

UTVIDGAT FÖRETAGSANSVAR FÖR ATT FÖREBYGGA KORRUPTION?

Av Joanna Drewert¹

Den 1 juli 2011 trädde lagen Bribery Act 2010 ikraft i Storbritannien. Lagen har lett till kontrovers och kallats världens strängaste anti-mutbrottslag. Orsaken är att den etablerar ett straffrättsligt ansvar för företag som misslyckats med att förebygga mutbrott. För att undkomma straffansvar måste företaget visa att det har haft tillfredsställande rutiner i bruk för att motverka det brottsliga förfarandet. Storbritannien har därmed de facto infört ett straffrättsligt presumtionsansvar för juridiska personer. För en jurist med bakgrund i den svenska rättsordningen kan det tyckas främmande att söka skuld hos en kollektiv enhet och än mer att straffa en fiktiv konstruktion. I Sverige kan nämligen straffansvar endast riktas mot fysiska personer. Bribery Act 2010 kan emellertid inte avfärdas som ett isolerat brittiskt utspel. För det första har lagen utrustats med s.k. "extraterritoriell jurisdiktion", vilket innebär att det inte bara är brittiska företag som riskerar straffansvar under lagen. Även svenska företag kommer att falla under dess jurisdiktion om de kan anses bedriva affärsverksamhet i Storbritannien. För det andra är lagen av relevans för svenska företag och jurister eftersom den till stor del är tillkommen som ett resultat av internationella påtryckningar. Påtryckningar som även riktas mot Sverige.

I. INLEDNING

I takt med den ökande gränsöverskridande handeln har korruption i internationella affärstransaktioner blivit till ett växande problem. Fördjupad insikt om korruptionens skadliga verkningar har etablerat en internationell konsensus om behovet av effektiva lösningar för att förebygga korruption i internationella affärstransaktioner. Denna konsensus har utmynnat i en rad mellanstatliga instrument. Gemensamt för dessa instrument är att de alla betonar *företags* ansvar för den internationella korruptionen, med hänvisning till att även om individer mutar är det företag som gynnas. De internationella instrumenten ålägger därför enskilda länder att etablera *effektiva* system genom vilka företag kan hållas ansvariga för korruption. Mot bakgrund av de stora bevisvärigheter som föreligger när det gäller att identifiera individuell skuld inom en företagsorganisation, har det av pragmatiska skäl utvecklats alternativa metoder för att kunna hålla företag kollektivt ansvariga för korruption och på så sätt

¹ Jur. kand. och verksam som tingsnotarie vid Södertörns tingsrätt. Studerade på Law School vid the University of Western Ontario i Kanada 2010-11 och har tilldelats ett Fulbright stipendium för LLM-studier i mänskliga rättigheter och Corporate Social Responsibility i USA 2013-14. Artikeln är en omarbetad version av författarens examensarbete som färdigställdes 2012 vid Stockholms universitet under handledning av doktorand Per Larsson. För en mer ingående redogörelse av något av de teman som berörs i denna artikel hänvisas till detta arbete.

skapa incitament för dem att själva förebygga förfarandet. Det rör sig både om offentlig- och civilrättsliga metoder, såsom uteslutning från upphandling av offentliga kontrakt, men även nya former för att etablera straffrättsligt ansvar för företag. Presumtionsansvaret i Bribery Act 2010 är ett exempel på en sådan metod. Genom att ålägga företag ett presumtionsansvar har man accepterat en form av systemtänkande som söker skuld i företags organisation och struktur snarare än hos dess individer. I ljuset av att Bribery Act har hämtat sin modell från mellanstatliga instrument som OECD:s² konvention om bekämpande av bestickning av utländska offentliga tjänstemän i internationella affärsförhållanden av den 21 november 1997 (OECD-konventionen), kan den därmed snarare ses som ett led i en internationell rättsutveckling. Samma rättsutveckling har på senare år motiverat att bl.a. Spanien och Schweiz infört straffrättsligt ansvar för företag. Karaktäristiskt för denna rättsutveckling är att den genom sitt funktionella angreppssätt riktar allt större uppmärksamhet mot hur företag som *kollektiv enhet* organiserar sin verksamhet, och huruvida denna organisation underlättar för korruptionsbrott. Trots att företag fortfarande inte riskerar straffrättsligt ansvar under svensk rätt, har de internationella påtryckningarna för effektivare företagsansvar inte lämnat svensk lagstiftning oberörd. Den 1 juli 2012 infördes t.ex. ett nytt brott i brottsbalken (BrB) under rubriken *vårdslös finansiering av mutbrott*, som syftar till att effektivisera kampen mot företags korruption i internationella affärstransaktioner.

Med denna artikel vill jag ge läsaren en inblick i ett företagsansvar under förändring. Detta genom att belysa den bakomliggande internationella rättsutvecklingen av företagsansvar för korruption och knyta denna till Bribery Act 2010 och den nya svenska bestämmelsen om vårdslös finansiering av mutbrott. I artikelns första del presenteras de koncept och teorier som används. Artikeln kommer sedan gå över till att beskriva det internationella anti-korruptionssamarbetets resultatnriktade metod, samt hur jag menar att denna metod har lämnat tydliga avtryck i brittisk och svensk rätt och därmed resulterat i ett utvidgat företagsansvar för att förebygga korruption.

Med *utvidgat* företagsansvar menar jag för det första att företag riskerar allvarligare konsekvenser för mutbrott, såsom direkt straffrättsligt ansvar, för det andra att nya grunder på vilka man kan etablera företagsansvar för korruption har tillkommit och för det tredje att ett mer holistiskt synsätt på företag som kollektiv kan skönjas i internationell respektive brittisk och svensk rätt.³

2 Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling.

3 Med holistiskt ansvar avses att det söker skuld i företagets kultur och organisation snarare än hos dess individer.

2. KORRUPTION I INTERNATIONELLA AFFÄRSTRANSAKTIONER

Vad menas med korruption? Korruption är inget rättsligt begrepp utan beskriver ett brett spektrum av olagliga eller omoraliska affärstransaktioner som ger mutgivaren en orättvis fördel samtidigt som en tjänsteman bryter det förtroende denne innehar genom sin tjänst för egen vinning. I lagstiftning preciseras korruptionsbrott i termer av givande av muta, mutbrott, bestickning och tagande av muta. Korruption är således *inte* synonymt med mutbrott, men mutbrott anses ingå under det bredare begreppet korruption.⁴ Med *korruption i internationella affärstransaktioner* åsyftas det fenomen som uppstått i samband med den ökade globaliseringen och internationella handeln; med mutor som betalas ut till utländska offentliga tjänstemän för att säkra ett kontrakt eller annan affärsmässig fördel. De senaste decennierna har denna internationella korruptions skadliga verkningar uppmärksammats i allt större utsträckning. Korruptionen anses drabba den internationella handeln genom att den ökar transaktionskostnader, ställer upp hinder för fri handel och leder till ineffektivitet i form av nepotism, skatteundandragande och brist på transparens.⁵ Konkurrensen på marknaden snedvrider när konkurrenter med bättre pris och produkt förbigås och kvalitén på produkterna försämras samtidigt som kontraktspriserna drivs upp för att täcka in kostnaden för mutorna.⁶ Särskilt påtagliga blir konsekvenserna i de länder där mutorna betalas ut. Dessa länder är många gånger fattiga och saknar resurser och rutiner för att motverka korruptionens utbredning. Korruptionen förvärrar situationen genom att investeringar från utländska företag hamnar i fickorna på korrupta offentliga tjänstemän, istället för att komma folket till del. Detta urholkar i sin tur demokratin och underminerar allmänhetens förtroende för statliga institutioner samt social och ekonomisk utveckling i landet.⁷ På så vis göder korruptionen fattigdom, instabilitet och konflikter.

Korruptionens dolda karaktär gör den ytterst svår att avslöja och att fastställa omfattningen av. Världsbankens forskningsinstitut uppskattar att mutor för 1 000 miljarder USD betalas ut årligen, baserat på försiktiga tolkningar av de mätningar som görs, men mörkertalet kommer förmodligen alltid att vara stort. Organisationen Transparency International (TI) publicerar årligen en un-

4 Institutet Mot Mutor, *Farliga förmåner*, Stockholm 2010, s. 3.

5 Se bl.a. Eicher, Sharon, *Introduction: What Corruption is and Why it Matters*, Eicher, Sharon (red.), *Corruption in International Business: The Challenge of Cultural and Legal Diversity*, 2009, 1-15, s. 13-14; Kochan, Nick & Goodyear, Robin, *Corruption: The New Corporate Challenge*, Hampshire 2011, s. 19-23.

6 Pacini, Carl, Rogers, Hudson & Swingen, Judyth A., *The Role of the OECD and EU Conventions in Combating Bribery of Foreign Public Officials*, *Journal of Business Ethics*, 2002, Vol. 37, 385-405, s. 385.

7 Se bl.a. Loughman, Brian P. & Sibery, Richard A., Ernst & Young LLP, *Bribery and Corruption: Navigating the Global Risk*, New Jersey 2011, s. 3.

dersökning om ”uppfattad” korruption. I undersökningen brukar befolkningen i de industrialiserade länderna inte uppfatta problemet som särskilt stort i sina hemländer, medan befolkningen i utvecklingsländerna uppfattar sig tampas med störst korruptionsproblem.⁸ Undersökningen visar vilka länder som *drabbas* av korruptionen men säger ingenting om vilka länder *mutgivar*na kommer ifrån. De flesta multinationella företag som betalar ut mutor har nämligen säte i de industrialiserade länderna. Därför har det ansetts viktigt att just de industrialiserade länderna agerar för att motverka att ”deras” företag inte betalar ut mutor i utvecklingsländerna. Men att agera på egen hand har inte varit något lockande alternativ, vilket USA fick erfara när det som första land i världen 1977 införde en lag mot mutor av utländska offentliga tjänstemän. Lagen blev enormt kritiserad av den amerikanska företagssektorn för att placera amerikanska företag i ett konkurrensmässigt underläge i förhållande till andra multinationella företag. Att utbredd korruption placerar enskilda företag i en ”*fångarnas dilemmaproblematik*”,⁹ innebär att de upplever att om de inte betalar ut mutor så gör deras konkurrenter det.

Av dessa anledningar har mellanstatliga initiativ för att råda bot på problemet ansetts önskvärt, för att inte säga nödvändigt. Breda mellanstatliga åtgärder kan bidra till att harmonisera nationell lagstiftning och därmed hjälpa till att råda bot på ”fångarnas dilemma”. En av de största förtjänsterna med OECD-konventionen har rent av beskrivits vara att de flesta multinationella företagen hör hemma just i OECD-länderna.¹⁰ Men även om det mellanstatliga samarbetet har möjliggjort en politisk vilja för att komma åt problemet, återstår problematiken med att brottsligheten begås inom företags slutna väggar. Mutorna betalas sällan ut rent fysiskt av den eller de som fattat besluten. Tvärtom är det vanligaste sättet att betala ut mutor i internationella affärstransaktioner med hjälp av *mellanmän* och *agenter*.¹¹ Kedjorna är ofta svåra, för att inte säga omöjliga, att följa. För att effektivt komma åt brottsligheten har fokus därför riktats mot företagen som gynnas av brottsligheten och nya metoder för att kunna ställa dem till svars.

8 Transparency International, Corruption Perception Index (CPI), 2011, <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/#CountryResults>, senast hämtad 2012-11-07.

9 Ett exempel inom spelteori som i korthet innebär att två fångar ställs inför ett val: om en vittnar och den andre vägrar, går den som vittnar fri medan den som vägrar hamnar i fängelse i 10 år. Om båda vägrar vittna hamnar båda i fängelse i 6 månader. Om båda vittnar mot varandra får båda 2 års fängelsevistelse vardera. Båda fångarna måste välja utan att veta vad den andre väljer. Exemplet har använts för att illustrera ett enskilt företags situation på en marknad där mutor förekommer; se t.ex. Kochan et al., 2011, s. 13.

10 Apke, Thomas M., *Impact of OECD Convention anti-bribery provisions on international companies*, Managerial Auditing Journal 2001, Vol. 16, Issue 2, 58-63, s. 58.

11 Ibid., s. 59.

3. FÖRETAGSANSVAR

Med *företag* i denna artikel åsyftas en kollektiv enhet med egen rättskapacitet inom vilken olika individer arbetar tillsammans för ett gemensamt kommersiellt mål, t.ex. ett aktiebolag. Med *företagsansvar* åsyftas helt enkelt företags rättsliga ansvar. Begreppet måste i detta sammanhang särskiljas från det svenska begreppet *företagaransvaret*, vilket utvecklats i svensk praxis men saknar direkt lagstöd.¹² Att företag kan inneha ett rättsligt ansvar beror på att de är rättssubjekt; juridiskt konstruerade personer som kan äga tillgångar, inneha fordringar och skulder, sluta avtal och uppträda som kårande och svarande inför domstol. Att företag kan ha ett direkt rättsligt ansvar för korruption har därför inte ställt upp några principiella problem. Ätminstone inte såvitt avser civil- och offentligrättsligt ansvar. Vad gäller straffrättsligt ansvar har systemet med företagsansvar emellertid ställts på sin spets. Traditionellt sett har nämligen endast fysiska personer ansetts kunna göra sig skyldiga till brott och straffas för dessa.

3.1 FÖRETAG SOM STRAFFRÄTTSLIGT ANSVARIGA

När man talar om företags straffrättsliga ansvar för korruptionsrelaterade handlingar är det viktigt att skilja på om företag kan straffas, sanktioneras eller göra sig skyldiga till brott. Nordisk och centraleuropeisk rätt (civil law) kan i detta sammanhang skiljas från rättstraditionen inom den anglosaxiska rättskretsen (common law). En fundamental aspekt inom straffrätten i båda dessa rättstraditioner har varit *det personliga ansvaret*. Det innebär att en gärningsman, förutom att uppfylla de objektiva rekvisiten i en brottsbeskrivning även måste uppfylla ett subjektivt rekvisit för personligt ansvar.¹³ Som kollektiva sammanslutningar utan egen fysisk existens har företag rent principiellt inte ansetts kunna göra sig skyldiga till brott eller hållas straffrättsligt ansvariga. Detta har emellertid visat sig problematiskt eftersom juridiska personer i andra sammanhang fungerar som rättssubjekt och därmed kan inneha rättskapacitet på liknande sätt som en enskild individ. I mitten av 1900-talet började det

¹² Med företagaransvaret avses en individuell företagares straffrättsliga ansvar för brott begångna i näringsverksamhet som denne leder, i situationer då ett konkret gärningsmannaskap eller medverkansansvar inte i sig kan knytas till honom eller henne, se t.ex. Dahlqvist, Anna-Lena, Holmquist, Rolf, *Brotten i näringsverksamhet*, 2 uppl., Stockholm 2010, s. 68-86. Svenska åklagares användning av företagaransvaret har väckt stark kritik från bl.a. straffrättsprofessor Suzanne Wennberg, se t.ex. Wennberg, Suzanne, *Har företagsledare ett straffrättsligt principalansvar?* Festskrift till Lars Heuman, Stockholm 2008, 563-573, s. 563.

¹³ Inom common law brukar detta subjektiva element benämnas *mens rea* (skyldigt sinne), och innebär att en handling endast kan utgöra ett brott om det utförts med ett skyldigt sinne. Inom svensk straffrätt heter det att det subjektiva elementet är uppfyllt om gärningen begåtts med uppsåt (*dolus*) eller oaktsamhet (*culpa*), se Wennberg, Suzanne, *Introduktion till straffrätten*, 7 uppl. Stockholm 2005, s. 23-36.

därför inom common law-systemet utvecklas principer för att kunna göra företag straffrättsligt ansvariga.¹⁴ Även om de s.k. civil law-länderna länge motsatt sig straffrättsligt ansvar för företag och istället inriktat sig på lagföring av enskilda individer inom företag, har detta på senare år börjat ändras.¹⁵ I de flesta länder kan idag företag göras straffrättsligt ansvariga eller åtminstone drabbas av straffliknande sanktioner för brott inom dess näringsverksamhet.¹⁶ Detta betyder emellertid inte nödvändigtvis att de kan begå brott.

Det svenska rättssystemet är uppbyggt kring det individuella skuldbegreppet vilket innebär att endast fysiska personer kan göra sig skyldiga till brott.¹⁷ Men eftersom det av effektivitetsskäl ansetts nödvändigt att juridiska personer kan åläggas straffliknande sanktioner, trädde 1986 regler om *företagsbot* ikraft i Sverige; en särskild rättsverkan av brott som näringsidkare kan åläggas för brottslighet inom dess näringsverksamhet.¹⁸ För företagsbot krävs att man identifierar den eller de fysiska personer som ska ansvara för brott som begåtts inom ramen för en juridisk persons verksamhet. Europeiska länder som Finland, Frankrike och Spanien har på senare år infört straffrättsligt ansvar för juridiska personer och genom lagreformer gjort företag till straffsubjekt.¹⁹ Brotten kan fortfarande endast begås av enskilda individer, men beroende på omfattningen och typen av brott kan även företaget dömas till straff i form av böter. Med hänsyn till att det straffrättsliga ansvaret därmed etableras på liknande grund som den svenska företagsboten, kan skiljelinjerna mellan reglerna tyckas diffusa och i viss mån t.o.m. retoriska. Att benämna en sanktion som *straff* kan emellertid medföra ett stigma som kan vara eftersträvanvärt när det gäller att förmå företagen själva att förebygga brottslighet inom verksamheten. Vidare anses det välkänt att åklagare är benägna ta traditionella straffrättsliga sanktioner på större allvar än icke-straffrättsliga sanktioner.²⁰

Den särskilda sanktionen företagsbot var svår att etablera bland svenska åklagare och föranledde därför reformer. Företagsbotens begränsade tillämp-

14 Wells, Celia, *Corporate criminal responsibility*, Tully, Stephen (red.), *Research Handbook on Corporate Responsibility*, Cheltenham 2005, 147-159, s. 151.

15 Ibid., s. 157.

16 SOU 1997:127 Straffansvar för juridiska personer, s. 183.

17 Ibid., s. 96.

18 Prop. 2005/06:59 Företagsbot.

19 Se bl.a. SOU 1997:127, s. 187 och 191; Country reports on the implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_37447_1933144_1_1_1_37447,00.html, senast hämtad 2012-11-07. Ang. Spanien se <http://www.velascowall.com/sv/bolagsraett/112-en-ffaersjuridisk-vinkel-ang-den-nya-strafflagen-2010-i-spanien.html>, senast hämtad 2012-11-07.

20 Cullen, Peter J., Low, Lucinda A. & Pieth, Mark, (red.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge 2006, s. 28.

ning bedömdes under reformarbetet kunna ändras om man omvandlade den till ett koncept som åklagarna inte var lika främmande inför, nämligen straff. Ett straffrättsligt ansvar för företag föreslogs därför 1997 i Sverige av Företagsbottsutredningen som bl.a. menade att en omvandling av företagsboten till benämningen straffansvar för juridiska personer, skulle underlätta det internationella samarbetet på det rättsliga området.²¹ Förslaget ledde emellertid inte till några författningsändringar.²²

3.2 FÖRETAG SOM BROTTSSUBJEKT

För att kunna döma ett företag som kollektiv för brott har det i den anglosaxiska rättspraxisen och doktrinen utvecklats olika metoder enligt vilka man kan applicera ett subjektivt element på ett företags handlingar. Metoderna hämtar sitt ursprung i två separata synsätt på företag i rättsvetenskapen. Enligt det första synsättet utgör företag en fiktion som inte existerar annat än genom sina medlemmar och den enda skuld eller ansvar som kan läggas på ett företag måste därför *härledas* från en individuell medlems (t.ex. delägares eller anställds) skuld. Enligt det andra synsättet representerar företaget en enhet *bortom* sina individuella medlemmar, vilket öppnar för helt andra metoder när det gäller att applicera ett skyldigt sinne (*mens rea*) på företaget.²³

Till den första kategorin hör den s.k. *principen om identifikation*, som etablerades i engelsk rättspraxis på 1940-talet, och innebär en form av alter ego för att kunna applicera ett subjektivt element på företag.²⁴ Enligt denna princip kan ett företag göra sig skyldigt till ett brott, om individen som begår gärningen befinner sig tillräckligt högt upp inom företagets hierarki för att kunna sägas utgöra dess ”controlling mind” det vill säga dess *styrande hjärna*.²⁵ Nyckelpersoner och ledande individer identifieras på så sätt med den kollektiva enheten och kan därmed genom sin skuld ådra företaget straffrättsligt ansvar. Individerna sägs då agera *som* företaget, inte som individ *för* företaget. Man särskilde dem därmed från övriga anställda som endast sades kunna agera som företagets ”händer”.²⁶ Metoden har kritiserats för att vara dåligt anpassad till dagens komplexa företagsstrukturer där det är svårt att ”penetrera företagens

21 SOU 1997:127, s. 18.

22 Istället reformerades systemet med företagsbot genom lagändringar som trädde ikraft 2006, se prop. 2005/06:59 Företagsbot, s. 15.

23 Vid sidan av de företag som enligt dessa principer kan göra sig skyldiga och straffas för brott finns det även ett individuellt straffansvar för de individer inom företaget som bevisligen gjort sig skyldiga till brott enligt vanliga straffrättsliga principer, se Wells, 2005, s. 148.

24 Wells, 2005, s. 151.

25 The Law Commission, *Criminal Liability in Regulatory Contexts*, Consultation Paper No. 195, London 2010, s. 88; The Law Commission, *Reforming Bribery*, Consultation Paper No. 185, London 2007, s. 133, para. 9.13.

26 Wells, 2005, s. 151.

skal” för att kunna avgöra vilken individ som faktiskt varit *hjärnan* bakom brottet.²⁷ Skulden för att uppmuntra brott ligger enligt kritikerna sällan hos en enskild högt uppsatt individ, utan snarare på hela företaget som enhet genom dess policys, operativa rutiner, bristande samordning och är på så sätt inbyggt i företagskulturen.²⁸

En härledd metod som kringgår svårigheten med att avgöra om en person inom företaget är tillräckligt högt uppsatt för att vara dess styrande hjärna, och som därmed förhindrar att företag undgår ansvar genom att delegera potentiellt olagliga uppgifter till anställda utanför företagsledningen, är *principen om det vikarierande ansvaret*. Denna princip innebär en form av strikt principalansvar enligt vilket en anställd eller agent som begår ett brott kan ådra företaget straffrättsligt ansvar, förutsatt att handlingarna fallit inom ramen för personens uppdrag eller anställning eller till viss del varit avsedda att gynna företaget.²⁹ Metoden tillämpas vanligtvis på brott som ställer upp strikt ansvar, t.ex. miljöfarliga utsläpp eller arbetsmiljöbrott, men har på senare år även börjat användas på brott som kräver ett subjektivt rekvisit i bl.a. Sydafrika och USA, under benämningen *respondeat superior*.³⁰ Kritik har riktats mot det vikarierande ansvaret på grund av risken att ett företag hålls ansvarigt med metoden, trots att det inte uppmuntrat den anställdes agerande eller kanske till och med försökt förhindra det. Ytterligare en brist med det vikarierande ansvaret, är att den saknar förmåga att göra ett företag som faktiskt uppmuntrar kriminellt beteende ansvarigt, om man inte kan lokalisera en individuell anställd som personligen har begått gärningen.³¹

Med anledning av de begränsningar dessa härledda metoder medför har det vuxit fram teorier inom praxis och rättsvetenskap som söker frångå det härledda ansvaret från individers gärningar och istället fånga in det ”företagsmässiga” i företags kollektiva agerande.³² Ett exempel är *principen om kumulativ skuld* enligt vilken flera individers sammanlagda skuld kan ådra företaget ansvar

27 Law Commission Consultation Paper No. 195, 2010, s. 15, para. 1.64.

28 Se bl.a. Clarkson, Christopher M.V., *Corporate Culpability*, Web Journal of Current Legal Issues 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html#Heading11>, para. 4 (vi), senast hämtad 2012-11-07.

29 Allens Arthur Robinson, *Report on 'Corporate Culture' as a basis for the Criminal Liability of Corporations: Report for the United Nations Special Representative of the Secretary General on Human Rights and Business*, Melbourne 2008, para. 6.2.

30 Wells, 2005, s. 150-151.

31 Clarkson, Christopher; M.V., *Corporate Culpability*, Web Journal of Current Legal Issues, 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html#Heading11>, para. 4 (iv), senast hämtad 2012-11-07.

32 Se bl.a. Cullen, et al., 2006, s. 18.

genom att man lägger ihop kunskap hos olika befattningshavare inom företaget för att uppfylla det subjektiva rekviritet i fråga.³³ En annan metod som använts i situationer då ett företag genom skadebringande aktivitet gjort sig skyldigt till vållande till annans död, kommer till uttryck i den brittiska *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* genom en form av ansvar för *misslyckad bolagsstyrning*. Principen innebär att ledningen av företagets verksamhet har misslyckats på ett sådant sätt att det har orsakat en persons död och misslyckandet består av ett handlande eller en underlåtenhet som faller långt under vad man kan förvänta sig av företaget. En variant av denna modell är baserad på principen om s.k. *reaktiv skuld* vilken etablerar ett företagsansvar när företagsledningen har misslyckats med att åtgärda företagets skadebringande handlingar eller underlåtenhet.³⁴

Den metod som tydligast representerar synsättet att ett företag utgör en enhet bortom sina individuella medlemmar är emellertid principen om s.k. *corporate mens rea*. Den accepterar att ett företags rättskapacitet och personlighet är en fiktiv konstruktion, för att sedan utvidga denna fiktion till att finna ett skyldigt sinne (mens rea) i ett företags rutiner och policys och går på så sätt från en fiktion till en annan. Metoden bygger således på en *systemteori* och anses av vissa kritiker vara den som kommer närmast företags karaktär och den moderna synen på företag.³⁵ Exempel finns idag att finna i bl.a. den australiensiska strafflagen *Criminal Code Act 1995*, enligt vilken kollektiv skuld kan appliceras på ett företag när företagskulturen i form av interna beslutsmetoder, organisation och strukturer, uppmuntrar den typ av beteendesomlett till den brottsliga gärningen.³⁶

4. INTERNATIONELL REFORM AV FÖRETAGSANSVAR FÖR KORRUPTION

1977 släppte Internationella handelskammaren (ICC) en rapport där korruption beskrevs som ett växande globalt problem i kölvattnet av den ökade internationella handeln och avregleringen av finansmarknaderna.³⁷ Korruptionens skadliga verkningar har efter detta uppmärksammats allt mer och bidragit till att internationell konsensus om behovet av att motverka korruption vuxit fram. I slutet av 1990-talet tog det internationella samarbetet mot korruption

33 Wells, 2005, s. 153; SOU 1997:127 Straffansvar för juridiska personer, s. 199.

34 Wells, 2005, s. 154.

35 Clarkson, Christopher M.V., *Corporate Culpability*, Web Journal of Current Legal Issues 1998, <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html#Heading11>, para. 4 (vi), senast hämtad 2012-11-07.

36 Se Wells, 2005, s. 153.

37 SOU 2010:38 Muttbrott, s. 107. Se även Apke, 2001, s. 58 f.; Pacini et al., 2002, s. 385 f.; Eicher, 2009, s. 1 ff.

fart på allvar. På förhållandevis kort tid antogs en rad mellanstatliga instrument.³⁸ Initiativen kom bl.a. från OECD, FN, Europarådet, Världsbanken och icke-statliga organisationer. Gemensamt för dessa initiativ är att de alla betonar vikten av att företag och andra juridiska personer måste kunna hållas ansvariga för den internationella korruptionen.

USA har med sin lag *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), spelat en viktig roll som initiativtagare och katalysator i denna rättsutveckling.³⁹ Lagen tillkom 1977, i efterdyningarna av de s.k. Watergate- och Lockheed-skandalerna under dåvarande president Jimmy Carters administration. FCPA är den historiskt viktigaste nationella rättsakten på området internationell mutbrottsbekämpning, bl.a. på grund av dess långtgående jurisdiktion.⁴⁰ Företag och andra juridiska personer riskerar både straffrättsliga böter och civilrättsliga sanktioner under FCPA. USA lyfts vidare fram av internationella organ som ett föregångsland när det gäller effektiv utredning och lagföring av företags internationella mutbrott.⁴¹ Mellan 2002 och slutet av 2010, hade t.ex. 71 individer och 88 företag ålagts ansvar under FCPA.⁴² Under de två decennier som USA var ensamt om att i lag förbjuda givande av muta av utländska offentliga tjänstemän, ägnade sig landet åt ett intensivt påtryckningsarbete för att främja instiftandet av liknande lagstiftning i andra industriländer.⁴³ Detta berodde dels på att problemet är universellt och endast kan bekämpas effektivt genom samordnade insatser, men även på grund av inhemsk kritik om att FCPA placerat amerikanska företag i ett konkurrensmässigt underläge till övriga multinationella företag.⁴⁴ Två decennier av amerikanska påtryckningar på OECD att vidta åtgärder mot den internationella korruptionen gav resultat 1997 i form av OECD-konventionen, vilken till stor del bygger på FCPA:s

38 Dahlqvist et al., 2010, s. 209.

39 The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 U.S.C. §§ 78 dd-1, et seq.

40 Engle, Eric A., *I Get by with a Little Help from My Friends?: Understanding the UK Anti-Bribery Statute, by Reference to the OECD Convention, and the Foreign Corrupt Practices Act*, The International Lawyer, 2010, Vol. 44, 1173-1188, s. 1175; The United States Department of Justice, House of Representatives Report No. 95-640 1977; Carr, Indira & Outhwaite, Opi, *The OECD Anti-Bribery Convention Ten Years On*, Manchester Journal of International Economic Law, 2008, Vol. 5, Issue 1, 3-35, s. 6; Cohen, Paul H & Marriott, Arthur QC., *International Corruption*, London 2010, s. 80-82.

41 Se t.ex. § 78 dd-3 (e) (1) (A); (e) (1) (B) FCPA; Se bl.a. OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Fas 3 Rapport om USA, 2010, para. 18.

42 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Årsrapport 2010, s. 23; OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Fas 3 Rapport om USA 2010, para. 21.

43 Ala'i, Padideh, *Controlling Corruption in International Business: The International Legal Framework*, International Sustainable Development Law, 2002, Vol. II, <http://www.eolss.net/Sample-Chapters/C13/E6-67-03-07.pdf>, s. 7, senast hämtad 2012-11-07.

44 Ibid., s. 6.

modell.⁴⁵ OECD-konventionens krav på medlemsländerna att etablera ett effektivt företagsansvar för mutbrott av utländska offentliga tjänstemän framhålls ofta som banbrytande och den utlösande faktorn bakom varför många av konventionsstaterna genom lagreformer infört ett starkare företagsansvar för korruption i inhemsk lagstiftning.⁴⁶ Efter OECD-konventionen har fler internationella dokument tillkommit som spelat en betydande roll för utvecklingen av företagsansvar för korruption. Faktum är att den snabba och omfattande utvecklingen av det internationella anti-korruptionssamarbetet har lett till en så lång rad dokument (från bl.a. FN, EU, Europarådet m.fl.), att de till viss del överlappar varandra. Instrumenten innehåller även vissa gemensamma karaktärsdrag som spelat en betydande roll i denna rättsutveckling och som därför kommer att belysas i det följande.

4.1 KRAV PÅ EFFEKTIVT FÖRETAGSANSVAR

Att företag måste kunna ställas till svars för sin inblandning i korrupta affärstransaktioner har tillmätts stor betydelse i internationella anti-korruptionsdokument. Redan i artikel 2 i OECD-konventionen slås fast att *varje medlemsstat måste vidta nödvändiga åtgärder för att, i enlighet med sina egna lagar, etablera ansvar för juridiska personer för mutor av utländska offentliga tjänstemän*. Motivet är enligt OECD att det är vanligt förekommande att mutor betalas ut för att säkra statliga kontrakt och andra förmåner till företag.⁴⁷ Vid instiftandet av artikel 2 vidkände OECD att företagsansvar för brottsliga handlingar är ett relativt nytt fenomen i många länder och att artikel 2 därför kan komma att kräva omfattande juridiska reformer. Enligt OECD är dessa reformer emellertid nödvändiga för att möta utvecklingen av företags allt mer komplexa beslutskedjor.⁴⁸

Europarådet är en aktör som både har bidragit till och kompletterat OECD:s insatser när det gäller att sätta företags roll i fokus för den internationella korruptionsbekämpningen. I artikel 18 (1) i Europarådets straffrättsliga konvention mot korruption åtar sig medlemsländerna att vidta nödvändiga åtgärder

45 Samtliga av OECD:s 34 medlemsländer samt 5 icke-medlemsländer (Argentina, Brasilien, Bulgarien, Chile och nu senast Ryssland) har undertecknat OECD-konventionen som trädde ikraft i februari 1999. Om FCPA som modell för OECD-konventionen, se bl.a. Darrough, Masako N., *The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience*, Journal of Business Ethics, 2010, Vol. 93, s. 255-276; Engle, 2010, s. 1178.

46 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Halvtidsutvärdering av Fas 2 Rapporteringen, 2006, para. 111-112; Engle, 2010, s. 1179-1180; Se även Nationella implementeringsåtgärder av OECD-konventionen, <http://www.oecd.org/daf/briberyininternationalbusiness/anti-briberyconvention/oecdanti-briberyconventionnationalimplementinglegislation.htm>, senast hämtad 2012-11-07.

47 OECD, Liability of legal persons for bribery 2011, http://www.keeppeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/the-criminalisation-of-bribery-in-asia-and-the-pacific/liability-of-legal-persons-for-bribery_9789264097445-7-en, s. 37, hämtad senast 2012-11-07.

48 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Halvtidsutvärdering av Fas 2 Rapporteringen, 2006, para. 111.

för att juridiska personer ska kunna hållas ansvariga för korruptionsbrott. Artikel 18 är avsedd att verka i harmoni med den trend som lägger ökad vikt vid företagsansvar, t.ex. artikel 2 i OECD-konventionen.⁴⁹ Europarådet motiverar artikeln med att det har visat sig förknippat med stora svårigheter att framgångsrikt åtala fysiska representanter för företags korruptionsbrott.⁵⁰ I likhet med OECD menar Europarådet att företags komplexa struktur och organisation gör det allt svårare att identifiera och fastställa skuld hos en enskild individ inom ett företag, vilket möjliggör för företag att undgå ansvar genom att använda sig av *kollektivt beslutsfattande*.⁵¹ Även i de fall där man lyckats identifiera och åtala individer inom företagen, har det visat sig ge liten effekt avseende företags *förebyggande av korruptionsbrott*. I dokumenterade fall har företags korruptionsbrottslighet nämligen fortsatt med oförminskad styrka, trots att individuella representanter för företaget åtalats. Detta tyder enligt Europarådet på att individuellt straffrättsligt ansvar för korruption inte har tillräcklig avskräckande effekt på företag och betonar vikten av att företag som kollektivt därför kan åläggas sanktioner för korruptionsbrott begångna till dess förmån.

Även FN och EU stipulerar ett liknande ansvar för juridiska personer för korruptionsbrott som det i artikel 2 i OECD-konventionen; i artikel 26 (1) i FN:s konvention mot korruption (UNCAC) från 2003, respektive artikel 3 (1) i det andra protokollet till konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen från 1997 (andra protokollet till Bedrägerikonventionen). Vidare stipulerar artikel 5 i EU:s ministerråds rambeslut 2003/568/RIF från 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn (rådets 2003/568/RIF), att juridiska personer ska kunna ställas till ansvar för korruptionsbrott som begås till dess förmån.

För att företag effektivt ska kunna avhållas från korruptionsbrott ställs i samtliga av dessa internationella dokument krav på att påföljder och sanktioner utformas på ett sådant sätt att de blir *kännbara* för företagen. Artikel 3 i OECD-konventionen kräver att påföljder och sanktioner för juridiska personer ska vara *effektiva, proportionerliga* och *avskräckande*. Artikel 19 (2) i Europarådets straffrättsliga konvention mot korruption, 26 (4) i UNCAC, 4 i det andra protokollet till Bedrägerikonventionen och 6 i rådets rambeslut 2003/568/RIF, som alla rör påföljder för juridiska personer, ställer upp liknande krav. Förutom bötesstraff och administrativa avgifter kan dessa innefatta andra

49 Förklarande rapport till Europarådets straffrättsliga konvention, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/173.htm>, para. 85, senast hämtad 2012-11-07.

50 Förklarande rapport till Europarådets civilrättsliga konvention, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/174.htm>, para. 21, hämtad senast 2012-11-07.

51 Förklarande rapport till Europarådets straffrättsliga konvention, para. 84.

påföljder såsom fråntagande av rätt till offentliga förmåner eller stöd, tillfälligt eller permanent näringsförbud m.m.

Länders kreativitet när det gäller att etablera effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder för företag i sina nationella rättssystem, uppmuntras av de internationella organ som arbetar för bekämpandet av korruption. USA:s processuella mekanismer och möjlighet att kunna konfiskera värdet av kontrakt som vunnits genom korruption har uppmärksammats som föredömliga exempel på effektivt företagsansvar.⁵² Vad gäller att sanktionerna ska vara proportionerliga har Sverige fått ta emot kritik för att företag högst kan sanktioneras 10 miljoner SEK i företagsbot. Ett sådant tak anses helt enkelt inte anpassat för de största företagen för vilka 10 miljoner knappast blir en kännbar sanktion. De kontrakt som erhålls genom korruption i internationella affärstransaktioner rör ofta belopp som är betydligt högre än så. Anledningen till varför de internationella organen lägger så stor vikt vid effektiva företagssanktioner, är att man vill ställa upp incitament som får *företagen själva* att faktiskt vilja *förebygga korruption*, vilket helt enkelt anses nödvändigt för att effektivt få stopp på korruptionen. Som exempel på att avskräckande sanktioner har effekt, kan det tyska elektronikföretaget *Siemens* nämnas. Företaget fick efter en förlikning med amerikanska åklagare 2008 betala 6 miljarder USD i böter och skadestånd för att i strid mot FCPA rutinmässigt betalat ut mutor till utländska offentliga tjänstemän för att vinna statliga kontrakt. Följaktligen anstränger sig Siemens nu för att förebygga korruption inom sin verksamhet och har en complianceavdelning bestående av 600 personer som bl.a. övervakar att korruption inte förekommer i företagets internationella affärstransaktioner.⁵³

4.2 ETT TVÄRVETENSKAPLIGT ANGREPPSSÄTT MOT KORRUPTIONEN

Det har länge rått enighet om att ett enskilt straffbud inte räcker till för att komma åt den acceptans och likgiltighet som förelegat vad gäller mutor i internationella affärstransaktioner.⁵⁴ Att olika rättsområden är direkt sammankopplade när det gäller kampen mot korruption slogs fast av Europarådets ministerkommitté redan 1996.⁵⁵ Av denna anledning har det ansetts särskilt viktigt att Europarådet antar en bred s.k. *multidisciplinary approach* som ink-

52 Se t.ex. Transparency International UK, *Deterring and Punishing Corporate Bribery*, 2012, <http://www.transparency.org.uk/our-work/243-policy-paper-series-1---deterring-&-punishing-corporate-bribery>, senast hämtad 2012-11-07.

53 Siemens Annual Report 2009, s. 24. För vidare läsning se bl.a. New York Times, *At Siemens, Bribery Was Just Item*, <http://www.nytimes.com/2008/12/21/business/worldbusiness/21siemens.html?em> & <http://www.nytimes.com/packages/pdf/business/21siemens3.pdf>, senast hämtad 2012-11-07.

54 Se bl.a. preamblen UNCAC.

55 Rau, Wolfgang, *The Council of Europe's Civil Law Convention on Corruption*, Meyer, Olaf (red.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, Baden-Baden 2009, 21-31, s. 22.

luderar flera rättsområden för att bekämpa korruption.⁵⁶ I enlighet med detta synsätt antog Europarådet 1999 både en *straffrättslig* (ETS 173) och en *civilrättslig* (ETS 174) konvention mot korruption. De båda konventionerna kan ses som en uppföljning på den rättsutveckling som inleddes med FCPA, vilket kommer till uttryck genom att den straffrättsliga konventionen (i likhet med OECD-konventionen) delvis följer FCPA:s lagstiftningsmodell. Europarådets civilrättsliga konvention mot korruption innehåller bl.a. bestämmelser om skadestånd till korruptionens brottsoffer, avtals ogiltighet, skydd för whistleblowers, bevissäkring och civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Redan i den första paragrafen i konventionens tolkningsdokument slår Europarådets ministerkommitté fast sitt tvärvetenskapliga angreppssätt som det explicit valt genom att behandla korruptionsfrågan ur straff-, civil- och offentligrättsligt perspektiv.⁵⁷ Problemet med korruption i internationella affärsförhållanden anses helt enkelt för komplext för att kunna bekämpas med ett isolerat rättsområde.⁵⁸

En EU-rättsakt som utgör ett viktigt element i den tvärvetenskapliga kampen mot korruption och som därför borde nämnas i detta sammanhang är Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.⁵⁹ Direktivet, som är en del av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling, medför att företag riskerar konsekvenser som kan bli mer kännbara än både böter och skadestånd. Det innehåller nämligen regler som *kräver* att en aktör ska uteslutas som anbudsgivare om denne befunnits skyldig till viss brottslighet där korruptionsbrott inkluderas.⁶⁰ Syftet är att kontrollera lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som tilldelas kontrakt, men det finns även ett uttalat syfte att bekämpa korruption. Reglerna om uteslutning från offentlig upphandling är utformade för att få en avskräckande effekt och utgör ett tydligt exempel på den rättsutveckling som pågår där företag tilldelas allt större incitament att förebygga korruption i sin verksamhet.⁶¹

4.3 EN FUNKTIONELL METOD

OECD-konventionen, EU:s och Europarådets konventioner mot korruption syftar alla till att *harmonisera* ländernas lagstiftning för att effektivt komma åt

⁵⁶ Förklarande rapport till Europarådets civilrättsliga konvention, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/174.htm>, para. 1, senast hämtad 2012-11-07.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 1 (a).

⁵⁸ Takoff, Christian, *Key Issues of Civil Law in Corruption Cases in Bulgaria*, Meyer, Olaf (red.), *The Civil Law Consequences of Corruption*, Baden-Baden 2009, 195-207, s. 195.

⁵⁹ Har införts i svensk respektive brittisk lagstiftning genom 10 kap. 1 och 2 §§ Lagen om offentlig upphandling (2007:1091) respektive art. 23 (1) the Public Contracts Regulations 2006 (SI 2006/5).

⁶⁰ Art. 45 direktiv 2004/18/EC.

⁶¹ Se Arrowsmith, Sue, Prieß, Hans-Joachim & Friton, Pascal, *Self-Cleaning-An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, Pünder, Hermann (red.), *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Köln 2009, 1-33, s. 19-23.

korruption i internationella affärstransaktioner.⁶² Men även om harmonisering eftersträvas krävs inte uniformitet. Konventionernas bestämmelser är därför inte självverkställande, utan snarare utformade som *målsättningar* och kan på så sätt liknas vid påbuden i ett EU-direktiv.⁶³ De enskilda medlemsländerna har själva att tillse att deras lagstiftning uppfyller de uppställda målen. För detta tillåts ett brett spektrum metoder så länge de är *effektiva*.⁶⁴ Konventionerna använder därmed en *funktionell* eller *utilitaristisk metod* som fokuserar på *effekterna* och *resultaten* av nationell lagstiftning snarare än lagarnas exakta utformning.

För att följa upp huruvida de internationella dokumentens målsättningar införlivats i nationell lagstiftning har olika uppföljningsmetoder utformats. OECD har tillämpat *principen om funktionell ekvivalens* för att utforma en metod för att följa upp OECD-konventionens efterlevnad.⁶⁵ Det är en komparativ metod som fokuserar på huruvida ekvivalens föreligger i konventionsstaternas rättsliga system. Syftet är att ländernas regelverk *som helhet* ska fungera på ett sådant sätt att de uppnår ett liknande resultat.⁶⁶ För detta har OECD utformat en ytterst noggrann kontrollprocess. Konventionsstaterna utvärderas genom s.k. kollegiala utvärderingar (*peer-reviews*) av OECD:s arbetsgrupp mot korruption under en rigorös process som analyserar effektiviteten av landets lagstiftning och reglernas tillämpning.⁶⁷ Europarådet tillämpar en liknande utvärderingsprocess vilken sker i cykler inom rådets Group of States against Corruption (GRECO).⁶⁸ För att avgöra om ett lands företagsansvar i praktiken är effektivt, ser både OECD:s arbetsgrupp och GRECO samt andra organ som studerar länders korruptionslagstiftning, främst till antalet fälldommar samt sanktioner riktade mot företag för korruptionsbrottslighet. Den funktionella metoden gör att organen intar en pragmatisk inställning till hur länderna valt att utforma sin lagstiftning; så länge denna faktiskt leder till resultat kan staterna i stort sätt själva välja sitt tillvägagångssätt. Hittills har emellertid kontrollorganen tenderat att bedöma företagsansvaret som bristfälligt i de länder som inte tillämpar straffansvar för företag. Straffrättsligt ansvar har nämligen ansetts vara den mest effektiva metoden när det gäller att få företag att själva förebygga korruptionsbrott.

62 Carr, et al., 2008, s. 4-5, 8.

63 Engle, 2010, s. 1179.

64 Pacini et al., 2002, s. 385.

65 Eng. functional equivalence. OECD:s arbetsgrupp mot mutor; Halvtidsutvärdering av Fas 2 Rapporteringen, 2006, para. 115-119; Cullen et al., 2006, s. 12; Carr et al., s. 8-9.

66 Cullen et al., 2006, s. 12; Carr et al., 2008, s. 9.

67 Art. 12 OECD-konventionen. Se Peer Review: A Tool for Co-operation and Change: An Analysis of OECD Working Method, http://www.oecd.org/findDocument/0,3770,en_2649_34859_1_119669_1_1_1,00.html, senast hämtad 2012-11-07.

68 Se Pacini, et al., 2002, 385-405; Ehlermann-Cache, Nicola, OECD Publications, *The impact of the OECD Anti-Bribery Convention*, <http://www.oecd.org/dataoecd/24/30/39997682.pdf>, senast hämtad 2012-11-07.

4.4 STRAFFANSVAR FÖR FÖRETAG I ANTI-KORRUPTIONS DOKUMENTEN

Det är detta funktionella förhållningssätt som ligger bakom varför varken OECD eller Europarådet, trots betoning på företagsansvar, artikulerar en uttrycklig lägsta standard för detta ansvar som måste implementeras av parterna.⁶⁹ Kraven i artikel 2 och artikel 18 (1) på att juridiska personer måste kunna hållas ansvariga för korruptionsbrott innebär därför inte att konventionsstaterna måste införa straffansvar för juridiska personer, *förutsatt* att detta hindras i nationell lagstiftning (i Tyskland och Turkiet föreligger konstitutionella hinder för att åtala juridiska personer).⁷⁰ Om juridiska personer inte kan straffas i nationell rätt, måste landet ifråga ändå se till att de som rättssubjekt kan bli föremål för administrativa eller civilrättsliga sanktioner som effektivt kompenserar för detta. Denna flexibilitet har kritiserats för att hindra en harmonisering på området eftersom effektiviteten av dessa regler i medlemsländerna skiftar väsentligt.⁷¹ På senare år har flera medlemsländer, i synnerhet de med s.k. civil law-system, ansträngt sig för att utforma sanktionsmetoder som lever upp till artikel 2 respektive artikel 18 (1).⁷²

Hittills har 28 av OECD:s 34 medlemsländer infört *straffrättsligt ansvar för juridiska personer*.⁷³ I flera av dessa länder, t.ex. Österrike, har ett sådant ansvar införts bara under de senaste åren som en del av en bredare straffrättslig lagreform. Även om OECD:s krav endast inkluderar ett effektivt företagsansvar för *korruptionsbrott*, valde de flesta av dessa länder att införa ett generellt straffrättsligt ansvar för företag, dvs. även för andra brott.⁷⁴ Sverige utgör tillsammans med Tjeckien, Grekland, Tyskland och Turkiet den grupp länder som fortfarande är motvillig att införa straffrättsligt ansvar för juridiska personer. Övriga nordiska länder har infört ett sådant ansvar i sin strafflagstiftning.⁷⁵

69 Cullen, et al., 2006, s. 12.

70 Carr, et al., 2008, s. 14; OECD, Liability of legal persons for bribery, 2011, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/the-criminalisation-of-bribery-in-asia-and-the-pacific/liability-of-legal-persons-for-bribery_9789264097445-7-en, s. 37, senast hämtad 2012-11-07.

71 Carr, et al., 2008, s. 16.

72 Nicholls QC., Colin, Daniel, Tim, Bacarese, Alan & Hatchard, John, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford 2011, s. 469, para. 13.76.

73 OECD-länder som år 2012 tillämpar någon form av straffrättsligt ansvar för företag är Australien, Belgien, Chile, Danmark, Estland, Finland, Frankrike, Holland, Irland, Island, Israel, Italien, Japan, Kanada, Luxemburg, Mexiko, Norge, Nya Zeeland, Polen, Portugal, Schweiz, Slovakien, Slovenien, Spanien, Storbritannien, Sydkorea, Ungern, USA, Österrike. Länder där företag inte kan åtalas är Grekland, Sverige, Tjeckien, Turkiet och Tyskland. För landrapporter, se Nationella implementeringsåtgärder av OECD-konventionen, http://www.oecd.org/document/24/0,3746,en_2649_37447_1933144_1_1_1_37447,00.html, senast hämtad 2012-11-07.

74 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Halvtidsutvärdering av Fas 2 Rapporteringen, 2006, para. 112.

75 Norge: 3a. kap. 48a. § Straffeloven, Danmark: 5 kap. 25-27 §§ Straffeloven, Finland: I kap. 9 § Strafflagen, Island: II A. kap. 19 a.-19 c. § Strafflagen (Almenn hegningarlög).

Metoderna för att etablera straffansvaret skiftar. Tre olika grupper av länder kan särskiljas från varandra genom valet av metod. Den första består av common law-länder som i rättspraxis använt sig av en modell som baseras på antingen principen om identifikation (t.ex. Storbritannien) eller den ovan beskrivna respondeat superior, dvs. en variant av principen om det vikarierande ansvaret (t.ex. USA i federal lagstiftning).⁷⁶ Den andra gruppen består av länder inom civil law-systemet som antagit lagstiftning som uttryckligen *utvidgar* straffrättsligt ansvar till att inkludera företag, (t.ex. Spanien). Den tredje gruppen, som än så länge främst utmärks av Australien, har infört ett mer *holistiskt* sätt att se på företags straffansvar, baserat på företagets organisation och struktur.⁷⁷ Vad beträffar de länder som inte tillämpar straffansvar för juridiska personer, är detta något som oroar OECD eftersom företagsansvaret måste leva upp till kraven på *effektivitet*, *proportionalitet* och att vara *avskräckande*. Straffrättsliga böter brukar i detta sammanhang anses vara att föredra framför icke-straffrättsliga sanktioner, på grund av den avskräckande effekt och det stigma som ett straff för med sig.

De internationella organ som arbetar för bekämpandet av korruption uppmuntrar därför straffansvar för juridiska personer. Exempel finns i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, där straffrättsliga sanktioner för företag uttryckligen anges i artikel 6 (1) som rör påföljder för juridiska personer. Vidare har det internationella organet mot penningtvätt FATF,⁷⁸ som samarbetar med OECD i kampen mot korruption, utmärkt sig genom att uppmuntra ett *primäransvar* för företag framför ett härlett ansvar.⁷⁹ FATF förespråkar uttryckligen ett straffrättsligt ansvar för företag genom att endast rekommendera civil- och offentligrättsliga sanktioner som ett *andrahands alternativ*.⁸⁰ Europarådet observerade vid införandet av sin straffrättsliga konvention mot korruption att den internationella trenden verkar stödja ett straffrättsligt företagsansvar, samt att många länder på bara några år ändrat inställning i frågan.⁸¹

Vidare finns det indikationer som tyder på att OECD:s flexibilitet vad gäller straffrättsligt ansvar för företag håller på att avta. Tyskland är ett land som fått ta

76 Wells, Celia, *Criminal Responsibility of Legal persons in Common Law Jurisdictions*, Paris 2000, para. 5.1.

77 OECD, Liability of legal persons for bribery 2011, http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/the-criminalisation-of-bribery-in-asia-and-the-pacific/liability-of-legal-persons-for-bribery_9789264097445-7-en, s. 38, senast hämtad 2012-11-07.

78 Financial Action Task Force on Money Laundering.

79 Ds 2005:38 Tillträde till Förenta nationernas konvention mot korruption, s. 58-59; Cullen et al., 2006, s. 21.

80 Art. 2 (b) Revised Forty Recommendations of the FATF från 2003. Se Cullen et al., 2006, s. 21.

81 Förklarande rapport till Europarådets straffrättsliga konvention, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/173.htm>, para. 85, senast hämtad 2012-11-07.

emot kritik från OECD då landets modell för att hålla företag offentligrättsligt ansvariga med administrativa sanktioner (s.k. Ordnungswidrigkeitengesetz), inte varit tillräckligt effektiv gentemot företag för att uppfylla OECD-konventionens krav.⁸² OECD-konventionen innehåller och uppmuntrar (liksom övriga ovan beskrivna konventioner) civil- och offentligrättsliga åtgärder som *komplement* till de straffrättsliga, men dessa är inte tänkta att ersätta det ansvar man eftersträvar i artikel 2.⁸³ OECD:s arbetsgrupp gör en betydligt mer ingående studie av de länder som endast använder sig av administrativa sanktioner mot företag.⁸⁴ Detta för att granska huruvida dessa metoder verkligen lever upp till kraven på effektivitet och Tyskland har därför hamnat i OECD:s blickfång.⁸⁵

4.5 KONTROLLANSVAR

Eftersom företagsansvaret måste leva upp till kraven på att vara effektivt, proportionerligt och avskräckande, har OECD:s arbetsgrupp och andra internationella kontrollorgan sett det som problematiskt när länder enbart väljer att använda sig av *principen om identifikation* för att etablera ett företagsansvar för korruption.⁸⁶ Detta eftersom metoden endast fokuserar på de högsta befattningshavarna och därmed exkluderar ett företagsansvar om skulden finns hos andra anställda inom företaget.⁸⁷ OECD underkänner rent av identifikationsprincipen som enda metod för företagsansvar och stipulerar att *företagsansvaret måste reflektera företags komplexa och varierande beslutssystem*.

Vidare ska ett indirekt ansvar kunna utlösas om företagsledningen misslyckas med att förebygga korruptionsbrott genom adekvata interna kontroller, rutiner och åtgärder.⁸⁸ Vad som förespråkas är således ett mer holistiskt och företagsanpassat ansvar. Även i Europarådets straffrättsliga konvention förs en liknande ansvarsmodell fram. Enligt artikel 18 (1) ska ett företag hållas ansvarigt om tre kriterier är uppfyllda. Det första är att något av brotten som definieras i konventionen begåtts. Det andra är att brottet har begåtts *till förmån för* eller *på uppdrag av* den juridiska personen. Det tredje kräver involvering av en

82 GRECO, Den andra utvärderingsrundan, Tyskland, 2005, para. 54-55; Nicholls, s. 469, para. 13, 76.

83 Art 3 (2), (4) OECD-konventionen; Cullen et al., 2006, s. 28.

84 Cullen et al., 2006, s. 21, 28; Nicholls et al., 2011, s. 475, para. 13.96.

85 Cullen et al., 2006, s. 28.

86 T.ex. common law-länder som Kanada, Nya Zeeland, Storbritannien och USA (på delstatsnivå), men även civil-law länder som Frankrike och Belgien, se Wells, Celia, Criminal Responsibility of Legal persons in Common Law Jurisdictions, Paris 2000.

87 Cullen et al., 2006, s. 20.

88 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Recommendation 2009, Annex I: (B), <http://www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf>, senast hämtad 2012-11-07.

fysisk person med ledande ställning.⁸⁹ Hittills liknar ansvaret till stor del det som etableras genom principen om identifikation. Artikel 18 går emellertid ett steg längre genom att i 18 (2) ytterligare *utvidga företagsansvaret*. Där stipuleras nämligen att medlemsstaterna ska tillse att juridiska personer även kan hållas ansvariga när brist på översyn och kontroll inom företaget, möjliggjort att korruptionsbrott till förmån för företaget kunnat begås. Liknande ansvarsformer förordas även i artikel 3 (2) i andra protokollet till Bedrägerikonventionen och artikel 5 (2) i rådets rambeslut 2003/568/RIF. För denna typ av *kontrollansvar* krävs emellertid inga straffrättsliga påföljder utan endast att de måste vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁹⁰ Dessa artiklar utvidgar företagsansvaret mot ett vidare koncept av företagsskuld, ovan beskrivits som *reaktiv skuld* och beaktar därmed det mer ”företagsmässiga” i företags brottslighet. Även om det förvisso fortfarande rör sig om *ett härlett ansvar* som är beroende av att en ledande individ inom företaget, som har brustit i sin kontroll, identifieras, kan det ses som ett steg mot ett mer strukturanpassat företagsansvar.⁹¹

5. REFORM AV FÖRETAGSANSVAR FÖR KORRUPTION I NATIONELL RÄTT

Storbritannien och Sverige är två länder som båda har kritiserats av OECD:s arbetsgrupp mot korruption och GRECO för ett lamt agerande gentemot inhemska företags korruptionsbrott utomlands. Länderna är båda hem till stora multinationella företag samt medlemmar i EU, Europarådet och OECD, men har haft skilda tillvägagångssätt när det gäller att implementera internationella krav på ett effektivt företagsansvar för korruption. Detta kan bero på ländernas differentierande synsätt på företagsansvar, vilket i sin tur reflekterar att de härstammar från två skilda rättstraditioner. Men de mellanstatliga organisationernas krav på harmonisering och ett effektivt företagsansvar mot korruption har ändå lämnat ett tydligt avtryck i båda länders lagstiftning på senare år, vilket här ska exemplifieras genom införandet av brotten *misslyckande att förebygga mutbrott* i Bribery Act och *vårdslös finansiering av mutbrott* i BrB.

5.1 PRESUMPTIONSANSVAR INTRODUCERAS I BRIBERY ACT 2010

Storbritanniens korruptionslagstiftning var föremål för inhemska reformplaner allt sedan 1974 eftersom den bedömdes vara ineffektiv och svåröverblickbar. Av samma anledning fick den ta emot internationell kritik, allt sedan landet ratificerade OECD-konventionen 1998.⁹² Enligt OECD utgjorde

89 Art. 18 (1) Europarådets straffrättsliga konvention om korruption.

90 Art. 6 (2) rådets rambeslut 2003/568/RIF.

91 Se bl.a. Cullen et al., 2006, s. 9.

92 Reglerna var tidigare spridda mellan olika common law förseelser och författningar, varav

Storbritanniens korruptionslagstiftning ett lapptäcke av lagar och praxis som försvarade effektiv utredning av korruptionsbrott.⁹³ Framförallt vände man sig mot att Storbritannien inte lyckats driva igenom ett enda framgångsrikt åtal mot ett företag för korruptionsbrott, trots att tio år gått sedan landet ratificerat OECD-konventionen.⁹⁴ Misstankar förelåg rent av om att den brittiska regeringen var inkapabel eller ovillig att beivra brittiska företags korruptionsbrott utomlands.⁹⁵ Denna uppfattning förstärktes 2007 efter att den brittiska bedrägerimyndigheten (the Serious Fraud Office) valt att lägga ned förundersökningen av den s.k. *Al Yamamah-affären*.⁹⁶ Stark bevisning förelåg i fallet för mututbetalningar på hundratals miljoner pund från brittiska BAE Systems plc till medlemmar i den saudiarabiska kungafamiljen för kontrakt värda 80 miljarder USD. Storbritanniens regering anklagades i fallet för att ha gett efter för Saudiarabiska hot om en inställd affär om inte förundersökningen lades ned.⁹⁷ Fallet togs som bekräftelse på att det brittiska regelverket mot korruption i internationella affärstransaktioner var undermåligt och att Storbritannien misslyckats med att ta fram en lagstiftning som levde upp till OECD-konventionens krav.⁹⁸ OECD konstaterade nu att en reform av Storbritanniens korruptionslagstiftning var *nödvändig* och krävde att frågan skulle hanteras med *politisk prioritet*.⁹⁹ Kritiken fick effekt och påskyndade det brittiska reformarbetet.¹⁰⁰ Storbritanniens rättssystem tillhör det s.k. common law-systemet där det som ovan beskrivits utvecklats flera metoder för att applicera ett subjektivt rekvisit på företag genom att härleda detta från individers skuld. Detta kommer till uttryck i *the Interpretation Act 1978* som stipulerar att ordet *person* i lagtext, om inte annat sägs, ska tolkas som att inkludera även

de äldsta antogs för över hundra år sedan: the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, the Prevention of Corruption Act 1906 och the Prevention of Corruption Act 1916. Dessa kompletterades av nyare regler som gjorde reglerna tillämpliga även på brott som begåtts utomlands: Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001 i England, Criminal Justice Act 2003 i Wales och Nordirland. Se Nicholls et al., 2011, s. 53 ff.; Pacini et al., 2002, s. 396; GRECO, Den andra utvärderingsrundan, Storbritannien 2005, s. 16, para. 120.

93 Cohen et al., 2010, s. 1, para. 1-01.

94 Se bl.a. OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Fas 2 bis Rapport Förenade Konungariket, 2008, para. 41, s. 70.

95 Cohen et al., 2010, s. 1, para. 1-01.

96 Affären illustrerar de politiska och ekonomiska intressen som försvarar nationellt bekämpande av storskalig korruption, se bl.a. <http://www.nytimes.com/2007/11/25/business/25bae.html?pagewanted=all>, senast hämtad 2012-11-07, OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Utvärderingsrapport, Förenade Konungariket 2008.

97 Cohen et al., 2010, s. 32, para. 1-53, 1-54.

98 Se bl.a. OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Rapport Förenade Konungariket, 2008, para. 130-169, 184, s. 70.

99 OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Rapport Förenade Konungariket, 2008, s. 4, 25, 70-71.

100 Cohen et al., 2010, s. 18, para. 1-37.

juridiska personer.¹⁰¹ Principen om identifikation är den mest använda och genom den kan domstolarna applicera skuld hos en högt uppsatt befattningshavare på dess företag utan att en särskild lagbestämmelse krävs.¹⁰² Principen om identifikation har emellertid, som ovan nämnts bedömts olämplig som enda metod för att etablera företagsansvar för storskalig korruption där mutor ofta betalas ut via *mellanhänder*. OECD uppmanade därför Storbritannien att utvidga företagsansvaret utanför denna princip.¹⁰³ Efter inhemsk översyn konstaterade den brittiska lagkommissionen 2007 att principen om identifikation inte lämpar sig för alla brott och att domstolarna inte längre ska förutsätta att den gäller med automatik.¹⁰⁴

2008 slogs i rapporten Reforming Bribery 2008 slutligen fast att principen var *otillräcklig* för att etablera företagsansvar för korruptionsbrott. Internationella åtaganden ansågs *omedelbart nödvändiggöra* att alternativa ansvarsgrunder utformades vid sidan av principen om identifikation.¹⁰⁵ Det rekommenderades att en ny ansvarsgrund skulle införas, liknande det indirekta kontrollansvar för företag som förordas av bl.a. OECD, Europarådet och EU.¹⁰⁶ Detta skulle utformas som ett organisatoriskt snarare än direkt ansvar genom att fokusera på *företags misslyckande att förebygga* snarare än på brottet självt.¹⁰⁷ Ansvarsgrunden ansågs bättre anpassad att fånga in företags skuld och ställa upp initiativ för företag att själva förebygga mutbrott.¹⁰⁸ Rapporten låg till utgångspunkt för en lagstiftningsprocess som ledde fram till propositionen Bribery Bill 2009.¹⁰⁹ Lagen Bribery Act 2010 antogs den 8 april 2010 och trädde ikraft den 1 juli 2011. Ikraftträdandet innebär avskaffandet av alla tidigare korruptionsbrottsregler i common law och brittiska författningar och samlar straffregleringen för korruptionsbrott i Storbritannien i en och samma lag.¹¹⁰

Bribery Act 2010 syftar således till att implementera Storbritanniens internationella åtaganden. FCPA, OECD-konventionen och Europarådets konventioner har varit av stor betydelse i arbetet med att ta fram lagen, som präglas

101 5 § Interpretation Act 1978.

102 Cohen et al., 2010, s. 13; Law Commission Consultation Paper No. 195, 2010 para. 5.4.

103 Ibid., s. 13 (1-26); Law Commission Consultation Paper No. 195, para. 5.85, 5.87; No. 185, 2007, para. 9.18.

104 Law Commission Consultation Paper No. 195, para. 1.67, 5.77, 5.81-5.91.

105 Law Commission Consultation Paper No. 185, para. 9.18; Consultation Paper No. 195, s. 196, B. 34.

106 Law Commission Consultation Paper No. 185, para. 9.59.

107 Ibid.; Law Commission Consultation Paper No. 195, s. 197, B. 35.

108 Law Commission Consultation Paper No. 195, s. 197, B. 37.

109 För en mer ingående beskrivning av den långa lagstiftningsprocessen se Nicholls, s. 53-67.

110 Förklarande skrift (Explanatory notes) till Bribery Act 2010, para. 4.

av dessa instruments fokus på företagsansvar. Bribery Act stipulerar ett straffrättsligt ansvar för företags och individers korruptionsbrott både i Storbritannien och utomlands. Den är till sin karaktär bredare än sin föregångare, den amerikanska lagen FCPA, eftersom den reglerar mutbrott av utländska och inhemska tjänstemän i samma lag, men innehåller inga civilrättsliga utan endast straffrättsliga sanktioner. En annan skillnad mot FCPA är att inte bara mutbrott av offentliga tjänstemän, utan även s.k. *commercial bribery* regleras; dvs. mutbrott inom den privata sektorn inter se. Genom principen om identifikation kan företag göra sig skyldiga till brott mot samtliga av Bribery Acts fyra huvudparagrafer, och påföljden är *böter utan beloppsbegränsning*.¹¹¹

Vad som framförallt gjort Bribery Act kontroversiell är emellertid den nya ansvarsgrunden för företaget. Genom 7 § introducerar lagen nämligen en ny typ av straffrättsligt presumtionsansvar för företag som *misslyckas med att förebygga* givande av muta. Ansvaret liknar den typ av kontrollansvar som förespråkas i nämnda internationella instrument. Men inget av dessa kräver att kontrollansvar sanktioneras med straffrättsliga sanktioner.¹¹² Bribery Act strävar därmed inte bara efter att leva upp till dessa instruments lägsta accepterade krav, utan till att höja standarden för internationellt ansvarstagande ytterligare och bli ett föregångsland vad avser internationell korruptionsbekämpning.¹¹³ Lagen har därför kallats en av de hårdaste anti-mutbrottslagarna i rättshistorien.¹¹⁴ Enligt 7 § gör sig en *relevant kommersiell organisation* skyldig till brott om en person associerad med organisationen,¹¹⁵ begår brott mot 1 eller 6 §§ Bribery Act, dvs. givande av muta respektive givande av muta till utländsk offentlig tjänsteman, i syfte att erhålla eller behålla affärer eller annan affärsmässig fördel till förmån för den kommersiella organisationen. Brott mot 7 § kan *endast* juridiska personer göra sig skyldiga till.¹¹⁶ Med relevanta kommersiella organisationer avses bl.a. organ som bedriver en verksamhet eller en del av en verksamhet i Storbritannien, oberoende av den ort där organet bildats.¹¹⁷ Tolkningen är avsedd att

111 Ibid., para. 18; Law Commission Consultation Paper No. 185, 2007, para. 9.13; 11 (3) § Bribery Act; Det anses i Storbritannien att företag inte borde åläggas straffrättsligt ansvar annat än för handlande som är så allvarligt att det skulle medföra fängelse om det utförts av en fysisk person och endast om det kan rättfärdiga böter utan beloppsbegränsning, se Law Commission Consultation Paper No. 195, Criminal Liability in Regulatory Contexts: An Overview, para. 1.32.

112 Se bl.a. art. 18 (2) Europarådets straffrättsliga konvention om korruption, art. 3 (2) andra protokollet till bedrägerikonventionen och art. 5 (2) i rådets rambeslut 2003/568/RIF.

113 Engle, 2010, s. 1174.

114 Se t.ex. *ibid.*; Baker & McKenzie, <http://www.bakermckenzie.com/UKbriberyact/>, senast hämtad 2012-11-07.

115 Vad som menas med "person associerad med organisationen" i 7 § är en person som utför tjänster för eller på uppdrag av organisationen, se 7 (8) § Bribery Act. Detta kommer främst bedömas enligt innehåll snarare än form och alla kringliggande omständigheter kommer att tas i beaktan, se UK Ministry of Justice, Bribery Act 2010 Circular 2011/05, para. 23.

116 11 (3) § Bribery Act.

117 Se vidare 7 § (5) Bribery Act.

baseras på sunt förnuft så att de företag som har en *påvisbar kommersiell närvaro* i Storbritannien kommer att fångas in under bestämmelsen.¹¹⁸ Vad som hindrar den från att införa ett strikt företagsansvar är att organisationen kan uppnå full ansvarsfrihet. När en muta bevisligen utbetalats av en associerad person, måste den juridiska personen för att uppnå ansvarsfrihet kunna visa att den hade lämpliga rutiner på plats som syftar till att motverka att mutbrott begås av personer med anknytning till företaget.¹¹⁹ Att påverka företagsstyrning och kommersiellt agerande genom lagstiftning är en av Bribery Acts viktigaste ambitioner.

Det brittiska justitieministeriet har därför publicerat riktlinjer för vilka lämpliga åtgärder företag rekommenderas vidta för att undvika ansvar under 7 §. Förhoppningen är att den nya bestämmelsen ska avhålla företag från att uppdrätta eller bibehålla en kultur där mutor betalas ut å företagets vägnar och få dem att förebygga mutbrott.¹²⁰ Vidare är det 7 § som är av störst intresse för svenska företag på grund av dess ovan nämnda långtgående jurisdiktion. Liksom amerikanerna är briterna angelägna om att deras korruptionslagstiftning ska bli effektiv, gränsöverskridande och inte medföra konkurrensnackdelar för inhemska företag. Bribery Act har därför försetts med långtgående jurisdiktion (s.k. extraterritoriell jurisdiktion), som gör att det inte bara är brittiska företag som riskerar ansvar under lagen.¹²¹ För att individers eller företags brott mot någon annan av Bribery Acts fyra huvudparagrafer ska anses falla inom de brittiska domstolarnas jurisdiktion krävs att det föreligger en *nära anknytning* till Storbritannien.¹²² Men för tillämpningen av 7 § krävs ingen sådan nära anknytning.¹²³ Således kan ett utländskt företag (t.ex. ett svenskt), som bedriver affärsverksamhet i Storbritannien (t.ex. har ett dotterbolag där) och misslyckas med att förebygga korruptionsbrott i ett tredje land (t.ex. Sydafrika), bli ansvarigt under 7 § Bribery Act. Detta gäller om företaget misslyckats att förebygga att en person med anknytning till företaget betalat ut en muta, även om personen ifråga inte är brittisk medborgare, eller inte är stadigvarande bosatt i Storbritannien och *oavsett* i vilket land själva utbetalningen utförs.¹²⁴ Därmed överskrider jurisdiktionen både territorialitetsprincipen och personalitetsprincipen (eller nationalitetsprincipen) och benämns extraterritoriell jurisdiktion.¹²⁵

118 UK Ministry of Justice, Guidance about Commercial Organizations preventing bribery, para 36.

119 7 (2) § Bribery Act.

120 Cohen et al., 2010, s. 22.

121 Sullivan, G.R., *The Bribery Act 2010: (1) An Overview*, Criminal Law Review, 2011, Issue 2, 87-100, s. 96.

122 7 (2) § Bribery Act. 12 § Bribery Act.

123 7 (3) (b) § Bribery Act.

124 Förklarande skrift till Bribery Act 2010, para. 24.

125 Jfr. 2 kap. 1 § BrB, 2 kap. 2 § 2 st. BrB.

5.2 INFÖRANDE AV VÅRDSLÖS FINANSIERING AV MUTBROTT I BRB

Företag kan av tradition inte åläggas straffansvar enligt svensk rätt. Sverige måste därför visa på ett effektivt företagsansvar för internationell korruption genom andra åtgärder. Traditionellt har straffrättsliga regler emellertid varit det primära verktyget mot korruption i Sverige och straffbud mot korruption inom den offentliga sektorn och rättsväsendet förekom i landskapslagar redan på medeltiden.¹²⁶ På 1900-talet kriminaliserades även korruption inom den privata sektorn, för att möta utvecklingen av det moderna samhället där företag och organisationer kommit att utgöra en viktig maktfaktor vid sidan av det offentliga.¹²⁷ Som ett led i denna utveckling har civil- och offentligrättsliga metoder mot korruption, (såsom konkurrensskadeavgift, uteslutning från offentlig upphandling, avtals-, arbets- och skadeståndsrättsliga regler samt avdragsförbud mot mutor som infördes i Inkomstskattelagen 1999 på rekommendation av OECD m.m.), vuxit fram som viktiga verktyg i kampen mot korruptionen.¹²⁸ Dessa sanktioner är idag de enda som kan riktas mot företag i Sverige och kommer till uttryck inom flera rättsområden. Det föreligger således ett kumulativt ansvar för korruption i svensk rätt. Som en del i detta ingår även en teoretisk möjlighet att sanktionera företag för brott som individuella företagsrepresentanter befunnits skyldiga till genom *särskild rättsverkan av brott* (således ingen brottspåföljd) i form av företagsbot, näringsförbud och förverkande.¹²⁹ Reglerna om *företagsbot* infördes 1986 och är ett system genom vilket en näringsidkare (både fysisk och juridisk) kan åläggas en företagsbot på mellan 5 000 och 10 miljoner SEK för brott som begåtts i näringsverksamheten om det inte skäligen gjorts vad som kan förväntas för att förebygga brottsligheten eller om brottet har begåtts av en person som annars haft en ledande ställning eller särskilt ansvar för tillsyn eller kontroll i verksamheten.¹³⁰ Efter att inledningsvis ha fått en begränsad tillämpning reformerades systemet med företagsbot 2006.¹³¹ Sanktionen har emellertid fortfarande mycket begränsad effekt vad gäller företags korruptionsbrott och har hittills aldrig utdömts för tagande eller givande av muta. Effektiviteten av det svenska företagsansvaret för korruption ifrågasätts därför av bl.a. OECD och

126 Cars, Thorsten, Mutbrott, bestickning och korruptiv marknadsföring, 2 u., Stockholm 2001, s. 18-19.

127 Ibid.

128 T.ex. 2 kap 2 § skadeståndslagen (1972:207), 33 § avtalslagen (1915:218), 10 kap. 10 § 2 st. lagen om offentlig upphandling (2007:1091), 5 och 6 §§ marknadsföringslagen (2008:486), 9 kap. 10 § inkomstskattelagen (1999:1229) samt 5 och 6 §§ konkurrenslagen (2008:579) baserade på art. 101 och 102 i EUF-fördraget. Konkurrensskadeavgift kan uppgå till 10 % av ett företags omsättning.

129 Dahlqvist et al., 2010, s. 259.

130 36 kap. 7-10 a §§ BrB; Dahlqvist et al., 2010.

131 Prop. 2005/06:59 Företagsbot, s.17-18; prop. 1985/86:23 om ändring i brottsbalken m.m. (företagsbot).

Europarådet.¹³² 1995 fick Företagsbottsutredningen i uppdrag att se över om Sverige, i likhet med vad som gjorts i många andra länder, borde införa ett system med straffansvar för juridiska personer.¹³³ I utredningens betänkande 1997 uppgavs *starka skäl* tala för att ersätta företagsboten med ett system med straffansvar för juridiska personer och ett sådant förslag presenterades.¹³⁴ Ansvar skulle härledas från fysiska företagsrepresentanters skuld, enligt en liknande modell som införts i flera civil law-länder i Europa. Det borde enligt Företagsbottsutredningen sakna betydelse hur man betecknar sanktionen så länge man accepterar tanken på att juridiska personer kan bära ett direkt ansvar för brott som begås inom verksamheten.¹³⁵ Benämningen *straff* ansågs emellertid kunna få betydelse för reglernas effektivitet. Detta eftersom det markerar att det är fråga om en repressiv sanktion som innefattar klander och att ansvaret för juridiska personer i princip är att jämställa med det för fysiska personer.¹³⁶ Att benämna sanktionen särskild rättsverkan ansågs ha bidragit till att den uppfattas som *underordnad* det individuella straffansvaret och *udda* i det svenska rättssystemet. Ett straffansvar bedömdes även kunna underlätta ”det internationella samarbetet på det rättsliga området som pågår och ständigt växer i betydelse”.¹³⁷ Förslaget fick i många avseenden ett positivt bemötande.¹³⁸ Det ifrågasattes emellertid om det var motiverat med *så omfattande systemförändringar* och bedömdes lämpligare att genom mer begränsade ändringar söka effektivisera det nuvarande systemet med företagsbot.¹³⁹ Det är emellertid inte Sveriges hållning vad avser straffrättsligt ansvar för företag som de internationella organen vänder sig emot per se. Den funktionella metoden uppmärksammar istället främst det faktum att Sverige inte lyckats frambringa en enda företagsbot för korruptionsbrott och knappt en enda fällande dom för individers internationella korruptionsbrott.¹⁴⁰ Förundersökningar av misstänkta storskaliga korruptionsbrott har vid flera tillfällen inletts av Riksenheten mot korruption (RMK), men hittills aldrig lett till ett framgångsrikt åtal.¹⁴¹ RMK

132 Se t.ex. OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Utvärderingsrapport Sverige 2005, <http://www.oecd.org/daf/bribery/internationalbusiness/anti-briberyconvention/sweden-oecdanti-bribery-convention.htm>, para. 184-190, senast hämtad 2012-11-07; OECD:s arbetsgrupp mot mutor, Fas 2 Uppföljningsrapport, Sverige, 2007, para. 12-16; GRECO, Den andra utvärderingsrundan, Sverige, 2005, s. 21; Transparency International, Progress Report 2010: Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, s. 58.

133 Dir. 1995:95 Företagsbot; SOU 1997:127, s. 89.

134 SOU 1997:127, s. 13-14, 18, 265.

135 SOU 1997:127, s. 239.

136 SOU 1997:127, s. 238.

137 SOU 1997:127, s. 18.

138 Prop. 2005/06:59, s. 15.

139 Prop. 2005/06:59, s. 16.

140 Sedan Sverige tillträdde OECD-konventionen finns det en fällande dom för mutbrott utomlands, se Huddinge Tingsrätt, mål nr B 510-01 och Svea Hovrätt, avd. 1, rotel 0103, mål nr B 831-04.

141 Se OECD, Utvärderingsrapport Sverige 2005, s. 64 (Summary of Cases).

lade t.ex. 2009 ned en förundersökning om mutor som skulle ha utbetalats i samband med Saab ABs och Gripen Internationals försäljning av JAS Gripen till Tjeckien, Ungern och Sydafrika.¹⁴²

Beslutet att lägga ned förundersökningen väckte stark internationell kritik, bl.a. från OECD:s arbetsgrupp mot mutor, vars ordförande offentligt ifrågasatte om Sverige verkligen kunde leva upp till sina åtaganden enligt OECD-konventionen.¹⁴³ Dåvarande överåklagare och RMK-chef Christer van der Kwast hänvisade till brister i den svenska korruptionslagstiftningen som huvudorsaken bakom nedläggningen, eftersom denna försvårade möjligheten att komma åt avancerade korruptionstransaktioner som sker genom ombud.¹⁴⁴

Fram till den 1 juli 2012 var de svenska korruptionsbrottsbestämmelserna fördelade på tre paragrafer som fanns i varsitt kapitel i BrB och bands samman av korshänvisningar. Reglerna kritiserades för att vara svårbegrip- liga och svåröverskådliga.¹⁴⁵ 2009 uppdrog regeringen därför åt Utredningen om mutor att göra en översyn av den svenska mutlagstiftningen. Det blev starten på den lagstiftningsprocess som ledde fram till den reformerade mutlagstiftningen som trädde ikraft den 1 juli 2012 vilken syftar till att åstadkomma en tydligare och mer ändamålsenlig mutbrottslagstiftning.¹⁴⁶ Fem nya paragrafer har förts in i nya kapitel 10 där de båda grundläggande korruptionsbrotten benämns *givande av muta* respektive *tagande av muta* istället för, som tidigare, bestickning respektive mutbrott och kretsen av personer som träffas av mutansvar har förenklats väsentligt.¹⁴⁷ Någon förändring i sak är emellertid inte avsedd vad gäller sedan tidigare reglerade brott som således endast påverkas av redaktionella förändringar.¹⁴⁸ Däremot innehåller reformen nykriminalisering av s.k. handel med inflytande och vårdslösfinansiering av *mutbrott*.¹⁴⁹

142 Transparency International, Progress Report 2010, s. 57; SOU 2010:38 Mutbrott, s. 74.

143 Resare, Nils, Mutor, makt och bistånd: JAS och Sydafrikaaffären, Stockholm 2010, s. 191, 195.

144 Ibid., s. 195, 197-198.

145 F.d. 10 kap. 5 § om trolöshet mot huvudman, 17 kap. 7 § om bestickning och 20 kap. 2 § BrB om mutbrott. Se bl.a. Claes Beyer i Institutet mot mutor, En kritisk analys av den svenska mutlagstiftningen, Stockholm 2006, s. 32; SOU 2010:38 s. 57; Dir. 2009:15, s. 3.

146 Prop. 2011/12:79 En reformerad mutbrottslagstiftning, s. 1; Transparency International Sverige svarade i remissrundan att det var *angeläget* att möjlighet att åtala företag för korruptionsbrott införs i svensk lag för att lagstiftningen ska bli effektiv, se TI Sverige, Tillägg till remissyttrande över betänkande SOU 2010:38.

147 10 kap. 5 a § tagande av muta, 5 b § givande av muta, 5 c § om brottet är att betrakta som grovt, 5 d § nykriminalisering av s.k. handel med inflytande, 5 e § nykriminalisering av vårdslös finansiering av mutbrott.

148 SOU 2010:38, s. 228.

149 10 kap. 5 d §, 5 e §§ BrB.

Det senare brottet illustrerar reformens ambition till ökad självreglering i näringslivet och att förstärka den potential till korruptionsförebyggande som finns hos företagen själva.¹⁵⁰ Den nya bestämmelsen om vårdslös finansiering av mutbrott har införts i 10 kap. 5 e § BrB och syftar bl.a. till att komma åt de situationer då företag använder sig av mellanmän för att begå korruptionsbrott.¹⁵¹ Enligt bestämmelsen kan en näringsidkare som tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt någon som företräder näringsidkaren i en viss angelägenhet och därigenom av grov oaktsamhet främjar givande av muta, grovt givande av muta eller handel med inflytande, dömas för vårdslös finansiering av mutbrott till böter eller fängelse i högst två år. Bestämmelsen innebär att *oaktsam medverkan till mutbrott* för första gången straffbeläggs i Sverige. Med tanke på att den vanligaste metoden för företag att betala ut mutor är genom bruk av agenter och mellanmän, kan det ses som en adekvat reform.¹⁵² Den som använt sig av en mellanman för att betala ut mutor kunde även innan mutbrottsreformen dömas för givande av muta (då under termen bestickning) i gärningsmannaskap eller som medverkande, förutsatt att det gått att bevisa uppsåt.¹⁵³ Det fanns emellertid ingen möjlighet att döma den som finansierat en mellanman och genom otillräcklig kontroll av oaktsamhet eller underlåtenhet skapat förutsättningar för att denne mellanman betalar ut mutor för att vinna affärsmässiga fördelar åt finansören.

Sverige har kritiserats för huvudmäns bristande ansvar för mellanmäns handlande och avser med den nya bestämmelsen därför stärka det ansvaret. I förarbetena hänvisas till att Sverige, i och med tillträdet till de internationella instrumenten OECD-konventionen, Europarådets konventioner mot korruption och UNCAC, iklätt sig förpliktelser att på alla plan utforma sina mutbrottsbestämmelser vilket inkluderar att vidta *förebyggande åtgärder* i kampen mot korruption.¹⁵⁴ Den nya regeln ses som påkallad för att uppfylla denna förpliktelse och syftar till att förstärka den potential till korruptionsförebyggande som finns hos företagen.¹⁵⁵ En förutsättning för straffbarhet är att det ska röra sig om *grov* oaktsamhet. Detta eftersom det ska krävas ett mer påtagligt avvikande från vad som kan anses vara ett normalt aktsamt beteende i den aktuella situationen.¹⁵⁶ Enligt Utredningen om mutors betänkande SOU 2010:38, ska det i regel anses som grovt oaktsamt att utan några särskilda försiktighetsåtgärder överlämna pengar till en agent i ett land där mutor är

150 Prop. 2011/12:79 En reformerad mutbrottslagstiftning, s. 36; Se även förslaget om kod för näringslivets självreglering i SOU 2010:38, s. 205 ff.

151 Prop. 2011/12:79, s. 19.

152 APKE, 2001, s. 59.

153 Se 23 kap. 4 § BrB.

154 Prop. 2011/12:79, s. 35-36.

155 Ibid.

156 Prop. 2011/12:79, s. 49-50.

vanligt förekommande.¹⁵⁷ Det föreslås även att företagets företrädare bör undgå straff för vårdslös finansiering av mutbrott om de vidtagit *rimliga åtgärder* för att förhindra korruptionsbrottsligheten i fråga.¹⁵⁸ Dessa kan t.ex. vara due diligence åtgärder i form av undersökningar av mellanmannens bakgrund och ekonomiska ställning. En sådan ansvarsfrihetsgrund skulle i så fall likna det presumtionsansvar som etableras i 7 § Bribery Act 2010, vilket bygger på en slags *reaktiv skuld*-modell för att etablera ett företagsansvar.

7. SER VI ETT UTVIDGAT FÖRETAGSANSVAR ATT FÖREBYGGA KORRUPTION?

Med denna artikel har jag försökt placera nationella regler om misslyckande att förebygga mutbrott i Bribery Act och vårdslös finansiering av mutbrott i BrB, i ett större sammanhang genom att illustrera en pågående internationell rättsutveckling av utvidgat företagsansvar att förebygga korruptionsbrott. Internationell konsensus om vikten av att bekämpa korruption har vuxit fram i takt med ökad insikt om korruptionens skadliga verkningar. Eftersom problemets gränsöverskridande och politiskt känsliga karaktär har ansetts påkalla ett samordnat internationellt agerande, har de mellanstatliga instrumenten på området fått en stor betydelse för bekämpningen av korruption. De instrument som tillkommit inom ramen för detta samarbete har genom fokus på resultat och med hjälp av ett rigoröst övervakningssystem satt tryck på enskilda stater att utforma lagar och rutiner för att kunna ställa företag till svars för korruptionsbrott. Den funktionella och tvärvetenskapliga metoden har öppnat för ett brett spann av åtgärder, förutsatt att de är effektiva. Det har emellertid visat sig mycket svårt att fastställa skuld hos en enskild individ inom en komplex och sluten företagsstruktur. För att möjliggöra ett effektivt företagsansvar har därför allt fler metoder utarbetats som accepterar ett synsätt på företag som bärare av eget rättsligt ansvar bortom dess individer. Dessa tendenser syns bl.a. i att snart alla OECD:s medlemsstater infört ett straffrättsligt ansvar för företag, vilket var otänkbart i många länder för bara några decennier sedan. Vidare har kreativa åtgärder öppnat för mer företagsanpassade sanktioner och därigenom bidragit till att företag riskerar allvarligare konsekvenser för korruptionsbrott, såsom uteslutning från offentlig upphandling. Reglerna utgör målande exempel på ett mer holistiskt synsätt genom att medföra konsekvenser för *hela företaget* som kollektiv.

Storbritannien och Sverige är två länder som genom implementering och reformer sökt svara på internationell kritik och nyligen tagit ytterligare steg mot ett utvidgat företagsansvar genom införande av ett presumtions- respektive oaktsamhetsansvar i nationell lagstiftning. Även om dessa fortfarande härleds

157 SOU 2010:38, s. 165.

158 SOU 2010:38, s. 154 och 165.

från individers agerande kan de ses som en acceptans för ett mer holistiskt synsätt på företagsansvar. Detta eftersom de söker ansvar i företags struktur och organisation och därigenom är anpassade att komma åt företags bruk av mellanmän och agenter för att betala ut mutor. Syftet med dessa åtgärder är att man vill få med sig företagen själva i kampen mot korruption och bidrar till ett utvidgat företagsansvar att förebygga korruption.

Så finns det anledning till oro för att det funktionella angreppsättet riskerar bryta mot grundläggande rättssäkerhetsprinciper? Företags rättsäkerhet måste givetvis beaktas, men det är viktigt att komma ihåg att vad som motiverat denna rättsutveckling är att samhället förändras och att juridiken måste anpassa sig efter de förhållanden den syftar till att reglera. Att applicera uppsåt på företag var otänkbart i hela Europa för hundra år sedan, men företag har kommit att bli utöware av en stor del av människors verksamhet och en viktig maktfaktor i samhället vilket påkallar ett rättssystem som tar detta i beaktan. Annars riskerar systemet att bli verklighetsfrånvänt och misslyckas i sin uppgift att reglera människors samlevnad. Straffrättsligt presumtionsansvar är förvisso orimligt rättsosäkert för fysiska personer. Det kan emellertid vara den enda vägen vad gäller företag om man verkligen har för avsikt att förebygga de enormt skadliga och kostsamma konsekvenser som företags brottslighet för med sig, inte bara för internationell handel utan även för politisk stabilitet och social och ekonomisk tillväxt i utvecklingsländerna. I Sverige har den särskilda sanktionen företagsbot visat sig ineffektiv mot företag och inte ansetts leva upp till de internationella instrumentens krav. Troligt är därför att ytterligare reformer och kompromisser kommer att bli nödvändiga för att Sverige ska kunna leva upp till sina internationella åtaganden. Om denna mellanväg består av införande av straffrättsligt ansvar för företag eller andra åtgärder återstår att se. Men faktum är att OECD:s och Europarådets granskande organ ser antalet fällande domar och sanktioner mot företag som det viktigaste beviset på ett effektivt företagsansvar. Det återstår därför att se om 7 § Bribery Act och vårdslös finansiering av mutbrott i BrB kommer att leva upp till kraven på effektivt, proportionellt och avskräckande företagsansvar för korruption, eller om ytterligare lagreformer är att vänta inom en snar framtid. 