



KONKURRANSE-
TILSYNET
Norwegian Competition Authority

Rapport 2/2021
Vedtak: 2019-4

Sanksjonsregimer for foretak

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

*Prosjektet har mottatt midler fra det
alminnelige prisreguleringsfondet.*



SANKSJONSREGIMER FOR FORETAK

Erling Hjelmeng, UiO/NHH, Tina Søreide, NHH, Jørn Jacobsen, UiB, Jon Petter Rui,
*
UiB

Sammendrag

Denne artikkelen drøfter behovet for en helhetlig tilnærming til sanksjonering av lovbrudd i regi av virksomheter. En slik helhetlig tilnærming innebærer både en aksept, og tydelig regulering av, mekanismer som selvrapportering, forliksløsninger og sanksjonering av mangelfulle preventive tiltak hos foretak. Sammenlignet med mer tradisjonelle sanksjonsmåter, slik som foretaksstraffen har vært tenkt, vil en slik tilnærming gjøre det lettere å fremme felles mekanismer på tvers av lovbrudd, tydeliggjøre krav til foretaks internkontroll, etablere klare prinsipper for bruk av forliksbasert håndheving, og akseptere over- eller internasjonale løsninger i saker som involverer aktører som opererer i internasjonale markeder. I begrunnelsen for en mer helhetlig tilnærming beskriver vi to fundamentale problemer i håndhevingen av foretaksansvaret med hvert sitt delkapittel: først, behovet for insentivbaserte håndhevingsmekanismer og fremforhandlede forlik, og deretter, et objektivt ansvar som likevel krever en skyldvurdering. Disse utfordringene tilsier behov for reform, og mens dette er en større debatt enn hva vi har plass til her, diskuterer vi mulige lærdommer fra konkurranseretten og noen få andre aktuelle håndhevingsformer, før vi argumenterer for en tydeligere, helhetlig tosporsløsning og prinsipper for bruk av fremforhandlede forlik.

Stikkord: Foretaksansvar, straffeprosess, sanksjoner, konkurranserett, forvaltningssanksjoner

1. Innledning

Denne artikkelen drøfter behovet for en helhetlig tilnærming til sanksjonering av lovbrudd i regi av virksomheter. En slik helhetlig tilnærming innebærer både en aksept, og tydelig regulering av, mekanismer som selvrapportering, forliksløsninger og sanksjonering av mangelfulle preventive tiltak hos foretak. Sammenlignet med mer tradisjonelle sanksjonsmåter, slik som foretaksstraffen har vært tenkt, vil en slik tilnærming gjøre det lettere å fremme felles mekanismer på tvers av lovbrudd, tydeliggjøre krav til foretaks internkontroll, etablere klare prinsipper for bruk av

*

Erling Hjelmeng er professor ved Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett og professor II ved Norges Handelshøyskole. Tina Søreide er professor ved Norges Handelshøyskole, Institutt for regnskap, revisjon og rettsvitenskap, Jørn Jacobsen og Jon Petter Rui er begge professor ved Universitetet i Bergen, tilknyttet strafferettsgruppen.

Bank consolidation, interest rates, and risk: A post-merger analysis based on loan-level data from the corporate sector^{*}

Steffen Juranek^a, Øivind A. Nilsen^a, Simen A. Ulsaker^b

^a*NHH Norwegian School of Economics, Helleveien 30, 5045 Bergen, Norway*

^b*Telenor Research, Snarøyveien 30, N-1360 Fornebu, Norway*

March 2020

Abstract

In this paper we analyse the bank merger between DnB and Gjensidige Bank in 2003, ranked by market share as number one and number three in the Norwegian bank market. Focusing on loans to firms, the merger led to an immediately higher concentration in the banking market, but this concentration decreased in the following years. Looking only at new loans, the increase in concentration was not greater in affected markets (markets where both merging parties were present) compared to unaffected markets. The interest rate tended to be lower in the affected markets relative to unaffected markets, but this relationship was weak and not statistically significant. The merger also seemed to affect the riskiness of loans only marginally. These weak effects could be the result of efficiency gains in the form of lower costs being pass-through to customers, and the increased market power (and consequently higher interest rates) cancelled each other out. The remedial measures imposed by the Norwegian Competition Authority on the two merging parties are also likely to explain some of the modest effects of the merger. The weak effects are largely coincident with international literature showing the effects of mergers and acquisitions in the banking sector to be modest.

JEL classification: G21, L41, D53

Keywords: banking; local competition; risk taking; firm behaviour

^{*}Acknowledgement: We are grateful for comments and suggestions during a presentation at the Norwegian School of Economics, Bergen. Financial support from the Norwegian Competition Authority through grant V2018-2- is acknowledged. The views expressed in this paper do not necessarily represent the official positions of the affiliations of the authors, nor the Norwegian Competition Authority. The usual disclaimer applies.

Email addresses: Steffen.Juranek@nhh.no (Steffen Juranek), Øivind.Nilsen@nhh.no (Øivind A. Nilsen), simen.ulsaker@telenor.com (Simen A. Ulsaker)

1. Introduction

Mergers and acquisitions are observed in most industries all over the world. The banking sector is no exception (see for instance, Calomiris and Karceski (2000), and Amel et al., 2004). From a regulatory point of view this consolidations raises concerns regarding a decrease of competition, and a consequential harm of costumers through higher prices and restricted access to loans. However, in addition to this antitrust perspective, there is a concern that less competition may decrease financial stability. In the aftermath of the 2008/2009 financial crisis, this relationship received particular attention, as highlighted by the European Commission’s expert group (Liikanen et al., 2012), the Bank of England (Bank of England, 2015), and also an expert group reporting to the German Ministry of Education and Research (Gill et al., 2013).

The relationship between competition and bank stability is empirically not well understood, yet. Two opposing effects impose a challenge for empirical studies (see Vives 2016, for a synthesis of the literature). First, the theoretical literature hypothesizes that the erosion of profit margins due to an increase of competition creates incentives for banks to take greater risk. This competition-fragility hypotheses argues that reduced profit margins decrease a bank’s charter value, implying that a bank has less to lose if its charter is revoked (see Allen and Gale, 2004; Carletti and Hartmann, 2003; Demsetz et al. 1996; and Keeley, 1990 for more details) Second, however, competition decreases the interest rates that borrowers are facing. Therefore, competition may not only improve the average quality of loan applicants but also decrease their risk-taking incentives (Caminal and Matutes, 2002; Boyd and De Nicolo, 2005)

A number of empirical within-country studies find evidence for the charter value hypothesis by analyzing the relationship of competition measures and bank risk measures. Keeley (1990) circumvents competition and uses Tobin’s q to measure charter value and finds a positive relationship with capital to asset ratios in the US. Jimenez et al. (2013) relate competition measures (Lerner index and concentration measures) to the ratio of non-performing loans for Spanish banks, and find a u-shape of the relationship as predicted by Martinez-Miera and Repullo (2010). In contrast, Goetz (2018), who relies on

differences in banking deregulation in the US to measure the contestability of markets, finds that the increase in market contestability significantly improves bank stability. For Norway, Canta et al. (2020) using a cut of the same data as used in the present study, find that more competition leads to more risk taking, lower interest rates and higher loan volumes. They also find that smaller firms are more sensitive to changes in bank competition compared than larger and more mature firms. Also Juelsrud and Wold (2020) find that smaller firms are more sensitive to changes in banks' capital requirements.¹

Evidence from cross-country studies also leads towards that direction. Uhde and Heimeshoff (2009), using bank level data from the EU-25 find that national banking market concentration has a negative impact on banks' financial soundness. Berger et al. (2009) show that banks' loan portfolio risk increases in market power. However, because banks hold also more equity under those circumstances, the overall risk decreases. Boyd, De Nicolo, and Loukoianova (2009) concentrate on systemic shocks and find that more concentration leads to a higher probability of a systemic shock. In contrast, Schaek et al. (2009) find that concentration is associated with a higher probability of a crisis. Furthermore, Beck et al. (2006) show that fewer regulatory restrictions, indicating a higher level of competition, are associated with a lower systemic risk. However, they also find that systemic crises are less likely in concentrated banking systems. This observation already points towards the discussion whether concentration is a good proxy for competition and market power, and whether the typical proxies for competition perform well in the banking market (see, e.g., Shaffer and Spierdijk, 2017).

What is common to most of the studies is that they relate competition to equilibrium (ex-post) bank or bank system risk measures, thereby trying to establish whether the risk-taking incentives of banks dominate the risk-taking incentives of the borrowers in the analyzed setting. However, the studies do not differentiate between the two channels. That would require an isolation of the bank behavior in terms of risk-taking from the borrower behavior.

¹Herpfer et al. (2020), another study of Norwegian corporate borrowers, find that lower distance between borrowers and banks increases the likelihood of initiating a new banking relationship.

We implement this background into our post-merger analysis of the merger between DNB and Gjensidige in late 2003. Particularly, we analyze the effect of the merger on the interest rate and on banks' risk-taking. With the former, we perform a classical post-merger analysis on the price, and analyze a bank-specific angle with the latter by analyzing changes in the the loan composition.

Our analysis relies on the the full population of corporate loans in Norway. We use regional variation of the effect of the merger. We define affected regional markets as markets in which both banks are present at the time of the merger. We follow the regions over time and implement a difference-in-differences approach to identify potential effects of the decreasing competition in regional markets. Information of both banks and firms, together with information about each loan, are based on public registers which are audited by authorized auditors and tax authorities and are therefore of high quality.

We find that the merger had no strong effect on the competitive situation in the affected markets. Even though the concentration of the stock of loans obviously increased, there was no such effect on the concentration of new loans. Furthermore, in line with that observation, we cannot identify a causal effect of the merger on neither the interest rate of new loans, nor the riskiness of the loan-takers. Potential explanations for these observations are effective strings attached to the merger by the competition authority, an offset of an increase of market power and efficiency gains, or that the merger took place in the markets that were most prone to entry, i.e., the most contested ones.²

The rest of this paper is organized as follows. In Section 2, we provide institutional details about the Norwegian banking industry. Section 3 describes the various data sources and the final dataset. The empirical results are presented in Section 4. Finally, Section 5 concludes.

²See Calomiris (1999) for an interesting discussion about econometric pitfalls when analysing efficiency gains related to bank mergers.

2. Background of the merger

2.1. *The Norwegian bank market*

Compared to other European countries, the Norwegian banking sector is small in terms of total assets, with total assets amounting to only two times the GDP. This is a relative small multiplier compared to Sweden, France or the Netherlands where total assets are higher than three times GDP.³ One explanation is that Norwegian banks mainly focus on the domestic market. The main focus of Norwegian banks are private and corporate loans, as reflected by the fact that loans account for the majority of assets held by the banks (Norges Bank, 2019). In terms of regulation, the Basel accords apply also to the Norwegian banking industry.

Today the Norwegian banking sector consists of 26 commercial banks and 100 saving banks (Norges Bank, 2019). The main distinction between the two banking types is ownership structure, and not which services they offer.⁴ The saving banks are mainly small, but have formed extensive alliances, with the aim of sharing services unrelated to the banking activity, such as common advertising campaigns. Foreign owned banks have had the opportunity to operate in Norway since 1985. The three largest foreign-owned banks operating in Norway (Nordea, Handelsbanken, and Danske Bank) have a combined market share in total lending of roughly 20% and close to 30% in the business segment.

The number of bank branches has declined drastically over the last decades, and since the beginning of 1990, the number has more than halved to slightly less than 900 branches in 2018 (Finans Norge; <https://www.finansnorge.no/statistikk/bank/antall-ekspedisjonssteder/>). The decrease in the number of branches are driven among other things by changes in consumer behaviour and new technological developments such as internet banking (see among others; Aamo. 2016, p. 80-81).

³For a more detailed description, as well as an analysis of the market evolution, see Norges Bank, (2017).

⁴Saving banks have historically focused their operations on personal banking in their respective local communities, whereas commercial banks have been more targeted towards the business segment. In 2002 the strict regulations of ownership and external capital raising of savings banks was removed, which has made the distinction between commercial and saving banks is not very clear.

2.2. The merging parties, and the remedies defined by the Competition Authorities

The first public notice about the merger between DnB and Gjensidige Nor came 18 March 2003 from the merging parties.⁵

Just before the merger, DnB was ranked as number one and Gjensidige Nor as number three in terms of market shares, 27 % and 10 % respectively. At that time DnB had 125 branches, and Gjensidige Nor 137 branches. The main worries of the Competition Authority were related to the importance of proximity and relationship banking. The decision document of the Norwegian Competition Authority shows quite clearly (all the translations are our own). It first refers to the importance of relationship banking:

“(...) the relationship with customers is based on the personal contact between the account manager in the bank and the customer. According to the notice, it therefore appears that most bank customers choose to take out mortgages in the local bank branch, although there may be slightly worse interest rates there than in a bank with no local affiliation (...)”. (p. 5 in the decision document)

Then, the document expresses worries about a decrease of competition:

“(...) the concentration in the markets increases significantly, that the two merging parties get market power in a number of markets, and that competition will be significantly limited (...)”, (p. 5 in the decision document)

The document highlights the increase of market power of the two merging banks:

“... in the markets for lending to retail customers and to small and medium-sized enterprises, individual and collective pension schemes, payment services to individuals and companies, funding (lending to other banks), leasing and factoring. The Authority thinks that the two companies in most of these markets together would have a market share of over 50 percent...”. (p. 5 in the decision document)

The Authority trades off these downsides with potential benefits and states in its conclusion:

“(...)The Norwegian Competition Authority’s conclusion is that the merger between DnB and Gjensidige NOR leads to a significant restriction of competition in several markets. However, the Authority sees that the merger as well can provide some socio-economic benefits as a result of cost savings for the parties. These effects must be, according to the Competition Act, weighed against each other. After such a trade-off it is the Authority’s view that the merger as a whole will result in a socio-economic loss.” (p. 91 in the decision document)

⁵The information in this sub-section is taken from official decision document about the merger (The Norwegian Competition Authority (2007))

Based on this evaluation, the merger was only accepted by the Authorities with the inclusion of remedies to counteract the anti-competitive effects of the merger. Particularly, the merging partners were required to close 53 branches (should be seen in relation to the 125 and 137 branches of the merging parties, and the total number of branches in 2003; 1376 (Source: Bankplassregisteret)). Furthermore, it was required that:

“(...)DnB’s and Gjensidige NOR’s bank branches and business centers that are to be closed down must be allowed to be taken over by potential competitors. A competitor who establishes itself in the closed down bank branch will therefore have increased opportunities to compete for existing customers in the branch or center and hire staff with local knowledge. The restriction of competition is further alleviated by DnB NOR being obliged to refrain from offering particularly favorable terms to existing loan customers who have been associated with closed branches and centers. Furthermore, DnB NOR must in writing, directly inform existing customers about which bank will take over the bank premises(...)”. (p. 91 in the decision document)

Based on the assumption that the efficiency gains would outweighed the negative effects the merger was approved by the Norwegian Competition Authority 7 November, 2003.

2.3. Characteristics of Norwegian Firms

There were approximately 430 000 firms in Norway in the beginning of 2004, the subsequent year of the merger. Table 1 shows the size distribution of firms in Norway (Source: Statistics Norway, Table 372, 2004)

Employees	0	1-4	5-9	10-19	20-49	50-99	100+	total
Number of companies	266573	86048	34323	22168	13737	4399	2662	429910

Table 1: Firm size distribution 2004.

We see that small and medium-sized firms dominate the size distribution of Norwegian businesses. Most businesses have no employees (i.e. self-employed or inactive firms), and very few firms with more than 100 employees. The geographical location of firms shows the highest concentration of firms in and around Oslo, which should not come as a surprise given that this is the capital and the biggest city in Norway. In this region we also find the greatest presence of large corporations. In the later table 4 we show some more details about the industry composition.

3. Data

3.1. Data sources

We are relying on two main data sources. First, we use the population of loans of Norwegian firms from Norwegian banks. The data is provided by from the Norwegian Tax Administration.⁶ For each loan we know the size of the loan as of December 31 of each year as well as the interest payments during the year. An advantage of these data are that they are collected for public registers and have universal coverage. Furthermore, they are scrutinised by auditing firms and the Tax Administration before being made available for aggregate public statistics and research. Hence, the data are in general of a high quality. Furthermore, it identifies the bank and the name (and an identifier) of the loan taker.

Second, we use balance sheet information provided by the financial statement database maintained by the Centre for Applied Research (SNF) at the NHH - Norwegian School of Economics. The database includes the population of compulsory annual financial statements (Brønnøysundregistrene). Also these data are collected for public registering and have universal coverage. Furthermore, they are also of high quality since they are scrutinised by auditing firms and the Tax Administration before release. The database also includes addresses and industry classification codes. We use the balance sheet information to construct our risk indicators. In our analysis, we mainly focus on the ingredients of the Altman z-score (working capital/assets, retained earnings/assets, return on assets, leverage, asset turnover) plus EBITDA/liabilities and current assets/liabilities).⁷ Finally, we use the NIBOR (Norwegian Inter Bank Offered Rate) published by Norges Bank (the Norwegian Central Bank) to calculate the risk-premium, or the net interest rate, of the loans.⁸

⁶These data are collected by the tax authority since interest payments are deductible in Norway.

⁷To the best of our knowledge, our analysis is one of the few to address the question of competition in the banking sector and the firms with such a rich dataset linking the whole population of banks and firms, and details about the loans.

⁸We have cleaned the data, removing extreme values of the various ratio-variables using a winsorizing approach.

3.2. Defining affected markets

We differentiate between affected markets in which both merging banks were present before the merger, and unaffected markets, in which none or only one of the two banks was present. Norway is a long and narrow country, with a very long coastline. Administratively it is divided into counties and municipalities. For local bank market definition, we rely on the 46 labor market areas defined by Statistics Norway (see Bhuller, 2009).⁹ The division into economic regions is based on the commuting distance between the center municipality and the surrounding municipalities. This is done to reflect actual workforce-flow between the municipalities. That means that a group of municipalities might be grouped together even if they are located in different counties. One would think that these geographical labor-markets/commuting areas are relevant for other services and activities, for instance loan access, as these areas might reflect common culture and thinking. Such arguments are supported by findings in the literature which indicate that banks prefer to form relationships with geographically close customers (see for instance Guiso et al., 2004; Degryse and Ongena, 2005, and Huber, 2018). 17 of these markets are directly affected by the merger. Table 2 shows the 46 different local markets.

An underlying assumption in our analysis is that only local markets where the merging banks have branch offices are affected by the merger. Thus, it is important to have information about the location of the bank branches. Information about the addresses of the bank branches is based on information from Finans Norge (Finance Norway), the financial sector's industry organization, and collected in the so-called Bank Branch Location Register (Norw.; Bankplassregisteret). The information in this register is based on a questionnaire sent to all banks located in Norway. Responses are voluntarily. For our analysis, missing information in the Bank Branch Location Register is completed with data directly collected from the banks themselves (for instance from Nordea for some of the last sample years), or by manually using address information of the bank branches.

⁹In 2009, the year used to define local markets in this study, Norway consisted of counties 19 and 430 municipalities.

Market	Affected	Market	Affected
11 South-Østfold	x	51 Sunnfjord	
12 Oslo	x	52 Sognefjord	
13 Vestfold	x	53 Nordfjord	
14 Kongsberg	x	54 Søndre Sunnmøre	
15 Hallingdal		55 Ålesund	
21 Valdres		56 Molde	
22 Gudbrandsdalen		57 Nordmøre	
23 Lillehammer	x	58 Kristiansund	
24 Gjøvik	x	61 Trondheim	x
25 Hamar	x	62 Midt-Trøndelag	x
26 Kongsvinger		63 Namsos	x
27 Elverum		64 Ytre Helgeland	
28 Tynset/Røros		65 Indre Helgeland	
31 Northwest-Telemark		71 Bodø	x
32 East-Telemark	x	72 Narvik	
33 South-Telemark	x	73 Vesterålen	
34 Arendal		74 Lofoten	
35 Kristiansand		75 Harstad	
36 Lister		76 Midt-Troms	
41 Stavanger		77 Tromsø	x
42 Haugesund		81 Alta	x
43 Sunnhordland		82 Hammerfest	
44 Bergen	x	83 Vadsø	x

Table 2: Affected markets

4. Results

In order to focus on the competition affect, we concentrate in this analysis on new loans. For new loans, we expect to see a direct effect of the merger. In contrast, the stock of loans involves a mechanical effect if there are search costs and/or switching costs. Search costs are related to finding a better offer given that a merger might lead to increased interests rates and worsened loan conditions in general. Switching costs include both fixed fees and costs to sign a new loan, and that banks may hesitate to change the interest rate for previously established loans timely after the merger. Hence, we concentrate on the loan information from the year of establishment. We observe 96619 newly established loans from 47 772 distinct companies between 2000 and 2007.

4.1. The effect of the merger on competition/concentration

We start out looking at the concentration, measured by the Herfindahl-Hirschman Index (HHI).¹⁰ Figure 1 shows the development of the HHI of new loans in in the local markets, differentiated into affected and control markets.

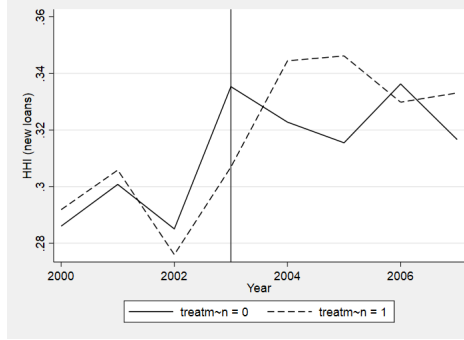


Figure 1: Development of the HHI over time, based on new loans

The figure based on new loans indicates that there is an increase in both the affected markets and in the control markets before the merger. In 2002, the year prior to the merger, the concentration in the affected market is marginally smaller than in the control markets. In 2004, the concentration in the affected markets is now higher than in the control markets. This is not what one would expect if the interest rate would increase and supply of loans would decrease following from anticompetitive effects of the merger. Admittedly we observe when including both existing and new loans a strong increase of the HHI in the affected markets. However, this is more or less due to a mechanical effect when calculating the concentration from one player instead of two individual players.

In order to analyze the evolvement in concentration, we run a difference-in-difference model on the geographical market level with the mean HHI of new loans as the dependent variable. We use the time period from 2000-2007, where the merger periods start with 2004. Specifically, we estimate at the geographical market level the following specification

$$HHI_{jt} = \alpha + \nu_j + \gamma_t + \beta \cdot \text{after merger}_t \cdot \text{affected market}_j + \epsilon_{jt} \quad (1)$$

¹⁰The Herfindahl-Hirschman Index (HHI) is commonly used as a measure of competition. See for instance Boone (2008), Shaffer and Spierdijk (2017) and Vives (2016, p 88-89) for discussions about pros and cons of well-established competition measures.

where j denotes the related geographical market in year t . We are especially interested in the β -coefficient as this will pick up the effect of the merger since it reflect the difference in the affected markets relative to the control markets, a difference that was non-existing before the merger. Thus, the additional difference is supposed to stem from the actual merger.

	(1)	(2)	(3)	(4)
	HHI	HHI <1bn	HHI <100mn	HHI <10mn
affected $\times$ after	0.015 (0.019)	0.005 (0.018)	0.009 (0.017)	0.007 (0.014)
Constant	0.306*** (0.006)	0.303*** (0.005)	0.291*** (0.005)	0.286*** (0.004)
Local market fixed effects	yes	yes	yes	yes
Year fixed effects	yes	yes	yes	yes
Observations	368	368	368	368

Standard errors in parentheses

* $p < 0.05$, ** $p < 0.01$, *** $p < 0.001$

Table 3: Effect of the merger on HHI, based on new loans; total and by loan sizes

Table 3 confirms the observation from the figure. We repeated the analysis excluding loans larger than 1bn, 100mn and 10mn NOK. The results are presented in columns 2-4. The conclusion remains the same.¹¹

4.2. The effect of the merger on new loans

We focus from now on loan level information. Table 4 shows the distribution of loan observations across industries, and the number of distinct companies. We use the Standard Industrial Classification SN2002 used by Statistics Norway until 2007, splitting into 12 main industries. Services and Real Estate, and Wholesale and Retail account together for about 60 percent of the observations. This is not surprising given that the Norwegian business landscape is dominated by small firms.

Table 5 summarizes information on loan characteristics including the risk-measures of the loan-taker. The average interest rate in the sample period equals 7.0 percent, and

¹¹When including old loans the HHI increases significantly in the affected markets, showing the mechanical effect of the merger.

	Loans	Share	Firms	Share
1 Primary industries	2671	0.028	1307	0.027
2 Oil and Gas	127	0.000	53	0.001
3 Manufacturing industries	11423	0.118	5313	0.111
4 Constructions and Energy	11693	0.121	5291	0.111
5 Wholesale and Retail	25351	0.262	13557	0.284
6 Shipping	1354	0.014	494	0.010
7 Transport and Tourism	5161	0.053	2081	0.044
8 Finance and Insurance	1211	0.013	430	0.009
9 Services, Real Estate	32260	0.334	16174	0.339
10 Health and Social Services	2144	0.022	1200	0.025
11 Culture and Media	2180	0.023	1230	0.026
12 IT and Telecommunication	1044	0.011	642	0.013

Table 4: Loans- and firms shares, by industry

subtracted by the NIBOR 2.6 percent. The average loan size equals around 7mn NOK. However, this distribution is heavily skewed as the median is much smaller than the mean. Furthermore, we observe on average an return on assets of 7.6 percent, and the companies finance 81.8 percent by debt.

	Obs.	Mean	SD
Interest rate	96619	0.070	0.039
Interest rate (net)	96619	0.026	0.027
Loan amount	96619	7099643	70290872
Return on assets	96619	0.076	0.153
Leverage	96619	0.818	0.278
EBITDA / Liabilities	96619	0.197	0.344
Current assets / liabilities	94977	1.524	1.854
Asset turnover	96619	1.640	1.754
Working capital / assets	96619	0.055	0.282
Retained earnings / assets	96619	0.049	0.306

Table 5: Summary statistics, firm-level information for firms with new loans

Investigating the development of the mean interest rate in the affected and non-affected markets, Figure 2 shows that the mean interest rate in affected markets mirrors the mean interest rate in the control market. The only exception is year 2002 where the mean interest rate is somewhat higher in the affected markets. It is hard to see that this difference should be related to the merger between DnB and Gjensidige NOR the subsequent year.

Turning to the evolvement of the risk measures, we observe some differences in the

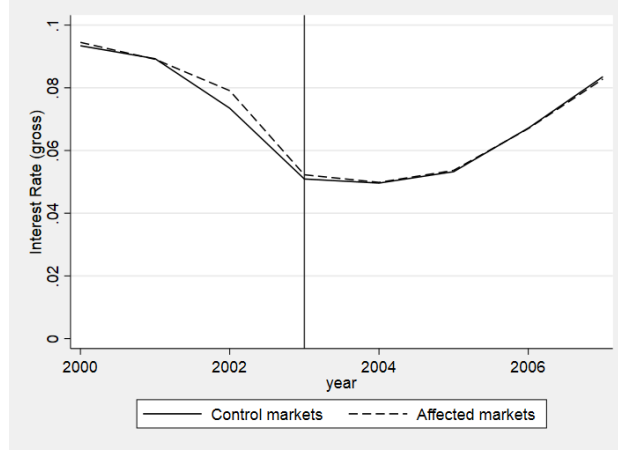


Figure 2: Interest rate development over time

development of the risk measures in the affected and control markets in Figure 3. As for the interest rates in Figure 2, we do not observe a consistent effect related to the merger on any of the seven risk measures. Thus, it is hard to state that the merger has significantly affected the risk behavior of the merging banks.

In order to analyze some of the observed but still marginal differences in interest rate and risk measures further, we utilize a difference-in-difference regression equation framework. This framework allows us to address the statistical significance of potential differences. More specifically, we estimate the following specifications

$$y_{ijt} = \alpha + \nu_j + \gamma_t + \beta \cdot \text{after merger}_t \cdot \text{affected market}_j + \epsilon_{ijt}, \quad (2)$$

where i denotes individual loans, j the related geographical market in year t , and y_{ijt} either the related interest rate or risk measure.

We observe in Table 6 that there is no statistically effect on any of the risk measures reported in Columns (2)-(8) i.e. that the β or $Affected \times After$ are all statistically insignificant. The regression supports the impression from the figures that there seems to be no effect on the risk taking in markets affected by the merger, i.e., in markets that experience a decrease in competitive pressure.

Note however, we observe that the interest rate, Column (1) is lower in affected markets after the merger. Before discussing interpretations of this observation, we analyze this effect further statistically. In order to establish a causal effect of the merger, we

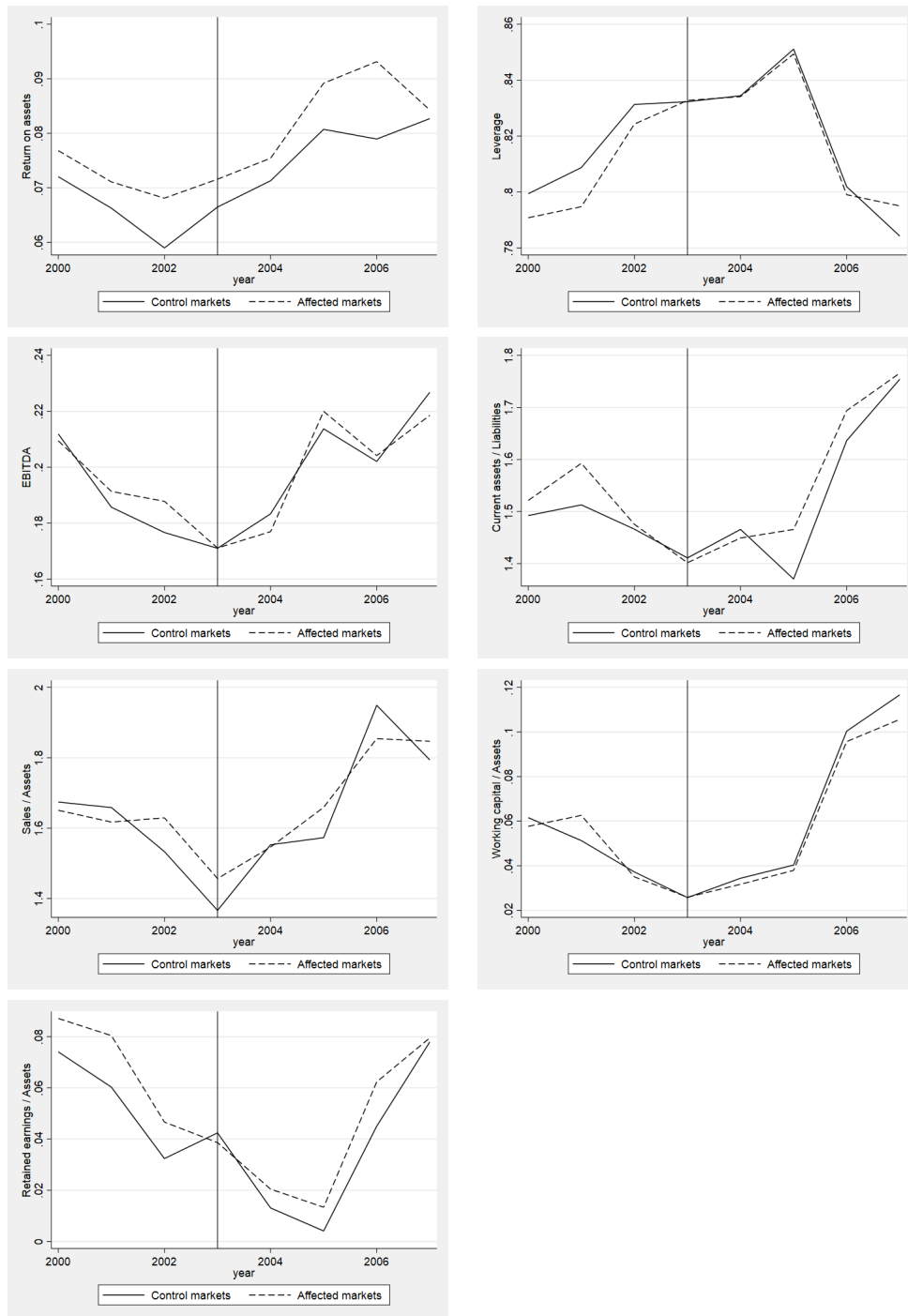


Figure 3: Risk measures over time

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
	interest rate	return on assets	leverage	EBITDA/ liabilities	current ass./ liabilities	sales/ assets	working cap./ assets	retained earn./ assets
Affected × After	-0.002** (0.001)	0.001 (0.0032)	0.010 (0.007)	-0.005 (0.006)	0.015 (0.025)	-0.018 (0.038)	-0.008 (0.006)	-0.004 (0.006)
Constant	0.088*** (0.001)	0.045*** (0.006)	0.802*** (0.018)	0.135*** (0.011)	1.893*** (0.072)	0.235*** (0.053)	0.006 (0.011)	0.055*** (0.014)
Observations	96619	96619	96619	96619	94977	96619	96619	96619
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Firm size FE are implemented by 10 dummy variables for different spans of firm sizes in terms of number of employees.

Table 6: Regression results; diff-in-diff model (see eq. (2))

require common trends in the pre-merger periods. That means, there should be no statistically significant differences between the affected markets and the control markets before the merger. We furthermore require a decline in the post-merger periods. Therefore, we analyze the leads and lags by interacting *Affected* with a dummy variable for each individual years, except the last pre-merger year 2003, which serves as the baseline. Results are presented in Table 7.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
	interest rate	return on assets	leverage	EBITDA/ liabilities	current ass./ liabilities	sales/ assets	working cap./ assets	retained earn./ assets
Affected market × y2000	0.000 (0.001)	0.000 (0.004)	-0.007 (0.008)	0.001 (0.008)	0.016 (0.056)	-0.025 (0.047)	-0.001 (0.008)	0.018*** (0.006)
Affected market × y2001	-0.001 (0.001)	0.001 (0.005)	-0.011 (0.009)	0.008 (0.010)	0.067 (0.045)	-0.063 (0.038)	0.011* (0.006)	0.021* (0.011)
Affected market × y2002	0.004** (0.001)	0.004 (0.004)	-0.009 (0.010)	0.010 (0.011)	0.021 (0.050)	-0.005 (0.053)	-0.002 (0.0112)	0.021** (0.009)
Affected market × y2004	-0.001* (0.001)	0.000 (0.004)	0.000 (0.009)	-0.003 (0.010)	-0.017 (0.0477)	-0.070* (0.035)	-0.004 (0.008)	0.011 (0.007)
Affected market × y2005	-0.001 (0.001)	0.003 (0.005)	0.000 (0.010)	0.006 (0.009)	0.101* (0.051)	-0.011 (0.054)	-0.004 (0.009)	0.010 (0.009)
Affected market × y2006	-0.001 (0.001)	0.009* (0.005)	0.002 (0.010)	0.002 (0.010)	0.047 (0.050)	-0.080* (0.040)	-0.002 (0.007)	0.017* (0.009)
Affected market × y2007	-0.002** (0.001)	-0.003 (0.005)	0.013 (0.009)	-0.007 (0.012)	0.014 (0.070)	-0.013 (0.050)	-0.012* (0.007)	0.003 (0.010)
Constant	0.088*** (0.002)	0.045*** (0.007)	0.809*** (0.021)	0.133*** (0.013)	1.873*** (0.083)	0.260*** (0.069)	0.005 (0.012)	0.038** (0.016)
Observations	96619	96619	96619	96619	94977	96619	96619	96619
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Firm size FE are implemented by 10 dummy variables for different spans of firm sizes in terms of number of employees.

Table 7: Leads and lag analysis; differences relative to 2003

It turns out that year 2002 is different from the other years, in the sense, that the interest rate is significantly higher in the affected markets than in the unaffected markets and in the other years. This result is confirmed by Table 11 in the Appendix where we leave out year 2002. Without the year 2002 there is no statistically significant difference between the affected markets and the unaffected markets. Given that the difference in Table 7 occurs *before* the merger, these regression results together with leads and lags figure, Figure 2, leads us to conclude that the merger did not have a causal effect on the interest rate in the affected markets.

We can already exclude one potential explanation for the zero effect of the merger on the interest rate - the loan composition or the risk profiles of the costumers. In principle, less risk-taking by the banks, decreasing the average risk premium, could offset an interest rate increasing competition effect. However, in our analysis, we do not find an effect of the merger on the loan risk composition as we observe no consistent effect of the merger on any of the risk variables.

Hence, we are left with four more potential explanations for the *null* findings related to the merger. First, there is heterogeneity in how far markets are affected by the merger because the merging parties' market shares differ. Second, an efficiency enhancing effect may offset the competition effect. Third, the merger were only of minor importance for the markets, or, fourth, the merger was insofar endogenous that the affected markets are those that are increasingly prone to competitive pressure from new entrants and foreign banks in particular. In the following, we investigate further whether our result can be explained by the first or the second argument.

4.2.1. Heterogenous treatment effects

One reason for not observing an effect of the merger could be that we treat all affected markets as homogenous. However, the market shares of the two merging banks differ across the geographical markets. Therefore, we calculate for each market by how much the HHI would have increased in the last pre-merger year (2002) with a merger of the parties (ΔHHI). We consider this measure to be superior over the sum of market shares

as we also observe markets where only one of the banks has a strong position.¹² Then, we use this measure to capture heterogeneous treatment intensity in our model.

However, we observe a very similar picture. The difference-in-differences analyses reported in Table 8 reveal again a lower interest rate in the markets that are more affected by the merger (see Column (1)). Furthermore, we observe that the companies getting a loan tend to be of higher risk; leverage is higher, working capital over assets and retained earnings over assets are lower (Columns (3), (7), and (8), respectively). However, after consulting the leads and lags again only in Table 9 the effect on leverage has the potential to be reasonably causally linked to the merger.

Note that a change of the loan composition or changes in risk behavior can still not explain the zero effect on the interest rate as that would require a decreasing leverage. This is because only a decreased interest rate due to a lower leverage can compensate for an increasing interest rate due to an increase of market power. In Column (3) of Table 8, however, we observe the opposite. In markets with a larger increase in concentration we actually observe *reduced* leverage. Therefore, we are confident to rule out the heterogeneity of the merger effect as an explanation for the zero effect on the interest rate.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
	interest rate	return on assets	leverage	EBITDA/ liabilities	current ass./ liabilities	sales/ assets	working cap./ assets	retained earn./ assets
$\Delta\text{HHI} \times$	-0.009**	0.002	0.098***	-0.038	-0.010	0.263	-0.072**	-0.061**
After	(0.003)	(0.004)	(0.028)	(0.045)	(0.122)	(0.205)	(0.027)	(0.0242)
Constant	0.088***	0.046***	0.801***	0.135***	1.899***	0.224***	0.006	0.056***
	(0.001)	(0.006)	(0.017)	(0.011)	(0.072)	(0.055)	(0.010)	(0.014)
Observations	96619	96619	96619	96619	94977	96619	96619	96619
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Firm size FE are implemented by 10 dummy variables for different spans of firm sizes in terms of number of employees.

Table 8: Regression results - HHI change

4.2.2. Efficiency effects and inside vs outside banks

The second potential explanation for the zero effect is that a decreasing local efficiency effect cancels out the competition effect. In order, to check for the existence of a local

¹²Our results are, however, robust to using the sum of market shares.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
	interest rate	return on assets	leverage	EBITDA/ liabilities	current ass./ liabilities	sales/ assets	working cap./ assets	retained earn./ assets
$\Delta\text{HHI} \times$ y2000	0.000 (0.001)	0.001 (0.003)	-0.001 (0.008)	-0.000 (0.008)	-0.012 (0.046)	0.026 (0.038)	-0.001 (0.006)	0.008 (0.007)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2001	-0.010** (0.004)	0.043** (0.020)	-0.063 (0.040)	0.059 (0.061)	0.239 (0.153)	0.049 (0.148)	0.064** (0.026)	0.108* (0.058)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2002	0.022*** (0.008)	0.053*** (0.016)	0.032 (0.072)	0.075 (0.048)	0.223 (0.217)	-0.002 (0.257)	0.023 (0.060)	0.057 (0.070)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2004	-0.003 (0.004)	-0.009 (0.026)	0.015 (0.033)	-0.050 (0.048)	-0.050 (0.271)	-0.198 (0.151)	-0.004 (0.030)	0.013 (0.032)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2005	-0.005 (0.004)	0.036 (0.028)	0.112*** (0.042)	0.004 (0.071)	0.2645 (0.28241)	0.726*** (0.205)	-0.059* (0.034)	-0.048 (0.041)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2006	-0.010** (0.004)	0.066** (0.025)	0.084** (0.039)	0.037 (0.067)	-0.238 (0.201)	0.039 (0.171)	-0.043* (0.026)	0.007 (0.042)
$\Delta\text{HHI} \times$ y2007	-0.008 (0.005)	0.004 (0.033)	0.130*** (0.040)	-0.024 (0.079)	-0.083 (0.300)	0.454 (0.275)	-0.100*** (0.031)	-0.012 (0.055)
Constant	0.088*** (0.002)	0.044*** (0.007)	0.803*** (0.017)	0.133*** (0.013)	1.902*** (0.076)	0.206*** (0.063)	0.006 (0.010)	0.048*** (0.013)
Observations	96619	96619	96619	96619	94977	96619	96619	96619
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Firm size FE are implemented by 10 dummy variables for different spans of firm sizes in terms of number of employees.

Table 9: Leads and lags, HHI change, differences relative to 2003

efficiency effect, we differentiate between loans by the merging banks and by the competitors. If the merger lead to efficiency increases, the interest rate of the merging banks should decrease stronger (or increase less) than the interest rates of the competitors. Both type of banks are directly affected by the change of the competitive situation but only the merging banks can benefit from an efficiency effect. Therefore, we use a triple interaction term $inside\ bank \times Affected \times After$ in our model, where *inside bank* is a dummy variable equalling one if a loan is granted by either Gjensidige NOR or DnB.

The results in Table 10 shows no difference between the merging banks and their competitors. Therefore, we find no evidence for the existence of local efficiency effects explanation.

4.2.3. Other potential explanations for the zero findings

As already mentioned, one potential explanation for the zero finding is that the merger actually were only of minor importance for the markets, i.e. that the anticompetitive effect was rather small. In the already shown Figure 1, the HHI went from 0.31 to 0.345 in the

	(1) interest rate	(2) return on assets	(3) leverage	(4) EBITDA/ liabilities	(5) current ass./ liabilities	(6) sales/ assets	(7) working cap./ assets	(8) retained earn./ assets
Affected × After	-0.002** (0.001)	0.003 (0.004)	0.009 (0.007)	0.001 (0.008)	0.019 (0.024)	0.023 (0.056)	-0.002 (0.005)	0.001 (0.0071)
inside bank	-0.003 (0.002)	-0.002 (0.004)	-0.030** (0.015)	-0.011 (0.010)	-0.043 (0.067)	-0.114*** (0.0364)	-0.000 (0.014)	0.023* (0.013)
inside bank × Affected	0.001 (0.002)	0.005 (0.004)	0.006 (0.016)	0.011 (0.012)	0.034 (0.071)	0.138*** (0.046)	0.010 (0.015)	0.002 (0.014)
inside bank × After	0.001 (0.001)	0.001 (0.004)	0.003 (0.011)	0.009 (0.011)	0.077 (0.078)	-0.011 (0.036)	-0.001 (0.010)	0.0029 (0.010)
inside bank × Affected × After	-0.002 (0.001)	-0.007 (0.005)	-0.007 (0.013)	-0.026** (0.012)	-0.047 (0.079)	-0.152** (0.071)	-0.018 (0.011)	-0.011 (0.012)
Constant	0.089*** (0.001)	0.044*** (0.006)	0.810*** (0.017)	0.135*** (0.011)	1.896*** (0.070)	0.227*** (0.053)	0.002 (0.011)	0.046*** (0.014)
Observations	96619	96619	96619	96619	94977	96619	96619	96619
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Firm size FE are implemented by 10 dummy variables for different spans of firm sizes in terms of number of employees.

Table 10: Regression results - insider/outsider

affect market (3.5 percentage points increase), perhaps (or evidently) not enough to rock the boat. An alternative explanation is that the merger was insofar endogenous in the sense that it came as a response to increasingly to competitive pressure from new entrants and foreign banks. Even though aggregate statistics show only a few new entrants in the Norwegian bank market subsequent to the merger, the perceived threat could be enough to discipline the existing players. Furthermore, the Norwegian Competition Authority enforced closing of 53 branches in affected markets, to refrain the merged bank from offering particularly favourable terms to existing loan customers, and to inform the same customers if branches are transferred to another bank. It is hard to know exactly to what extent these remedies reduced potential anticompetitive effects the merger as the contrafactual outcome is impossible to observe.

5. Concluding remarks

It is of great interest to analyze the effects of a merger between two of the most significant players in the financial market, as competition and risk behavior, and therefore stability is of great importance not only for the affected parties and stakeholders, but also for the real activity, stability and growth of the whole economy. In this paper we perform a

post-merger analysis of the 2003-merger in the Norwegian bank market of the number one and number three when it comes to market shares. Despite increased concentration, it is hard to find any evidence that this merger actually lead to an increase in the interest rate charged the firms. Also the share of the corporate market controlled by the merging parties seems to very stable. Thus, the merger did not lead to a great reallocation of customers from the merging parties to the non-merging parties. When analyzing the various risk-measured based on balance-sheet and accounting information of the firms, the effects are rather modest.

Even though the effects of the analyzed merger are rather modest, cautious and continuous looks at the financial markets both by the competition authorities and the financial regulators are highly necessary. The costs of dampened competition, both for the households and firms, and the society as a whole by misallocation of financial resources might be significant. On the other, a potential collapse in the financial sector will also be serious to many stakeholders. As there are both efficiency gains and potential negative market power effects of mergers, each merger must be analyzed individually and with great care. Furthermore, the remedies against the potential market power increase must be functional and proportional. In most cases it is hard to know the contrafactual outcome if no anti-competitive measures would have been imposed, also for the merger analyzed in this study.

6. References

- Aamo, B.S., (2016), *Læring fra kriser*. Bergen: Fagbokforlaget (in Norwegian).
- Allen, F. and D. Gale (2004), “Competition and Financial Stability”, *Journal of Money, Credit and Banking*, 26(3), 453-80.
- Amel, D., Barnes, C., Panetta, F., and Salleo, C. (2004) “Consolidation and efficiency in the financial sector: A review of the international evidence”, *Journal of Banking & Finance*, 28, 2493–2519
- Bank of England (2015), “One Bank Research Agenda, Bank of England Discussion Paper, available at: <http://www.bankofengland.co.uk/research/Documents/onebank/discussion.pdf>.
- Beck, T., Demirgüç-Kunt, A., and Levine, R., (2006), “Bank concentration, competition, and crises: First results”. *Journal of Banking and Finance*, 30, pp. 1581-1603.
- Berger, A.N., Klapper, L., and Turk-Ariss, R., (2009), “Bank Competition and Financial Stability”. *Journal of Financial Services Research*, 35, pp. 99-118.
- Bhuller, M., (2009), “Classification of Norwegian Labor Market Regions”. SSB Notater 2009/24, Statistics Norway (in Norwegian).
- Boone, J. (2008) “A new way to measure competition”. *Economic Journal*, 118: 1245–61.
- Boyd, J. H., and De Nicoló, G., (2005), “The Theory of Bank Risk Taking and Competition Revisited”. *The Journal of Finance*, 60, pp. 1329-43.
- Boyd, J. H., De Nicolo, G., and Loukoianova, E. (2009) “Banking Crises and Crisis Dating : Theory and Evidence”, IMF Working Paper No. 09/141
- Calomiris, C. and Karceski, j. (2000). “Is the Bank Merger Wave of the 1990s Efficient? Lessons from Nine Case Studies,” NBER Chapters, in: *Mergers and Productivity*, pages 93-178, National Bureau of Economic Research, Inc.
- Calomiris, C. W., (1999) “Gauging the efficiency of bank consolidation during a merger wave”, *Journal of Banking & Finance* 23, 615-621.

- Caminal, R., and Mateus, C., M. (2002), “Market power and banking failures”, *International Journal of Industrial Organization*, 20, 1341–1361
- Canta, C., Nilsen, Ø. A., and Ulsaker, S. A. (2020) “Competition in local bank markets: risk taking and loan supply”, mimeo, Norwegian School of Economics, Bergen.
- Carletti, E. and Hartmann P. (2002), “Competition and stability: what’s special about banking?”, in P. Mizen (ed.), *Monetary History, Exchange Rates and Financial Markets: Essays in Honour of Charles Goodhart*, vol. 2, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 202-229
- Degryse, H., and Ongena, S., (2005), “Distance, lending relationships, and competition”, *Journal of Finance*, 60, pp. 231-266.
- Demsetz, R.S., Saidenberg, M.R., and Strahan, P.E., (1996), “Banks with something to lose: The disciplinary role of franchise value”. *FRBNY Economic Policy Review*, 2, 1-14.
- Gelos, R. G., and Roldos, J. (2004) “Consolidation and market structure in emerging market banking systems”, *Emerging Markets Review*, 5(1), 39-59
- Gill, A., Juranek, S., Lizarazo, C., Walz, U., Visnjic, N. (2013) “Anreize, systemische Risiken und Intransparenz. Lehren aus der Finanz- und Staatsschuldenkrise”, Center for Financial Studies Working Paper.
- Goetz, M. R. (2018) “Competition and bank stability”, *Journal of Financial Intermediation*, forthcoming.
- Guiso, L., Sapienza, P., and Zingales, L. (2004) “The Role of Social Capital in Financial Development”, *American Economic Review*, 94(3), 526-556
- Herpfer, C., Mjøs, A., and Schmidt, C. (2020) “The causal impact of distance on bank lending”, mimeo, Norwegian School of Economics.
- Huber, K. (2018) “Disentangling the Effects of a Banking Crisis: Evidence from German Firms and Counties”, *American Economic Review*, 108(3), pp. 868–898.

- Jiménez, G., Lopez, J. A., and Saurina, J., (2013) “How does competition affect bank risk taking?” *Journal of Financial Stability*, 9, pp. 185-195.
- Juelsrud, R. E., and Wold, E. G. (2020) “Risk-weighted capital requirements and portfolio rebalancing”, *Journal of Financial Intermediation*, 41.
- Keeley, M.C., (1990), “Deposit insurance, risk, and market power in banking”. *American Economic Review*, 80, pp. 1183-1200.
- Liikanen, E., Baenziger, H., Campa, J.M., Gallois, L., Goyens, M., Krahnen, J.P., Mazzucchelli, M., Sergeant, C., Tuma, Z., Vanhevel, J., Wijfiels, H. (2012), “High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector - Final Report”, European Commission.
- Martinez-Miera, D., and Repullo, R., (2010), “Does Competition Reduce the Risk of Bank Failure?” *The Review of Financial Studies*, 23(10), pp. 3638-64.
- Norges Bank (2017) “Monetary Policy Report with financial stability assessment”, Report 1/2017, Norges Bank, Oslo.
- Norges Bank (2019) “Monetary Policy Report with financial stability assessment”, Report 2/2019, Norges Bank, Oslo.
- Norwegian Competition Authority (2007), “DnB og Gjensidige NOR – konkurranseloven § 3-11 – vedtak om inngrep mot fusjon Vedtak V2003-61 (eng; DnB and Gjensidige NOR - the Competition Act § 3-11 - decisions on interventions against mergers - Decision V2003-61”, Bergen, Norway.
- Panzar, J. C, and Rosse, J. N. (1987) “Testing For ”Monopoly” Equilibrium”, *The Journal of Industrial Economics*, 35(4), 443-456
- Schaek, K, Cihak, M and Wolfe, S (2009), “Are competitive banking systems more stable?”, *Journal of Money, Credit and Banking*, 41(4), 711-734.

Shaffer, S., and Spierdijk, L. (2017), “The Panzar–Rosse revenue test and market power in banking: an empirical illustration”, in (eds. J. A. Bikker, and L. Spierdijk) *Handbook of Competition in Banking and Finance*, Edward Elgar Publishing.

Statistics Norway (2004), *Statistisk Årbok*.

Uhde, A., and Heimeshoff, U. (2009). “Consolidation in banking and financial stability in Europe: Empirical evidence”, *Journal of Banking and Finance* 33, 1299–1311.

Vives, X., 2016, *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*, Princeton University Press.

Appendix

	(1) interest rate	(2) Return on assets	(3) Leverage	(4) EBITDA/ Liabilities	(5) current assets liabilities	(6) sales/ assets	(7) working capital/ assets	(8) retained earnings/ assets
Affected market × After merger	-0.001 (0.001)	0.002 (0.003)	0.009 (0.008)	-0.003 (0.007)	0.014 (0.027)	-0.013 (0.033)	-0.008 (0.006)	-0.002 (0.006)
Constant	0.089*** (0.002)	0.044*** (0.006)	0.802*** (0.018)	0.140*** (0.011)	1.886*** (0.081)	0.213*** (0.054)	0.009 (0.010)	0.056*** (0.014)
Observations	85162	85162	85162	85162	83676	85162	85162	85162
Year FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Market FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Firms size FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Industry FE	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Loansize	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

Table 11: Regression results without 2002

forlikbasert håndheving, og akseptere over- eller internasjonale løsninger i saker som involverer aktører som opererer i internasjonale markeder.

Et sentralt referansepunkt i artikkelen er selvrapportering. Med dette mener vi at foretak eller ansatte gis en belønning i form av immunitet eller redusert sanksjon for selv å ha gjort myndighetene oppmerksomme på lovbrudd.¹ Et hovedpoeng er at formaliserte prosedyrer for selvrapportering bør inngå i alle sanksjonsregimer, i kombinasjon med en formalisering av muligheten for fremforhandlede sanksjonsløsninger.

Håndheving og sanksjonering i saker om foretaksansvar har alltid vært forbundet med utfordringer, særlig ved bruk av strafferettslig regulering.² På bakgrunn av en redegjørelse for incentivene hos aktører og håndhevingsmyndigheter, peker vi på begrensninger, utfordringer og koordineringsproblemer ved den tradisjonelle tilnærmingen. Dette kommer særlig til uttrykk i spørsmålet om hvilken grad av «skyld» som skal kreves for straffansvar for foretak. Utviklingen og utfordringene knyttet til det spørsmålet, som også gjør seg gjeldende for forvaltningsretten generelt og konkurranseretten spesielt, gjør at skyldproblematikken egnes særlig oppmerksomhet nedenfor.

Mens det er behov for reform av strafferetten, og særlig den nevnte skyldproblematikken, som har motivert artikkelen, ses det så i måte hen til flere typer foretakslovbrudd og –sanksjoner. Gjennomgående benytter vi også løsningene i EU-konkurranseretten som sammenlikningsgrunnlag. Dette skyldes at rettsområdet har et velutviklet og sammenhengende håndhevingssystem, både når det gjelder miksen av håndheving av lovbrudd, fremforhandlede løsninger (non-trial resolutions/NTR), og

1

"Selvrapportering" er ikke et presist definert rettslig begrep. Vi bruker det her som en samlebetegnelse på mekanismer som gir en sanksjonsmessig "belønning", i form av bortfall eller reduksjon av sanksjonen. Andre termer som benyttes er lempning, amnesti og immunitet. Med fokus på rettsvirkningen tales det også om strafferabatt eller tilståelsesrabatt. Denne typen mekanismer kan reise spørsmål bl.a. om selvinkrimineringsvernet og forholdet mellom ulike ansvarssubjekter (typisk foretaket vs. ansatte). Av plasshensyn går vi ikke nærmere inn på slike spørsmål.

2

For en omfattende gjennomgang, se K Høivik, *Foretaksstraff - En analyse av ansvarskonstruksjonen og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger* (Oslo, Cappelen Damm Akademisk, 2012). Se også: R. H. Kraakman. "Corporate liability strategies and the costs of legal controls." *Yale Law Journal* 93 (1983): 857. M. Pieth og R. Ivory (Red). *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk* (Dordrecht: Springer, 2011).

mekanismer for å avverge lovbrudd. Videre er det i konkurranseretten utviklet bindende ordninger for koordinering mellom jurisdiksjoner på overnasjonalt nivå.

I vår vurdering av mulige reformbehov, har vi studert sanksjonsregimer for foretak på tvers av strafferettslige og sivilrettslige håndhevingsregimer. I en slik sammenligning ser vi begrensninger i de ulike systemene og en tydelig inkonsistens i behandling av likeartede utfordringer. Samtidig som vi ser håndhevingsprosesser som ikke egentlig lar seg forene med strafferettslige prinsipper, er de aktuelle utfordringene så betydelige at insentivbaserte mekanismer tvinger seg frem.

Vi starter med en gjennomgang ut fra aktørperspektivet – siden dette er grunnleggende for å forstå både begrensningene i strafferetten og potensialet for alternative løsninger. Deretter foretas det en vurdering av håndhevingsformer basert på sanksjoner og skyldkrav, med et særlig fokus på hvordan skyldelementet kan tilpasses sanksjonering av foretak (pkt. 3). I pkt. 4 vurderer vi ulike former for alternativ håndhevelse, særlig "non-trial resolutions" og "failed to prevent" mekanismer. Dette holdes opp mot de forhandlingsbaserte håndhevelsesformene som har vokst frem i konkurranseretten. Pkt. 5 oppsummerer og gir noen anbefalinger.

2. Dilemmaer i håndheving gitt aktørperspektiver og –interesser

2.1. Foretakenes interesser varierer med lovbruddets karakter

Aktørenes interesser avhenger av type lovbrudd. Kartellvirksomhet, for eksempel, kan føre til betydelig høyere profitt for foretak - og desto dyrere varer og tjenester for konsumenter, men krever koordinering mellom konkurrenter. "Tilliten" mellom kartelldeltakerne er skjør, særlig fordi deltakere som bryter ut kan oppnå betydelig (kortsiktig) gevinst. Er det mange som deltar i et kartell, øker skadepotensialet, men også sjansen for at én bryter ut. Mens kartellet er avhengig av at alle de involverte holder den ulovlige avtalen som sikrer profitt gjennom svekket konkurranse, vil den som velger å bryte ut kunne sikre sin bedrift betydelig kortsiktig gevinst. Dette gjør at tilliten kartellmedlemmene imellom er skjør, og denne svakheten ved kartellavtalen forsterkes av konkurransemyndigheter som lar være å straffe det foretaket som selv-rapporterer om det ulovlige. Slike muligheter utnyttes dermed for å skape incentiver for de involverte til selv å informere om det ulovlige, altså selvrapportering. Korrupsjon er også en type lovbrudd som krever også tillit mellom involverte, men her er det ofte samarbeid kun med én motpart, og det skjer på bekostning av konkurrenter. Som regel påvirkes både kostnadene og innholdet i det som kjøpes. Hvis bestikkelser skjer i andre land vil det

involverte foretaket sikre seg profitt til fordel for eksempel for aksjonærer i hjemlandet, mens konsekvensene skjer utenlands. Brudd på hvitvaskingsreglene er annerledes fordi de innebærer svikt i kontrollen med hvem som er involvert i lovbrudd. Banker som begår slike lovbrudd kan tjene på det selv, fordi de lar kunder tjene på ulovligheter. De skadelige konsekvensene avhenger av kundenes lovbrudd og kan oppstå både hjemme og utenlands.

På tvers av profittmotiverte lovbrudd vil det til tross for ulikheter være betydelige fellestrekk som gjør at vi kan vurdere reguleringenes forebyggende funksjon i bred forstand. Særlig ser vi en utvikling i retning av "samarbeidsbasert håndheving". Vi vil nå forklare hva vi mener med det, og deretter kommentere utfordringene fra perspektivet til foretak, håndhevingsorganer, og stater.³

2.2. Bevegelser i retning samarbeidsbasert håndheving

Foretaks muligheter for å skjule eierskap internasjonalt og hindre tilgang til informasjon gjennom kompliserte korporative strukturer, har skapt en krevende asymmetri mellom aktørenes handlingsrom for lovbrudd og håndhevingsorganers kontrollmulighet. Samarbeid i håndheving, informasjonsutvekslingsavtaler, krav til finansinstitusjoner om å rapportere mistenkelige transaksjoner, og generelt økt anerkjennelse av varslere, har styrket håndhevingsmulighetene, men er ikke tilstrekkelig for å kunne kontrollere for eksempel foretak som utnytter muligheter for å skjule lovbrudd i internasjonale finansmarkeder. Dermed kontrollerer foretakene langt på vei selv risikoen for at lovbrudd avdekkes, og etterforskernes resultater er avhengige av at de regulerte aktørene selv deler informasjon om egen ulovlige praksis. For å få dem til å gjøre det, økes bruken av insentivmekanismer som innebærer reduserte bøter for dem som samarbeider og selvrapporterer.⁴

Ordningene forsvares med henvisning til hvordan de fremmer foretakenes interne kontrollarbeid. I forhold til foretak som *ikke* ønsker å samarbeide, og som ikke ser ut til å ville ha noe system for effektiv etterlevelse (compliance), er det likevel klart at

³ Termen "håndhevingsorganer" i det følgende dekker både påtalemyndighet og administrative organer, som f.eks. Konkurransetilsynet.

⁴ Problemet og insentivmekanismene er forklart av K Basu, K Basu, og T Cordella. "Asymmetric punishment as an instrument of corruption control". *Journal of Public Economic Theory* 18.6 (2016): 831-856. P Buccirosi og G Spagnolo. "Leniency policies and illegal transactions." *Journal of Public Economics* 90.6-7 (2006): 1281-1297.

håndhevingsorganene ofte kommer til kort. For å sikre tilstrekkelig fleksibilitet til å kunne "belønne" foretak som opptrer i samsvar med insentivene ønsker håndhevingsorganer å kunne avslutte saker med å tilby forlik, i stedet for rettsak. I Europa har vi sett en klar økning i bruk av forlik i saker om foretaksstraff.⁵ Det positive med denne utviklingen er at vanskelige foretakssaker kan prosesseres til en lavere kostnad per sak, og med kortere tidsbruk per sak. Dermed kan flere saker håndteres innenfor et gitt budsjett. På grunn av den nevnte asymmetrien, vil forlikssakene imidlertid lett få preg av å være en forhandling, hvor foretakene velger hvor mye informasjon de vil dele med påtalemyndighetene, og selv bestemmer hvilken straff de vil akseptere. Forhandlingsmakten får de blant annet fra det høye beviskravet i strafferetten (og for så vidt også kravet om "klar" sannsynlighetsovervekt ved forvaltningssanksjoner) som gir dem betydelig beskyttelse, skulle saken havne i retten.

I saker hvor håndhevingsorganene har utfordringer med å dokumentere lovbrudd i prosessen som leder frem til forlik, verdsettes samarbeid fra foretaket, inkludert levering av sentrale bevis samlet av private granskere betalt av foretaket selv.⁶ Håndhevingsprosessen kan da få preg av samarbeid og dialog, heller enn avstand til mistenkte og uhildet etterforskning. Samtidig er det vanskelig for publikum å få innsyn i sentrale fakta i saker som ender med forlik. Tilgjengelig informasjon er gjerne begrenset til en kort pressemelding; langt mindre enn hva som blir tilgjengelig ved domstolsbehandling av en sak.

5

A Makinwa (red), *Negotiated Settlements for Corruption Offences: A European Perspective* (Eleven International 2015) og OECD, "Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention" (OECD 2019). For rapportering om regler og bruk av fremforhandlede forlik i 66 land, se A Makinwa og T Søreide. "Structured criminal settlements: Towards global standards in structured criminal settlements for corruption offences." The International Bar Association (IBA), 2018.

6

For en problematisering av "privatisering av etterforskning" i sivilrettslig kontekst, se S Lonati og LS Borlini, "Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in light of the U.S. experience." i Søreide and Makinwa (Red) *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*. (Edw. Elgar 2020), kap. 12: 280-308. Se også MH Baer, "When the Corporation Investigates Itself" I J Arlen *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing* (Edward Elgar 2018): 308-333.

Mangel på innsyn, kombinert med et inntrykk av samarbeidsbasert håndheving og bevis lagt frem av private granskere, vil lett svekke publikums så vel som kompetente observatørers tillit til håndhevingssystemet:⁷ Er tiltale/varsel og sanksjonsutmåling resultat av forhandlinger? Vil involverte ansvarlige individer (ledere) og foretaket holdes separate som rettssubjekter i en slik situasjon, hvis de ansvarlige lett kan påvirke hva som aksepteres på vegne av foretaket, og motsatt? Hvis håndhevingssystemet glir i retning av økt fleksibilitet, fjerner det seg da fra prinsipper om likhet for loven og krav til legitim strafferettsprosess? Vil slik bevegelse åpne for andre rettsstatlige utfordringer, deriblant risiko for at ressurssterke aktører påvirker rettssystemet eller politisk innblanding i saker?

Slike spørsmål antyder alvor et forbundet med samarbeidsbasert håndheving, og da særlig det som kan innebære en svekkelse av håndhevingssystemet, hvis det i det hele tatt⁸ er lovlig innenfor en straffe- eller forvaltningsprosessuell ramme. Samtidig er utfordringene forbundet med tradisjonell håndheving så betydelige i foretakssaker at de forsvarer endringer i retning av et system som mer effektivt sikrer virksom regulering og reaksjon.

2.3. Foretaks incentiver til å samarbeide med håndhevingsinstanser

Foretak opererer med risiko for at lovbrudd skjer, og særlig for større og mellomstore foretak vil det være slik risiko, selv om det er etablert interne kontrolltiltak. Hvordan håndheving og regulering bidrar til å redusere slik risiko avhenger av hvordan de er utformet for å oppmuntre en samlet bedriftsledelse til å etablere mer effektive

⁷

Beskrives av J Arlen and S.W. Buell. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement. *Southern California Law Review*. 93 (2019): 697-762. Organisasjoner har påpekt at bruken av fremforhandlede forlik typisk er forbundet med altfor svake garantier for at straffenivåene i foretakssaker er rettferdige, konsistente og preventive, se særlig 'Principles for the use of non-trial resolutions in foreign bribery cases'. Letter to the OECD Secretary General from Transaprency International, the UNCAC Coalition, Global Witness, and Corruption Watch UK, 6 December 2018. Når det gjelder håndhevingsinstansers frihet til å bruke skjønnsmyndighet, inkludert på grunn av mangel på åpenhet, se data og diskusjon i T Søreide og K Vagle. "Prosecutors discretionary authority in efficient law enforcement systems." I T Søreide & A Makinwa (Red) *Negotiated Settlements in Bribery Cases*. Edward Elgar Publishing (2020): 126-125.

⁸

JP Rui og T Søreide. "Governments' Enforcement of Corporate Bribery Laws." *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 132.02 (2019): 132-162. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2019-02-02>.

kontrolltiltak enn de allerede har, samt sikre en kultur som innebærer at de vil selvrapportere ulovligheter når de oppdages. Mulighet for rask og predikerbar⁹ håndhevsingsprosess vil ytterligere stimulere til selvrapportering.

Fra et økonomisk perspektiv ser vi at et objektivt ansvar kombinert med et avskrekkende bøtenivå vil fremme effektive kontrolltiltak internt i foretaket, men kan samtidig få aktører til å holde ulovligheter skjult fremfor å selvrapportere, når slike ulovligheter likevel skjer. For å motivere selvrapportering er det nødvendig med en klar omvendt proporsjonal sammenheng mellom mulig reaksjon (bøtenivå), dersom det ulovlige avdekkes, og hva foretaket har gjort for å unngå det ulovlige. Implisitt vil bøtenivået være både høyere og høyt for dem som ikke sørger for gode nok tiltak for etterlevelse og selvrapportering.¹⁰

En rekke forhold tilsier at foretak vil nøle med å rapportere avdekkede ulovligheter og samarbeide med påtalemyndigheter. For det første kan sannsynligheten for at forholdene i saken både avdekkes og bevises være så lav at de ansvarlige ikke forventer noen konsekvenser hvis de bare forholder seg rolige.

For det andre kan det totale omfanget av sanksjonene være for usikkert til at de tar sjansen på å utløse det, tross lovnader om redusert sanksjon. Enten kan sanksjonsrabatten oppfattes å være for usikker og for lav, eller så kan saken føre til ytterligere rettsforfølgelse i andre land, erstatningskrav fra kunder eller partnere, eller utestengning fra offentlige anbud. Slike konsekvenser avhenger av hva slags sak det er snakk om, hvorvidt foretaket opererer internasjonalt, og om det har mange kontrakter med offentlig sektor. Dermed vil også effekten av håndhevingstiltak avhenge av slike forhold.¹¹

For det tredje kan det være for usikkert hva konsekvensene vil være for de involverte individene i saken. Selv om foretaket slipper unna med en mildere sanksjon hvis det

⁹ LA Low og B Prelogar. "Incentives for self-reporting and cooperation. I T Søreide og A Makinwa (Red) *Negotiated Settlements in Bribery Cases*. (Edw. Publishing, 2020), kap 9. 200-227.

¹⁰ For grundigere forklaring av regulering og insentiver, se J Arlen "Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence" in A Harel and KN Hylton (red), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (Edward Elgar 2012); S Rose-Ackerman. "The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science* 6 (2010): 217-238.

¹¹ For en generell diskusjon, se S. Oded. *Corporate compliance: New Approaches to Regulatory Enforcement*. Edw. Elgar Publishing, 2013.

selvrapporterer, kan det fortsatt være alvorlige forhold knyttet til ansatte. Øvrig ledelse kan velge å ta hensyn til disses interesser og la være å rapportere saken videre. Går saken til styrebehandling vil imidlertid hensynet til foretaket veie tungt. Eiere har insentiver til å vippe ansvaret over på ansatte hvis det kan dempe omfanget av et foretaksansvar.¹²

For det fjerde kan et foretaks incentiver til selvrapportering påvirkes av hensynet til kunder og øvrige forretningspartnere. Her kan styret og bedriftsledelsen ha felles interesse av å beskytte slike, både mot risiko for at de utsettes for etterforskning, men også rent forretningsmessige implikasjoner av mulige kontraktsbrudd og andre mulige følger av en prosess. Dermed kan selvrapportering være uaktuelt uavhengig av hva håndhevingssystemet gjør for å fremme slike insentiver.

I sum må fordelene forbundet med selvrapportering og samarbeid være betydelige og predikerbare dersom de skal veie opp for mulige ulemper. Samtidig er det risiko for at mistenkte foretak vil få det til å fremstå som om de samarbeider og selvrapporterer av egen vilje, selv i situasjoner hvor saken ville ha blitt kjent uansett eller hvor kun en del av de straffbare forholdene er kjent.

2.4. Håndhevingsorganers ønske om å løse saker på kortest mulig tid

Statlige håndhevingsorganer optimerer strategier innenfor et gitt budsjett. Foretak mistenkt for alvorlige lovbrudd kan ha betydelige ressurser tilgjengelig for en slik sak, og "et kobbelt av advokater" som styrker deres posisjon vis-a-vis organet, enten saken ender med forlik eller domstolsprosess. Samtidig opplever gjerne etterforskerne i de offentlige instansene at de blir *de facto* evaluert etter hvor mange saker de har etterforsket med bot/domfellelse som resultat.

Enten evalueringene faktisk har mer bredde enn antall saker eller ikke, kan slike oppfatninger lett påvirke håndteringen av saker. Etterforskerne vil da være opptatt av at store saker er av en type som faktisk ender med bot og at hver enkelt sak ikke tar for mye tid. Fremfor selv å sikre dokumentasjon på alle forhold i saken, kan det fremstå som hensiktsmessig å belage seg på dokumentasjon som foretaket selv har lagt frem, for eksempel etter egenfinansiert privat granskning. Å kontrollere alle sider av slike opplysninger, og hvorvidt foretaket kan ha latt være å opplyse om sider av saken, er tidkrevende, og vil lett bli nedprioritert hvis det uansett er nok fakta i saken til at foretaket

¹²

BL Garrett L. "The corporate criminal as scapegoat." *Virginia Law Review* (2015): 1789-1853; VS Khanna, "Corporate liability standards: When should corporations be held criminally liable". *American Criminal Law Review*. 37 (2000): 1239-1283.

¹³ vil akseptere en bot. Men i møte med foretakets representanter og dialog om et mulig forlik vil det likevel bli klart hvordan saken kan avsluttes *raskere* ved en lempning på innholdet i tiltalen, og selvsagt, med en mildere sanksjon. Etterforskere må unngå at prosessen nærmest får preg av forhandling om slike forhold, men i praksis kan dette være en krevende øvelse.¹⁴ Hvis et raskt unnagjort forlik gjør det mulig for organet å håndtere flere saker per år, kan avveiningene være vanskelige. Et betydelig antall saker må forventes å ha en normutviklende effekt i samfunnet, selv om enkelte aspekter ved sakene kunne ha vært grundigere håndtert.

I møte med foretak som hverken har selvrapportert eller samarbeidet, er insentivene de samme. I flere land, inkludert Storbritannia og USA, har vi sett en tilbøyelighet til å lempe på bøtenivået fordi foretaket innfører, eller lover å innføre, endringer for å sikre etterlevelse i *fremtiden*, slik som endringer i ledelse, bonussystemer, kontrolltiltak, og tilstedeværelse i markeder forbundet med stor risiko.¹⁵ En kynisk vurdering av insentivene tilsier dermed at både håndhevingsorganer og foretak har interesse av rask sakshåndtering som resulterer i et *tilsynelatende* høyt sanksjonsnivå, enten forhold i saken er utelatt eller det er en sanksjonsrabatt som overstiger det foretakets samarbeid skulle tilsi. Straffeprosessuelle regler forhindrer i noen grad en slik utvikling; for det første den snevre rettslige adgangen lovverket gir for å forhandle om skyld- og straffespørsmålet, og for det andre vernet av retten til frihet fra selvinkriminering. I norsk rett gjelder sistnevnte også for juridiske personer (Rt. 2011 s. 800). Det er likevel klare holdepunkter¹⁶ for at slike forhandlinger i noen grad forekommer.

¹³ Se problematisering rundt dette i referansene om privatisering av etterforskning, jf. n 6.

¹⁴ C. King og N. Lord. "Negotiated Justice and Corporate Crime: An Introduction and Overview". Kap 1 King og Lord (Red) *Negotiated Justice and Corporate Crime. Crime Prevention and Security Management*. Palgrave Pivot, Cham. 1-10.

¹⁵ Arlen, J. og M. Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution." *The University of Chicago Law Review* (2017): 323-387. I de nevnte landene er det innført prinsipper for å dempe slik tilbøyelighet, men i de fleste land er betingelsene for forlik fortsatt nokså uregulert, som i Norge, jf. Cit. OECD (2019).

¹⁶ Cit. (Makinwa; Makinwa og Søreide), OECD (2019). B. Garrett. *Too big to Jail*. Harvard University Press, 2014.

Under slike prosesser, hvor avstand til mistenkte foretak er erstattet med dialog og samarbeid, vil det bli krevende for håndhevingsorganer å behandle foretak og ansvarlige ansatte som ulike rettssubjekter. En selvstendig prosess mot ledere er særlig vanskelig etter en selvrappoteringsak, hvor de aktuelle lederne kan ha prøvd å samarbeide med håndhevingsorganer nettopp for å unngå selv å bli holdt ansvarlig, eller hvor foretakets eiere kan ha interesse av å la ledere bli syndebukker hvis det kan dempe reaksjonene mot foretaket.¹⁷

En ytterligere utfordring for myndighetene er at foretakets samarbeid og bevisfremleggelse kan gå i stå hvis det er risiko for at de som har informasjonen selv blir straffeforfulgt.¹⁸ For håndhevingsorganet kan behovet for dokumentasjon fra foretaket være viktigere enn å forfølge enkeltpersoner. I så fall vil selve samarbeidet som leder til forlik hindre rettsforfølgelse av ansvarlige individer.

Jo mer fleksibilitet som utnyttes i saksbehandlingen, og jo flere tilbøyeligheter etterforskerne måtte ha til å avvike fra grunnleggende strafferettslige eller andre relevante håndhevingsprinsipper, desto svakere er deres insentiver til å sikre åpenhet om prosessene. Tross edle motiver er det likevel et problem hvis tillit til systemet svekkes ved at hensynet til å ferdigstille kompliserte saker skjer på bekostning av legitim prosess.

2.5. Politiske perspektiver og hensyn i bruk av foretaksstraff

Myndigheter i velfungerende demokratier vil typisk ønske å minimere de skadelige konsekvensene av kriminell forretningspraksis og sikre et velfungerende næringsliv. Håndhevingsorganenes utfordringer er også statenes utfordringer, men på et høyere myndighetsnivå vil det være flere hensyn som skal balanseres, og det er viktigere hvordan publikum og velgere oppfatter myndighetenes håndtering av næringslivsrelaterte lovbrudd.

Et viktig spørsmål er hvordan hensynet til en legitim prosess, kombinert med et ønske om befolkningens tillit, kan påvirke folkevalgtes aksept for fleksible løsninger i håndhevingen av foretaksansvaret. Prosesser som leder til sanksjon må i seg selv antas å styrke tilliten til at myndighetene "gjør noe med" næringslivsrelaterte lovbrudd. Hvis

¹⁷

A. M. Polinsky og S. Shavell, "Should Employees be Subject to Fines". *International Review of Law and Economics*. 1993. 239-257.

¹⁸

Dette dilemmaet har kommet tydelig frem i konkurranseretten, jf. EMDs dom i A. Menarini Diagnostics S.R.L. mot Italia (43509/08), 27 september 2011. Se også Rui og Søreide, cit., s. 144, og NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, pkt. 6.3..

regjering og folkevalgte for øvrig nyter stor tillit, som i Norge, vil det fremme tillit også til institusjoner under regjeringens kontroll. Samtidig er det en grense for hvor stor den prosessuelle romsligheten i foretakssaker kan være, før befolkningens bekymring fører til svekket tillit til regjeringen selv. Mangel på konsistens mellom saker, inntrykk av samarbeidsbasert håndheving, og sanksjonsnivå som rammer hverken drift eller lederes utbetalinger, vil være vanskelig å forsvare over tid. Det samme vil en praksis som innebærer at håndhevingsorganet får for stor makt, i sakene det her er snakk om som etterforsker, kontrollinstans for bedrifters etterlevelsessystem, og de facto ¹⁹ sanksjonsmyndighet. Staten (ved de folkevalgte) vil således både ha insentiver til å innføre (overbevisende) prinsipper og begrensninger for håndhevingen, samtidig som den vil ønske å beholde fleksibiliteten i håndhevingen.

Utover spørsmålet om å kontrollere lovbrudd, kan det være forhold som tilsier at regjeringen vil ønske å skjerme enkelte foretak mot straff. Tross ambisjoner om at sanksjoner skal holde et preventivt nivå, kan det være saker hvor det mistenkte foretaket har en særlig viktig rolle i samfunnet, for eksempel som en viktig arbeidsgiver eller en strategisk viktig produsent. Selv om både det forvaltnings- og straffeprosessuelle sporet i Norge er politisk uavhengig, vil fleksibilitet for forliksbaserte løsninger gi økt risiko for politisk påvirkning i saker. Særlig i saker om store foretak som har vært involvert i kriminelle handlinger utenlands, hvor de skadelige konsekvensene av lovbrudd utkrystalliserer seg kun utenlands, kan det være politisk ønske om å dempe en mulig ²⁰ strafferettslig reaksjon.

Hvis den politiske viljen til å sanksjonere viktige foretak er lav, mens fleksibiliteten i forhold til prosessuelle prinsipper er stor, vil det være risiko for en uheldig utvikling i retning av svekkede rettsstatlige prinsipper, større utnyttelse av uformell kontakt mellom representanter for ulike instanser (tette/små nettverk), mindre konsistens i håndteringen av saker, og selvsagt, svekket tillit til at systemet bidrar til å forebygge alvorlig kriminalitet.

¹⁹

S. Voigt. "Prosecutors: A Cross-National Political Perspective." *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. 2021. Se også Rui og Søreide, cit.7. s 145.

²⁰

I flere land har vi sett klare eksempler på politikere som prøver å bryte inn i påtalemyndighetenes prosess. For en gjennomgang av utfordringer, se T Søreide. *Corruption and Criminal Justice*. (Edw Elgar 2016), Kap 3 og 6.

3. Skyldkrav eller ikke?

3.1. Oversikt

Strafferetten er et veletablert sanksjonssystem, men håndheving av normer rettet mot økonomisk kriminalitet basert på tradisjonelle strafferettslige utgangspunkter, vil samtidig være utfordrende og ressurskrevende.²¹ Lovgivningen har strevd med å finne kompromiss mellom de prinsipper som strafferetten ellers baserer seg på og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i foretakssaker, noe spørsmålet om betydningen av skyld for foretaksansvaret særlig illustrerer. Disse utfordringene har også gjort seg gjeldende for forvaltningsrettslige sanksjoner, konkurranseretten inkludert. På dette punktet har vi derfor valgt å fokusere på kravet om skyld. I det videre beskrives forskjellene innenfor foretaksstraff, norsk retts generelle regler om forvaltningssanksjoner i forvaltningsloven kap. IX om "Administrative sanksjoner" og det særlige skyldkravet som er utviklet i konkurranseretten. Som vi skal se, befinner alle disse sanksjonsordningene seg i et spenningsfelt mellom de prinsipielle utgangspunkter som gjelder for sanksjonering av enkeltindivid og mer eller mindre vellykkede forsøk på å «strekke» disse med tanke på foretak. Det resulterer i en tungrodd håndheving og til å drive frem forliksløsninger og skape behov for alternative tilnærminger.

3.2. Foretaksstraff: Fremvekst og fall for objektiviserte standarder

For foretak har foretaksstraffen vært den sentrale reaksjonen mot lovbrudd.²² Foretaksstraffen har sitt utspring i strafferetten, som tradisjonelt har vært rettet mot individet og reaksjonen har vært tenkt som en form for bebreidelse.²³ I norsk rett fikk foretaksansvaret gradvis innpass, noe som resulterte i en generell hjemmel for

²¹

Se Rui og Søreide, cit., s. 137-38. S. Oded. *Corporate compliance: New Approaches to Regulatory Enforcement*. Edw. Elgar Publishing, 2013. Se også gjennomgang av OECD's landevalueringer der behovet for kostnadsreduksjon per sak er et mye brukt argument til støtte for å akseptere forlik i foretakssaker, i R Ivory og T Søreide. "The International Endorsement of Corporate Settlements in Foreign Bribery Cases." *International & Comparative Law Quarterly* 69.4 (2020): 945-978

²² Se bl.a. Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg., Bergen 2019 s. 744–769.

²³ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 7–9.

foretaksstraff i strl. 1902 § 48 a og b.²⁴ For individansvaret er forsett og uaktsomhet sentrale i vurderingen av hvem som er strafferettslig ansvarlig.²⁵ Foretakets manglende evne til selv å utvise skyld, ble søkt løst ved å koble ansvaret for foretaket til en individuell handling av noen som handler på vegne av individet.²⁶ Utgangspunktet etter strl. 2005 § 27 er at foretaksansvar er aktuelt "[n]år et straffebed er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak". Vilklårene knyttes dermed først og fremst til hva den som har handlet på vegne av foretaket, har gjort. Skyldvurderinger knyttet til foretaket kommer først og fremst inn i forbindelse med det skjønnet som påtalemyndighet og domstol må foreta med tanke på om foretak skal ilegges i det konkrete tilfellet. De sentrale momentene for det skjønnet er listet opp i strl. § 28.²⁷ Etter bokstav c) skal det legges vekt på om "foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet", som peker i retning av en slags form for systemsvikt i foretaket.

Spørsmålet har først og fremst vært hvilke krav som skulle stilles for den handling som foretaksansvaret knyttes til, altså den av individet utførte handling som skjer på vegne av foretaket. Ettersom foretaksstraffen innebærer et ansvar for brudd på straffesanksjonerte regler, har utgangspunktet vært at vedkommende må oppfylle alle vilklårene for straffansvar, forsett eller uaktsomhet inkludert.²⁸ Allerede fra tidlig av, var det likevel klart at det særegne formålet knyttet til å reagere mot foretaket, blant annet i tilfeller der det var uklart hvem i organisasjonen som hadde gjort den aktuelle handlingen, gav opphav til modifisering. Formålet gjorde det for eksempel velbegrunnet å gjøre unntak når det gjelder utilregnelighet.²⁹ Når det kom til vilklåret om utvist forsett eller uaktsomhet, var det noe uklart hvorvidt strl. 1902 § 48 a stilte opp et slikt krav, men Høyesterett avklarte

²⁴ Drøftet av bl.a. Rasmus Asbjørnsen, "Straffansvar for foretak – str. Paragraf 48a", *Norges Forskningsråd – Rapport nr. 21*, Oslo 1995, og Om den historiske fremveksten av foretaksstraffen, se Knut Høivik, *Foretaksstraff – En analyse av ansvarskonstruksjonen og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger*, Oslo 2012, s. 41 flg.

²⁵ Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 221–223 og 260–263.

²⁶ Se også i f.eks. den danske straffeloven, § 27 1. stk. For en nærmere drøftelse av ansvarskonstruksjonen, se Høivik (2012) s. 127 flg.

²⁷ Om kan-skjønnet, se bl.a. Matningsdal (2015) s. 257–270 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 761–768.

²⁸ Det er også et vilkår f.eks. for den svenske "företagsboten", se Borgeke og Heidenborg (2016) s. 612.

²⁹ Se bl.a. Høivik (2012) s. 191–195 og nå særlig strl. § 27 første ledd andre punktum.

i Rt. 2002 s. 1312 at det var tilfellet.³⁰ Kravet var riktig nok ikke konsekvent gjennomført, da også tilfeller av såkalt "anonyme feil" ble akseptert.³¹ I tillegg ble det akseptert at flere mindre feil begått av ulike personer kunne kumuleres og dermed utgjøre den nødvendige uaktsomheten.³²

Formålene og utfordringene med håndheving av foretaksstraffen fortsatte imidlertid å legge press på de strafferettslige utgangspunktene, og i straffeloven 2005 valgte lovgiver å ta bort kravet om utvist forsett eller uaktsomhet for den som handlet på vegne av foretaket. Paragraf 27 slår nå fast at foretaksstraff er aktuelt "selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet". Riktig nok fremgår det av § 28 b) at det ved avgjørelsen av om et foretak skal ilegges straff, blant annet skal tas hensyn til om noen som handler på vegne av foretaket har utvist skyld. Dette er imidlertid ikke en del av skyldspørsmålet; § 27 foreskriver etter sin ordlyd et rent objektivt straffansvar.

Endringen var blant annet ment å forenkle prosessen mot foretak.³³ Det har vært reist flere kritiske spørsmål til endringen, og heller ikke etter at endringen trådte i kraft var rettstilstanden klar, sett i lys av formuleringer i forarbeidene som indikerer at det likevel gjelder et (lett) uaktsomhetskrav.³⁴ På dette punktet har imidlertid EMK-retten bidratt til avklaring.

EMK setter begrensninger for et objektivt straffeansvar – også for foretak. Disse skrankene må lovgiver respektere. I storkammerdommen *G.I.E.M. og andre mot Italia*³⁵ var forholdet at staten hadde anvendt lovgivning, som tillot inndragning av eiendommer på rent objektivt grunnlag. Klagerne gjorde blant annet gjeldende for Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) at inndragning på rent objektivt grunnlag var i strid med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 7. Selv om inndragning ikke var klassifisert som straff i nasjonal rett, kom EMD til at den type administrativ inndragning som var blitt benyttet, måtte anses som en sak om straff etter

³⁰ Se særlig s. 1318 i dommen.

³¹ Se videre for eksempel Høivik (2012) s. 195–196.

³² Se for eksempel Magnus Matningsdal og Anders Bratholm, *Straffeloven med kommentarer. Første del. Almindelige bestemmelser*, 2. utg., Oslo 2003 s. 395. I Rt. 2002 s. 1312 s. 1318 omtalte Høyesterett dette som "et kollektivt skyldkrav".

³³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242, se her også Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utg., Oslo 2016 s. 277–278.

³⁴ Se for eksempel Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 752–754.

³⁵ Søkenummer 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018.

EMK artikkel 7, slik at artikkelen kom til anvendelse.³⁶ Domstolen gjennomførte en bred drøftelse der konklusjonen var at "Article 7 requires the existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence".³⁷ Ut fra denne avgjørelsen kan det ikke være tvil om at EMK artikkel 7 er til hinder for bruk av straff på rent objektivt grunnlag.³⁸ Etter straffeloven § 27 er foretaket objektivt ansvarlig for handlinger som er begått av fysiske personer "på vegne av" foretaket. Et objektivt straffansvar for et foretak for handlinger som er begått av fysisk person uten at sistnevnte har utvist noen form for skyld ("dobbelts objektivt ansvar"), er ikke forenlig med forbudet mot rent objektivt ansvar i storkammerdommen.³⁹

EMDs rettskildemessige grunnlag for rettsoppfatningen er i hovedsak teknisk ved henvisning til tidligere avgjørelser. Det er imidlertid grunn til å merke seg at EMD også bruker begrunnelsen for et krav om skyld for ileggelse av straff som argument. Nærmere bestemt vises det til "the rationale of sentence and punishment, and the 'guilty' concept".⁴⁰ Straffen er et tilbakeskuende fenomen; en reaksjon på en handling som en gjerningsperson har begått i fortiden. Straff er heller ikke hvilken som helst reaksjon, men et uttrykk for samfunnets fordømmelse og offentlige misbilligelse av en borgers atferd (sosial-etisk klander), og er den sterkeste reaksjonen staten har overfor borgerne. Når straffen har disse helt særegne trekkene, er det et grunnleggende rettsstatsprinsipp at gjerningspersonen må kunne klandres for at straff skal være aktuelt; vedkommende må ha utvist skyld i strafferettslig forstand. I tillegg ble som argument mot objektivt ansvar⁴¹ fremhevet at det ikke gir tilstrekkelig forutberegnelighet for borgerne.

Det var derfor ikke overraskende at Høyesterett i dom avsagt 15. april 2021 (HR-2021-797-A) med henvisning til G.I.E.M.-dommen uttalte at "det er et vilkår for straff at gjerningspersonen har utvist skyld. Straff kan altså ikke idømmes på rent objektivt grunnlag".⁴² Hvilket skyldkrav gjelder så ved straff av foretak? Foretaksstraffen i foreliggende sak ble ilagt med grunnlag i straffeloven § 27, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav a. Grunnlaget var at selskapet hadde hatt en daglig leder som ikke

³⁶ Ibid. Avsnitt 211.

³⁷ Ibid. Avsnitt 242.

³⁸ Jon Petter Rui: "Fra menneskerettighetsdomstolen", *Tidsskrift for strafferett*, 2018 (202-215) s. 204.

³⁹ Op.cit. s. 201-211.

⁴⁰ Avsnitt 116-117.

⁴¹ Ibid. Avsnitt 242.

⁴² Avsnitt 23.

hadde oppholds- og arbeidstillatelse i Norge. Skyldkravet i utlendingsloven er grov uaktsomhet. Høyesterett kom imidlertid til at det var tilstrekkelig for å straffe foretaket at noen som hadde handlet på vegne av virksomheten hadde opptrådt uaktsomt. Det ble begrunnet med at et krav om ordinær uaktsomhet var tilstrekkelig for å eliminere motstriden mellom EMK-retten og norsk rett, jf. menneskerettsloven § 3.⁴³ Denne løsningen hadde gode grunner for seg i foreliggende sak. Derimot er det problematisk å operere med et generelt uaktsomhetsansvar for den som har handlet på vegne av foretaket. Som eksempel kan nevnes at det er vanskelig å forestille seg ubevisst uaktsomme overtredelser av straffebudene som rammer korrupsjon og påvirkningshandel (straffeloven §§ 387-389). Etter vår oppfatning er det en lovgiveroppgave å ta stilling til hvilken generell skyldkonstruksjon som skal legges til grunn når en juridisk person skal holdes ansvarlig for overtredelser av straffebud som er begått av fysiske personer som handler på vegne av foretaket.⁴⁴

3.3. Forvaltningssanksjoner: Objektivisert standard

Behovet for å "avlaste" strafferetten for deler av den omfattende spesiallovgivningen som vokste frem ut over 1900-tallet, har blitt mer og mer anerkjent. Administrative overtredelsesgebyrer tok for eksempel over for foretaksstraffen i konkurranseretten.⁴⁵ Et nytt generelt sanksjonsspor i forvaltningslovgivningen, regulert i kapittel IX av forvaltningsloven skal også legge til rette særlig for økt bruk av overtredelsesgebyr ilagt av forvaltningen selv.⁴⁶ Kapittelet gir ikke selv hjemmel for bruk av disse reaksjonene, men gir "systemet" som annen lovgivning kan bygge på.

Forvaltningslovens kap. IX § 46 omhandler "administrativ foretakssanksjon". Bestemmelsen har en noe annen funksjon enn bestemmelsene om foretaksstraff i straffeloven.⁴⁷ Sanksjonsutvalget foreslo en generell hjemmel for ilegging av

⁴³ Avsnitt 24.

⁴⁴ Utredningen til Knut Høivik, Foretaksstraff og korrupsjon: En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet (2021), representerer et viktig bidrag til diskusjonen i så måte.

⁴⁵ Se bl.a. Knut Høivik, "Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?", *Lov og Rett*, 2006 vol. 45, nr. 6, s. 360–370 og Prop. 75 L (2012-2013), pkt. 4.4.4.

⁴⁶ Jf. lov 27. mai 2016 nr. 15, jf. NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

⁴⁷ Lovgivningen har ikke tidligere hatt en generell hjemmel for å ilegge foretak administrative sanksjoner, men ulike bestemmelser rundt om i lovgivningen, som var ulikt utformet blant annet med tanke på hvilke sanksjoner som det var rom for å ilegge foretak, jf. Prop. 62 L (2015-2016) s. 71.

administrative sanksjoner.⁴⁸ I proposisjonen ble det imidlertid påpekt noen forskjeller mellom foretaksstraffen og aktuelle tilfeller for en administrativ sanksjon, og da særlig at ved administrativ sanksjon, vil foretakene ofte være det primære ansvarssubjektet, i motsetning til ved brudd på straffelovgivningen.⁴⁹ Departementet mente at hjemlene ellers i lovgivningen var tilstrekkelige, slik at fvl. § 46 bare fikk rollen av å presisere enkelte sider ved et slikt ansvar.

Parallellene til det strafferettslige ansvaret slik det var tenkt etter 2005-loven er slik sett tydelige. Utvist forsett eller uaktsomhet får først og fremst betydning i kan-skjønnets.⁵⁰ Etter at det objektiviserte ansvaret etter straffeloven 2005 nå er kjent i strid med EMK, vil det imidlertid være en klarere forskjell mellom foretaksstraff og forvaltningssanksjoner.⁵¹ Hvilken betydning denne forskjellen vil få for foretakssanksjoneringen, er ikke gitt.⁵² Her er det tilstrekkelig å påpeke at forskjellen først og fremst består i at strafferetten har «tatt ett skritt tilbake» mot strafferettens generelle utgangspunkter, mens (vilkårene for) forvaltningssanksjon forblir vidtrekkende og uklar. Men ingen av de disse løsningene er basert på en gjennomtenkning av foretaket som rettssubjekt og hvordan sanksjonering av disse mest adekvat skal skje.

3.4. Konkurranseretten: En objektivisert "foretaksskyld"

Både etter EU-/EØS-konkurranseretten og konkurranseloven kreves det skyld i form av forsett eller uaktsomhet for å ilegge sanksjoner i form av bot eller overtredelsesgebyr.⁵³ Dette skyldkravet er langt fra skarpt. EU-domstolen har valgt en tilnærming hvor skylden knyttes direkte til foretaket som juridisk person, mens konkurranseloven står i en spagat

⁴⁸ Jf. NOU 2003: 15 s. 235–236.

⁴⁹ Prop. 62 L (2015-2016) s. 72.

⁵⁰ Prop. 62 L (2015-2016) s. 74.

⁵¹ Vi går ikke inn på spørsmålet om mulige EMK-rettslige skranker for et objektivt ansvar ved forvaltningssanksjoner.

⁵² Merk for eksempel at behovet for en omlegging til et administrativt spor avvises av Knut Høivik. 'Foretaksstraff og korrupsjon: En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet. (2021), s 41-47.

⁵³ Jf. hhv. forordning 1/2003 art. 23 og lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5. mars 2004 nr. 12 (krll.) § 29. Se nærmere Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen: "Skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 134, 1/2021, s. 3–45, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2021-01-01>

mellom denne tilnærmingen og å knytte skylden til personer som handler på vegne av foretaket.⁵⁴ EU-domstolen har ansett skyldkravet som oppfylt dersom 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...".⁵⁵ Formuleringen knytter skylden direkte til foretaket, det vil si at skyldkravet nærmest refererer til foretakets "bevissthet", uten at det knyttes opp mot skyld utvist av enkeltpersoner. Domstolen har også eksplisitt fastslått at det ikke er nødvendig å knytte skylden opp til enkeltpersoner.⁵⁶ Det er således ikke nødvendig at det kan identifiseres enkeltpersoner i foretaket som står ansvarlig for overtredelsen, og i flere saker har Domstolen avvist argumenter om at foretaket ikke kunne holdes ansvarlig fordi overtredelsen ikke har blitt utført av personer som var bemyndiget til å forplikte foretaket rettslig.⁵⁷ Isteden synes skylden å etableres på grunnlag av det foretaket måtte ha forstått, basert på de tilgjengelige fakta i saken.⁵⁸ EU- og EØS-retten går her langt i å konstruere en egen form for "foretaksskyld", som bygger på tradisjonelle strafferettslige termer, men som ellers bygger på andre betraktninger enn de rent kognitive som er avgjørende for forsett hos individet.⁵⁹

Praksis fra EU-domstolen fremstår ikke som konsekvent med hensyn til formuleringen av skyldkravet. Utgangspunktet er som påpekt at det foreligger skyld dersom foretaket "cannot be unaware of the anti-competitive nature of its conduct ". Selv om det også heter at skyld kan være til stede uavhengig av om foretaket var klar over at det brøt konkurransereglene, er det heller ingen fullstendig konsistent linje i praksis knyttet til rettsuvidenhet. I enkelte saker har kunnskap om konkurransereglene blitt tatt til inntekt for at det forelå skyld. I Belasco er det for eksempel på det rene at Domstolen knytter

⁵⁴

For en vurdering av skyldkravsformuleringen i konkurranseloven se Hjelmeng og Jacobsen (2021), cit., s. 21-22.

⁵⁵ Sak C-681/11 Schenker m.fl. (ECLI:EU:C:2013:404), prem. 37.

⁵⁶ Sak C-338/00 P Volkswagen (ECLI:EU:C:2003:473), prem. 98.

⁵⁷ Se f.eks. forente saker 100-103/80 Musique Diffusion française v Kommisjonen, (ECLI:EU:C:1983:158, prem. 97 og sak C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa a.s., (ECLI:EU:C:2013:71), prem. 26.

⁵⁸

Om det konkurranserettslige foretaksbegrepet se nærmere Hjelmeng og Jacobsen (2021), cit., s. 19.

⁵⁹

EU-domstolens formuleringer har blitt fulgt opp av EFTA-domstolen under EØS-avtalen, se sak E-15/10 Posten Norge AS v ESA, prem. 271-274.

forsettskravet opp mot samarbeidets konkurransebegrensende "formål".⁶⁰ På denne måten kan Domstolen anses å blande spørsmålet om rettslige med faktiske forhold.⁶¹ Samtidig har ikke EU-domstolen vært tydelig med hensyn til skillet mellom skyldformene forsett og uaktsomhet, noe som kan skyldes at skyldgraden spiller en mer begrenset rolle ved utmålingen av bøter.

Uklarhetene i praksis kan blant annet forklares med at forsett defineres på foretaksnivå, og at det derfor vil være nødvendig med en objektivisering av denne skyldformen, selv om det er ansattes handlinger det er tale om. At en slik tilnærming kan kritiseres med utgangspunkt i tradisjonell strafferettslig lære på individnivå er åpenbart, men like klart er det at tilnærmingen kan bidra med inspirasjon også på andre rettsområder. For et foretak gir det fint mening å drøfte uaktsomhet i betydningen at noe stemples som uforsvarlig etter en objektiv vurdering, siden det her ligger en normering i hvordan foretaket *burde* innrettet seg. Dette gir imidlertid ikke mening ved en tradisjonell forsettsvurdering. Nettopp *det* kan imidlertid gi en forklaring på EU-domstolens tilnærming med at "foretaket" (i betydningen noen som handlet på dets vegne), på grunnlag av objektive forhold ikke *kunne* vært uvitende om at atferden hadde konkurransestridig formål.

3.5. Oppsummering

Gjennomgangen viser at det i lovgivning og praksis er indikasjoner på utvikling av en egen form for foretaksskyld. I konkurranseretten, der utviklingen har kommet lengst, kan dette betegnes som et systemansvar. En slik modell synes bedre tilpasset former for økonomisk kriminalitet enn en tradisjonell skyldvurdering knyttet opp til enkeltpersoner. Et reformulert skyldkrav, tilpasset foretak, fremstår derfor som en løsning som både bygger bro mellom tradisjonell strafferett og sanksjonering av foretak, samtidig som de kravene EMK stiller respekteres.⁶²

Innenfor straffesporet vil imidlertid EMK-retten legge begrensninger på hvor langt en kan gå i en objektivisering, noe som aktualiserer spørsmålet om det på flere områder er grunn til å gå vekk fra foretaksstraffen og utvikle håndhevingssystemet innenfor et

⁶⁰ Sak 246/86 *Belasco v Kommisjonen* (ECLI:EU:C:1989:301), prem. 41.

⁶¹ Se Blockx (2020), s. 156 ff., og Hjelmeng og Jacobsen, s. 25-26.

⁶² Se nærmere Hjelmeng og Jacobsen (2021), cit.

forvaltningsrettslig spor, og da med utgangspunkt i den særlige karakteren til foretak og sanksjonering av disse.

4. Alternative håndhevingsformer

4.1. Oversikt

I dette kapittelet drøfter vi hvordan alternative håndhevingsformer kan supplere en rettshåndheving basert på skyldbaserte mekanismer som straff eller overtredelsesgebyr/bot. Med alternative håndhevingsformer menes mekanismer for å fremme selvrappotering, bruk av forlik, og sanksjonering av manglende eller mangelfulle systemer for å avverge overtredelser.⁶³ Videre vurderer vi mekanismer der foretak aksepterer forpliktelser om å justere atferd eller implementere kontrollsystemer for fremtiden. I et komplett håndhevingsregime, bør slike mekanismer supplere den tradisjonelle rettshåndhevingen. Vi starter med konkurranseretten før vi vurderer de andre aspektene på mer generelt grunnlag.

4.2. Virkemidler i konkurranseretten

Innenfor konkurranseretten er det etablert en pakke med formaliserte virkemidler som bygger på selv-rappotering, tilståelser og forhandlede løsninger. Disse mekanismene retter seg mot tre forhold: Oppdagelse, forenkling av prosedyren med raskere avslutning av saker og mer smidige løsninger på konkurranseproblemer. Pakken omfatter lempningsinstituttet, ordningen med forlik i kartellsaker og tilsagnsinstituttet.

Sistnevnte tar sikte på å løse konkurranseproblemer i markedet ved at foretak under etterforskning foreslår tilsagn som deretter kan gjøres bindende av myndighetene.⁶⁴ Et slikt vedtak avslutter saken, og vil ikke innebære at det tas stilling til om konkurransereglene har vært overtrådt i den konkrete saken. Reglene om tilsagn skaper en slags vinn-vinn situasjon for konkurransemyndighetene og foretakene; for Kommisjonen ved at det kan oppnås mer målrettede og omfattende forpliktelser fra

⁶³ Spørsmålet om *ex post* sanksjonering vs. *ex ante* tiltak diskuteres av Rui og Søreide, cit. s. 132. Her vises det til at det er langt større fleksibilitet mht. fremforhandlede løsninger innenfor et administrativt håndhevingsspor enn det tradisjonell strafferett gir grunnlag for. I konkurranseretten viser dette seg f.eks. gjennom lempningsinstituttet, ordningen med kartellforlik og tilsagnsinstituttet.

⁶⁴ For EU-EØS-retten se forordning 1/2003 art. 9, for konkurranseloven § 12 tredje ledd.

foretakene enn det som kunne vært pålagt ensidig for foretakene ved at de slipper "av kroken" uten at det konstateres overtredelse. For begge oppstår det dessuten fordeler⁶⁵ gjennom en forenkling og forkortelse av håndhevingsprosessen.

Med hensyn til avdekking av overtredelser har systemet med lempning av bøter og overtredelsesgebyr vist seg sentralt for å avdekke karteller. Lempning (strafferabatt, "leniency") er en mekanisme som tar sikte på å gi deltagere i ulovlige samarbeid incentiver til å bryte ut. Muligheten for lempning bidrar til å gjøre karteller mer ustabile. Mekanismen består i at foretak som legger kortene på bordet overfor⁶⁶ konkurransemyndighetene, belønnes med nedsettelse eller fullstendig bortfall av boten. Det første foretaket som oppfyller vilkårene innvilges fullt fritak, mens de øvrige kan gis mer begrensede nedsettelser avhengig av hvilket bidrag de gir til etterforskningen. Det er essensielt at det første foretaket belønnes særskilt, og at ikke alle kartelldeltagere kan få fritak, idet dette ville gjort kartellet "risikofritt".⁶⁷

Lempningspolicyen i EU-retten er basert på den såkalte "leniency-notice",⁶⁸ og ordningen er også lovfestet i konkurranseloven.⁶⁹ Koordineringsproblemene mellom straffe- og forvaltningssporet (at personer i ledelsen ikke ønsker å søke lempning for foretaket grunnet frykt for personlig straffansvar) forsøkt løst ved en regel om betinget påtale (§ 33). Personstraff skal etter dette som hovedregel kun anvendes der Konkurransetilsynet begjærer det, slik at tilsynet vil være i stand til å love "amnesti" også

⁶⁵

Også før ordningen ble inntatt i lovverket var det utstrakt bruk av fremforhandlede løsninger, men da uformelt. Se f.eks. GFU-saken, IP/02/1084, 17. juli 2002.

⁶⁶

Ulike former for amnestiordninger er kjent også på andre områder, f.eks. innlevering av våpen og rapportering av utenlandsformuer. Det spesielle med konkurranseretten er at også angivelse av *andres* lovbrudd gir amnesti.

⁶⁷

For en beskrivelse av incentivene se Motta (2004): *Competition policy: theory and practice*, s. 193 ff.

⁶⁸

Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17.

⁶⁹

Konkurranseloven § 31 første ledd, jf. forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, kapittel 3. Se nærmere NOU 2003:12, s. 136, 246, Ot. prp. nr 6 (2003-2004), s.128.

⁷⁰
til enkeltpersoner. Foretaksstraff får ikke anvendelse ved brudd på konkurranseloven. Konkurransemyndigheter som har implementert et "leniencyprogram" har opplevd en markant økning i antallet konkurransesaker.⁷¹ De fleste kartellvedtak fra Kommisjonen i senere år skyldes slike søknader. Det er derfor tydelig at lempningsinstituttet bidrar til oppklaring av saker, men det kan reises spørsmål ved om man samtidig taper noe i preventiv virkning av bøtesanksjonen.

⁷²
I konkurranseretten er det også etablert en forliksprosedyre i kartellsaker. Formålet med forliksprosedyren er å kunne gjennomføre en raskere og enklere saksbehandling i kartellsaker.⁷³ Essensen i prosedyren er at foretakene kan oppnå en reduksjon i boten på 10 % mot at de innrømmer deltakelse i overtredelsen og fraskriver seg en del prosessuelle rettigheter.

Etter EU-reglene (som er kopiert i EØS og konkurranseloven), skal Kommisjonen vurdere om en sak er egnet for en forliksprosedyre når den har avsluttet sin innledende etterforskning, det vil si på det stadiet i saksbehandlingen hvor den normalt ville sendt partene varsel ("Statement of Objections"). Det er Kommisjonen som avgjør om det skal innledes en forliksprosedyre, og partene har følgelig ikke noe krav på at det skal innledes en forliksprosedyre. Dersom Kommisjonen ønsker å gjennomføre en forliksprosedyre, avholdes det et møte med partene.

Det følger videre av forordning 1 artikkel 10a nr. 2 at Kommisjonen kan fastsette en frist for partene til å forplikte seg til et forlik og til å erkjenne deltagelsen i en overtredelse av kartellforbudet i TEUV artikkel 101.⁷⁴ Erkjennelsen fra partene skal være en klar og utvetydig innrømmelse av ansvar for overtredelsen. Partene skal ifølge Kommisjonens

⁷⁰

Vi er ikke kjent med at dette har skjedd i praksis.

⁷¹

Se OECD: Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat, 1. juni 2018 (DAF/COMP/WP3(2018)1/[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf)). En trend, som også er dokumentert i OECD-rapporten, er likevel at antall lempningssøknader i de senere årene har gått ned.

⁷²

Prosedyren er beskrevet i Kommisjonenes kunngjøring om forliksprosedyrer, [2008] OJ C 167/1.. Prosedyren er hjemlet i ny art. 10 a i Kfo. 773/2004. For konkurranseloven se § 29a.

⁷³

Beskrivelsen her bygger på fremstillingen i NOU 2012:7, s. 71.

⁷⁴

Traktat om den Europeiske Unions Virkemåte (tilsvarer EØS art. 53 og konkurranseloven § 10).

meddelelse også angi et maksimalt bøtenivå som de er villig til å akseptere. Kommisjonen har etter artikkel 10a nr. 4 under hele prosessen en skjønnsmessig adgang til å vurdere om det er formålstjenlig å gå videre med en forliksprosedyre. Etter å ha mottatt et svar fra partene hvor disse sier seg villig til et forlik, kan Kommisjonen vedta en beslutning etter forordning 1.

Da prosedyren ble introdusert i 2008 ble den møtt med skepsis, dels fordi 10% gevinsten ble ansett som lav, og dels fordi prosedyren ble ansett som ensidig i favør av Kommisjonen, blant annet fordi Kommisjonen kunne trekke tilbake tilbud om forlik samtidig som fraskrivelsen av rettigheter var omfattende. På tross av dette har forlik etter 2010 blitt stadig hyppigere benyttet, og representerer nå utfallet i de fleste kartellsaker.⁷⁵

De konkurranserettslige mekanismene som er beskrevet her, kan utgjøre viktige byggestener i et regime basert på alternative håndhevelsesformer. Et stikkord for den suksessen det konkurranserettslige regimet har oppnådd, er at mekanismene er tydelig regulert og skaper klare incentiver for foretakene. I de følgende avsnittene ser vi på enkelte andre mekanismer fra andre rettsområder, som har slektskap med de mekanismene som nettopp er beskrevet.

4.3. Elementer i en alternativ tilnærming

1. *Oversikt*

Internasjonalt er det press på myndigheter om å sikre effektiv regulering av markedsaktører for å redusere risiko for alvorlig økonomisk kriminalitet.⁷⁶ Avhengig av jurisdiksjoners rettssystem og historie ser vi at de møter ulike utfordringer i implementering og håndheving av foretaksansvar. Samtidig presser det seg frem løsninger av typen fremforhandlede forlik diskutert i kapittel 2. Regulering av foretaksansvar er i rask utvikling mange steder, og her peker vi på aktuelle trender og løsninger, og hvilke aspekter det er særlig viktig å vurdere, skulle de være aktuelle hos oss.

⁷⁵

Se statistikk fra EU-kommisjonen, tabell 1.12 og 1.13: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-07/cartels_cases_statistics_0.pdf.

⁷⁶

Dette kommer til uttrykk i form av evalueringer og anbefalinger til myndigheter fra EU, OECD og FATF, forventninger fra USA, som har strenge krav til markedsaktører, samt sivilt samfunn med særlig kompetanse.

2. "Failed to prevent"

Som en løsning på skyldsspørsmålet i foretakssaker har Storbritannia innført flere former for unnlatelsesansvar. Ansvarsmodellen ble først innført med deres Bribery Act (Section 7), og siden kopiert til flere lover, inkludert unnlatelse å hindre skatteunndragelse. Modellen innebærer at et foretak kan straffes dersom det kommer på det rene at det ikke har klart å hindre bestikkelser til fordel for foretaket utført av noen som representerer foretaket.⁷⁷ Ansvaret er imidlertid ikke strengt objektivt fordi det avhenger av hva foretaket hadde gjort for å forebygge det inntrufne. Dermed er ikke dette unnlatelsesansvaret så helt annerledes enn den formen for foretaksskyld vi diskuterer over. En fordel med "failure to prevent"-modellen er imidlertid at bevisproblematikken forenkles, idet man tar utgangspunkt i det objektive ansvaret og reduserer dette (og eventuell straff)⁷⁸ avhengig av en evaluering av foretakets preventive tiltak. I praksis vil etterforskningen også handle om hvorvidt det straffbare ble gjort til fordel for foretaket, men i mange saker er dette opplagt. Blant ulempene med denne ansvarsformen, er at myndighetene gjennom straffeloven implisitt pålegger foretak å innføre og opprettholde et etterlevelsessystem for å forebygge korrupsjon. Slike systemer kan være kostbare og dessuten inngripende i drift, noe som kan virke urimelig for foretak som allerede er opptatt av å opptre lovlydig, og som ikke opererer med særlig risiko for lovbrudd.⁷⁹ Dessuten fører modellen til at politiet trenger spisskompetanse på bedriftsinterne etterlevelsessystemer, noe som ligner risikohåndtering vi typisk forbinder med industri-relatert regulering for å unngå fare.⁸⁰

⁷⁷

I Sverige er det innført regler som ligner på denne modellen, gjennom et forbud mot "uforsvarlige utbetalinger" (jf. Brottsbalken, kap. 10, 5e §).

⁷⁸

L Campbell. "Corporate liability and the criminalisation of failure." *Law and Financial Markets Review* 12.2 (2018): 57-70.

⁷⁹

For en problematisering om hva det betyr å teste et foretaks etterlevelse, se BL Garrett og G Mitchell, "Testing Compliance" *Law and Contemporary Problems*, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14.

⁸⁰

For en sammenligning av korrupsjonsregulering og risikohåndtering i petroleumsindustri, se J P Rui og T Søreide. "Governments' Enforcement of Corporate Bribery Laws." *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 132.02 (2019): 132-162.

En annen ulempe handler om hvordan modellen innebærer en vertikal utvidelse av straffeansvaret som ikke nødvendigvis er konsistent med andre deler av straffeloven. Andrew Ashworth forklarer at unnlatelsesansvaret (ansvar for ikke å ha hindre noe)⁸¹ eksplisitt pålegges andre enn dem som faktisk var ansvarlige for det straffbare. Han peker på hvordan dette ansvaret like gjerne kunne være aktuelt på andre områder enn økonomisk kriminalitet, som ved misbruk av barn, men forklarer at det er særlig krevende⁸² å forene en slik ansvarsmodell med prinsipper for proporsjonale straffer. Hva er riktig straff for å ha feilet i å hindre andre i å begå straffbare handlinger? Mens modellen er en smart måte å sikre tydelige reaksjoner mot dem som har latt lønnsomme og straffbare⁸³ handlinger få skje, er det ikke opplagt at slike reguleringer skal være strafferettslige.

3. *Non-trial resolutions (NTR)*

Som nevnt øker bruken av fremforhandlede forlik, som OECD i 2019 begynte å referere til som "non-trial resolutions".⁸⁴ Mens slik håndhevingspraksis har mange former i praksis, og er ofte uregulert, fremstår noen elementer som særlig viktige for å (a) sikre insentiver; (b) sikre rettferdig prosess; og (c) sikre tillit til prosessen/systemet.

Insentiver for etterlevelse og selvrappotering er allerede diskutert ovenfor; de handler om predikerbarhet, eksplisitt beskrivelse av mulige fordeler ved å selvrappotere, og mulighet for å få saken raskt unnagjort. Men objektivt ansvar kombinert med at "skyld" avhenger av etterlevelsessystem innebærer risiko for at etterlevelsessystemet er "window-

⁸¹ A. Ashworth. "A new generation of omissions offences?" *Criminal Law Review*, 2018(5), 354–364.

⁸² I Høyesteretts praksis er det en tendens til mer bruk av passiv medvirkning i saker om mishandling i nære relasjoner, ved at den som ikke griper inn mot den andre forelderens vold holdes ansvarlig, jf. f.eks. HR-2019-561-A.

⁸³ Med henblikk til norsk rett, se Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. s. 44-45, som forklarer at straffeloven av 2005 bygger på et *skadeforfølgingsprinsipp*, og viser til forarbeidene som sier at det først og fremst er handlinger som medfører skade eller fare for skade som bør straffesanksjoneres. Med vanlig forståelse vil unnlatelse i å hindre andre i å begå skadelige handlinger ikke komme inn under denne beskrivelsen.

⁸⁴ OECD, "Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention" (2019).

⁸⁵ dressing", og altså et forsøk fra bedriftsledelsens side på å late som om systemet er effektivt. Slikt ansvar, kombinert med NTR-basert håndheving, må derfor kombineres med reelle risiko for at lovbrudd oppdages, altså at det tross selv-rapporteringsinsentiver fortsatt foregår uavhengig etterforskning, og at det legges til rette for at ansatte kan varsle trygt, både innad og til håndhevingsmyndigheter.⁸⁶

Siden NTRs foregår "in the shadow of the court" vil etterforskere i prosessen typisk ha som rettesnor "hva som nok ville ha blitt dom". Dersom et stadig mindre antall saker kommer opp for en domstol, blir det stadig vanskeligere å vite hva som nok ville skje dersom saken var ført for en domstol, noe som særlig er et problem i common law-tradisjonen. I tillegg velger flere land som bruker denne ordningen aktivt å la en annen statlig enhet enn det ansvarlige håndhevingsorganet, godkjenne forliket.

Fleksibilitet til å tilpasse straff til situasjonen i en sak vil lett svekke publikums tillit til prosessen.⁸⁷ For å fremme tillit, og samtidig sikre effektivitetsgevinst av ordningen, velger stadig flere land å fastsette tydelige regler og prinsipper både for bruk av NTRs i håndheving av reglene og for hva slags informasjon som skal deles med publikum. I både Storbritannia og USA, for eksempel, skal påtalemyndighetene informere om grunnlaget for ansvar og straff, prosessen for håndheving, og begrunne sanksjonen. I Storbritannia er det dessuten regelstyrt at påtalemyndighetene skal vurdere erstatning til offer av det straffbare som del av forliket.⁸⁸

⁸⁵

J Arlen, "Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence" in A Harel and KN Hylton (eds), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law* (Edward Elgar 2012) 144.

⁸⁶

J Arlen, "The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the US" kap. 8 i Søreide and Makinwa (Red) *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*. (Edw. Elgar 2020). 156-199.

⁸⁷

Dette særlig hvis foretaket er stort og viktig, se delkapittel 2.5.

⁸⁸

"Compensation Principles to Victims Outside the UK", se UK Serious Fraud Office, *SFO Operational Handbook* (2021).

Internasjonalt er det ingen avklaring eller enighet om hva effektiv eller rettferdig bruk av NTR i foretakssaker innebærer,⁸⁹ utover at USAs håndhevingspraksis med "aggressiv jurisdiksjon" og omfattende bruk av forlik har fått dominere mange saker og deres praksis ofte blir førende i saker der flere land samarbeider i etterforskning og håndheving.

4. Koordinering mellom jurisdiksjoner

For markedsaktører som opererer internasjonalt vil lovbrudd kunne bety risiko for sanksjoner i flere jurisdiksjoner, og slik risiko kan påvirke deres tilbøyelighet til å selvrapportere egne lovbrudd. Prinsipper om beskyttelse mot "double jeopardy" blir ikke nødvendigvis respektert, og myndigheter i ett land vil kunne sanksjonere et foretak, selv om dette har betalt bot for de samme forholdene i et annet land, slik Statoil (tidligere navn på Equinor)⁹⁰ opplevde i forbindelse med saken om bestikkelser i Iran. Foretaks beskyttelse mot ytterligere håndhevingsprosesser vil være svakere desto enklere og mildere de er behandlet i en forlikssak. Å la et foretak "slippe unna" med en lav bot mens kun en kort presseomtale er hva som deles med publikum om saken (som i Norge), kan dermed være en bjørnetjeneste for foretaket, som da må oppleve høyere risiko for videre rettsforfølgelse. Dermed er det viktig at håndhevingen anses å være "riktig" utad, gitt at det er en internasjonal standard for dette, og at de jurisdiksjonene som mest opplagt kan ha krav inviteres inn i håndhevingsprosessen, slik at hele saken kan håndteres i én samlet prosess (slik at foretaket unngår en domino-prosess).⁹¹

⁸⁹

R Ivory og T Søreide. "The International Endorsement of Corporate Settlements in Foreign Bribery Cases." *International & Comparative Law Quarterly* 69.4 (2020): 945-978. OECD har på sin agenda for 2021 å vedta anbefalinger om bruk av NTRs.

⁹⁰

I Norge aksepterte Statoil bot på NOK 20 millioner i 2004 (se pressemeldinger fra Økokrim og Equinor). I 2006 aksepterte selskapet bot i USA på over USD 10 millioner, samt en rekke betingelser for å unngå korrupsjon. Se pressemelding fra US Department of Justice, 13.10.2006.

⁹¹

Nettopp for å sikre insentiver til selvrapportering, har USA innført en "anti-piling on policy" som går ut på å respektere double jeopardy prinsippet. (Dep. Att. General Rod Rosenstein "Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute", Department of Justice 09.05.2018.) Se for øvrig, S Oded. "The DOJ's Anti-Piling On Policy: time to reflect" Søreide og Makinwa (Red) *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*. (Edw. Elgar 2020), kap.10. 228.

Som et eksempel på et system med regional koordinering kan vi nevne EUs konkurranseregler. Siden samtlige medlemsstater er forpliktet til å håndheve også EUs konkurranseregler der de har jurisdiksjon, har det vært nødvendig med mekanismer for å unngå at ulike saker behandles parallelt i ulike jurisdiksjoner. Den kanskje viktigste mekanismen går ut på at Kommisjonen når som helst kan overta en sak, jf. forordning 1 art. 11(6). Videre er det utarbeidet retningslinjer for blant annet allokering av saker mellom nasjonale konkurransemyndigheter.⁹² Systemet er imidlertid ikke basert på faste kriterier og forutsetter at det oppnås enighet. Det er heller ingen full koordinering av lempningssøknader, slik at foretak her vil være nødt til å forholde seg til Kommisjonen eller myndigheter i flere nasjonale jurisdiksjoner.⁹³ Til tross for enkelte svakheter fremstår det konkurranserettslige regimet som langt bedre utviklet (og koordinert mellom jurisdiksjoner)⁹⁴ enn andre former for økonomisk kriminalitet.

5. Oppsummering og anbefalinger

Undersøkelsene ovenfor har vist at bruk av straff overfor foretak som virkemiddel mot økonomisk kriminalitet har klare begrensinger. Høyesterett har lagt til grunn at å holde foretak objektivt ansvarlig for overtredelser begått av fysiske personer som har handlet på vegne av foretaket, og som ikke har utvist noen form for klander, ikke er forenlig med EMK artikkel 7 (krav om legalitet) og EMK artikkel 6 nr. 2 (uskyldspresumsjonen). Dermed ble den effektiviseringen som lovgiver ønsket med et rent objektivt foretaksansvar, reversert. Det er også ganske klart at siste ord ikke er sagt om kravet om skyld ved bruk av foretaksstraff. Høyesteretts minimumsløsning med et uaktsomhetsansvar for den som handlet på vegne av foretaket, er svært vanskelig å gjennomføre for overtredelser av straffebud som etter sin natur krever bevissthet. Et

⁹²

Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities [2004] OJ C 101/43.

⁹³

Se f.eks. sak C-428/14 DHL Express (ECLI:EU:C:2016:27). Et felles lempningsprogram er heller ikke etablert ved ECN+ direktivet. (Parlaments- og Rådsdirektiv (EU) 2019/1 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market).

⁹⁴

Se for øvrig E. Auriol, E. Hjelmeng og T. Søreide. "The economics of corporate liability and enforcement" for en analyse av kriminalitetstyper og en sammenligning av reguleringsregime i fem europeiske land (per d.d., i referee-prosess for publisering).

eksempel i så måte, er straffebudene om korrupsjon og påvirkningshandel (straffeloven § 387-389). Bestikkelser kan ikke gjennomføres ubevisst uaktsomt, men krever at gjerningspersonen bevisst inngår i et samspill med andre om visse økonomisk relevante forhold.

Det er ikke bare kravet om skyld som medfører at bruk av strafferett som virkemiddel mot foretak har klare begrensinger. I straffesaker må det faktum som legges til grunn ved skyldspørsmålet være bevist ut over enhver rimelig og fornuftig tvil. Straffeprosesslovens strenge regler til saksbehandling kommer til anvendelse. Og bruk av straffespolet forutsetter at påtalemyndighet og politi dedikerer omfattende ressurser til straffeforfølgning og straff av foretak. Erfaringsmessig taper bekjempelse av økonomisk kriminalitet i møte med krav om forfølgning av grove forbrytelser mot personlig integritet (drap, vold, seksuallovbrudd mv.), narkotikalovbrudd mv.

Samtidig er det strafferettslige systemet vanskeligere å forene med predikerbar håndheving av insentivmekanismer, for eksempel gjennom lempningsregimer og NTR, noe konkurranseretten gir eksempler på. Til dette kommer at regional koordinering på tvers av jurisdiksjoner kan være enklere å få til innenfor et forvaltningsregime.

Det er altså flere forhold som taler for at strafferetten har klare og uforanderlige begrensinger når det gjelder forebygging og sanksjonering av foretak. Denne realiteten taler for at alternative strategier for sanksjonering av foretak utenfor strafferettssystemet bør undersøkes nærmere.

I denne artikkelen har vi tatt til orde for endringer i særlig i tre retninger:

Vi tror reguleringen av profittmotiverte foretakslovbrudd kan bli mer effektiv ved å trekke lærdommer fra konkurranseretten. Dette gjelder for det første virkemiddelbruken, i form av lempningsordninger (selv-rapporteing) og forliksløsninger. For det andre er virkemidlene gjennomregulert, noe som sikrer effektivitet, forutberegnelighet og etterprøvbarehet. For det tredje er det grunn til å merke seg at det i EU er etablert et felles overnasjonalt regelverk, som sikrer gjennomslag på tvers av jurisdiksjoner.

Videre ser vi at en strafferettslig kontekst og da særlig det strafferettslige skyldsspørsmålet kompliserer foretakssakene så mye at det kan hindre reguleringens målsetninger. I en rekke europeiske land, inkludert Norge, ser vi at kreative forliksløsninger vokser frem, uten at straffereguleringen har fått en helhetlig vurdering. Vi har understreket behovet for en regulering som både fremmer etterlevelse i foretakene, inkludert insentiver for selv-rapportering når lovbrudd skjer, samtidig som at strafferettens prinsipper og prosessuelle regler respekteres.

Én nærliggende mulighet er å innføre et forebyggende regelregime, som er plassert utenfor strafferetten, og som fungerer i kombinasjon med strafferetten. I forhold til korrupsjonslovgivning vil det da være behov for nærmere bestemt lovgivning som konkretiserer hvordan rettssubjekter skal implementere forebyggende tiltak. Ved svikt i forebyggende tiltak, kan rettssubjektet ilegges forvaltningsreaksjoner og -sanksjoner. Et slikt forebyggende regime vil kunne ha klare likhetstrekk med anti-hvitvaskings- og terrorfinansieringsregelverket i hvitvaskingsloven, og for øvrig ha lignende prinsipper som for eksempel konkurranselov⁹⁵givingen. Således vil innføring av et administrativt spor der vi ikke har det i dag kunne bidra til å sikre en mer helhetlig regulering av profittmotiverte foretakslovbrudd generelt.⁹⁶ Som vi har forklart vil en ytterligere fordel med en slik omlegging være at håndhevingsorganer lettere vil kunne dra fordel av fremforhandlede forlik, uten at det skjer på bekostning av strafferettslige verdier. Bruken av fremforhandlede forlik må imidlertid skje innenfor et tydeligere regelverk enn hva vi har i dag, som omhandler prosess, innsyn, koordinering i forhold til andre jurisdiksjoner, og betingelser for at sanksjonene vil ha en preventiv effekt.

⁹⁵

Rui/Søreide, n 8 har påpekt at et forebyggende regime på korrupsjonsfeltet vil være et effektivt og proporsjonalt rettslig virkemiddel, se n 8/ J P Rui og T Søreide. "Governments' Enforcement of Corporate Bribery Laws." *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 132.02 (2019): 132-162. Det samme har Sandhaug, som gjør grundige analyser av mulig innretning på et forebyggende regelverk innen anti-korrupsjon, se I R Sandhaug. *Korrupsjonsbekjempelse i virksomhetsforhold*. Doktorgradsavhandling ved Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultet (2019). Høivik stiller seg også positiv til en slik type regulatoriske lovgivning, K Høivik. 'Foretaksstraff og korrupsjon: En utredning for Justis- og beredskapsdepartementet' (2021), s. 393-396.

⁹⁶

Dette vil være i samsvar med anbefalingene i C Hodges. *Law and Corporate Behavior: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Hart Publishing, Oregon. (2015), se særlig kapittel 16 og 17.