholde seg til når det gjaldt ansvarliggjøring av individer etter internasjonal rett. Traktater som omhandlet krigens rett var tause på dette området. Likevel bestemte dommerne i den internasjonale militære domstolen at disse traktatene var anvendelige direkte også overfor

⁴⁶ Ulfstein(2002), s. 53- 57

⁴⁷ Ulfstein(2002), s. 60-61

individer. I lys av den mengden bestemmelser som faktisk retter seg mot *selskapers* atferd i dag, synes det helt klart å være rom for å revurdere den antakelsen at selskaper ikke på noen måte skal kunne ansvarliggjøres under internasjonal rett for fremtiden. Det å ansvarliggjøre selskaper må jo være et mye mindre skritt å ta enn det var å innlemme individer som pliktsubjekter i folkeretten.

Videre skal utviklingen etter Nürnberg- domstolen trekkes frem. Denne utviklingen kan støtte opp under det synet at man i dag burde stille seg annerledes til spørsmålet om ansvarliggjøring av selskaper i forhold til det synet på selskaper som pliktsubjekter som tradisjonelt har rådet i folkeretten.

I over femti år arbeidet myndigheter og Folkerettskommisjonen med å utvikle statutter for den internasjonale straffedomstolen basert på prinsippene fra Nürnberg- domstolen⁴⁸. Det ble på ulike stadier av prosessen diskutert hvorvidt domstolen for fremtiden skulle ha domsmyndighet ikke bare overfor individer, men også juridiske personer. I 1998 inneholdt utkastet til statuttene til den internasjonale straffedomstolen et forslag som inkluderte muligheten til å få prøvet straffbarheten til juridiske personer, med unntak av stater, i de tilfeller forbrytelser var begått på vegne av slike juridiske personer eller av deres representanter. Dette forslaget ble utarbeidet i detalj i løpet av arbeidet med utkastet⁴⁹, og den endelige formuleringen ble som følger:

”Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute. Charges may be filed by the prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgment over a juridical person for the crime charged”

Deretter ble det oppstilt en rekke vilkår for at domstolen skal kunne reise tiltale og dømme selskaper i henhold til disse bestemmelsene.

Bestemmelsene i utkastets artikkel 23, ble ikke videreført i prosessen med utkastet til statuttene til den internasjonale straffedomstolen. Det ble i denne sammenheng hevdet at ”time was

⁴⁸ Clapham(2006), s. 244

⁴⁹ Clapham(2006), s. 244

running out”. Diskusjonene ble heftet av spørsmål om hvordan de ulike nasjonale strafferettssystemene ville tilpasse det som for dem var en fremmed form for ansvarliggjøring av selskaper. Det var viktigere å i det hele tatt få på plass en konvensjon enn å risikere at prosessen stoppet opp på grunn av bestemmelser om selskapers ansvar. Spørsmålet om foretak som pliktsubjekt i internasjonal rett ut fra en teoretisk synsvinkel ble ikke reist.

Det mislykkede forsøket på å bringe selskaper inn i jurisdiksjonen til den internasjonale straffdomstol har i senere tid kommet opp i saken mot Talisman Energy⁵⁰. Talisman Energy hadde i perioden 1998 til 2002 en kontrakt med det sudanske regimet om oljeutvinning i Sudan. Regimet tvangsforflyttet i den forbindelse hundretusenvís av sudanesere i den sørlige delen av landet for å gi plass til oljeselskapene. De pengene som gikk til finansiering av infrastrukturen, falt i hendene på regjeringstropper i det sørlige Sudan. Overgrep på menneskerettigheter og humanitær rett forekom til stadighet i regionen der Talisman Energy hadde sin virksomhet.⁵¹

Da saken mot Talisman Energy kom opp for amerikanske domstoler ble det hevdet at det mislykkede forsøket i Roma på å ansvarliggjøre selskapene kunne brukes som argument for et ”lack of any accepted rules or standards for corporate criminal responsibility under international law”. Videre ble henvisninger til FNs traktat om finansiering av terrorisme(1999) holdt som argument for at: ”earlier criminal law conventions focusing on individual criminal responsibility are not intended to create a regime of corporate criminal responsibility”. Disse arumentene mente dommer Swartz ikke kunne føre frem. I stedet fremhold han følgende: ”substantial international and United States precedent further indicates that corporations may also be held liable under international law, at least for gross human rights violations. Extensive Second Circuit precedent further indicates that actions under ATCA (Alien Tort Claims Act) against corporate defendants for such substantial violations of international law, including jus cogens violations, are the norm rather than the exception.” Dette kom frem i forbindelse med de innledende skrittene i saken. Dommeren holder altså døren på gløtt for å kunne ansvarliggjøre selskaper for slike overgrep oppgavens tema dreier seg om. I og med at dette er hentet fra en sivilrettslig domstol, jf. ”Alien Tort Statute“ som fremholder følgende om jurisdiksjonen ” any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations”, vil uttalelsen kun få betydning de lege ferenda

⁵⁰ The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.

i forhold til det perspektivet denne oppgaven har.

Et slikt syn som uttalt av dommer Swartz har imidlertid også støtte i ICC statuttene selv. I art. 10 i statuttene for den internasjonale Straffedomstol heter det nemlig som følger:

Nothing in this Part shall be interpreted as limiting or prejudicing in any way existing or developing rules of international law for purposes other than this Statute.

ICC setter således ikke grenser for at det utvikles et ansvar som omfatter selskaper.

Etter dette burde det være mulig å hevde at tiden er inne for å påbegynne en oppbygging av et system for ansvarliggjøring av selskaper i internasjonal rett. For det første kan dette hevdes på bakgrunn av at det er en rekke rettslige initiativer som faktisk retter seg mot selskaper, både på nasjonalt og internasjonalt plan. Dette fører til at ansvarliggjøring av selskaper for ulike forbrytelser havner på dagsorden innen mange lands rett. For det andre kan det hevdes på bakgrunn av den historiske utviklingen. Individuer ble innlemmet som pliktsubjekt når folkeretten innså at tiden og behovet krevde det. Med fremveksten av enormt mange multinasjonale selskaper og deres innflytelse kan det hevdes at behovet og tiden er inne for at det samme skjer overfor selskap. Dette burde ikke være et så stort skritt ettersom individer allerede er innlemmet.

Selv om det i denne delen har blitt argumentert med at selskaper bør få status som selvstendige pliktsubjekter, kan det også muligens oppstå negative konsekvenser ved en slik ansvarliggjøring.

⁵²For det første kan ansvarliggjøring av selskaper føre til at staters - og individers ansvar reduseres. Dette problemet kan bli særlig tydelig der den faktiske overtrederen er en stat, men som opererer gjennom en privat enhet. For det annet er det muligens en fare for at pålagte straffer har mindre innvirkning på selskaper enn myndigheter, da det ofte er slik at det er større "gjennomtrekk" blant ledende forretningsfolk enn myndighetenes overordnede. Til sist kan nevnes at noen domstoler kan være mer motvillige til å dømme individer enn å straffe abstrakte private enheter. En slik holdning fra domstolenes side kan lede til at rettsikkerheten for selskaper

⁵¹Bexell(2004) nr.03

⁵² Helgesen(2005), s. 602

trues. Det er derfor viktig å holde fast ved utgangspunktet om at stater er det primære rettssubjektet i folkeretten, slik at et ansvar for selskaper forblir sekundært og komplementært.

4 Ikke- rettslige initiativer

Selv om det altså er mangel på rettslig bindende internasjonale standarder rettet mot selskaper, finnes det en rekke ikke- rettslige normer. Disse kan karakteriseres som ”soft law”. Dette er betegnelsen på initiativer som ikke er formelt juridisk bindende, men som likevel har en viss rettslig relevans.⁵³ Resolusjoner og andre vedtak fra internasjonale organisasjoner og konferanser blir ofte betegnet som ”soft law”. Det viktigste ved ”soft law” er at den føles politisk og moralsk forpliktende for statene, og i denne sammenheng for selskapene. Disse vil dermed anstrenge seg for å etterleve den. Videre kan en konsekvent etterlevelse av ”soft law” gjennom en viss tid kunne gi grunnlag for sedvanerettsdannelse.⁵⁴

I det følgende skal det gis en kort gjennomgang av noen av de initiativene som er utviklet fra internasjonalt hold, med en utdypning av FNs normer for næringslivet og kritikken av disse. Det vil bli reist spørsmål om disse er tilstrekkelige for å oppnå et vern mot at selskaper medvirker til grove overgrep mot folkeretten.

Som eksempel på slike ikke-rettslig initiativer kan for det første nevnes OECDs retningslinjer for multinasjonale selskaper som blant annet dekker en rekke menneskerettigheter. Det kan antas at de delvis ble utviklet som et resultat av påtrykk fra selskapene selv. Disse var nemlig opptatt av at selskaper som faktisk fulgte de etiske spillereglene ikke skulle komme ufordelaktig ut ved slik opptreden.⁵⁵ Retningslinjene oppretter standarder som skal respekteres *i tillegg* til den nasjonale retten av selskaper som opererer både hjemme og i utlandet.⁵⁶ I og med at retningslinjene karakteriseres som ”soft law” har det blitt hevdet at rettsanvendere kan ignorere dem. En slik oppfatning synes å kunne tilbakevises på bakgrunn av at selskapenes opptreden i forhold til retningslinjene kan få stor betydning ved en ev. vurdering om det skal foretas investeringer i virksomheten. Videre innebærer de en enighet om krav til god oppførsel fra selskapenes side i en stadig mer global økonomi, samt at selskapenes hjemstater har en moralsk plikt til å forsikre at retningslinjene blir fulgt opp verden rundt.⁵⁷ For det annet kan FNs ”Global Compact” trekkes frem. Dette ikke-rettslige initiativet er det største av sitt slag med omtrent 2300 selskaper

⁵³ Ruud(1997) s.39-42

⁵⁴ Ruud(1997), s.39-42

⁵⁵ Clapham(2006), s.201-206

⁵⁶ OECD(2001:12)

involvert. FNs Global Compact kan betraktes som et opplæringsnettverk. Her skal man utveksle negative og positive erfaringer omkring selskapers praksis på dette området.⁵⁸

Her er bare trukket frem to slike frivillige initiativer. Det eksisterer imidlertid en mengde slike. Som nevnt over kan initiativer, karakterisert som “soft law”, ha en positiv effekt når det gjelder stater og selskapers holdninger til hva som bør kreves av atferden til selskaper som opererer i utlandet og de kan skape forventninger om hva som kreves av god atferd. I tillegg kan de være et viktig verktøy for NGOer i deres arbeid for å avdekke atferd som ikke stemmer overens med de ikke-rettslige forpliktelsene.

I henhold til rapporten utarbeidet av Ruggie på oppfordring fra FN⁵⁹ synes imidlertid klart at initiativene har sine svakheter.⁶⁰ For det første synes det som om de fleste velger sine egne menneskerettighetsdefinisjoner og standarder som sjelden er basert på internasjonalt anerkjente standarder. Disse valgene blir like mye styrt av hva som er politisk akseptert som av hva som faktisk trengs på menneskerettighetsområdet. Det samme ser ut til å være tilfellet når det gjelder deres bestemmelser om ansvarliggjøring. Rapporten trekker også frem at mange menneskerettighetsområder forblir udekket selv om man ser de ulike initiativene under ett.⁶¹ De frivillige initiativene synes videre å reflektere staters tilbakeholdenhet når det gjelder å anse selskaper som egne rettssubjekter i folkeretten. Samtidig illustrerer tilstedeværelsen av slike frivillige initiativer det behovet for regulering av selskapers atferd som faktisk eksisterer, noe som er påberopt både fra myndighetenes og selskapenes side. Selv om selskapers positive holding til reguleringer på frivillig basis synes som viktige skritt i retning av ansvarliggjøring, kan fokuset på slike initiativer være et uttrykk for et ønske om å unngå bindende regulering.⁶²

4.1 ”The Norms”

På oppfordring fra menneskerettighetskommisjonen utarbeidet dens underorgan på traktatlignende vis normer for næringslivet. I 2003 godkjente underorganet normene. Normene

⁵⁷ Clapham(2006), s.207

⁵⁸ E/CN.4/2006/97, s. 10-11

⁵⁹ E/CN.4/2006/97

⁶⁰ E/CN.4/2006/97, s. 13-14

⁶¹ E/CN.4/2006/97, s. 13-14

hevder at de allerede eksisterende internasjonale forpliktelsene kan anvendes både direkte og indirekte overfor selskaper og klargjør hvilke menneskerettsstandarder som er anvendelige overfor selskaper. Kommisjonen derimot anså normene for å være "useful elements and ideas" som de ville ta i betraktning, men fastslo samtidig at "as a draft the proposal had no legal standing".⁶³ Kommisjonen ønsket en nærmere studie omkring selskapers forpliktelser. I den forbindelse ble John Ruggie oppnevnt og hans oppgave gikk ut på å undersøke og klargjøre "standards of corporate responsibility and accountability" i forhold til menneskerettigheter, samt undersøke og klargjøre "the implications for transnational corporations and other business enterprises" rundt begrepene "complicity" og "sphere of influence".⁶⁴

4.3.1 Ruggies kritikk av normene

I sin rapport kommer det frem at Ruggie er enig med kommisjonen i at Normene inneholder nyttige elementer.⁶⁵ Disse overskygges imidlertid av dens mange svakheter. For det første hevder Ruggie at påstanden om at allerede eksisterende statsorienterte menneskerettsinstrumenter nå også er bindende for selskaper ikke har noe holdepunkt i internasjonal rett per i dag, selv om det etter hans mening kunne vært ønskelig. Han påpeker slik som nevnt over at alle instrumenter med mål om å ansvarliggjøre selskaper er av frivillig karakter. Videre nevner han slike konvensjoner som i avsnitt 2.1 over og fastslår, slik som det er gjort der, at disse pålegger *stater* plikter i motsetning til selskaper. For det annet trekker Ruggie frem Normenes ansvarsfordeling overfor henholdsvis stat og selskap som unøyaktig. De fremholder riktignok at ikke alle forpliktelsene passer overfor selskaper, men oppstiller ikke noen prinsipper for hvordan man skal differensiere ansvaret. Det fører til at det eneste holdepunktet en har i dette henseende blir å fastslå et selskaps "sphere of influence". Ruggie mener imidlertid at dette ikke er tilstrekkelig.⁶⁶ Han begrunner sitt standpunkt med at selv om et slikt "verktøy" er nyttig, har det ikke noe rettslig grunnlag og dermed er det heller ikke anvendelig for å pålegge rettslig bindende forpliktelser for selskaper. I tillegg påpeker han at uten en slik konkret ansvarsfordeling vil man komme i den situasjonen at der ikke statene er villige til å ta ansvar vil alt overføres på selskapene. I denne

⁶² Helgesen(2005), s. 292

⁶³ E/CN.4/2006/97, s. 14-15

⁶⁴ UN Doc. E/CN.4/2005/6

⁶⁵ E/CN.4/2006/97, s. 15

⁶⁶ E/CN.4/2006/97, s.17

sammenhengen trekker han frem de forskjellene som faktisk eksisterer mellom en stat og et selskap, eksempelvis at selskaper ikke er demokratiske institusjoner som skal ivareta allmennhetens interesser.

Selv om Ruggie er kritisk til normene, er han helt tydelig på at kreative løsninger er viktig for utviklingen av internasjonal- og nasjonal rett i forhold til ansvarliggjøring av selskaper. Han legger heller ikke skjul på at arbeidet med ansvarliggjøring av selskaper er komplisert. Inntil dette målet er nådd fremhever han ett rettslig instrument som svært essensielt, nemlig muligheten for å utvide den nasjonale lovgivningens utstrekning i forhold til de groveste overgrepene begått av hjemmehørende firmaer i utlandet. I likhet med denne oppgavens hovedfokus, trekker han frem medvirkning som den mest aktuelle formen for ansvar overfor selskaper som begår grove overgrep. Han ønsker i den forbindelse at kriteriene for medvirkningsansvar for fremtiden skal bli ensartede. Avslutningsvis gjentar han betydningen av at det er statene som har det primære og viktigste ansvaret når det gjelder grove overgrep fra selskapenes side. Han hevder at dersom alle stater faktisk hadde etterlevd sine forpliktelser etter nasjonal- og internasjonal rett, ville spørsmålene omkring selskapenes ansvar ikke bydd på så store problemer.

Det kan således se ut som om normene ikke var tilstrekkelig rettslig underbygget til å kunne oppnå statusen som et ikke- frivillig instrument for ansvarliggjøring av selskaper. Initiativet kan imidlertid være et viktig bidrag i utviklingen av et slikt ansvar, både ved å belyse hva som muligens må gjøres annerledes ved forsøk på å ansvarliggjøre selskaper, samt at det gir uttrykk for et ønske om at slike ikke- frivillige instrumenter kommer på plass enten fra internasjonalt- eller nasjonalt hold.

Dersom en skal fastholde Normene som instrument for ansvarliggjøring, kan det se ut som om de kan ha størst potensial der de blir inkorporert i juridiske systemer. På den måten forandrer de karakter fra å være ”tannløse” til å bli mulig å håndheve i et rettslig system.⁶⁷

I del 1 har vi sett de lege lata at det er statene som har det primære ansvaret i folkeretten, både for egne handlinger, herunder for selskaper statene identifiseres med og for regulere selskapers atferd på ulike områder i sin interne rett. Det er dermed bare et indirekte ansvar som pålegges

⁶⁷ Clapham(2006), s. 237

selskapene på noen utvalgte områder og bare en begrenset krets av selskaper statene har direkte ansvar for. Når det gjelder jus cogens normer kan det imidlertid åpnes for et større ansvar for statene overfor sine selskaper.

De lege ferenda kan det konkluderes med at statenes ansvar bør utvides både når det gjelder kretsen av rettssubjekter de er direkte ansvarlige for i henhold til ansvarsreglene og når de gjelder de handlingene fra selskapenes side de har ansvar for å regulere og håndheve i sin interne rett. Det kan også hevdes at tiden er inne for å anse selskaper som selvstendige rettssubjekter, men at man må fastholde staten som det primære rettssubjekt.

Til sist trekkes frem en rekke frivillige initiativer. Disse kan ha positiv effekt på selskapers atferd, men synes ikke tilstrekkelige for å motvirke at selskaper begår ulike overgrep på menneskerettighetene, eller mer aktuelt, medvirker til ICC- forbrytelser.

5. Anvendelsen av norsk rett ved ansvarliggjøring av selskaper for medvirkning til ICC- forbrytelser

Det er straffeloven av 22.mai 1902 nr.10 som skal anvendes ved ansvarliggjøring av selskaper for medvirkning til ICC- forbrytelser. Først vil det undersøkes hvorvidt norsk straffelovgivning har noen spesielle bestemmelser som dekker denne typen overgrep. Dernest vil norsk strafferetts utstrekning bli vurdert. Deretter skal anvendelsen av de generelle straffebestemmelsene på dette området behandles. Utenlandsk rett vil behandles i forbindelse med en del av problemstillingene for å belyse forskjeller i praktiseringen av straffebestemmelser overfor foretak og for å avdekke eventuelle ”hull” i norsk rett på dette området. Videre skal det trekkes frem et eksempel som kan være med på å illustrere hvordan norsk strafferett kan anvendes på norske selskaper for slike overgrep som ICC vedtektene omhandler begått i utlandet. Eksemplet vil benyttes i forbindelse med de mest aktuelle generelle og spesielle norske straffebestemmelsene vi kan anvende på denne typen saker.

Saken dreier seg om det norske selskapet A som i 1992 startet sin virksomhet i landet B. Selskapet inngikk en produksjonsdelingskontrakt med statsselskapet C om å bygge ut gassfeltet X og legge en gassrørledning for frakt av gassen fra fastlandet og videre til grensen mot Y.⁶⁸

Rørledningen ble lagt i et område befolket av minoriteter som i flere tiår har ligget i væpnet konflikt med militærregimet. Militære styrker rykket inn i området i perioden 1990-1992 og startet etablering av militærbaser i området der rørgaten skulle ligge. I kontrakten mellom A og C skulle C sørge for sikkerheten og for at arealet var tilgjengelig for rørgaten som skulle bygges. Det er ingen uenighet mellom partene om at det var det militæret i landet B som sørget for sikkerheten under byggingen av rørgaten. Anklagene mot A går imidlertid ut på at selskapet gjennom, C, betalte militæret for å levere disse tjenestene.⁶⁹ Av sikkerhetshensyn og for å rydde plass til rørledningen ble således flere landsbyer tvangsflyttet. Det ble i tillegg meldt om en rekke overgrep fra sikkerhetsstyrkene mot sivilbefolkningen bl.a. vold, tortur, summariske henrettelser av det som det militære oppfattet som etniske rebeller, avstraffelser og vold under tvangsarbeid,

⁶⁸ Eksempelet bygger på en sak som har vært oppe for amerikanske domstoler. Saken dreide seg om Total S. As virksomhet i Burma, jf. Årsmelding, Etikkrådet for statens pensjonsfond(2005)

⁶⁹ Årsmelding, Etikkrådet for statens pensjonsfond(2005), s.46

også overfor kvinner og barn.

I drøftelsen av norsk rett i det følgende, vil dette eksemplet bli brukt for å illustrere en del av problemstillingene.

5.1 spesielle straffebestemmelser i norsk rett

Norsk rett har ikke per i dag egne bestemmelser om folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Det kan dermed se ut som om det er et "tomrom" i norsk strafferett i forhold til folkerettens bestemmelser. Dette kan tilsynelatende gjøre det problematisk å få straffet selskaper for "ICC-forbrytelsene" sett hen til at norsk rett oppstiller kravet om at den internasjonale retten må integreres i norsk rett for å være anvendelig, se avsnittet 5.2. I det følgende skal det imidlertid undersøkes om det likevel kan la seg gjøre å straffe selskaper for slike overgrep etter norsk strafferett.

Spørsmålet blir således hvorvidt det finnes spesielle straffebestemmelser i norsk rett som dekker disse overgrepene. Norsk spesiell strafferett altså vil bli sammenholdt med ICC-forbrytelsene folkemord og forbrytelse mot menneskeheten, i henholdsvis artikkel 6 og 7 i ICC-vedtektene.

Norge ratifiserte 9. desember 1948 "Folkemord konvensjonen".⁷⁰ Det foreligger imidlertid ingen direkte nasjonal lovgivning som dekker folkemord. Som en slags kompensasjon for dette kom det fra Justisdepartementet at folkemord skulle straffes som mord, jf. strl. § 233.⁷¹ Det kan hevdes at strl. §233 dekker ICC Statuttens artikkel 6 nr.1 litra a og c. Det kan i denne forbindelse henvises til forsøksbestemmelsen i straffeloven § 49.

Når det gjelder artikkelens 1 litra b og d synes det naturlig å trekke frem strl. §229 om legemsbeskadigelser. Til sist kan argumenteres for at strl. § 216 som gjelder "Forfrydelser med Hensyn til Familieforhold" dekker ICC artikkelens l.e.

Når det gjelder forbrytelser mot menneskeheten, skal det først nevnes at dette er et begrep som ble etablert etter andre verdenskrig i FN resolusjonen "Affirmation of the Principles of

⁷⁰ The Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide

International Law recognised by the Charter of the Nuremberg Tribunal, resolution 95 (I) of the United Nations General Assembly, 11 December 1946.” Disse prinsippene slår fast at forbrytelser mot menneskeheten skal anerkjennes som straffbare forhold i henhold til folkeretten.⁷²

Norsk rett har ikke inkorporert noen spesifikk bestemmelse om forbrytelser mot menneskeheten, men den dekker mange av de handlingene som inngår i samlebetegnelsen som følger av ICC artikkel 7. For det første kan strl. § 233 komme til anvendelse for litra a og b i artikkelen. Videre kan det hevdes at §§ 225 om å gjøre noen til slave og 223 om frihetsberøvelse kan komme til anvendelse for artikkelens l. c, d og e. Når det gjelder tortur, jf artikkelens l. f, fikk straffeloven en spesialbestemmelse sommeren 2004 i form av § 117a. Denne bygger på FNs torturkonvensjon av 1984 og rammer bare torturhandlinger som er foretatt av offentlig tjenestemann eller med samtykke fra denne. Bestemmelsen er således ikke anvendelig på torturhandlinger som er begått av noen som handler på vegne av et privat foretak. Man må dermed også i slike tilfeller falle tilbake på bestemmelser om legemsfornærmelse eller legemsbeskadigelse. Ved tortur kan straffskjerpelsesbestemmelsen være aktuell, jf. § 232. Til sist kan nevnes strl. §192 som gjelder seksualforbrytelser, § 224 om utnyttning og § 229 for å dekke artikkelens l. g.

Prinsipielt sett er det således mulig å føre saker som gjelder både folkemord og forbrytelser mot menneskeheten for norske domstoler. Det kan dermed spørres om hva som er spesielt med disse to gruppene av forbrytelser. De faktiske handlingene vil jo i det alt vesentligste være handlinger som rammes av alle lands straffelover, så som drap, legemsbeskadigelse mv. Det som imidlertid særmerker dem, er hvilken sammenheng de står i.⁷³ Siden det er påvist at det foreligger straffebestemmelser i nasjonal rett som dekker disse forbrytelsene, kan en anvende bestemmelsene mot individer som handler ”på vegne av” selskapet og således pålegge *selskaper* straff, jf.strl. § 48. Denne bestemmelsen vil få en nærmere behandling senere i oppgaven.

Siden norsk straffelovgivning tross alt ikke har inkorporert ICC-forbrytelsene er det i en

⁷¹ St.prp No. 56 1948

⁷² Fafo(2004), s. 14

⁷³ Cassese(2003), kap.2

Odelstings proposisjon⁷⁴ varslet at man i oppfølgingen av NOU 2002:4 Ny straffelov vil utarbeide et kapitel 16 som vil dekke den type forbrytelser ICC vedtektene omhandler. Dette er i proposisjonen begrunnet med at man ”ved å innføre egne straffebud som dekker art 6,7 og 8 i ICC-vedtektene, unngår at det blir stilt spørsmål ved norske myndigheters vilje eller evne til strafforfølgning på dette området.” Det blir også trukket frem at en slik løsning vil ”være et signal om at Norge anser de aktuelle forbrytelsene som særlig alvorlige.” Videre påpeker Generaladvokaten i den samme Odelstingsproposisjonen at man bør ”gjennomgå lovgivningen med sikte på å etablere straffehjemler som samsvarer med domstolens, selv om man i og for seg har hjemmel for å straffe. Det kan her være et spørsmål om å sikre at det ikke oppstår en ubalanse i straffenivå ved at man i Norge må bruke bestemmelser som etter sin ordlyd dekker, men som er skrevet med andre forhold for øye....” I proposisjonen er det angitt at man tar sikte på at slike forbrytelser skal kunne ha en strafferamme på opp til 30 år, og at de ikke skal være gjenstand for foreldelse. Det ser ikke ut til å være noen betydelige innvendinger mot dette forslaget.

Det er således klart at det er på høy tid at vi får en straffelovgivning her i landet som omfatter ICC-forbrytelsene. Dette vil altså gjøre at norsk lovgivning i større grad harmonerer med internasjonal rett. En vil således lettere unngå at norske domstoler kan risikere handlingslammelse overfor overgrep begått av selskaper i utlandet, dersom det mot formodning ikke skulle finnes en norsk straffebestemmelse som fullstendig dekker ICC- forbrytelsene. Videre sikrer det at det ikke oppstår ubalanse i straffenivåene.

Endring av straffeloven er også på sin plass, på bakgrunn av rettstillingen i utenlandsk rett. En sammenlikning er utført av Fafo, i undersøkelsen ”Commerse, Crime and Conflict”⁷⁵, som har slått fast at 9 av de 16 undersøkte landene⁷⁶ fullt og helt har inkorporert Roma Statuttens tre forbrytelser i sin straffelovgivning. Det kan i denne sammenhengen også trekkes frem at inkorporasjonen av de tre forbrytelsene i den nasjonale lovgivningen ikke inneholder de samme begrensningene som Roma- vedtektene pålegger ICC. Som eksempel kan det trekkes frem Roma-vedtektens art. 25(1) som begrenser ICCs jurisdiksjon til individer. Fordi de fleste landene som

⁷⁴ Ot.prp.nr.90(03-04)

⁷⁵ Fafo(2006), s. 15

⁷⁶ Argentina, Australia, Belgia, Canada, Tyskland, Nederland, Sør Afrika, Spania og Storbritannia

har inkorporert internasjonal stafferett(ICL)⁷⁷ ikke skiller mellom individ og foretak, vil jurisdiksjonen inkludere ansvarliggjøring av selskaper.

Innføringen av et eget kapittel 16 i den nye straffeloven kan etter denne gjennomgangen se ut til å ha en positiv innvirkning på mulighetene for ansvarliggjøring av selskaper for medvirkning til ICC- forbrytelser.

5.1.1 Anvendelse av de spesielle straffebestemmelsene i saken mot Total

Problemstillingen blir etter dette om vi har norske straffebestemmelser som dekker de aktuelle overgrep som fant sted i forbindelse As virksomhet i landet B. Overgrepene som fant sted i forbindelse med byggingen av rørledningen ser ut til å falle inn under samlebetegnelse "folkemord" og "forbrytelser mot menneskeheten", jf ICC- vedtektene artikkel 6 og 7. Fordi norsk rett ikke har bestemmelser som fullstendig motsvarer de to ICC- forbrytelsene, må det altså spørres om vi har spesielle straffebestemmelser som kan anvendes overfor denne typen overgrep.

Når det gjelder tvangsforflyttingen kan en muligens anvende strl. § 222, 1. ledd eller § 223, første, annet og tredje ledd. Når det gjelder volden og de summariske henrettelsene kan de vanlige straffebestemmelsene kapittel 22 i straffeloven anvendes. Når det gjelder den torturen som ble utført må det spørres hvorvidt handlingene ble utført av "offentlig tjenestemann" eller med samtykke fra denne, jf. 117a. I dette tilfellet er det klart at det var militæret som sto for sikkerheten etter ordre fra C. Det kan således synes som om torturhandlingene er begått av offentlige tjenestemenn i og med at det dreide seg om folk fra militære. Uansett kan en anvende de vanlige bestemmelsene i strl. §§ 228, 229 og 231 med en mulighet for straffskjerpelse etter § 232.

I forhold til tvangsarbeidet synes naturlig å henvende seg til straffelovens kapittel 21. Her finner en både bestemmelsen i § 224 l. b som retter seg mot " Den som ved vold, trusler, misbruk av sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd utytter en person til ...tvangsarbeid," og § 225 som begge kan anvendes for å dekke dette overgrepet.

⁷⁷ Fafo(2006), s. 9

Det kan således konkluderes med at norsk rett har straffebestemmelser som dekker de aktuelle overgrep.

5.2 Internasjonal strafferett

Når en har å gjøre med internasjonal strafferett generelt, blir problemstillingen i hvilken utstrekning norsk straffelov kommer til anvendelse på handlinger begått i utlandet eller av utlendinger⁷⁸. I denne sammenhengen må det spørres om straffelovgivningen får anvendelse på selskapers medvirkning til ICC- forbrytelser begått i utlandet. Norske domstoler dømmer aldri til straff bare på grunnlag av en fremmed straffelov. Hjemmelen for straffbarhet må således alltid finnes i en norsk lov, jf. GrL. § 96

Som en konsekvens av kravet i § 96, har straffeloven bestemmelser om hvor langt den norske straffelovgivning strekker i sin virkning, jf. StrL. §§ 1,2.ledd, 12, 12a, og 13. Straffelovgivningen har i tillegg bestemmelsen i § 1, 2.ledd som slår fast at denne lovgivningen gjelder ” med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig”. Det er altså slik at norsk straffelovgivning står tilbake for folkerettslige begrensninger.

Utgangspunktet etter norsk rett er at forbrytelser som er begått på norsk territorium kan straffbelegges, uansett om forbryteren er statsborger eller utlending. Dette territorialprinsippet er slått fast i strL. § 12, 1.ledd nr.1. Prinsippet blir imidlertid bygget ut i den samme bestemmelsens nr.3. Den retter seg mot handlinger begått i utlandet av nordmenn, nærmere bestemt personer som enten er norske borgere eller hjemmehørende i Norge. Alle som har fast bopel i Norge er hjemmehørende her.⁷⁹ Norsk strafferett er således anvendelig for overgrep begått i utlandet av enhver statsborger eller annen person eller selskap ”hjemmehørende” i Norge. En av forutsetningene er imidlertid at forbrytelsen også er straffbar i henhold til retten i det landet forbrytelsen ble begått, jf. dens litra c.

Videre kan norsk strafferett få virkning i utlandet på utenlandske selskaper, jf. strL. § 12, 1.ledd nr.4. Det oppstilles her en forutsetning om at det enten er tale om slike grove forbrytelser som er

⁷⁸ Andenæs(2004), s. 556

⁷⁹ Andenæs(2004), s. 561

regnet opp i litra a eller at handlingen er en forbrytelse straffbar også etter gjerningsstedets lov og at den skyldige på forfølgningstiden har bopel i riket eller i hvert fall oppholder seg her. Hvorvidt det er adgang til å anvende en slik ”universell jurisdiksjon” på selskaper vil således avhenge av at en har å gjøre med en internasjonal forbrytelse.

Når det gjelder norsk strafferetts utstrekning på overgrep begått av selskaper i utlandet er det som nevnt oppstilt en begrensning ved at forbrytelsen også må være straffbar i det landet den er begått, jf. strl. § 12, 1. ledd nr. 4.

Ved NOU 1992: 23 ble det fremmet forslag om et økt krav om dobbel straffbarhet i forhold til gjeldende lov. I NOU 2002: 4 har den nye straffelovskommisjonen stort sett videreført forslaget i NOU 1992: 23 om at oppregningen av straffebud i § 12 nr. 3 og 4 l. a erstattes med et generelt krav om dobbelt straffbarhet med noen få unntak. Det tas imidlertid et skritt videre i forhold til NOU 1992 ved at det i 2002 gåes inn for at kravet til dobbelt straffbarhet ikke skal anses oppfylt dersom forholdet er foreldet etter gjerningslandets lov. Dette kan i visse tilfeller hindre en effektiv håndhevelse av de ulike straffebestemmelsene. I denne forbindelse kan det trekkes frem et eksempel fra ØKOKRIM som i NOU 2002: 4 på s. 200-2001 ikke ” anbefaler et system som er tilnærmet uavkortet basert på et krav om dobbelt straffbarhet, dersom ikke tungtveiende grunner taler for.....” Etter ØKOKRIMS oppfatning ”åpner kravet om dobbelt straffbarhet mange uoversiktlige og unødvendige tvistepunkter med store muligheter for å trenere saker. Saker som involverer internasjonale forhold er allerede blitt så kostnads- og tidkrevende, at ytterligere vilkår som må oppfylles før straffereaksjon kan anvendes, ikke bør innføres.”

Vanskelighetene ved et slikt krav er det imidlertid tatt høyde for i den sistnevnte NOUen. Det innrømmes at et generelt krav om dobbel straffbarhet innebærer en begrensning av rekkevidden av norsk straffelov i forhold til i dag. Det foreslås dermed at det oppstilles unntak i forhold til ICC- forbrytelsene. Ved et krav om dobbel straffbarhet for disse forbrytelsene heter det dermed i forslaget at man kan:

.....risikere å komme i den situasjon at norske myndigheter er forpliktet til å utlevere blant annet egne statsborgere til strafforfølgning for (den internasjonale straffe-) Domstolen, fordi

handlingen ikke kan forfølges her i landet, for eksempel på grunn av inntruffet foreldelse etter gjerningsstedets lov. Det kan også tenkes at rettsordenen har brutt sammen i det området der handlingen er begått slik at det gir liten mening å kreve dobbel straffbarhet. Etter kommisjonens oppfatning bør det på denne bakgrunn ikke oppstilles krav om dobbel straffbarhet for handlinger som nevnt i utk kap 16.

Disse synspunktene blir fulgt opp i Ot. Prp. nr. 90(2003-2004) på side 187.

Etter dette kan det altså se ut til at den nye straffeloven kan føre til at ulempene ved kravet til dobbelt straffbarhet for ICC- forbrytelser fjernes.

Der folkerettsbestemmelsen korresponderer med den norske straffebestemmelsen vil det altså ikke være noen juridisk hindring for at norsk straffelovgivning får anvendelse på selskaper som medvirker til ICC- forbrytelser i utlandet. Det som imidlertid kan skape problemer er kravet til dobbelt straffbarhet for. Ettersom den nye straffeloven ser ut til å fjerne ulempene ved dobbelt straffbarhet for ICC- forbrytelser vil det ligge enda bedre til rette for at selskaper kan bli tiltalt for medvirkning til ICC- forbrytelser i utlandet for norske domstoler.

5.2.1 Anvendelse av internasjonal strafferett i det tenkte tilfellet

Den første problemstillingen er hvorvidt de spesielle straffebestemmelsene som ble trukket frem i avsnitt 5.1.1 gjelder for handlinger foretatt av et norsk selskap i utlandet.

Dette må besvares bekreftende, jf. Strl. § 12, nr. 3 l.a.

Det neste spørsmålet blir hvorvidt vi har adgang til å anvende universell jurisdiksjon, jf. § 12, nr.3 l.c. Dette avhenger videre av at handlingen er en internasjonal forbrytelse, jf. ” en forbrytelse straffbar også etter det lands lov i hvilket den er foretatt”. Det er naturlig å anta at slike forbrytelser også er straffbare i landet B Det må dermed spørres om man kan straffe A, som er et norsk selskap, for handling som er foretatt ”i utlandet av norsk statsborger eller noen i Norge hjemmehørende person”, jf. Strl. § 12, nr. 3. I henhold til juridisk teori er en ”hjemmehørende person” alle som har fast bopel i Norge. Handlinger som er begått i utlandet på vegne av et foretak, må også etter omstendighetene kunne straffes i Norge.⁸⁰ Handlingene er i dette tilfellet begått av en utlending slik at det oppstår spørsmål om kompetansen til å straffe foretaket

⁸⁰ Bratholm(2003), s. 57

reguleres av nr.4.⁸¹ Kommentartutgaven til straffeloven hevder imidlertid at fordi foretakene også hefter for anonyme feil, jf. § 48a kan ikke gjerningsmannens manglende tilknytning til Norge være avgjørende. Avgjørende må være om foretaket er registrert her i landet.⁸² I NOU 1992: 23 s. 46-47 foreslår straffelovkommissjonen denne regelen lovfestet i utkastet § 5. I NOU 2002: 4 har den nye straffelovkommissjonen videreført dette forslaget. Under forutsetning av at A er registrert i Norge, må etter dette kunne antas at norske A i denne sammenheng er en i Norge hjemmehørende person.

Norsk rett rammer således handlingene begått på vegne av det norske selskapet i utlandet.

5.3 Foretaksstraff

I det følgende skal det drøftes hvorvidt foretaksbestemmelsen i strl. § 48a er anvendelig overfor selskaper som medvirker til ICC- forbrytelser. Det vil først og fremst bli fokusert på det skyldkravet som oppstilles i henhold til bestemmelsen om foretaksstraff.

Foretaksstraff har vært et kjent fenomen i mange år, til å begynne med knyttet til reguleringslovgivningen etter krigen. I 1991 fikk Norge i Straffeloven § 48a en generell bestemmelse om foretaksstraff.

Foretaksstraffen er på mange måter et strafferettslig arbeidsgiver- og organansvar, men straffansvaret for foretak rekker lenger enn erstatningsansvaret ved at også oppdragtakere etter omstendighetene kan handle ”på vegne av” foretaket.⁸³ Det må imidlertid antas at det må være et vilkår at den ansattes handlemåte er påregnelig, jf. det erstatningsrettslige arbeidsgiveransvar.

Foretaksstraff kan ilegges ”selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”. Dette betyr at foretaksstraff også kan ilegges ved anonyme og kumulative feil. Med anonyme feil menes tilfeller hvor gjerningsmannen ikke kan utpekes, mens kumulative feil omfatter tilfeller hvor ingen enkeltperson alene har utvist tilstrekkelig skyld til at man kan statuere uaktsomhet.⁸⁴

⁸¹ Bratholm(2003), s. 57

⁸² Bratholm(2003), s. 57

⁸³ Bratholm(2003), s. 397

⁸⁴ Bratholm(2003), s. 394

Der en har å gjøre med kumulative feil, kan det imidlertid kun statueres uaktsomhet - ikke forsett.⁸⁵ Forsett er utelukket, da forsett er betinget av at den nødvendige kunnskap foreligger hos en enkelt person, jf NOU 1989: 11. Det er et begrepskjennetegn på forsett at man ikke kan legge sammen flere personers kunnskap for på den måten å statuere forsett.⁸⁶ Det er f. eks. ikke mulig å legge til grunn at strl. §233 om forsettlig drap er ”overtrådt” dersom dette skyldes et ikke forsettlig samvirke mellom forskjellige personer. Bakgrunnen for et så omfattende ansvar er hensynet til foretaksstraffens preventive funksjon. Når foretaket også kan gjøres ansvarlig for kumulative feil, styrkes oppfordringen til å etterleve de regler som gjelder for virksomheten. Det er i tillegg av retts tekniske hensyn fordelaktig å ha en slik regel. Dersom kumulative feil ikke var omfattet, kunne foretakene se seg tjent med uklare organisasjons- og ansvarsforhold for å unngå straff.⁸⁷ Dersom overtredelsen derimot er begått av en bestemt enkeltperson i foretaket, er det etter høyesterett dom i Rt.2002 s.1312 på det rene at vedkommende må ha utvist subjektiv skyld på vanlig måte, jf. strl. § 40, dersom foretaksstraff skal kunne idømmes. Regelen er dermed at skyldkravet i vedkommende straffebud må være oppfylt, men at ansvaret også omfatter anonyme og kumulative feil, jf. den ovennevnte dommen. Nedenfor undersøkes hvorvidt et tilsvarende skyldkrav opprettholdes i den nye straffeloven. Det vil i denne forbindelse bli reist spørsmål om endrede krav til skyld etter den nye straffeloven, samt skyldformen for kumulative feil etter gjeldende rett samsvarer med de kravene som oppstilles i forhold til ICC- forbrytelser.

Foretaksstraffen er fakultativ slik at den skal ilegges etter en skjønnsmessig vurdering. Det skal ved avgjørelsen av om straff skal ilegges tas en rekke hensyn, jf. § 48b

Det er således mulig for norske domstoler å reise tiltale mot foretak for overtredelser av alle bestemmelser i straffeloven ved anvendelsen av foretaksstraffbestemmelsen, jf. det grunnleggende vilkåret i § 48 ”et straffebud er overtrådt”. Siden den nåværende norske straffelovgivning mangler spesifikke bestemmelser om internasjonale forbrytelser, jf. ICC-vedtektene, må en altså anvende vanlige straffebestemmelser med et materielt innhold som samsvarer med ICC- forbrytelsen.

⁸⁵ Andenæs (2004), s. 280

⁸⁶ Bratholm(2003), s. 395-396

⁸⁷ Bratholm(2003), s. 396

Det kan imidlertid reises spørsmålet om foretaksstraff i det hele tatt er beregnet på den type grove forbrytelser denne oppgaven omhandler. Det er vanskelig å si noe helt klart om dette, da det er lite rettspraksis på området. Det er imidlertid klart at lovens ord ikke setter noen begrensning.

Når det gjelder skyldformen i forbindelse med foretaksstraff, stiller departementet i Ot.prp. nr. 90 for 2003-2004 spørsmålstegn ved om de samme skyldformene som blir foreslått for *personlig* straffansvar, primært forsett, samt et utgangspunkt om grov uaktsomhet der et uaktsomhetskrav er ønskelig, skal gjelde også i forbindelse med foretaksstraff. Det hevdes at dersom de samme skyldformene skal gjelde, kan det komme til å begrense adgangen til å ilegge foretaksstraff sammenlignet med rettstilstanden i dag. Det heter:

Det kan falle vanskeligere å karakterisere anonyme eller kumulative feil som utslag av grov uaktsomhet enn som utslag av vanlig uaktsomhet. Dette kan gjøre det mindre aktuelt å reagere strafferettslig mot overtredelser, blant annet av nærings- og miljølovgivning, som skjer som del av virksomheten i større foretak uten at det kan påvises relativt grove feilvurderinger hos bestemte enkeltpersoner i foretaket.....

.....Det kan etter departementets syn virke uheldig om det forhold at en bestemt gjerningsperson ikke kan straffes på grunn av manglende skyld alltid skal gjøre at man ikke kan anvende foretaksstraff mot det foretaket som vedkommende har handlet på vegne av.

Departementet foreslår etter dette at det ikke settes som betingelse for å ilegge foretaksstraff at bestemte personer som har handlet på vegne av foretaket, har utvist skyld, og at det heller ikke skal gjelde noe forsettskrav eller krav om grov uaktsomhet ved anonyme eller kumulative feil. Det gjøres imidlertid unntak for hendelige uhell og force majeure.

Spørsmålet blir etter dette hvordan et slikt uaktsomhetsansvar faller sammen med skyldkravene som oppstilles i forhold til ICC- forbrytelsene. NOU 2002: 4 og dens utkast til nytt kapittel 16 berører hvordan skyldkravet skal utformes. Det foreslås for det første at det skal tas inn en bestemmelse om folkemord som svarer til art. 6 i Roma-vedtektene, men at skyldkravet "hensikt" som gjelder etter denne artikkelen byttes ut med et forsettskrav. For det andre foreslås det en bestemmelse om forbrytelse mot menneskeheten som svarer til art. 7 i ICC- vedtektene, men at det kravet om "kunnskap" som oppstilles der erstattes av et alminnelig forsettskrav.

Det kan således hevdes at gjeldende retts uaktsomhetsansvar ved kumulative feil, samt departementets forslag om et generelt uaktsomhetsansvar for foretak dermed ikke samsvarer med skyldkravet i departementets forslag til kapitel 16 i ny straffelov, fordi straff for kumulative feil avhenger av en strengere skyldform i straffebudet enn forsett.

Når det gjelder krigsforbrytelser er det et krav om ”wilful” atferd, jf. Genevekonvensjonen,⁸⁸ som følgelig også begrenser anvendelsen av et uaktsomhetsansvar som skissert over. I denne forbindelse blir det imidlertid argumentert med at grov uaktsomhet kan være tilstrekkelig for å statuere ansvar for visse krigsforbrytelser.⁸⁹ Det kan således spørres om et krav om grov uaktsomhet kunne vært anvendelig også for bestemmelsene om folkemord og forbrytelser mot menneskeheten.

Oppsummeringsvis kan det hevdes at det uaktsomhetsansvaret for *kumulative feil* som oppstilles etter gjeldene rett reiser en rekke problemstillinger, både i forhold til de spesielle straffebestemmelsene som ikke nevner uaktsomhet, for eksempel §§ 223, 224 og 225, og i forhold til bestemmelsene i den nye straffelovs ev. kapitel 16. I tillegg vil forslaget om et *generelt* uaktsomhetsansvar i foretaksstraffbestemmelsen reise spørsmål i forhold til kapitel 16 i den nye straffeloven, dersom det ikke gis adgang til å straffe for uaktsomhet etter disse nye bestemmelsene. På tross av dette kan det konkluderes med at vi per i dag kan anvende foretaksstraffbestemmelsen overfor norske selskaper som begår slike overgrep i utlandet som denne oppgaven omhandler.

5.3.1 foretakstraff anvendt i det tenkte tilfellet

Det springende punkt i denne sammenheng er hvorvidt de aktuelle handlingene er foretatt av noen som har ”handlet på vegne av” A, jf. Strl. § 48a.

⁸⁸ Genevekonvensjonen(I), art. 50, Genevekonvensjonen(II), art. 51, Genevekonvensjonen(III), art. 130, Genevekonvensjonen(IV), art.147

⁸⁹ Helgesen(2005), s. 598

I og med at de militære handlet på vegne av C, som skulle stå for sikkerheten rundt prosjektet, ikke direkte på vegne av total må dette kunne hevdes å være tvilsomt. Det er etter norsk rett som nevnt slått fast at selvstendige oppdragstakere kan handle på vegne av i lovens forstand. Det som derimot reiser tvil er hvorvidt oppdragstakere som er hyret inn av den selvstendige oppdragstakeren kan handle på vegne av foretaket. I og med at dette med selvstendige oppdragstakere kan volde tvil,⁹⁰ ser det ikke ut til at norsk rett per i dag anser et slikt ledd i virksomheten for å kunne ”handle på vegne av”. Spørsmålet blir dermed hvorvidt C kan identifiseres med militæret slik at C ”handlet på vegne av” A. Det er i den forbindelse naturlig å trekke frem karakteren av Cs ansvar i forhold til virksomheten. C var As samarbeidspartner, jf. produksjonsdelingskontrakten. Det var altså slik at C var delaktig i virksomheten ved å ha ansvar for sikkerheten rundt prosjektet. Det var i den forbindelse selskapet ”outsourcet” vakholdet til de militære. Fordi C tok aktiv del i virksomheten, kan det argumenteres med at C må identifiseres med de militære. En slik identifikasjon gjør at det blir naturlig å anse C for å ha handlet på vegne av A. Spørsmålet om overtredelsen er begått på vegne av et foretak, kan imidlertid som nevnt volde tvil når foretaket bruker en annen selvstendig næringsdrivende til å utføre arbeidet.⁹¹ I henhold til praksis må avgjørelsen bero på de konkrete forhold, og at for at oppdragsgiveren skal kunne pålegges ansvar må selskapet ha hatt en reel myndighet til instruksjon og kontroll, jf. Rt. 1982 s. 645.⁹² Det blir dermed igjen naturlig å trekke frem den stillingen C hadde i forhold til A. Det at de inngikk en produksjonsdelingskontrakt synes å indikere at de står i et nært forhold til hverandre. Dette kan trekke i retning av at A hadde reel myndighet til instruksjon og kontroll.

Videre kan hensynet til resultatets godhet trekkes frem. Dersom ikke C blir ansett for å handle på vegne av A kan det føre til at handlingen forblir ustraffet. Handlingene vil ved et slikt tilfelle ikke kunne fanges opp av bestemmelsen om foretaksstraff og vil således ikke kunne bli pådømt ved norske domstoler. Hvorvidt straff skal pålegges blir dermed opp til land B. Land B må kunne karakteriseres som et land som er rikt på naturressurser med fattig på menneskerettslig vern. Slike stater har som nevnt tidligere i oppgaven verken har ressurser eller motivasjon til å iverksette tiltak overfor overgrep begått av ulike selskap. Det er dermed nærliggende at handlingene forblir ustraffet. Etter dette er det naturlig å anse C for å ha ”handlet på vegne av” Total. Etter

⁹⁰ Andenæs(2004), s.282

⁹¹ Andenæs(2004), s.282

gjennomgangen i avsnittene over er det klart at også det andre vilkåret i bestemmelsen er oppfylt, Jf § 48a ”et straffebed er overtrådt” slik at foretaksbestemmelsen kan få anvendelse i dette tilfellet.

5.4 Medvirkning

Det er påvist at bestemmelsen om foretaksstraff får generell anvendelse på alle straffebestemmelsene i straffeloven, herunder også de bestemmelsene som statuerer ansvar for medvirkning.

I det følgende blir målsetningen å forsøke å finne ut hvorledes det norske medvirkningsansvaret passer i forhold til foretak for de overgrep denne oppgaven har hovedfokus på. Det vil ikke bli foretatt en generell gjennomgang av medvirkningsansvaret. Hovedvekten vil bli lagt på skyldkravet i forhold til medvirkeren. Utenlandsk rett vil bli trukket inn for å belyse forskjellene i praktiseringen av medvirkningsansvaret fra land til land.

Når det gjelder ansvarliggjøring av selskaper generelt, er det som regel *individer* innen selskapet som begår forbrytelser. ICC- vedtektene vil følgelig kunne anvendes overfor eksempelvis individuelle direktører og ledere innenfor selskapet dersom disse handler ulovlig.

Lovovertridelser kan imidlertid skyldes et selskaps interne bestemmelser eller deres beslutninger i motsetning til et enkelt individs aktiviteter, for eksempel der et selskap inngår en kontrakt med en stat i forbindelse med bygging av en rørledning og oppstiller som betingelse for videre forhandlinger med denne at lover på menneskerettighetsområdet skal settes tilside.⁹³ Det er i slike tilfeller medvirkningsproblemsstillingen blir vanskeligst å løse.

Økonomiske aktører blir ofte koblet sammen med de faktiske lovovertrederne fordi de opererer i konfliktområder eller i land med undertrykkende regimer og gjennom sin virksomhet tilveiebringer varer, kjøper råvarer eller ulike produkter eller hyrer inn lokale sikkerhetsstyrker. Slike initiativ kan forekomme i samarbeid med- eller som en del av et økonomisk samarbeid med

⁹² Andenæs(2004), s.282

⁹³ Wells(2005), s 162

grupper/ enheter som selv er delaktige i grove brudd på menneskerettighetene. Slik sett kan økonomisk virksomhet lede til medvirkning overfor de som utfører disse grove overgrepene.

For å statuere et medvirkningsansvar kreves en viss opptreden fra medvirkerens side. Om medvirkningen er psykisk eller fysisk er imidlertid likegyldig etter norsk rett.⁹⁴ En psykisk medvirkning kan bestå i ”tilskyndelse” eller gode råd. Det er tilstrekkelig at forsettet til hovedmannen er styrket eller at de gode rådene har hatt betydning for planleggelsen eller utførelsen.⁹⁵ I henhold til rettspraksis er derimot det å ha kunnskap om hovedmannens planlagte forbrytelse ikke nok til å medvirke. Det kan være vanskelig å trekke grensen mellom en passiv aksept og en direkte tilskyndelse. En ren passivitet vil som regel ikke kunne straffes som medvirkning.⁹⁶ Medvirkningen må videre stå i årsaksforhold med rettskrenkelsen, men i henhold til rettspraksis er det imidlertid ikke noe krav om at medvirkningen har vært *nødvendig* for resultatet.

Når det gjelder skyldkravet i forhold til medvirkning, er det etter norsk rett den vanlige forsettsbestemmelsen i strl. § 40 som gjelder. Medvirkeren må anse det sikkert eller overveiende sannsynlig at hans medvirkningshandling bidrar til at hele det objektive gjerningsinnholdet i bestemmelsen for den aktuelle forbrytelsen oppfylles.

I Norge er imidlertid den vanlige oppfatningen at forsett i en viss utstrekning kan anerkjennes utover det som følger av hensikts- og sannsynlighetskriteriene etter læren om *dolus eventualis*.⁹⁷ Det mest praktiske formen for *dolus eventualis* er den såkalte ”positive innvilgelsesteorien”. Denne teorien går ut på at gjerningsmannen har godtatt følgen i sin bevissthet. At det her foreligger forsett, er slått fast i en rekke nyere avgjørelser fra Høyesterett. Det kan i forbindelse med *dolus eventualis* også kunne bli tale om skyld i henhold til de såkalte ”likegyldighetstilfellene”, hvor det avgjørende er hvorvidt gjerningsmannen stiller seg helt likegyldig til om det forbudte resultat inntreffer eller ikke⁹⁸. Hvis gjerningsmannen har gjort seg opp

⁹⁴ Andenæs(2004), s. 326

⁹⁵ Andenæs(2004), s. 326- 327

⁹⁶ Andenæs(2004), s. 329,

⁹⁷ Andenæs(2004), s. 235

⁹⁸ Andenæs(2004), s. 239

en bevisst mening om dette, vil forholdet falle inn under ”den positive innvilgelsesteori.” Likegyldigheten overfor resultatet ligger jo i at det ikke vil påvirke hans beslutning om han regnet resultatet for sikkert. Det er hevdet i norsk teori at dette tilfellet ikke har særlig praktisk betydning. Selv om resultatet i seg selv er likegyldig for gjerningsmannen, vil han som regel være interessert i ikke å utsette seg for det straffansvar som det medfører.

I forhold til anvendelse av ”likegyldighetstilfellene” er det mulig at det som blir hevdet i teorien, jf. ovenfor, må tilbakevises når det gjelder foretak. Det kan hevdes at anvendelsen av dette ”særtilfellet” innen læren om skyld arter seg annerledes for et multinasjonalt selskap som eksempelvis medvirker til ICC- forbrytelser enn for individer. Som kjent opererer disse selskapene som regel utenfor sitt hjemlands grenser. De befinner seg i land med et svakt utbygget menneskerettslig vern og med myndigheter som er lite villige eller kapable til å iverksette tiltak mot selskaper som medvirker til grove overgrep overfor befolkningen der. Videre har en nå sett at den internasjonale retten har et uutviklet system for ansvarliggjøring av selskaper strafferettslig, samt at det ansvaret som påligger statene overfor sine private aktører i utlandet er svært begrenset. Den norske strafferetten er som vist over heller ikke på en helhetlig måte utviklet til å fange opp tilfeller der selskaper medvirker til ICC- forbrytelser. Etter dette kan det muligens hevdes at ”likegyldighetstilfellene” ikke er så upraktiske likevel når det gjelder selskaper. Etter norsk rett finnes ikke et eneste eksempel på at slike saker har vært oppe for retten, og etter folkeretten vil det nærmest foreligge ansvarsfrihet for selskapene ved slike overgrep. På den måten kan således motivasjonen om å ikke bli utsatt for straffansvar bli ikke-eksisterende.

Riktignok er ”den positive innvilgelsesteori” akseptert i norsk rett, slik at behovet for å anvende ”likegyldighetstilfellene” som en form for *dolus eventualis* blir svekket. Forskjellen på å ha akseptert følgen og det å være likegyldig til at den inntreffer synes heller ikke være så stor.

Det kan som nevnt være vanskelig å bevise at et foretak eller noen som ”handlet på vegne” av det anså det sikkert eller overveiende sannsynlig at dens medvirkningshandlinger ville føre til slike grove overgrep som her er tale om. Det vil dermed, uansett hvilken av de to teoriene en anvender, være til stor hjelp å kunne benytte seg av skyldformen *dolus eventualis* ved

ansvarliggjøring selskaper etter norsk rett.

Medvirkning anses som en forbrytelse i henhold til lovgivningen de fleste land, jf. Fafos undersøkelse(C.C.C). Alle de 16 landene i undersøkelsen har bestemmelser som retter seg mot medvirkning og som slår fast at medvirkning er en forbrytelse i seg selv. Basert på funnene fra undersøkelsen synes det naturlig å kunne hevde at lovgivningen til de aller fleste land i verden anser medvirkning som en forbrytelse. Det som derimot varierer er hva slags hensikt/forsett (*mens rea*) medvirkeren må inneha.

En rekke lands lovgivning krever at medvirkeren har samme forbryterske vilje som hovedmannen, såkalt ”shared intent”, hvilket betyr at medvirkeren må ha samme ønske om at forbrytelsen, f. eks. tortur, gjennomføres. Kravet til ”felles forbrytersk vilje” reiser særlige spørsmål i forbindelse med foretak, fordi det ofte er kunstig å tale om en felles forbrytersk vilje/hensikt for medvirker og foretak når det gjelder slike grove overgrep oppgaven omhandler. I de fleste tilfeller vil nemlig de to aktørene ha ulik motivasjon for å utføre handlingen, som igjen leder til ulik forbrytersk vilje. Der en økonomisk aktør medvirker til en forbrytelse er det sannsynlig at motivasjonen er profitt, mens hovedmannen ser utførelsen av selve forbrytelsen som sitt hovedmål.⁹⁹ En slik standard om ”shared intent” gjør terskelen høy for å kunne statuere medvirkningsansvar for foretak.

Norsk rett anvender som illustrert over ikke en slik standard. Domstolen må ta stilling til de to aktørenes handlinger og skyld separat. De kan altså ikke bli tiltalt som deltagere i en gruppe med felles hensikt.

Tyskland og Nederland oppstiller et liknende skyldkrav som Norge.¹⁰⁰ Disse landene opererer med et krav om at medvirkeren har ”knowledge”. Dette blir forklart med ”awareness that one is engaging in certain conduct and practical certainty regarding the occurrence of a given result.” I henhold til Fafos undersøkelse utvider imidlertid også disse landene forsettskravet . Den utvidede Skyldformen er i undersøkelsen beskrevet som ”indifference toward or acceptance of the chance

⁹⁹ Fafos(2006), s. 18

¹⁰⁰ Fafos(2006), s. 19

that a proscribed result might occur.” Denne skyldformen ser ut til å samsvare med både det en i norsk rett betegner som ”den positive innvilgelses teori” og de såkalte ”likegyldighetstilfellene”.

Det kan som nevnt hevdes at kunnskapskravet kan medføre begrensninger i forhold til å statuere medvirkning overfor foretak. Det kan nemlig være vanskelig for aktoratet å bevise at den økonomiske aktøren hadde kunnskap om den spesifikke forbrytelsen hovedmannen planla å utføre.¹⁰¹ Et eksempel fra nederlandsk rett som riktignok gjaldt individer illustrer dette, jf Van Anraat- saken.¹⁰² Denne saken gjaldt den nederlandske forretningsmannen Frans Van Anraat som solgte enorme mengder mengde kjemikalier til bruk for fremstilling av sennepsgass til Saddam Husseins regime. Som kjent anvendte Saddam sennepsgass både i krigen mot Iran og i massakren mot den kurdiske landsbyen, Halabja. Når det gjelder internasjonale forbrytelser, er det valgfrihet i forhold til om man ønsker å anvende nasjonal rett eller folkerett.¹⁰³ I Van Anraat- saken valgte den nederlandske domstolen å anvende folkeretten. Van Anraat, som var tiltalt for medvirkning, ble frikjent på bakgrunn av at domstolen mente den ikke hadde tilstrekkelig bevis for at han hadde kunnskap om at Saddam Hussein planla å utrydde deler av den kurdiske befolkningen. I følge domstolen måtte en slik kunnskap bevises for å oppfylle vilkårene i henhold til folkeretten. Nederlandsk rett derimot utvider altså forsettskravet til også å gjelde dolus eventualis hos medvirkeren. Det er dermed mulig at utfallet av saken hadde blitt et annet dersom nederlandsk rett hadde blitt valgt ved avgjørelsen av saken.

Etter dette kan således se ut som om visse lands nasjonale strafferett oppstiller et noe mindre strengt krav for å straffe for medvirkning til ICC- forbrytelser enn folkeretten, som i henhold til rettspraksis, ikke ser ut til å utvide kunnskapskravet til også å omfatte dolus eventualis. Selv om medvirkning til ICC- forbrytelser kun kan statures overfor individer i henhold til folkeretten, illustrerer folkeretten begrensningene som oppstår ved å anvende kunnskapskravet.

Etter dette kan det hevdes at norsk rett ikke oppstiller noen hindringer for at selskaper skal kunne staffes for medvirkning til ICC- forbrytelser. Norsk rett oppstiller jo ikke noe krav om ”shared

¹⁰¹ Fafo(2006), s. 19

¹⁰² Fafo(2006), s. 19

¹⁰³ Fafo(2006), s.19

intent”, og det er altså mulig å anvende den mildere formen for forsett, *dolus eventualis* som ser ut til å passe utmerket ved avgjørelsen av om et selskap skal straffes for medvirkning til ICC-forbrytelser.

5.4.2 medvirkning anvendt i det tenkte tilfellet

I og med at straffeloven gjennom de spesielle bestemmelsene nevnt over dekker de aktuelle overgrep og alle bestemmelsene inkluderer ansvar for medvirkning, er det ingen hindre for at selskaper også kan ansvarliggjøres på grunnlag av medvirkning. Det må dermed for det første reises spørsmål om A oppfyller de objektive kravene for at medvirkningsansvar kan statuere. I norsk strafferett er hovedregelen, i henhold til rettspraksis, at passiv medvirkning ikke er straffbart.¹⁰⁴ Rettspraksis er imidlertid sparsom og vag omkring spørsmålet om på hvilke vilkår en unnlatt faktisk kan utgjøre straffbar medvirkning. Dommerne i ”Unocal- saken” som ble reist for amerikanske domstoler¹⁰⁵, og som har et liknende saksforhold, gikk langt i å anta at selskapet hadde medvirkningsansvar for overgrepene i forbindelse med byggingen av rørledningen. Dette var basert på at Unocal skulle ha betalt for bruk av styrker fra det burmesiske militæret til å sørge for sikkerheten. Dersom en legger til grunn at A betalte styrker fra det militæret, har de ikke bare forholdt seg passive, men ved betalingen av penger også medvirket fysisk slik at også det objektive vilkåret er oppfylt.

Det må for det annet spørres hvorvidt A anså det sikkert eller overveiende sannsynlig at det medvirket til overtredelse av de nevnte straffebud. I den forbindelse skal et liknende tilfelle trekkes frem, nemlig saken om Total virksomhet i Burma. Der hevdet Interesseorganisasjonene, blant annet i *Earth Rights International 2000*, at Total må ha visst at når rørledningen ble lagt gjennom et område befolket av etniske minoriteter, ville dette innebære en sikkerhetsrisiko og følgelig en høy grad av militær opprustning i området. Med det ryktet den burmesiske hær har, må Total også ha vært klar over konsekvensene dette ville kunne medføre i form av tvangsarbeid og andre overgrep mot lokalbefolkningen.¹⁰⁶ Det kan i denne sammenheng også vises til en annen sak som gikk ut på mye av det samme, nemlig ”Unocal- saken”. Her ble det lagt til grunn at oljeselskapet Unocal trolig kjente til og aksepterte de overgrep som fant sted i forbindelse med

¹⁰⁴ Andenæs(2004), s. 327- 329

¹⁰⁵ Doe I v. Unocal Corp.

byggingen av rørledningen. Avgjørelsen var blant annet basert på vitneutsagn og rapporter om at personer i ledelsen i selskapet ved flere anledninger hadde gitt uttrykk for at de kjente til overgrepene i forbindelse med byggingen.¹⁰⁷ Det fremgår i primissene i saken at Total antas å ha den samme kunnskapen om, og ansvar for, overgrepene i forbindelse med rørledningsbyggingen som det Unocal hadde. De to selskapene arbeidet tett sammen om dette gassprosjektet i den angjeldende tidsperioden.¹⁰⁸ Dersom noe tilsvarende til grunn for selskap A når det gjelder kunnskapen om militæres overgrep og at A betalte disse for utførelsen ser det ut til at medvirkningsbestemmelsen kan få anvendelse for dette tilfellet.

¹⁰⁶ Årsmelding, etikkrådet for statens pensjonsfond(2005), s. 46-47

¹⁰⁷ Årsmelding, etikkrådet for statens pensjonsfond(2005), s. 44

¹⁰⁸ Årsmelding, etikkrådet for statens pensjonsfond(2005), s. 47-48

6. Avslutning

Drøftelsene de lege lata og de lege ferenda i denne oppgaven viser at det ikke er rettspolitisk grunnlag for å opprettholde dagens rettstilstand. Etter mitt skjønn bør det på det folkerettslige plan innføres et utvidet ansvar for statene overfor sine selskaper og et selvstendig strafferettslig ansvar for selskaper som medvirker til ICC- forbrytelser, om enn komplementært. Dette synes nødvendig blant annet når en tar i betraktning den økte makten selskaper har fått. Ettersom selskapers atferd er kommet på statenes dagsorden verden over og statene i forhandlingene om ICC- vedtektene i 1998 tross alt nærmet seg en enighet om å innlemme selskaper, synes det nærliggende å anta at diskusjonen om ansvarliggjøring av selskaper vil gjenopptas muligens allerede i 2009 ved fremtidig revisjon av ICC- vedtektene.

Etter gjeldende norsk rett ligger det i og for seg til rette for å oppstille et medvirkningsansvar for selskaper for brudd på ICC- forbrytelser. Fordi slike forbrytelser ikke er underlagt en helhetlig regulering på lovgivernivå og det er visse hindre når det gjelder foretaksstraffens skyldkrav, samt kravet til dobbelt straffbarhet synes det imidlertid noe upraktisk. Det ser ut til at noen av disse problemene blir tatt i betraktning ved innføringen av et nytt kapitel 16 i den nye straffeloven som omhandler ICC- forbrytelsene og ved at kravet til dobbelt straffbarhet ikke opprettholdes for forbrytelser som folkemord og forbrytelser mot menneskeheten. Forhåpentligvis kan denne utviklingen av strafferetten bidra til at norsk rett i nær fremtid vil anse selskapers medvirkning til ICC- forbrytelser som en aktuell problemstilling det kan være praktisk å løse ut fra intern strafferett.

7. Litteraturliste og referanser

Litteratur

- Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5. utgave. Oslo, 2004
- Cassese, Antonio. International law. 2. utgave. Oxford, 2003
- Clapham, Andrew. Human Rights Obligations of Non- State Actors. Oxford, 2006.
- De schutter, Olivier. The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law. I Alston Non- State Actors and Human Rights. Oxford, 2005
- Høstmælingen, Njål. Internasjonale menneskerettigheter. Oslo, 2003
- Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. Straffeloven Kommentartutgave. 2. utgave. Oslo, 2003
- Ruud, Morten, Ulfstein, Geir og Fauchald, Ole Kristian. Utvalgte emner i folkerett: metode, miljø, havrett, handel. Oslo, 1997
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. Innføring i folkerett. 2. utgave. Oslo, 2002
- Wells, Celia og Elias, Juanita. Cathing the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage. I Alston. Non- State Actors and Human Rights. Oxford, 2005

Artikler

- Bexell, Magdalena. Föreställningar om offentligt och privat i internationell debatt om företags ansvar för mänskliga rättigheter. Nordisk Tidskrift for Menneskerettigheter 2004 nr. 03 s. 1-14
- Helgesen, Malin. War zones and grey zones. Tidskrift for rettsvitenskap 2004 nr. 04-05 s. 574-607

Lovgivning

- Almindelig borgerlig straffelov(straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- ”Convention on Combating Bribery of foreign Public Officials”(OECD)
- “Convention on the protection of the environment through criminal law”(Europarådet) av 1998
- ”Criminal Convention on corruption”(Europarådet) av 1999
- EMK. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

FN- konvensjonen mot korrupsjon av 2003
FN- konvensjonen ”on the suppression of the financing of terrorism” av 1999
FN- konvensjonen om barns rettigheter av 20. november 1989
FN- konvensjonen om eliminering av alle former for rasediskriminering av 1966
Folkerettskommisjonens forslag til regulering av statsansvar for folkerettsbrudd av 10. august 2001
Genevekonvensjonen(I) av 12. august 1949
Genevekonvensjonen(II) av 12. august 1949
Genevekonvensjonen(III) av 12. august 1949
Konvensjonen om bekjempelse av folkemord av 9. desember 1948
”The Joint Action, concerning action to combat trafficking on human beings and sexual exploitation of children”(EU) av 24. februar 1997
Torturkonvensjonen(FN) av 10. desember 1984
Traktat om opprettelse av det europeiske samarbeidet av 1997
Statuttene for Den Internasjonale Domstol av 26. juni 1945
Statuttene for Den Internasjonale straffedomstolen av 17. juli 1998
Wien- konvensjonen. Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

Dommer

Belgium v. Spain, International Court of justice, The Hague, 5. februar 1970
Bankovic et al. v. Belgium and 16 other States The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. desember 2001
Cyprus v. Turkey, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. mai 1975
Doe v. Unocal Corp, US Court, 18. september 2002
Drotzd and Janousek v. France and Spain, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. juni 1992
Issa and others v. Turkey, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. november 2004
Ilse Hess v. the United Kingdom, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. may 1975
Rt. 2002 s. 1312
Rt. 1982 s. 645

The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc, US Court, 19. mars 2003, 13. juni 2005

Van Gend en Loos v. Nederlanse tariefcommissie, EU- domstolen, 1963

Forarbeider

NOU 1992: 23 Ny straffelov, alm. Bestemmelser

NOU 2002: 4 Ny straffelov

NOU 1989: 11 Straffansvar for foretak

Ot. Prp. nr. 90. 2003- 2004 Om lov om straff

St. prp nr. 56 1948

St. meld. nr. 22 2001- 2002

Andre kilder

Fafo, "A Comparative Survey of Private Sector Liability for Grave Violations of International Law in National Jurisdictions." (2004)

Ramasastri, Anita og Thompson, Robert. Fafo- report 536 (2006)

Årsmelding, Etikkrådet for statens pensjonsfond- utland 2005

UN Doc. E/CN. 4/2005/6(Resolusjon 2005/69)

E/CN. 4/2006/97(Ruggie, John. Rapport)

Statens eierberetning for 2004

The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Paris, 2001/ www. Oecd.

Org/daf/investment/guidelines/mnetext.htm.

www. Hydro.com/library/attachments/no/festskrift_71dpi_old.pdf