



‘Law & economics’ Foretaksansvar og håndheving

Erling Hjelmeng, Jørn Jacobsen og Tina Søreide

Forskningsprogrammet

‘Skyldkravet i konkurranseretten og alternative håndhevelsesformer’

Betydningen av skyld i konkurranseretten og ift foretaksansvaret generelt.

Effektiv håndheving. Bruk av insentivbaserte løsninger i en strafferettslig kontekst. Håndhevingsprinsipper på tvers av lovbrudd.

Formidling & dialog: Praksis-orienterte seminarer (Bergen og Oslo). Kronikker. Masterstudenter.

Involverte forskere: Erling Hjelmeng, Tina Søreide, Jørn Jacobsen, Emmanuelle Auriol, Jon Petter Rui.



Forskningsartikler

- **‘Skyldkravet i konkurranseretten – et objektivt ansvar for systemsvikt?’ *TfR*** av Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen
- **‘The Economics of Corporate Liability and Enforcement’** av Emmanuelle Auriol, Erling Hjelmeng og Tina Søreide
- **‘Sanksjonsregimer for foretak’** av Erling Hjelmeng, Tina Søreide, Jørn Jacobsen og Jon Petter Rui



Skyldkravet i konkurranseretten

Prof. Erling Hjelmeng & Prof. Jørn Jacobsen (UiB)

Konkurransetilsynets vårkonferanse, 3. juni 2021



Spørsmål

- Formuleringen av skyldkravet
 - Individ vs. foretak
- Dekningsprinsippet
 - Faktum vs. juss vs. økonomisk analyse i konkurranseretten
- Rettsuvitenhet (rettsvillfarelse)
- Skyldformene
 - Forsett vs. uaktsomhet
 - Betydning i utmåling
- Skyldkravet og de materielle normene i §§ 10 og 11

Spenningen mellom EØS og krrl.

- Både EU/EØS og krrl. oppstiller et skyldkrav
 - EU og EØS-reglene knytter skylden direkte til foretaket
 - Norsk strafferett har tradisjonelt krevd skyld hos fysiske personer som handler "på vegne av" foretaket
 - Krrl. anvender begge alternativer:
 - Gebyr dersom: "foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt..."
- Er det ene alternativet videre enn det andre?
- Hvordan etablere skyld hos foretaket som juridisk person?



Det strafferettslige ansvaret

- Ansvarsformer utforma med tanke på enkeltindividet:
 - Kva *tenkte/forstod* den tiltalte?
 - Forsett og uaktsomhet
 - Avgjerande for grad av klander og ansvar
 - Sentralt, men tidvis vanskeleg bevisspørsmål i straffesaker





Foretaksansvaret

- Historisk motstand mot foretaksansvar
- Gradvis utvikling i lovgjevinga
 - Generell heimel i strl. 1902 i 1991 med modifisert krav om utvist forsett/uaktsomhet for den som handla på vegne av foretaket – “anonyme” og “kumulative feil
 - Straffeloven 2005 – “selv om ikke en enkeltperson har utvist skyld” ... tolking og kritikk
 - Streng tolking i strid med nyare EMK-praksis





Nytt sanksjonsspor

- “Overkriminalisering” i norsk rett gjennom bruk av straff for brudd på administrative lovgjeving (“spesialstrafferetten”)
- Bytte til forvaltningsrettsleg sanksjonsspor
 - NOU 2013: 15 Fra bot til bedring
 - Nytt kapittel IX i forvaltningslova
 - § 46 om administrativ foretakssanksjon – bygger i vår samanheng vidare på det strafferettslege





Ibuande spenning i foretaksstraffa

- Ei ansvarsform utforma for *enkeltindividet*





...adekvat for føretak?



EUD: Formulering av skyldkravet

- Forordning 1/03 art 23:
 - "...intentionally or negligently..."
- EUD:
 - Foretaket "cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, whether or not it is aware that it is infringing the competition rules of the Treaty..." (fra C-681/11, prem. 37)
 - Ikke nødvendig å identifisere enkeltpersoner
 - Anonyme og kumulative feil

EUD bygger på identifikasjonssynspunkter

- SIA Remont:
 - "Any anti-competitive conduct on the part of an employee is thus attributable to the undertaking to which he belongs and that undertaking is, as a matter of principle, held liable for that conduct" (C-542/14, prem. 24)
- Så er det egentlig noen forskjell fra den tradisjonelle strafferettslige tilnærmingen?
- Skyldkonstruksjonen tilpasses at det er et foretak som er subjekt
 - F.eks. forsett basert på anonyme feil

Skyldformer

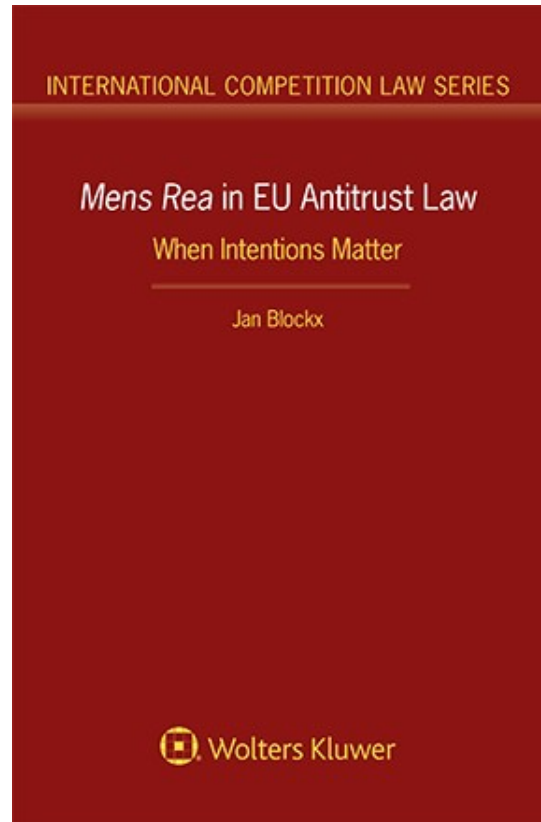
- EUD skiller i begrenset utstrekning mellom forsett og uaktsomhet
 - "intentionally or at least negligently"
- Nedre grense: "could not have been unaware..."

Forsett

- Tidligere praksis knyttet "could not have been unaware" til forsett:
 - "it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing Article 85 for an infringement to be regarded as having been committed *intentionally*; it is sufficient that it *could not have been unaware...*" (sak 246/86 prem. 41)
- Nedre grense for skyld eller grense for forsett?
- Skyld baseres på "ytre omstendigheter", dvs. observerbare fakta

Er alt bare kaos?

- Blockx: "could not have been unaware" innebærer "an objective conception of intention akin to negligence"



Dekningsprinsipp og rettsuvitenhet

- EUD knytter skyld opp mot de faktiske forhold, men i Belasco
 - Knyttes skylden direkte til konkurransebegrensende "formål"
 - Men det distanseres fra brudd på rettsreglene:
 - "it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing Article 85 ... it is sufficient that it *could not have been unaware* that the contested conduct had as its object the restriction of competition."
- Konkurransebegrensende formål som noe annet enn en rettslig karakteristikk av samordning?

Mer om rettsuvitenhet

- Praksis trekker et klart skille mellom kjennskap til brudd på art 101 og faktum
- Schenker (C-681/11, prem. 38):
 - the fact that the undertaking concerned has characterised wrongly in law its conduct upon which the finding of the infringement is based cannot have the effect of exempting it from imposition of a fine in so far as it could not be unaware of the anti-competitive nature of that conduct.
- Må foreligge kunnskap om de faktiske forholdene som begrunner at det anses å foreligge en overtredelse, og det vil etablere en forsettlig overtredelse

Oppsummering EUD

- Tydelig skille mellom faktisk or rettslig villfarelse/uvitenhet
- Forsett lar seg etablere ut fra "ytre" omstendigheter, og knyttes ikke til enkeltpersoner
 - Dette er en nyskapning!
 - Men skyldgrad har begrenset betydning i EU/EØS-retten

Dekningsprinsippet

- EUD knytter utvilsomt skylden til faktiske forhold,
 - men også til konkurransebegrensende "formål"
- Skyld = knyttet til forhold i den faktiske verden
 - Rettslige karakteristikker = nei
 - Økonomiske analyser = nei

Norsk rett

- Rt. 2012 s. 1556:
 - Det "kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten"
 - Knytter vurderingen til de som handlet "på vegne av" foretaket, men formulerer seg tett på EUD
- Skylden knyttes til om samarbeidet var
 - "egnet til merkbart å begrense konkurransen"
 - Formålsovertredelse i saken
- Måtte forstå essensen i skadehypotesen
 - Dvs. hvordan samarbeidet kunne påvirke konkurransen negativt??

Betydning av skyldgrad/utmåling

- Underordnet i EU-retten
- Norsk rett: Stor betydning
 - Kan forklare KKNs forsøk på å fiksere en grense mellom forsett og uaktsomhet?
- Norsk rett i utakt med EU-retten?
 - Tross harmonisering?

Oppsummering så langt

- EUDs praksis indikerer et eget konsept om "foretaksskyld" som ikke fullt ut lar seg forklare ut fra strafferettslig teori
- Faktiske eller "ytre" omstendigheter kan tom. etablere forsett
- Norsk Høyesterett har basert seg på tradisjonelle formuleringer av skyldkravet, men adoptert EUDs språkbruk

Skyldkravet og § 11

- "Egnet til å påvirke konkurransen" som test
 - Atferden må passe i predefinert kategori eller ha tydelig begrunnet skadehypotese for å komme dit
 - Ikke ulikt formålsvurderingen etter § 10: "tilstrekkelig skadelig" og "reality check" ut fra rettslig og økonomisk kontekst
- Skyld må knyttes til faktiske omstendigheter som defineres som konkurranseskadelige
 - "the essential facts" (T-286/09 Intel, prem. 1601)
- Hva med usikre fremtidige effekter basert på økonomisk teori?
 - "Effekter" er alltid faktiske
 - Foretaket må ha kunnet overskue effektene
 - Men åpenbart behov for å gradere skyldkravet!!

Skyldkravet og § 10

- Formål vs. virkning
- Formålsvurderingen relatert til konkret avtale/samordning
 - Todelt vurdering; usikkerhet knyttet til kontekstvurderingen/egnethet/"reality check"
- Virkningsvurderingen mer sammensatt
 - Skadehypotese
 - Alternativscenario
- Skylden må sannsynligvis dekke potensialet, hva *kan* være effektene av samarbeidet?
- Rt. 2012 s. 1556:
 - "Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen."

The Economics of Corporate Liability and Enforcement*

Emmanuelle Auriol[†] Erling Hjelmeng[‡] Tina Søreide[§]

May 26, 2021

Abstract

Enforcing corporate liability, governments seek to deter crime, promote corporate compliance, and secure fair competition in markets, while in practice, they face difficult trade-offs between these aims. This paper analyzes optimal enforcement by combining approaches from the economic theory of crime and theories of industrial organization. Upon a review of 50 cases of corporate liability from five European countries, we find enforcement systems and practices are sub-optimal. The market consequences of different sorts of profit-motivated crime and the ensuing penalties for those detected are not sufficiently internalized in enforcement practices. The use of leniency for self-reporters is not combined with the predictability and magnitude needed to secure the deterrent effect of sanctions. Despite intensified international cooperation in crime control, current enforcement systems do not sufficiently internalize the consequences of crime that materialize outside their jurisdiction. Societies would benefit from stronger supra-national cooperation in regulation and enforcement of transnational corporate crime.

JEL Classification: K14, K21, K23, K42, L13, L41, H57

Keywords: Corporate liability, Corruption, Collusion, Money Laundering, Deterrence, Sanctions, Litigation



‘The Economics of Corporate Liability and Enforcement’

- Håndheving foretaksstraff (‘functional equivalence’) Europa: ‘***effective, proportionate, and dissuasive***’
- I praksis: krevende avveielinger
 - Avskrekke
 - Oppmuntre til samarbeid
 - Unngå skadelige markedskonsekvenser

Bruk av *non-trial resolutions* (**fremforhandlede forlik**): redusere utgifter, sikre insentiver, enkelt og uformelt...

Vi: Kombinerer økonomisk teori om foretaksstraff og IO; hva er optimal håndheving?

Gjennomgang 50 saker, tre typer lovbrudd, fem land: **sub-optimal håndheving.**



Hva slags type utfordring?



Rolls-Royce straffeforfulgt i Storbritannia og USA pga. bestikkelser i mange land i mange år.

Fremforhandlet forlik. Redusert straff for samarbeid uten selv-rapportering.

Myndigheter forsvarer bruk av fremforhandlede forlik, men sier lite om betingelser og prinsipper for bruk av slike håndhevingsmetoder.

Effektivt?

Ulike typer lovbrudd

- Konkurranselovbrudd, bestikkelser, brudd på hvitvaskingsregler (AML)
- Hvorfor skadelige konsekvenser avhenger av type lovbrudd og markedets størrelse/konsentrasjon
- Hvordan insentiver til håndheving avhenger av politiske preferanser og hvor konsekvenser av lovbrudd utarter seg

Optimal sanksjon?

- Negativ nettopprofitt av lovbrudd
- Objektivt ansvar
- Straffereduksjon for selvrapportering



Insentiver til etterlevelse

dersom,

uavhengig risiko for håndheving
og betydelig sanksjon

Resultater av case-gjennomgang (i)

- Betydelig rom for **subjektive vurderinger** i håndheving av foretaksansvar
- Særlig korrupsjon og hvitvasking: insentiver for selvrapportering **ikke tilstrekkelig predikerbare**, lite innsyn i håndhevingsprosessen

Resultater av case-gjennomgang (ii)

- Blir noen bedrifter '**beskyttet mot straff**'? Geografi (hvor det kriminelle foregår) og type lovbrudd mer enn markedskonsentrasjon.
- Myndigheters insentiver til å håndheve lovbrudd hvis **konsekvenser skjer utenlands** kan være for lav.

Implikasjoner

‘Hva hvitvasking og korrupsjon kan lære av kartellvirksomhet’.

Klart behov for prinsipper for bruk av fremforhandlede forlik, samt predikerbare insentiver ved selv-rapportering.

Men farlig å lene seg for mye på selv-rapportering/lempningssøknader. Mister effekten hvis ikke uavhengig risiko for at lovbrudd avdekkes.

Internasjonale aktiviteter, nasjonal håndheving: Behov for mer overnasjonal håndheving av foretaksansvar?



SANKSJONSREGIMER FOR FORETAK

Erling Hjelmeng, Tina Søreide, Jørn Jacobsen, Jon Petter Rui*

Utkast per 28. mai 2021

INNHold

1. Innledning	2
2. Dilemmaer i håndheving gitt aktørperspektiver og –interesser.....	3
2.1. <i>Foretakenes interesser varierer med lovbruddets karakter</i>	<i>3</i>
2.2. <i>Bevegelser i retning samarbeidsbasert håndhevelse.....</i>	<i>3</i>
2.3. <i>Foretaks incentiver til å samarbeide med håndhevelsesinstanser</i>	<i>6</i>
2.4. <i>Håndhevelsesorganers ønske om å løse saker på kortest mulig tid.....</i>	<i>7</i>
2.5. <i>Politiske perspektiver og hensyn i bruk av foretaksstraff.....</i>	<i>9</i>
3. Skyldkrav eller ikke?	10
3.1. <i>Oversikt</i>	<i>10</i>
3.2. <i>Foretaksstraff: Fremvekst og fall for objektiviserte standarder</i>	<i>11</i>
3.3. <i>Forvaltningssanksjoner: Objektivisert standard.....</i>	<i>14</i>
3.4. <i>Konkurranseretten: En objektivisert "foretaksskyld"</i>	<i>15</i>
3.5. <i>Oppsummering</i>	<i>16</i>
4. Alternative håndhevelsesformer	17
4.1. <i>Oversikt</i>	<i>17</i>
4.2. <i>Virkemidler i konkurranseretten</i>	<i>17</i>
4.3. <i>Elementer i en alternativ tilnærming.....</i>	<i>20</i>
5. Oppsummering og anbefalinger.....	24

Mer effektivt håndheving?

Helhetlig regime for foretaksansvar

Tydeligere insentiver ved selvrappotering

‘Foretaksskyld’ og tosporsløsning

Uavhengig oppdagelsesrisiko





Videre forskning ...?

Corporate Compliance & Enforcement

Law reform (markeder)

Public procurement & debarment

Soft law regulering internasjonalt

Non-trial resolutions /settlements