

Vestfold Kommunerevisjon
Revisjonssjef Arild Lohne
Gannestadveien 2, Herredshuset
3184 BORRE

Ny epostadresse: moss@hortensadvokatene.no

Horten, 5. desember 2006
KFM / 1499 klientbrev.doc

Spørsmål om strafferettslige forhold ved driften av Østre Bolærne Sameie i 2005

Jeg viser til telefonsamtaler med Deres revisjonssjef Arild Lohne, og mottatte dokumenter vedrørende opprettelsen av Østre Bolærne Sameie, styreprotokoller, revisjonsrapporter m. m. Jeg har blitt bedt om å vurdere om det foreligger forhold vedrørende driften i 2005 som bør føre til strafferettslig forfølgning.

Av saksprotokollen for Vestfold fylkestings møte 16. februar 2005 med vedlegg går det fram at fylkeskommunens og Nøtterøy kommunes felles eierskap til Østre Bolærne ble organisert «etter sameielovens system», d.v.s. at en «ikke oppretter noen egen juridisk enhet». Østre Bolærne ble fra starten administrativt drevet som et prosjekt i henhold til kommuneloven § 27. Arbeidstakerne ved Østre Bolærne ble å betrakte som tilsatt i Vestfold fylkeskommune. Daglig leder skulle dels være lokalisert på Fylkeshuset i Tønsberg, og dels på Østre Bolærne. De tilsatte ble i sitt daglige virke underlagt styre og daglig leder. Eierne fastsatte vedtekter for styre ved Østre Bolærne, og oppnevnte styremedlemmer. Vedtektene § 4 lyder: «Styret har ansvar for løpende drift og organisering av sameiet Østre Bolærne.» Budsjett fastsettes av de to eiernes fylkesting/kommunestyre. Regnskap føres av fylkeskommunen og revisjon foretas av Vestfold kommunerevisjon.

Det går fram av saksdokumentene at etableringen av det tingsrettslige sameie for eiendommen, og driften av virksomhet på eiendommen ble behandlet under ett. Eierne kunne valgt å sette driften bort til en uavhengig driver, eller opprette et eget interkommunalt selskap eller aksjeselskap, men tilsatte i stedet personale og opprettet et styre for driften. Når det er så uttrykkelig sagt at det ikke skulle opprettes noen egen juridisk enhet, innebærer dette at reglene om kommunalt foretak i kommuneloven kapittel 11 ikke gjelder for virksomheten. Etter min forståelse må dette medføre at Vestfold fylkeskommune og Nøtterøy kommune er direkte ansvarlig for driften og for daglig leder og de øvrige arbeidstakere, og at regnskapsførselen må følge reglene for kommunalt regnskap.

Jeg går ut fra at det første driftsåret skulle være et prøveår, og det deretter skulle foretas en evaluering før en tok stilling til hvilken driftsform som skulle velges videre. Mitt inntrykk er at de mangler ved driften som er påpekt i revisjonsrapportene, har sammenheng med oppstartvansker og manglende erfaringer med den allsidige virksomhet som en ønsket å etablere på Østre Bolærne. Jeg legger til grunn at eiernes utgangspunkt var at de hadde fått anledning til å sikre øya for offentligheten, og på nokså kort varsel ble kastet ut i oppgaven å

gjøre nyervervelsen inntektsbringende. Å budsjettere for en slik virksomhet måtte innebære en rekke usikkerhetsmomenter. Mange av disse var utenfor budsjetterende myndighets kontroll, som når en båt ikke ble sertifisert for det antall passasjerer som var ventet, slik at det oppsto store tilleggskostnader til å skaffe annen transport.

Om det strafferettslige ansvar for eventuelle lovovertridelser ligger hos daglig leder, styret, eller hos eiere/arbeidsgiver, blir i noen grad et spørsmål om hvordan instruksjoner var utformet og oppgaver tilrettelagt, om eiere/arbeidsgiver hadde stilt tilstrekkelige ressurser til rådighet for at de tilsatte kunne utføre sitt arbeid forsvarlig, og om hvilke tilbakemeldinger daglig leder ga til eiere/arbeidsgiver/styre underveis.

«Norsk Lovkommentar» sier følgende om kommuneloven § 71 – bestemmelsen om at daglig leder skal sørge for at et kommunalt/fylkeskommunalt foretaks bokføring er i samsvar med lov og forskrifter og at formuesforvaltningen er ordnet på betryggende måte:

«Daglig leder har primæransvaret for økonomi- og formuesforvaltningen. Han eller hun har dermed ansvar for den interne administrative kontroll med foretakets virksomhet; for å etablere rutiner som sikrer at regnskapene gir tilstrekkelig informasjon om forvaltningen av midlene, at rutinene for inn- og utbetalinger er betryggende mv. Styret har på sin side et overordnet ansvar for å påse at slike rutiner er etablert.»

§ 71 står i kapittel 11, om kommunale og fylkeskommunale foretak. Fordi sameierne uttrykkelig valgte ikke å organisere virksomheten etter kommunelovens kapittel 11, antar jeg at daglig leder ikke uten videre kan pålegges et slikt omfattende og selvstendig ansvar som koml § 71 forutsetter. Når sameierne har arbeidsgiveransvaret for daglig leder, mens det er opprettet et eget styre som har ansvar for løpende drift og organisering og tilsetter daglig leder, kan det bli vanskelig å peke på hvem som eventuelt skal stilles til rette når noe går galt med driften. Hvis f. eks. daglig leder i tilbakemeldinger til eier/arbeidsgiver/styre har gitt uttrykk for at han ikke har fått stilt til rådighet tilstrekkelige ressurser til å drive virksomheten forsvarlig og i henhold til regelverket, kan dette påvirke en eventuell strafferettslig forfølgning.

Den videre drøfting om eventuelle straffbare forhold ved driften av Østre Bolærne Sameie deler seg i to: For det første om det foreligger økonomisk kriminalitet i den forstand at noen urettmessig har søkt å oppnå personlige fordeler. For det andre om det foreligger overtredelse av offentligrettslige regler, f. eks. lovgivningen om regnskapsføring.

Jeg kan ikke se at revisjonsrapportene gir noe grunnlag for anmeldelse mot enkeltpersoner for å ha søkt å oppnå personlige fordeler, utover de forhold som allerede er anmeldt i forbindelse med tyveri fra kassen.

Når det gjelder overtredelser av regnskapsregler som er beskrevet i revisjonsrapportene m.h.t. dokumentasjon av dagsoppgjør og andre mangler ved bokføring m. v., er det min umiddelbare oppfatning er at disse kan tilskrives oppstartproblemer, bl. a. ved å organisere driften gjennom lange arbeidsdager i en kort og hektisk sommersesong. Så vidt jeg forstår revisjonsrapportene har de fleste feilene blitt rettet opp når de har blitt avdekket. Dette kan tale for at de overtredelser som kan ha skjedd, ikke anses straffverdige i den grad at en går til anmeldelse.

På den andre siden må det understrekes at når regnskapsregler ikke blir fulgt, kan dette gjøre det umulig å fastslå om noen har søkt å oppnå personlige fordeler. Dette taler for å slå ned på

enhver regnskapsovertredelse, ikke minst innenfor en virksomhet som belaster offentlige midler.

Forutsetningen for straffbarhet er imidlertid at det finnes et straffebed som rammer det aktuelle forholdet.

For mangler ved regnskapsføring generelt gjelder straffeloven § 286, som lyder:

«Den som forsettlig eller uaktsomt vesentlig tilsidesetter bestemmelser om bokføring og dokumentasjon av regnskapsopplysninger, årsregnskap, årsberetning eller regnskapsoppbevaring som er fastsatt i lov eller forskrift i medhold av lov, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år eller begge deler. Foreligger særlig skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 3 år anvendes.»

Er ikke en overtrødelse vesentlig, rammes den altså ikke av strl § 286. Bratholm/Matningsdal skriver om vesentlighetskravet i «Straffeloven. Kommentartutgave»:

«Om tilsidesettelsen er ”vesentlig” beror på konkrete forhold under hensyn til arten og omfanget av vedkommende virksomhet, og hvilken virkning tilsidesettelsen kan få. Får feilen store økonomiske konsekvenser, vil den lett bli ansett for å være ”vesentlig”. En tilsidesettelse kan være ”vesentlig” pga. store formelle feil eller pga. realitetsfeil som gir et sterkt misvisende bilde av en økonomisk virksomhet eller stilling.»

Kommentarene viser at det kan være tvilsomt om de forhold som er tatt opp i revisjonsrapportene, faller inn under vesentlighetskravet i strl § 286. Kommentartutgaven tar utgangspunkt i næringsvirksomhet, og drøfter ikke anvendelse av bestemmelsen på offentlig virksomhet. Ved en rask gjennomgang av høyesteretts- og lagmannsrettspraksis finner jeg ingen dommer der strl § 286 er brukt i forbindelse med overtrødelse av regnskaper for kommunal/fylkeskommunal virksomhet.

Generelt brukes strl § 286 i dag i liten utstrekning. Det har sammenheng med at strafferammen i regnskapsloven er utvidet, og at regnskapslovens straffebestemmelse også omfatter overtrødelse som ikke i strafferettslig forstand anses for å være vesentlig. Der hvor regnskapsloven gjelder, rammes overtrødelse av § 8-5, der 1.-2. ledd lyder:

«Den som forsettlig eller uaktsomt vesentlig overtrer denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Foreligger det særlig skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil seks år idømmes. Medvirkning straffes på samme måte.

Den som for øvrig forsettlig eller uaktsomt overtrer denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven, straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder. Medvirkning straffes på samme måte.»

Regnskapsloven gjelder imidlertid ikke for kommunal og fylkeskommunal virksomhet. For disse gjelder i utgangspunktet forskrift om årsregnskap og årsberetning, som har hjemmel i kommuneloven. Verken kommuneloven eller forskriftene har noen straffebestemmelse.

Min konklusjon blir at de sentrale straffebestemmelsene av mer generell karakter som kunne ramme forhold ved driften på Østre Bolærne, sannsynligvis ikke kan få anvendelse. Hvis en likevel skulle gå til anmeldelse, slik at det blir opp til påtalemyndigheten å vurdere om straffbare forhold faktisk foreligger, kan det også være tvil knyttet til hvem som skal holdes strafferettslig ansvarlig for eventuelle overtrødelse. På bakgrunn av denne usikkerheten vil

jeg anbefale at en, ut fra de svært spesielle omstendigheter omkring etablering og drift av Østre Bolærne Sameie i 2005, lar saken ligge uten å gå til anmeldelse.

Med vennlig hilsen

Kai F. Moss
advokat