

Utvärdering av företagsansvar för kränkningar av mänskliga rättigheter: Den (osäkra) effektiviteten i administrativa sanktioner enligt direktivet om tillbörlig aktsamhet i hållbarhetsfrågor

HELI KORKKA-KNUTS*

1 Inledning

Human rights due diligence (HRDD)¹ introducerades i FN:s vägledande principer för företag och mänskliga rättigheter (UNGPs). Det definieras som en process där företag identifierar, förebygger, mildrar och redovisar negativ påverkan på mänskliga rättigheter.² HRDD infördes som en frivillig standard men framgången har varit begränsad. ”Soft law”-mekanismer har kritiserats för att inte ge tillräckliga incitament för företagen att följa reglerna.³ Som svar på detta ersätts eller kompletteras⁴ soft law-regler allt oftare med bin-

* Artikeln är översättning av den ursprungliga artikeln (Evaluating Corporate Accountability for Human Rights Violations: The (Uncertain) Efficacy of Administrative Sanctions under the EU Sustainability Due Diligence Directive (2024) 35 European business law review 481) med vissa anpassningar.

¹ FN:s råd för mänskliga rättigheter, Guiding Principles on Business and Human Rights Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” (21 mars 2011) FN-dokument A/HRC/17/31.

² FN:s vägledande principer, princip 17. Se även OECD, Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, kapitel II, punkt 14, kapitel IV, punkt 15 (2023).

³ T.ex. Stéfanie Khoury och David Whyte, *Corporate Human Rights Violations. Global prospects for legal actions*, Routledge 2017 s. 41–61, 72–73.

⁴ T.ex. Wim Huisman, Corporations, Human Rights and Compliance, i *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press 2021 s. 997; Anita Ramasastry, Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability, *Journal of Human Rights* vol. 14, 2015 s. 237, 248; Gabriela Quijano och Carlos Lopez, Rise of Mandatory Human Rights Due

dande nationell lagstiftning.⁵ För att stärka företagens ansvar krävs att stater inför bindande regler, understödda av effektiva sanktionsmekanismer.⁶

Obligatoriska regler för företags ansvar för mänskliga rättigheter är ett fragmenterat område. Vissa av dem bygger på en ”disclosure-skyldighet” (t.ex. Storbritanniens⁷ och Australiens *Modern Slavery Act*⁸),⁹ medan de senaste kontinentaleuropeiska regelverken har valt en hårdare strategi genom att tillämpa civilrättsliga och administrativa ansvarsmekanismer (t.ex. den franska *Loi sur le devoir de vigilance* 2017¹⁰ och den tyska *Sorgfaltspflichtengesetz*¹¹). Som en fortsättning på denna utveckling godkände Europaparlamentet i juni 2023 ett förslag till direktiv om tillbörlig aktsamhet för företag i fråga om hållbarhet (Direktivet)¹², som bygger på ett administrativt sanktionssystem. Direktivet trädde i kraft den 25 juli 2024. I enlighet med HRDD-konceptet som introducerades i FN:s vägledande principer och andra relevanta soft law-

Diligence: A Beacon of Hope or a Double-Edged Sword? *Business and Human Rights Journal* vol. 6, 2021 s. 241, 242.

⁵ Chiara Macchi och Claire Bright, Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation, i *Legal Sources in Business and Human Rights – Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill 2020 s. 218–219; Huisman 2021 s. 990–994; Ingrid Landau, Human Rights Due Diligence and the Risk of Cosmetic Compliance, *Melbourne Journal of International Law* vol. 20, 2019 s. 221, 223–232.

⁶ Almut Schilling-Vacaflor och Andrea Lenschow, Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges, *Regulation & Governance* vol. 17, 2023 s. 677, 680.

⁷ *Modern Slavery Act* 2015 (26 mars 2015).

⁸ *Modern Slavery Act* 2018 (10 december 2018).

⁹ För en kritisk syn på disclosure-mekanismen, se Marcia Narine, Disclosing Disclosure’s Defects: Addressing Corporate Irresponsibility for Human Rights Impacts, *Columbia Human Rights Law Review* vol. 47, 2015 s. 84, 94. Se även Karin Buhman, Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU’s Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action, *Business and Human Rights Journal* vol. 3, 2018 s. 23, 26 (där det hävdas att företagens obligatoriska redovisning av sociala frågor inte nödvändigtvis minskar de sociala skadorna).

¹⁰ *Loi n° 2017–399* du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, 28 mars 2017, texte n° 1 (den franska lagen om företags vaksamhetsplikt).

¹¹ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*, 1 januari 2023, (tysk lag om företags due diligence-skyldigheter i leveranskedjor). För en kort översikt över olika regleringsmekanismer, se t.ex. Landau 2019 s. 230–232; Quijano och Lopez 2021 s. 244–246.

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2024/1760 av den 13 juni 2024 om tillbörlig aktsamhet för företag i fråga om hållbarhet och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och förordning (EU) 2023/2859.

källor,¹³ fastställer Direktivet en skyldighet att ta itu med negativ påverkan på mänskliga rättigheter och miljö genom att *bland annat* ålägga företag att identifiera faktisk eller potentiell negativ påverkan i deras värdekedjor, minimera eller upphöra med sådan negativ påverkan samt förhindra eller mildra negativ påverkan i framtiden, övervaka due diligence-policyn och offentligt kommunicera om de due diligence-åtgärder som vidtagits.

Direktivet kan sägas utgöra det mest omfattande ramverket för HRDD i den globala miljön hittills.¹⁴ Syftet är att förhindra fragmenterad HRDD-lagstiftning genom att skapa ett horisontellt regelverk som ger lika villkor för EU-baserade företag och företag som är verksamma i EU. Detta tänkande stöds ytterligare av det administrativa sanktionssystemet, som gör det möjligt att utdöma betydande böter för överträdelser av HRDD-skyldigheterna.¹⁵ Även om det administrativa sanktionssystemet enligt direktivförslaget förmodligen är det första geografiskt omfattande försöket att på ett sammanhängande sätt motivera efterlevnad på området för företag och mänskliga rättigheter, är det inte klart om ett sådant sanktionssystem i praktiken är en lämplig mekanism i detta avseende.

Syftet med denna artikel är att diskutera hur effektiva administrativa sanktioner¹⁶ är som verktyg för att skapa effektiva HRDD-mekanismer.¹⁷ Genom ett beteendevetenskapligt perspektiv analyseras motiven för företags

¹³ Schilling-Vacaflor och Lenschow 2023 s. 682–683. Beträffande utarbetandet av direktivförslaget, se s. 684–685.

¹⁴ På liknande sätt, men med invändningar mot den institutionella utformningen och strängheten, se Schilling-Vacaflor och Lenschow 2023 s. 677–693, abstraktet; Christopher Patz, The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment, *Business and Human Rights Journal* vol. 7, 2022 s. 291.

¹⁵ I skäl 77 i direktivförslaget hänvisas uttryckligen till "administrativa sanktioner" även om denna formulering inte används i artikel 27 om sanktioner.

¹⁶ Även om en administrativ sanktion inte har definierats av EU-lagstiftaren (t.ex. Markus Kärner, Punitive Administrative Sanctions after the Treaty of Lisbon, *European Criminal Law Review* vol. 11, 2021 s. 156, 157) används termen ofta i officiella lagstiftningsdokument och därför används termen även i denna artikel. Om svårigheterna med att hitta en gemensam terminologi och de gemensamma dragen för administrativa sanktioner i EU, se Vanessa Franssen och Christopher Harding, Introduction: Criminal versus Quasi-criminal Enforcement – Setting the Scene i *Criminal and Quasi-criminal Enforcement Mechanisms in Europe*, Hart Publishing 2022 s. 1–8.

¹⁷ I denna artikel koncentrerar man sig på bestraffande sanktionssystem för företag och beaktar därför inte alternativa eller parallella samhälleliga kontrollmekanismer som kan uppstå i form av statlig eller icke-statlig reglering. När det gäller det senare, se en intressant synpunkt av Dorothy Lund, Asset managers as regulators, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 171, 2023.

efterlevnad och hur HRDD-sanktionssystem bör kopplas till moraliska värderingar för att motivera företag att respektera mänskliga rättigheter. Som kommer att diskuteras i artikeln, kan moraliskt neutrala sanktionssystem som enbart betraktar människorättsöverträdelser som ekonomiska frågor, riskera att trivialisera människorättskränkningar.

Artikeln fyller en forskningslucka, eftersom rättsvetenskaplig forskning om sanktioner för HRDD är praktiskt taget obefintlig.¹⁸ Artikeln integrerar beteendetik och empiriska insikter i en juridisk kontext på ett nytt sätt. Den utmanar den traditionella synen på företags beslutsfattande som rationellt och ekonomiskt styrt och presenterar i stället en mer nyanserad förståelse.¹⁹ EU:s företagssanktionspolitik verkar inte bygga på en forskningsbaserad förståelse av företags beteende och beslutsfattande, utan i stället på en föråldrad uppfattning som innebär att beslutsfattare i företag är rationella ekonomiska aktörer som styrs enbart av ekonomiska incitament. Artikeln syftar till att ge en ny teoretisk förståelse för hur lagstiftaren bör förhålla sig till bestraffande sanktionsmekanismer i företagslandskapet.

Artikels upplägg är följande. Avsnitt 2 beskriver det sanktionssystem som föreslås i Direktivet. Systemet kan ses som en fortsättning på EU:s företagsanktioner och bygger på ett traditionellt avskräckningstänkande, där effektivitet antas uppnås genom höga böter och aktiv tillsyn. Avsnitt 3 tar avstamp i regleringsteori och beskriver HRDD som en form av processbaserad självreglering, där sanktioner fungerar som incitament för företagens regelefterlevnad. Här lyfts också behovet av att komplettera HRDD:s starka processfokus med de faktiska målen: ett bättre skydd för mänskliga

¹⁸ Ur den internationella straffrättens perspektiv, se dock t.ex. Eric Engle, Extraterritorial Corporate Criminal Liability: A Remedy for Human Rights Violations, *St. John's Journal of Legal Commentary* vol. 20, 2006 s. 287.

¹⁹ Även om mångfald i motivationen är en av utgångspunkterna i Ayres och Braithwaites banbrytande verk *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press 1992 s. 33–34, 79–82), tillämpar författarna inte detta påstående i syfte att utforma bestraffande sanktionsmekanismer som befinner sig i toppen av tillsynspyramiden. I stället koncentrerar sig författarna på att argumentera för att motivationsmässig mångfald kräver tillgång till varierande verkställighetsmekanismer som används beroende på sammanhanget. Modellen för företagens ansvar utvecklas dock ytterligare i Fisses och Braithwaites *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge University Press 1993). När det gäller beteendetiken har Feldman noterat att denna forskningsinriktning inte har anammats i någon större utsträckning av den allmänna rättsvetenskapen, delvis på grund av att beteendetiken har utvecklats inom managementområdet och inte i rättsvetenskapliga sammanhang. Se Yuval Feldman, *The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge University Press 2018 s. 35.

rättigheter. Avsnitt 4 analyserar empiriska resultat om samspelet mellan yttre (t.ex. sanktionshot) och inre (t.ex. moraliska överväganden) motivationsfaktorer. Syftet är att diskutera den variation i motivation som finns bland företags beslutsfattare, med stöd i teorin om motivational crowding och rättens expressiva effekter. Frågan är hur sanktionsmekanismer kan utformas för att främja genuint värdeskapande och respekt för mänskliga rättigheter. I avsnitt 5 behandlas den moraliska inramningen av sanktionssystem genom en analys av källan till och graden av moraliska signaler i straffrättsliga respektive administrativa system. Avsnitt 6 avslutar med att belysa HRDD:s moraliskt laddade karaktär och ge några praktiska förslag på hur HRDD-sanktioner kan utformas.

2 Direktivet och ekonomisk avskräckning som ett (haltande) verktyg för mer effektivt företagsansvar för mänskliga rättigheter

Det administrativa sanktionssystemet enligt Direktivet har en viss likhet med de befintliga EU-baserade administrativa sanktionssystemen för företag. På samma sätt som i den allmänna dataskyddsförordningen (GDPR)²⁰ och konkurrensrättsliga sanktionssystem, bygger Direktivet på en mekanism där hotet om ett betydande bötesbelopp är den avgörande faktor som antas ha en avskräckande effekt. I likhet med sanktionerna i GDPR,²¹ ska beloppet för HRDD-sanktionerna baseras på företagets globala nettoomsättning, med ett tak på minst 5 % av denna i samband med HRDD-överträdelser. I likhet med sanktionerna enligt GDPR och konkurrenslagstiftningen ska sanktionsförfarandena enligt Direktivet dessutom anförtros en specialiserad tillsynsmyndighet som utses av medlemsstaten som en del av implementeringslagstiftningen.

De två huvudsakliga regleringsalternativen för bestraffande företags-sanktioner är antingen administrativa sanktioner eller straffrättsligt (eller liknande) ansvar för företag. Även om EU-lagstiftaren i vissa fall har använt sig av straffrättsligt ansvar för företag²², förefaller administrativa sanktioner

²⁰ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG.

²¹ Artikel 83.4 och 83.5 i dataskyddsförordningen.

²² Framför allt miljö rätt (Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/99/EG av den 19 november 2008 om skydd för miljön genom straffrättsliga bestämmelser) och mark-

vara ”standardvalet” när det gäller EU:s reglering av företag. Denna typ av sanktion anses vara praktisk inom starkt reglerade politikområden där specialiserade myndigheters expertis anses vara nödvändig för att effektivt utreda överträdelser.²³ De mindre omfattande processuella rättssäkerhetsgarantierna gör administrativa sanktioner till ett attraktivt alternativ till straffprocessen. Snabbare förfaranden antas bidra till ökad effektivitet och ändamålsenlighet i att förebygga förseelser inom företag. Den faktiska effektiviteten är dock betydligt mer komplex och beror på en rad olika faktorer.

Jämfört med EU-straffrätt, där de första små tecknen på en gemensam teoretisk grund som motiverar och vägleder användningen av straffrättsliga sanktioner har börjat framträda²⁴, är administrativa sanktioner fortfarande ett teoretiskt relativt outvecklat område. Det finns ingen gemensam teoretisk grund för de materiella ansvarskriterierna och inte heller någon teori om administrativa sanktioner som kan jämföras med straffteorier (preventions- och retributionsteorier) och som skulle kunna motivera och förklara användningen av administrativa sanktioner. Detta är naturligtvis förståeligt med tanke på skillnaderna i medlemsstaternas rättskulturer och formerna för administrativa sanktionssystem. Administrativa sanktionssystem har dessutom utvecklats i separata regleringsområden utan försök att anta ett teoretiskt makroperspektiv som täcker de olika rättsområdena.²⁵

Trots denna brist på klarhet verkar de EU-baserade administrativa sanktionssystemen för företag ha åtminstone ett gemensamt teoretiskt drag. De verkar utgå från en traditionell ekonomisk avskräckningsteori²⁶, baserad på

nadsmissbruk (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/57/EU av den 16 april 2014 om straffrättsliga påföljder för marknadsmissbruk).

²³ Liknande argumentation presenteras i ett kommunikation från Kommissionen *Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, 20 september 2011, KOM(2922) 573 slutlig s. 11.

²⁴ T.ex. Raimo Lahti, *Towards a principled European criminal policy: Some lessons from the Nordic countries i EU Criminal Law and Policy: Values, Principles and Methods*, Routledge 2017 s. 56–57.

²⁵ I liknande anda, se Franssen och Harding 2022 s. 2–6.

²⁶ För konkurrensrättsliga sanktioner, se Christopher Harding, *Cartel deterrence: The search for evidence and argument*, *The Antitrust Bulletin*, vol 56 2011 s. 358–360 och källor i fotnoterna 33 och 34. När det gäller påföljder enligt GDPR, se Christopher Hodges, *Comments on GDPR Enforcement: EDPB Decision 01/2020*, SSRN eJournal 2021, elektronisk kopia tillgänglig på: <https://ssrn.com/abstract=3765602>; Paul Nemitz, *Fines under the GDPR i CPDP 2017 Conference Book 2017* s. 1 och 3, elektronisk kopia tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=3270535> (som argumenterar för att sanktionerna i dataskyddsförordningen är inspirerade av sanktionerna i EU:s konkurrenslagstiftning); W. Gregory Voss och Hugues Bouthinon-Dumas, *EU General Data Protection Regula-*

Gary S. Beckers idé om en rationell och beräknande individ, vars beslutsfattande bäst styrs av ekonomiska incitament.²⁷ I enlighet med principen om shareholder primacy bygger den ekonomiska avskräckningen på antagandet att företagets främsta drivkraft är att maximera vinst. Hotet om höga böter antas effektivt styra företagens beslutsfattare mot efterlevnad genom kalkylerad riskhantering. Detta framträder särskilt tydligt i tillämpningen av EU:s konkurrenslagstiftning, som bygger på idéerna om specifik och allmän ekonomisk avskräckning.²⁸ Den optimala sanktionsnivån uppnås genom kombination av bötesnivåer och sannolikhet för upptäckt.²⁹

Som bekant har ekonomisk avskräckning inte fått något starkt empiriskt stöd.³⁰ Det finns relativt få empiriska studier angående effekter av administrativa företagssanktioner, särskilt när det gäller förslaget att en höjning av bötesbeloppen effektivt skulle främja förebyggandet av överträdelser.³¹ Även om den ekonomiska avskräckningen (som en funktion av hot om sanktioner och sannolikheten att åka fast) inte är obetydlig som incitament för att få

tion Sanctions in Theory and in Practice, Santa Clara High Technology Law Journal vol. 37, 2021 s. 95 (som argumenterar för att den mest relevanta funktionen är avskräckning, även om sanktionerna i dataskyddsförordningen också bör tjäna andra syften). När det gäller sanktioner för marknadsmissbruk, se Helene Andersson, Fighting insider dealing at all costs? – due process aspect on the EU market abuse regime, Capital Markets Law Journal vol. 17, 2022 s. 196–197.

²⁷ Gary S. Becker, Crime and Punishment, Journal of Political Economy vol. 76, 1968 s. 169.

²⁸ Christopher Hodges, *Law and Corporate Behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Hart 2016 s. 87–91; Luca Calzolari, Sanctions in EU Competition Law: Ensuring Deterrence within the Decentralized Enforcement System of Articles 101 and 102 TFEU, i *EU Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge 2020 s. 242–245.

²⁹ Wouter Wils, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing 2008 s. 61.

³⁰ T.ex, Sally S. Simpson och Christopher S. Koper, Detering Corporate Crime, Criminology vol. 30, 1992 s. 347; John Braithwaite och Toni Makkai, Testing an Expected Utility Model of Corporate Crime Deterrence, Law & Society Review vol. 25, 1991 s. 7; Toni Makkai och John Braithwaite, Criminological Theories and Regulatory Compliance, Criminology vol. 29, 1991 s. 191; Toni Makkai och John Braithwaite, The Dialectics of Corporate Deterrence, Journal of Research in Crime and Delinquency vol. 31, 1994 s. 347. Se även Sally S. Simpson, *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge University Press 2002 s. 26–44 (som diskuterar empiriska studier som testar den traditionella avskräckningsteorin) och Raymond Paternoster och Sally Simpson, Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime, Law & Society Review vol. 30, 1996 s. 549, 550–552.

³¹ När det gäller konkurrenstillsyn, se en genomgång av studier som visar på blandade resultat: Hodges 2016 s. 125–131.

företag att följa reglerna,³² visar empirisk forskning att många företagbeslutsfattare främst styrs av inre faktorer, såsom moral, vanor och sociala normer.³³ Dessa insikter utmanar antagandet inom det ekonomiska avskräckningstänkandet att företagsledare enbart agerar som amoraliska kalkylatorer och lyfter fram att deras motivation formas av en bredare palett av faktorer, däribland moraliska övertygelser.

Mot denna bakgrund kan det vara missvisande att tro att hotet om höga böter enligt Direktivet i sig skulle leda till effektiva HRDD-mekanismer inom företagen. Empiriska bevis visar att sanktionshot som en yttre drivkraft för efterlevnad inte fullt överensstämmer med hur beslutfattare inom företag faktiskt agerar. Innan vi närmare analyserar samspelet mellan yttre och inre motiv i avsnitt 4, tittar vi kort på HRDD som en form av självreglering och de sätt på vilka en metaregleringsstrategi kan hjälpa oss att utforma mer meningsfulla HRDD-mekanismer.

3 HRDD-lagstiftning som processbaserad reglering: Riskerna med ”tick-the-box”-efterlevnad

För att förstå företagssanktioner som ett incitament för efterlevnad erbjuder forskningen inom regleringsteori ett värdefullt konceptuellt ramverk. I denna artikel, som särskilt bygger på Landaus och Parkers arbete, betraktas HRDD som en form av processbaserad reglering, i motsats till rent resultatorienterad reglering.³⁴ Processbaserad reglering har ansetts vara användbar inom offent-

³² T.ex. Sally S. Simpson m.fl., An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime-Control Strategies, *Journal of Criminal Law and Criminology* vol. 103, 2013 s. 231, 265.

³³ Paternoster och Simpson 1996 s. 549–584; Lori A. Elis och Sally S. Simpson, Informal Sanction Threats and Corporate Crime: Additive Versus Multiplicative Models, *Journal of Research in Crime and Delinquency* vol. 32, 1995 s. 399; Nicole Piquero, The Only Thing We Have to Fear Is Fear Itself: Investigating the Relationship Between Fear of Falling and White-Collar Crime, *Crime & Delinquency* vol. 58, 2012 s. 362.

³⁴ Landau 2019 s. 238–240; Christine Parker, Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility i *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge University Press 2007 s. 207–209; Christine Parker, *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy* kapitel 9 (Cambridge; Cambridge University Press, 2002). När det gäller terminologi och klassificering, se även Sharon Gilad, It Runs in the Family: Meta-Regulation and Its Siblings 4 *Regulation and Governance* 485 (2010).

liga politikområden, t.ex. arbetsmiljö,³⁵ eller miljöskydd, där lagstiftaren kan dra nytta av ett företags inneboende förmåga till självreglering.³⁶ I stället för att reglera det önskade resultatet eller fastställa exakta normer för hur verksamheten ska bedrivas, uppmuntrar det processbaserade tillvägagångssättet företagen att utveckla sina egna metoder för bolagsstyrning och efterlevnad.³⁷

Den processbaserade karaktären hos HRDD möjliggör för företag att utforma efterlevnads- och styrmekanismer som är anpassade till deras specifika behov, exempelvis utifrån storlek, bransch och andra faktorer. Samtidigt medför HRDD:s processorientering vissa nackdelar. Den starka betoningen på själva processen riskerar att förminska målen med HRDD.³⁸ Det har framhållits att fokus ofta ligger mer på due diligence-processen i sig än på företagets ansvar att respektera mänskliga rättigheter. Detta kan innebära att HRDD:s verkliga betydelse för att stärka skyddet av mänskliga rättigheter förbises.³⁹ Även om denna inriktning till viss del är förståelig med tanke på behovet av att reglera företagets efterlevnad och styrning, är det utan tvekan önskvärt att sträva efter en bättre balans.

Den processbaserade karaktären hos HRDD och det starka fokuset på processen kan skapa ett avstånd mellan det faktiska skyddet för mänskliga rättigheter och det dagliga HRDD-arbetet hos företag. Detta avstånd ökar risken för att respekten för mänskliga rättigheter inte ses som en central princip vid införandet av interna efterlevnadsmekanismer. Istället finns risken att mekanismerna implementeras på ett formalistiskt sätt, där de vid första anblick verkar uppfylla lagens krav⁴⁰ men i praktiken inte åstadkommer någon verklig effekt. Med andra ord riskerar HRDD att genomföras som en mekanisk "box-ticking-övning" för att klara lagens minimikrav, snarare än som en värdedrivna process. Denna typ av "kosmetisk efterlevnad" har

³⁵ Elisabeth Bluff, *The Regulation of Work Health and Safety*, i *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press 2017 s. 618–619.

³⁶ Gilad 2010 s. 486–487; Parker 2007 s. 211–212; Landau 2019 s. 234.

³⁷ Neil Gunningham & Darren Sinclair, *Trust, Culture and the Limits of Management-Based Regulation: Lessons from the Mining Industry*, i *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press 2017 s. 711–712.

³⁸ Landau 2019 s. 238.

³⁹ Radu Mares, 'Respect' Human Rights: Concept and Convergence i *Law, Business and Human Rights: Bridging the Gap*, Edward Elgar Publishing 2014 s. 43; Quijano & Lopez 2022 s. 248–249.

⁴⁰ Nicolas Bueno och Claire Bright, *Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability*, *International & Comparative Law Quarterly* vol. 69, 2020 s. 794; Chantal Mak, *Corporate Sustainability Due Diligence: More Than Ticking the Boxes?* *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 29, 2022 s. 301.

identifierats som en inneboende risk i HRDD, vilket har belysts i företagens ytliga reaktioner på befintlig lagstiftning.⁴¹ Med tanke på att Direktivet reglerar HRDD-skyldigheterna mer exakt än sina föregångare, kommer Direktivet sannolikt att minska, men inte helt avskaffa, riskerna för kosmetisk efterlevnad.

Landau har på ett intressant sätt anpassat Parkers arbete om metareglering till HRDD:s syften. Metareglering beskriver det moderna landskapet för företagsreglering, där olika normativa ramar samspelar och reglerar varandra. Lagstiftning som syftar till att påverka företags interna självreglering, såsom HRDD, kan därför ses som en form av metareglering.⁴² Enligt Landau kan bättre regleringsresultat uppnås genom att förankra HRDD i företagens ansvar att respektera de mänskliga rättigheterna. Detta innebär att HRDD-åtgärder ska utvärderas utifrån hur väl de bidrar till att företag uppfyller detta ansvar, vilket gör respekten för mänskliga rättigheter till ett centralt mål.⁴³ Som Parker uttrycker det handlar metareglering om själva processen, ”men det måste vara en process som leder någonstans”.⁴⁴

Företagens respekt för mänskliga rättigheter är ett abstrakt mål, men det kan och bör konkretiseras av företagen till en tydlig uppsättning delmål. Företagen behöver engagera sig i ett kontinuerligt lärande och medvetet utveckla sin affärsverksamhet i linje med dessa mål. Parker föreslår att metareglering kan användas för att stärka företagens medvetenhet, det vill säga deras engagemang för att agera etiskt genom att integrera värderingar i verksamhetens praxis och strukturer.⁴⁵ Ett exempel på ett sådant verktyg inom metareglering är ett sanktionssystem, som kan fungera som en drivkraft för att öka företagens ansvarstagande och medvetenhet.

I denna artikel ses företagens medvetenhet och engagemang för att skydda mänskliga rättigheter som det centrala målet med HRDD, ett mål som bör främjas genom ett sanktionssystem. Detta synsätt lyfter fram den etiska och moraliska dimensionen av HRDD, en aspekt som ofta förbises i litteraturen om företagande och mänskliga rättigheter.⁴⁶ Idén om ett sank-

⁴¹ Se Landau 2019 s. 234–235.

⁴² Parker 2007 s. 210–211.

⁴³ Landau 2019 s. 240–241.

⁴⁴ Parker 2007 s. 230.

⁴⁵ Parker 2007 s. 214. Se även John G. Ruggie, *Business and Human Rights: Further Steps toward the Operationalization of the "Protect, Respect and Remedy" Framework*, A/HRC/14/27, punkt 80 (2010), som hänvisar till behovet av att internalisera respekten för de mänskliga rättigheterna.

⁴⁶ Ramasastry 2015 s. 240.

tionssystem som incitament för att nå detta mål utvecklas vidare i avsnitt 4. Där används empirisk forskning inom beteendetik och andra beteendevetenskapliga discipliner för att analysera de drivkrafter som påverkar företags regelefterlevnad.

4 Inre och yttre motiv för att förklara regelefterlevnad

4.1 Motivationsdiversitet som en utmaning vid HRDD-sanktionering

I denna artikel kontrasteras ekonomisk avskräckning, som är det dominerande paradigmet för EU-baserade administrativa sanktioner, med insikter från beteendetik och andra beteendevetenskapliga discipliner som belyser motiv för efterlevnad. Den traditionella avskräckningsteorin bygger främst på yttre faktorer (såsom hot om sanktioner) för att styra mänskligt beteende, men den bortser ofta från lagens potential att främja inre drivkrafter (såsom etiska överväganden) för efterlevnad.

Detta är problematiskt eftersom inre drivkrafter har visat sig vara ett betydande hinder mot oetiskt beteende och förseelser,⁴⁷ även i företagsmiljöer.⁴⁸ De inre drivkrafternas roll är ofta mer betydande jämfört med avskräckning, som har visat sig vara irrelevant för individer som har hög moral och därmed styrs av internaliserade moraliska normer och andra värdedrivna överväganden.⁴⁹ För de flesta av oss är det viljan att göra det rätta, snarare än rädslan för att bli upptäckt och straffad, som avhåller oss från att begå olagliga handlingar. Tillsynsmyndigheten bör dock inte förlita sig alltför mycket på inre

⁴⁷ Clemens Kroneberg, Isolde Heintze och Guido Mehlkop, *The Interplay of Moral Norms and Instrumental Incentives in Crime Causation*, *Criminology* vol. 48, 2010 s. 259; Michael Wenzel, *The Social Side of Sanctions: Personal and Social Norms as Moderators of Deterrence*, *Law and Human Behavior* vol. 28, 2004 s. 547 (som visar att sanktioner endast påverkade efterlevnaden av skatteregler när den individuella etiken var svag). Se även Yuval Feldman, *The Complexity of Disentangling Intrinsic and Extrinsic Compliance Motivations: Theoretical and Empirical Insights from the Behavioral Analysis of Law*, *Washington University Journal of Law & Policy* vol. 35, 2011 s. 23–29, 36 med hänvisning till Edward Deci och Richard Ryan, *The "What" and "Why" of Goal Pursuits: Human Needs and the Self-Determination of Behavior*, *Psychological Inquiry* vol. 11, 2000 s. 227, 233–234, som diskuterar de befintliga empiriska bevis som tyder på att inre motivation är överlägsen yttre.

⁴⁸ Se källor i fotnot 33.

⁴⁹ T.ex. Paternoster och Simpson 1996, abstrakt: "...when moral inhibitions were high, considerations of the cost and benefit of corporate crime were virtually superfluous".

motiv, eftersom det alltid kommer att finnas individer som främst drivs av instrumentella faktorer.⁵⁰

För att ytterligare försvåra det inre/ytte dilemmat, pekar ett av huvudargumenten inom beteendetetisk forskning på att människor ofta inte uppmärksammar den etiska eller olagliga karaktären i de beslut som de fattar.⁵¹ Vi tenderar att följa andra utan att noggrant överväga alternativa handlingsätt. Många av oss lider av en etisk "blind fläck", vilket innebär att vi inte är medvetna om att vårt beteende är oetiskt eller olagligt.⁵² Denna etiska omedvetenhet utgör också ett problem för teorin om ekonomisk avskräckning, som förutsätter att människor är rationella och beräknande aktörer.

Alla HRDD-regelverk syftar till att skapa incitament för effektiv efterlevnad och styrning genom att påverka företagens beslutsfattande. I denna artikel argumenteras för att HRDD:s sanktionssystem bör beakta de många olika motiven för regelefterlevnad, snarare än att enbart fokusera på traditionella ekonomiska avskräckningsfaktorer som bötesbelopp och risken för upptäckt. Även om sådana faktorer kan fungera som hinder för företagsledare med låg internaliserad moral, kan en effektiv tillämpning inte enbart förlita sig på detta förenklade paradig. Det krävs i stället ett mer nyanserat och finjusterat tillvägagångssätt.⁵³ Trots att detta inte är ett nytt förslag, har den komplexa motivationsbilden av någon anledning aldrig fullt ut beaktats i utformningen av bestraffande företagssanktionsmekanismer.

Med utgångspunkt i teorin om motivträngsel (*motivational crowding*) och lagens expressiva funktion diskuteras i avsnitt 4.2 och 4.3 förutsättningarna för en sanktionsmodell som skulle ta hänsyn till den beskrivna motivationsdiversiteten.

⁵⁰ Feldman 2018 s. 85.

⁵¹ Etisk omedvetenhet är ett av huvudtemana i Feldman 2018 s. 35–37, som noterar en förskjutning från att bedöma medvetna och rationella val till att analysera hur människor reagerar i en given situation.

⁵² Ovul Sezer, Francesca Gino och Max Bazerman, Ethical Blind Spots: Explaining Unintentional Unethical Behavior, *Current Opinion in Psychology* vol. 6, 2015 s. 77–81; Max Bazerman och Ann Tenbrunsel, *Blind Spots: Why Do We Fail to Do the Right Thing and What to Do About It*, Princeton University Press 2011.

⁵³ Feldman 2018 s. 85–87.

4.2 Teorin om motivträngsel (*motivational crowding*) och lagens expressiva funktion

Motivational crowding är förmodligen det mest diskuterade uttrycket för samspelet mellan interna och externa motiv för regelefterlevnad. Det handlar om huruvida och hur externa incitament, som t.ex. ekonomiska sanktioner, kan underminera inre motiv, som t.ex. etiska överväganden och moralisk plikt.⁵⁴ I en ofta citerad studie genomförde Gneezy och Rustichini ett experiment där föräldrar som hämtade sina barn för sent på ett daghem fick betala böter.⁵⁵ I motsats till vad som antas i den ekonomiska avskräckningsteorin ökade antalet sena hämtningar efter införandet av sanktionen, trots att kostnaden för att komma för sent var högre än före experimentet. Forskarna föreslog att böterna kan ha ändrat den sociala betydelsen av att hämta barnen i tid, vilket före experimentet ansågs vara socialt oönskat.⁵⁶ Att ge böter för att komma för sent kan ha gjort situationen till en ekonomisk fråga som rättfärdigar ett beteende baserat på ekonomiska beräkningar och inte på inre motivation.⁵⁷

En liknande inramningseffekt har konstaterats i en studie av Terbrunsel och Messick. Resultaten tyder på att sanktioner påverkar den typ av beslut som människor uppfattar att de tar. Med andra ord kan sanktionssystemet fungera som en signal som guidar en bedömning av vilken typ av beslut man fattar (etiskt vs. affärsmässigt).⁵⁸ Intressant nog fann forskarna att om en affärsmässig ram antogs var sanktionens stränghet relevant för att stimulera efterlevnad men inte om situationen uppfattades som etisk.⁵⁹ Dessa resultat

⁵⁴ Feldman 2018 s. 63; Feldman 2011 s. 23–29.

⁵⁵ Uri Gneezy och Aldo Rustichini, A Fine is a Price, *Journal of Legal Studies* vol. 29, 2000a s. 1–17.

⁵⁶ Det bör noteras att andra alternativa eller parallella förklaringar till dessa eller liknande resultat också har presenterats både av Rustichini och Gneezy och i andra studier. Från ett ekonomiskt perspektiv se Roland Benabou och Jean Tirole, Intrinsic and Extrinsic Motivation, *Review of Economic Studies* vol. 70, s. 489.

⁵⁷ Gneezy och Rustichini 2000a s. 13–15. Se liknande resultat i en metastudie som granskar motivationer i samband med organisatoriskt välgörenhetsgivande, Lalin Anik m.fl., Feeling Good about Giving: The Benefits (and Costs) of Self-Interested Charitable Behaviour, i *The Science of Giving*, Psychology Press 2011 s. 3.

⁵⁸ Ann Tenbrunsel och David Messick, Sanctioning Systems, Decision Frames, and Cooperation, *Administrative Science Quarterly* vol. 44, 1999 s. 684, 698.

⁵⁹ Tenbrunsel och Messick 1999 s. 702.

tyder på att när en ekonomisk beslutsram väl har antagits är sanktionens storlek verkligen relevant för att styra ett korrekt beteende.⁶⁰

Förhållandet mellan yttre och inre motivation blir mer komplext när det betraktas genom lagens expressiva funktion. Detta antyder att yttre incitament, som sanktioner, inte bara kan undergräva inre motivation, utan också stimulera den.⁶¹ Denna forskningsinriktning fokuserar på om rättsliga instrument kan påverka, utbilda och på annat sätt signalera vad som anses vara socialt och moraliskt önskvärt.⁶² Det expressiva synsättet intresserar sig för hur rättsregler kan forma de sociala normerna i ett samhälle och hur dessa rådande normer påverkar beteendet.⁶³ Genom sin expressiva funktion kan en sanktion ge ett socialt stöd för reglerna och främja en moralisk förståelse av att det sanktionerade beteendet är oacceptabelt.⁶⁴

Lagens expressiva funktion har en intellektuell koppling till straffteorier som syftar till att rättfärdiga och förklara användningen av det straffrättsliga systemet. Straffets expressiva effekt har två skilda betydelser i straffteorier. Inom ramen för retributiva teorier avser den straffets symboliska funktion som riktar retributiva känslor mot brottet och dess förövare,⁶⁵ medan den expressiva effekten inom ramen för instrumentella teorier markerar straffrättens förmåga att påverka samhällsnormer.⁶⁶ Kombinationsteorier, som tillämpas som den primära motiveringen till straff i de nordiska länderna⁶⁷ och

⁶⁰ Uri Gneezy och Aldo Rustichini, Pay Enough or Don't Pay at All, *The Quarterly Journal of Economics* vol. 115, 2000 s. 79 (undersöker betydelsen av monetära belöningar). Se även Feldman 2018 s. 65–66, där andra relaterade studier diskuteras.

⁶¹ Se Feldman 2011 s. 16–19, som också förklarar de definitionsmässiga svårigheterna med att klassificera motivationsfaktorer som intrinsikala eller extrinsikala.

⁶² Se t.ex. Robert D. Cooter, Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization, *Oregon Law Review* vol. 79, 2000 s. 1, 10–15.

⁶³ Cass Sunstein, On the Expressive Function of Law, *University of Pennsylvania Law Review* vol. 144, 1996 s. 2021, 2025–2026.

⁶⁴ T.ex. Gordon Hawkins, Punishment and Deterrence: The Educative, Moralizing, and Habituate Effects, *Wisconsin Law Review* vol. 2, 1969 s. 550, 553–560; Johannes Andenæs, General Prevention–Illusion of Reality? *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* vol. 43, 1952 s. 176, 179; Johannes Andenæs, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press 1974 s. 8, 113–114.

⁶⁵ Joel Feinberg, The Expressive Effect of Punishment, i *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, Oxford University Press 2011 s. 113.

⁶⁶ Andenæs 1974 s. 118–125.

⁶⁷ Heli Korkka-Knuts, Behaviourally Informed Approach to Corporate Criminal Law: Ethicality as Efficiency, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* vol. 10, 2022 s. 1, 6–7.

i Tyskland⁶⁸ och som även är erkända på andra håll, kombinerar retributiva och instrumentella synsätt. Detta tänkande betonar samexistensen och sammanflätningen av moral, fördömande och det straffrättsliga systemets förebyggande funktion. Kombinationsteorier är användbara för denna studie, eftersom de antyder att straff och dess avskräckande effekt kan samexistera med ett utbildande och moralpåverkande element, vilket får människor att internalisera värderingar som ligger till grund för kriminalisering och därmed stödja dem i att utveckla sociala vanor, vilket i sin tur främjar efterlevnad.⁶⁹

Lagens förmåga att förmedla moraliska normer och kanske till och med förändra moraliska attityder har fått stöd i empirisk forskning. Ett klassiskt exempel är en studie av Schwartz och Orleans om efterlevnad av skattelagstiftningen, som visade att en testgrupp som utsattes för en "rädsla för bestraffning-behandling" var mer benägen att känna en moralisk plikt att betala skatt än en kontrollgrupp som utsattes för en behandling som betonade skattebetalningens sociala nytta.⁷⁰ Detta verkar stämma överens med kombinationsteorier, eftersom sanktionerna i denna studie verkade ha en förebyggande betydelse genom en kombination av inre och yttre mekanismer. Detta framgick också av Feldmans studie av expressiva effekter i samband med den amerikanska lagen om företagshemligheter, där han fann att lagens inverkan på beteendet främst grundade sig på moral och i mindre utsträckning på lagens förmåga att medföra sociala kostnader och karriärkostnader.⁷¹ Feldman menar att hans resultat tyder på att beslutsfattare bör associera lagen med moral; genom att skapa en samstämmig moral kan lagstiftaren öka viljan att följa lagen.⁷² Lagens förmåga att signalera moralisk konsensus är särskilt relevant för de genomsnittligt "goda" människor som

⁶⁸ Markus Dirk Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, *American Journal of Comparative Law* vol. 53, 2006 s. 679.

⁶⁹ Korkka-Knuts 2022 s. 7; Cooter 2000 s. 1, 21.

⁷⁰ Richard Schwartz och Sonya Orleans, *On Legal Sanctions*, *University of Chicago Law Review* vol. 34, 1967 s. 274. Feldman noterar att jämförelsen mellan de två grupperna är problematisk, eftersom det i en intervjusituation kan vara lättare att argumentera för social plikt än att skrämman människor med risken för sanktioner. Feldman 2018 s. 72 (vid fotnot 83).

⁷¹ Yuval Feldman, *The Expressive Function of Trade Secret Law: Legality, Cost, Intrinsic Motivation, and Consensus*, *Journal of Empirical Legal Studies* vol. 6, 2009 s. 177, 202–203. Från ett beteendekonomiskt perspektiv, se Dan M. Kahan och Eric A. Posner, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, *Journal of Law & Economics* vol. 42, 1999 s. 365.

⁷² Feldman 2009 s. 202–203.

har en genomsnittlig moralisk förmåga och som därför inte påverkas enbart av avskräckningsmekanismer.⁷³

Många av de empiriska studier som genomförts inom beteendetik och andra beteendestudier är inte specifikt inriktade på de expressiva effekterna av straffrättsliga eller administrativa sanktioner, utan analyserar ofta icke-rättsliga sanktioner i experimentella miljöer (t.ex. Gneezy och Rustichinis studie av daghem) eller rättsliga system i allmänhet (t.ex. den amerikanska lagen om företagshemligheter i Feldmans studie). Funks studie om röstningsbeteende kan kanske ses som ett undantag från detta. Hon fann att efter att röstplikten avskaffats i en schweizisk kanton minskade antalet röstande betydligt även om endast en symbolisk penningbot var kopplat till brott mot röstplikten. I detta sammanhang kunde bötesbeloppet enligt Funk inte förklara det minskade valdeltagandet, utan förändringen verkade bero på att det moraliska budskapet i rösträttslagen och dess sanktionssystem hade avskaffats.⁷⁴ Den moraliska betydelsen av straffrättsliga påföljder har också fått stöd i kriminologiska studier. Smith, Simpson och Huang visade t.ex. att hot om bestraffning verkar indirekt genom att påverka företagsledares etiska utvärderingar av sitt beteende.⁷⁵ Denna forskningslinje gör därför gällande att sanktioner kan påverka hur människor förstår den moraliska betydelsen av sitt beteende.

Empiriska bevis visar att sanktionshot och moraliska normer inte är separata faktorer, utan sammanflätade och ömsesidigt påverkar varandra.⁷⁶ I linje med kombinationsteorier visar det sig att företagsrelaterade sanktioner, utöver avskräckande element, behöver innefatta inslag av fördömande för att ge upphov till moraliska effekter. För att motivera etiskt företagsbeteende bör sanktioner därför inte enbart förlita sig på en sanktionspolitik som fokuserar på höga bötesbelopp och deras avskräckande effekt, utan även sträva efter att koppla sanktionen till moral och etiska överväganden.⁷⁷

⁷³ Feldman 2018 s. 134.

⁷⁴ Patricia Funk, Is There an Expressive Function of Law? An Empirical Analysis of Voting Laws with Symbolic Fines, *American Law and Economics Review* vol. 9, 2007 s. 135, 139.

⁷⁵ Craig Smith m.fl., Why Managers Fail to Do the Right Thing: An Empirical Study of Unethical and Illegal Conduct, *Business Ethics Quarterly* vol. 17, 2007 s. 633, 655.

⁷⁶ Utöver de empiriska studier som redan diskuterats här, se Laetitia Mulder, When Sanctions Convey Moral Norms, *European Journal of Law and Economics* vol. 46, 2018 s. 331–342, 332.

⁷⁷ Se Feldman 2018 s. 24, som föreslår att lagstiftaren bör prioritera att stärka lagens legitimitet och dess moraliska budskap.

4.3 Yttre och inre motiv vid bestraffning av HRDD

De diskuterade beteendemässiga beläggen för *motivational crowding* tyder på att ett administrativt sanktionssystem som bygger på ekonomisk avskräckning riskerar att placera HRDD i en ekonomisk ram. Detta kan i sin tur tränga undan företagets benägenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt HRDD. Ett sådant sanktionssystem kan få ett företag att uppfatta HRDD som en balansgång mellan kostnader och fördelar med efterlevnad (med en inneboende risk av kosmetisk efterlevnad som diskuterades tidigare). Detta går emot det mål som beskrivits tidigare i artikeln, nämligen att HRDD ska främja företagets medvetenhet om verklig respekt för mänskliga rättigheter och integrera denna respekt i företagets praxis.

Med tanke på bevisen för sanktioners expressiva effekter är det inte självklart att administrativa företagssanktioner skulle sakna förmåga att stimulera inre, etiskt baserade motiv för regelefterlevnad. För att uppnå en sådan effekt verkar det dock nödvändigt, eller åtminstone fördelaktigt, att ge sanktionssystemet en tydlig moralisk inramning. Ett optimalt sanktionssystem för företag bör därför kombinera flera olika preventiva mekanismer för att ta hänsyn till den motivationsmässiga mångfalden bland företagets beslutsfattare.

Frågan är därför hur man kan utforma ett sanktionssystem som både främjar HRDD och integrerar skyddet för mänskliga rättigheter som ett affärsvärde, samtidigt som det behåller sin avskräckande effekt. Med andra ord, hur kan företagsrelaterade sanktioner väcka en inneboende benägenhet för genuin respekt för mänskliga rättigheter, så att due diligence-mekanismer uppfattas som ett sätt att skydda något som är i sig värdefullt, snarare än bara en teknisk aspekt av affärsverksamhet?⁷⁸ Den moraliska inramningen av bestraffande företagssanktioner analyseras i avsnitt 5 med hjälp av straffrätts-teori och dess syn på moralisk fördömelse.

5 Vad är källan till det moraliska budskapet i företagssanktioner? Betydelsen av klander och skuld

5.1 Straffrättsliga och administrativa påföljder förmedlar fördömande budskap av olika grad

Beteendetik och annan beteendeorienterad forskning behandlar sällan sanktioner som ett nyanserat koncept som omfattar olika typer av sanktions-

⁷⁸ Feldman 2011 s. 37–38.

system. Följaktligen finns det ingen empirisk evidens för eventuella skillnader i de expressiva och moralbildande effekterna mellan straffrättsliga och administrativa sanktioner. Inom den juridiska teoribildningen råder dock en bred enighet om att det finns grad- och artskillnader i dessa sanktioners förmåga att uttrycka och förmedla moraliska normer.⁷⁹ Även om straffrättsliga och administrativa påföljder inte är två klart definierade rättsliga kategorier och i vissa jurisdiktioner kan överlappa varandra, erkänns de som separata rättsliga fenomen av EU-lagstiftaren, och det är därför intressant att undersöka skillnaderna i deras expressiva egenskaper.

I nästa avsnitt, 5.2, analyseras källan till moraliska signaler och fördömanden såsom de förstås i teoretisk straffrätt. Varför tror vi att straff uttrycker moraliskt fördömande och vad uppfattas som den centrala källan till moraliskt klander i straffrättsteorin? Denna teoretiska ram ställs sedan i avsnitt 5.3 i kontrast till administrativa sanktioner, med särskilt fokus på EU:s konkurrensrättsliga område. Syftet med avsnitt 5 är att klargöra kraven på moralisk och etisk inramning i samband med HRDD-lagstiftningen.

5.2 Straff och skuld som källa till moraliskt fördömande

Enligt de ovandiskuterade kombinationsteorierna är det moraliska budskap som uttrycks genom ett straff kopplat till samhällets fördömande av den relevanta handlingen.⁸⁰ Samhällets fördömande och skuldbeläggande förutsätter i sin tur att gärningspersonen är skyldig och gärningen klandervärd.⁸¹ Vi klandrar gärningspersonen för att ha begått ett brott (dvs. brutit mot normer som skyddar centrala samhälleliga värden som anses värda att kriminalisera)

⁷⁹ Se t.ex. Christopher Harding, Quasi-criminal Enforcement in Criminal Law and Penal Theory: What Would Herbert Packer Say?”, i *Criminal and Quasi-criminal Enforcement Mechanisms in Europe: Origins, Concepts, Future*, Hart Publishing 2022 s. 134.

⁸⁰ Se t.ex. Andenæs 1974 s. 112–113; George Fletcher, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*, Oxford University Press 2007 s. 253–255. På liknande sätt betonar Raimo Lahti att ”[t]he theory on the expressive function of punishment – demonstration of social disapproval – lies in the borderline, because its justification has been based both on the principle of utility (efficiency) and that of justice”. (Raimo Lahti, Towards a Principled European Criminal Policy: Some Lessons from the Nordic Countries, i *EU Criminal Law and Policy: Values, Principles and Methods*, Routledge 2017 s. 58.

⁸¹ Jeremy Horder, Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory, *Law and Philosophy* vol. 12, 1993 s. 193. På liknande sätt Winnie Chan och A.P. Simester, Four Functions of Mens Rea, *Cambridge Law Journal* vol. 70, 2011 s. 381, 381, 384.

eftersom hen kunde ha avstått från den brottsliga gärningen (genom handling eller underlåtenhet) men ändå har begått den.

I denna artikels kontext kan straffrättslig skuld⁸² förstås som olika grader av klandervärdhet, vilket innefattar exempelvis uppsåt eller oaktsamhet samt ansvarsbefriande omständigheter som är relevanta för juridiska personer.⁸³ Enkelt uttryckt innebär skuldrekvisitet att företaget, som minimum, har försummat en aktsamhetsplikt som det kunde ha uppfyllt. Om det inte finns någon skuld, kan det heller inte finnas något straffrättsligt klander, och utan klander och skuld kan handlingen inte samhälleligt fördömas.⁸⁴ Det hävdas därför här att skuld och klander, som uttrycks genom straffet, utgör den grundläggande grunden för straffrättens expressiva och moraliska funktion. Detta moraliska innehåll förväntas främja socialisering och internalisering av de värderingar som ligger till grund för kriminaliseringen.

Det är viktigt att påpeka att teorin om företags straffrättsliga ansvar varken är entydig eller fullt etablerad, vare sig i Norden eller på andra håll. Det finns inte enighet om att företag skulle ha sådana egenskaper att de överhuvudtaget kan vara straffrättsligt ansvariga eller kapabla att känna skuld. Straffrätten är fortfarande individfokuserad,⁸⁵ och frågan om företags skuld och innebörden av klander riktat mot företag debatteras med olika uppfattningar.⁸⁶ Trots detta har goda filosofiska argument lagts fram för företags moraliska ansvar,⁸⁷ och det finns straffrättsliga regleringsmodeller som byg-

⁸² En viss förenkling är nödvändig eftersom straffrättslig skuld och klandervärdhet är flerdimensionella teoretiska begrepp vars analys varierar beroende på rättskultur och andra faktorer som är relevanta i varje jurisdiktion. För en kortfattad analys av dessa skillnader, se t.ex. de Jong 2022 s. 147–154.

⁸³ I skuldbegreppet ingår också, nästan universellt, ursäktande omständigheter som utesluter eller på annat sätt påverkar personlig skuld, såsom otillräknelighet, nödvärn och nödtillstånd (Fletcher 2007 s. 264).

⁸⁴ I samma anda, se Fletcher 2007 s. 299, 303, 320. Se även Petter Asp, *EG:s sanktionsrätt*, Iustus Förlag 1998, s. 378 ff.

⁸⁵ Horder 2019 s. 166.

⁸⁶ Se t.ex. L. Friedman, In Defense of Corporate Criminal Liability, *Harvard Journal of Law & Public Policy* vol. 23, 2000 s. 833 för en analys av debatten i den amerikanska forskningen.

⁸⁷ Se t.ex. Peter A. French, The Corporation as a Moral Person, *American Philosophical Quarterly* vol. 16, 1979 s. 207; Kendy Hess, The Modern Corporation as Moral Agent: The Capacity for "Thought" and a "First-Person Perspective", *Southwest Philosophy Review* vol. 26, 2010 s. 61. För en motsatt uppfattning, se Manuel Velasquez, Why Corporations Are Not Morally Responsible for Anything They Do, *Business & Professional Ethics Journal* vol. 2, 1983 s. 1.

ger på idén om företags skuld.⁸⁸ I praktiken riktar sig dock alla sanktionssystem i första hand till företagsledare som ansvarar för att verksamheten bedrivs lagligt. De HRDD-skyldigheter och -sanktioner som föreslås i direktivet är främst avsedda för företagsledare som ansvarar för att införa HRDD-mekanismer, även om det juridiska ansvaret i slutänden ligger hos företaget som enhet. Företagets skyldighet enligt direktivet är alltså inte enbart en fråga om enskilda styrelseledamöters ansvar. I stället riktas den mot företaget som en organisation, där ledarnas roll är central för att uppfylla dessa skyldigheter.⁸⁹

I den här artikeln utgås därför från att företag kan behandlas moraliskt genom lagens moraliskapande funktion. Företag är inte juridiska fiktioner utan kött och blod som fungerar genom sina organisatoriska strukturer. När ett företag gör detta kan det klandras för att ha brustit i sin skyldighet att iakttä tillbörlig omsorg. Det finns därför goda skäl att försöka påverka företagens moraliska nerv med hjälp av sanktioner.

5.3 Förmedlar administrativa sanktioner moraliska normer? Den begränsade betydelsen av skuld vid administrativ sanktionering

Administrativa sanktionssystem har traditionellt använts med avseende på beteenden som inte anses hota samhällets grundläggande värden, utan behov av straffrättsliga åtgärder utan endast en begränsad grad av samhälleligt fördömande.⁹⁰ Det råder dock viss oklarhet kring hur EU:s administrativa företagssanktioner bör förstås i ljuset av denna traditionella syn, särskilt med tanke på de betydande sanktionsnivåer som tillämpas på flera regleringsområden. Det verkar som om valet av sanktionssystem i stor utsträckning har styrts av praktiska överväganden, såsom tillsynsmyndigheternas expertis

⁸⁸ Ett exempel är det finska systemet för straffrättsligt ansvar för juridiska personer, som delvis bygger på organisationens bristande omsorg och försiktighet (finska strafflagen 9 kap. 2 § 1 mom.). Detta har i högsta domstolens praxis (HD 2021:6) tolkats som organisatorisk oaksamhet. Se Heli Korkka-Knuts, 'Juridiska personers straffansvar på grund av anonym skuld – från traditionell skuldprincip till organisatorisk skuld', Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, vol. 158, 2023 s. 1–17.

⁸⁹ Arnold har påpekat att om idén om ett företag som en juridisk fiktion skulle accepteras som korrekt, skulle det mesta av den normativa forskningen inom affärsetik undermineras eftersom den utgår från att företag kan uppträda både etiskt och oetiskt (Denis G. Arnold, *Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights*, *Business Ethics Quarterly* vol. 20, 2010 s. 371, fotnot 78).

⁹⁰ Christopher Harding, *The Interplay of Criminal and Administrative Law in the Context of Market Regulation: The Case of Serious Competition Infringements*, i *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice: Theoretical, Comparative and Transnational Perspectives*, Hart Publishing 2015 s. 211–213.

och möjligheten till snabba förfaranden, snarare än av normativa reflektioner kring överträdelsens allvar.

I enlighet med det rationella aktörsparadigm som utgör grunden för den ekonomiska avskräckningsmodellen betraktas administrativa sanktionssystem ofta som moraliskt neutrala eller "lätta". Detta innebär att de inte anses medföra samma grad av samhälleligt fördömande som straffrättsliga sanktioner och därmed antas resultera i en mindre stigmatiserande effekt.⁹¹ Vid beslut om huruvida en administrativ sanktion ska åläggas, samt om dess omfattning, är överträdelsen – fastställd utifrån objektiva eller kvasiobjektiva ansvarskriterier – viktigare än den subjektiva klandervärldheten i det företagsbeteende som orsakade eller bidrog till överträdelsen.⁹²

Även om administrativa sanktioner i allmänhet anses vara lindrigare och medföra ett mildare samhälleligt stigma än straffrättsliga påföljder, är det teoretiskt oklart vilken grad av fördömande som är kopplad till det administrativt sanktionerade beteendet. Det finns ingen sammanhängande grund som motiverar användningen av administrativa sanktionssystem för företag, åtminstone om man inte accepterar enkel ekonomisk avskräckning som den enda grunden för sanktionsåtgärder.⁹³ Inte heller finns det någon sammanhängande teori om administrativt ansvar. På grund av denna teoretiska brist är den stigmatiserande effekten och den potentiella expressiva effekten av en administrativ sanktion odefinierad.

Mot denna bakgrund, och med hänsyn till den centrala roll som skuld och klander spelar i straffrättens moraliska dimension, är det relevant att

⁹¹ M. Lugt, Opportunities for, and Limits to, Harmonizing Criminal Law on Food Processing and Distribution, and Administrative Sanctions in the European Community, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* vol. 2, 1994 s. 307, 308; Harding 2015 s. 211–213; Klaus Tiedemann, Corporate Criminal Liability as a Third Track i *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer 2014 s. 14; Feinberg 2011 s. 122.

⁹² Se Peter Whelan, Morality and Its Restraining Influence on European Antitrust Criminalisation, *Trinity College Law Review* vol. 12, 2009 s. 40, 45: "...when punishing cartel activity through administrative or civil penalties, the antitrust authorities are primarily concerned with the deterrence effects of their actions and not whether the cartelists committed a moral wrong". För individuellt administrativt ansvar, se Ferry de Jong, Four Dimensions of Nulla Poena Sine Culpa: The Principle of Individual Culpability in Contexts of Criminal and Quasi-Criminal Law Enforcement in Europe, i *Criminal and Quasi-criminal Enforcement Mechanisms in Europe: Origins, Concepts, Future*, Hart Publishing, 2022 s. 180–181, 217.

⁹³ Se Harding 2011 s. 347, som förklarar att även det teoretiska innehållet i avskräckning (deterrence) är inexakt inom konkurrenslagstiftningen, vilket gör det svårt att mäta den avskräckande effekten.

undersöka skuldens betydelse i administrativa företagsstraff. Till skillnad från straffrätten, där frågan om och problematiken kring företagsuppsåt har varit föremål för omfattande debatt i årtionden, har EU-baserade administrativa sanktioner tillämpat begreppen uppsåt och oaktsamhet utan någon djupare teoretisk diskussion om huruvida uppsåt överhuvudtaget är möjligt för företagsaktörer. Enligt artikel 13.1 i ECN+-direktivet⁹⁴ ska medlemsstaterna till exempel säkerställa att företag ”som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artikel 101 eller 102 i EUF-fördraget ska påföras ... sanktionsavgifter.” I direktivets skäl anges dock att begreppen uppsåt och oaktsamhet ska tolkas i enlighet med EU-domstolens rättspraxis avseende artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget, snarare än i enlighet med hur dessa begrepp förstås i straffrättsliga sammanhang.⁹⁵

Direktivet verkar föreslå att även om företags oaktsamhet eller uppsåt är en beståndsdel i en överträdelse av konkurrensrätten,⁹⁶ bör tolkningen av dessa begrepp (som härrör från straffrätten) följa en oberoende väg som vägleds av EU-domstolen. EU-domstolens rättspraxis verkar dock inte fastställa någon sammanhängande doktrin om företags uppsåt och oaktsamhet på det konkurrensrättsliga området,⁹⁷ och uppsåtets roll har varit kontroversiell inom EU:s konkurrensrättsliga forskning.⁹⁸ Medan vissa författare anser att uppsåt är ett konstituerande element,⁹⁹ föreslår andra att subjektiv skuld inte behöver bevisas för att ett företag ska kunna hållas ansvarigt enligt artik-

⁹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att bli effektivare tillsynsmyndigheter och säkerställa att den inre marknaden fungerar väl (14 januari 2019).

⁹⁵ Skäl 42 i ECN+-direktivet. Kritiskt se Markus Kärner, *Interplay between European Union criminal law and administrative sanctions: Constituent element of transposing punitive sanctions into national law*, *New Journal of European Criminal Law* s. 13, 2022 s. 63–64.

⁹⁶ Jfr Calzolari 2020 s. 257.

⁹⁷ Det finns också olika uppfattningar om tolkningen av europeisk rättspraxis. För en analys av inkonsekvensen i rättspraxis, se Pier Luigi Parcu och Maria Luisa Stasi, *The Role of Intent in the Assessment of Conducts under Article 102 TFEU*, i *Abuse of Dominance in EU Competition Law: Emerging Trends*, Edward Elgar Publishing 2017 s. 18–26.

⁹⁸ Pinar Akman, *The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance*, *European Law Review* vol. 39, 2014 s. 316. Se även Calzolari 2020 s. 257.

⁹⁹ Colm O’Grady, *The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU*, *World Competition* vol. 37, 2014 s. 459. När det gäller uppsåtets potential vid konkurrensrättslig bedömning, se Patrick Actis Perinetti, *Intent and Competition Law Assessment: Useless or Useful Tool in the Quest for Legal Certainty?* *European Competition Journal* vol. 15, 2019 s. 153.

larna 101 och/eller 102 i EUF-fördraget.¹⁰⁰ Vidare kan uppsåt vara relevant för att ålägga och kvantifiera böterna.¹⁰¹ Eftersom beräkningen av böterna på det konkurrensrättsliga området är beroende av ett stort antal faktorer och de optimala böterna anses motsvara antingen den vinst som gjorts eller den skada som vållats,¹⁰² kan betydelsen av företagets oaktsamhet eller uppsåt i praktiken vara tämligen utspädd.¹⁰³

EU:s konkurrensrättsliga sanktionssystem verkar bygga på ekonomisk avskräckning utan något nämnvärt försök att signalera ett moraliskt fördömande genom sanktionen.¹⁰⁴ EU-kommissionen har uttryckligen förespråkat en utveckling mot ett ”mer ekonomiskt baserat synsätt” som i hög grad skulle fokusera på beteendets effekter på marknaden.¹⁰⁵ En sanktion som utdöms till följd av en konkurrensöverträdelse signalerar, för det mesta, den ekonomiska omfattningen av överträdelsen och inte företagets skuld. I enlighet med avskräckningsparadigmet sätts sanktionen på en nivå som antas påverka den ekonomiska rationaliteten i företagets beslutsfattande att avstå från konkurrensbegränsande beteende.¹⁰⁶ Den moraliska signalen i sanktionssystemet är förmodligen ganska svag och kan knappast stimulera företagsledare att överväga efterlevnaden av konkurrenslagstiftningen ur ett etiskt perspektiv. Även om detta kan vara lämpligt när det gäller överträdelser av konkurrenslagstiftningen, är det inte nödvändigtvis sant när det gäller allvarliga kränkningar av mänskliga rättigheter.

¹⁰⁰ I Akman 2014 s. 316, anges att ”intent should not be used as part of the substantive legal test for establishing abuse”.

¹⁰¹ Calzolari 2020 s. 258.

¹⁰² Hodges 2016 s. 90–91.

¹⁰³ Med tillämpning av Cooters normativa teori om lagstiftning påminner konkurrensrättsliga sanktioner mer om ett pris än om en påföljd: ”Sanctions increase with the need for deterrence, as indicated by the actor’s state of mind, whereas prices increase with the amount of external harm caused by the act, which is invariant with respect to the actor’s state of mind” (Robert Cooter, Prices and Sanctions, Columbia Law Review vol. 84, 1984 s. 1523, 1537–1538).

¹⁰⁴ Parcu och Stasi 2017 s. 14: ”...some scholars have argued that competition is about efficiency, not morality; thus, to dream about monopolies does not represent a problem, but rather fuels economic growth.”

¹⁰⁵ Parcu & Stasi 2017 s. 19–20.

¹⁰⁶ Alberto Heimler och Kirtikumar Mehta, Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence, World Competition vol. 35, 2012 s. 103.

6 Slutsatser: Hur kan man koppla HRDD-lagstiftning till moral genom företagssanktioner?

De empiriska resultaten inom beteendetik och annan beteendeforskning ger starkt stöd för att sanktionssystem för HRDD bör utformas för att förmedla de moraliska normer som utgör grunden för HRDD-lagstiftningen. Detta är avgörande för att tydliggöra att företagens respekt för mänskliga rättigheter är det primära syftet med HRDD-åtgärderna. Som tidigare framhållits i denna artikel bygger resonemanget på uppfattningen att HRDD:s effektivitet inte enbart bör bedömas som en process, utan framför allt utifrån dess förmåga att stärka skyddet för de mänskliga rättigheterna.

I den dagliga företagsverksamheten kan HRDD-åtgärder verka vardagliga och byråkratiska. Relevansen av HRDD är inte nödvändigtvis synlig för en anställd på ett EU-baserat multinationellt företag, eftersom de faktiska kränkningarna av de mänskliga rättigheterna sker utanför företags fysiska gränser och ofta i det globala syd. Överträdelser av HRDD kan verka som ett mindre regelbrott ur den anställdes och till och med ledarens perspektiv, men leder ändå till allvarliga negativa konsekvenser för de mänskliga rättigheterna och kränker därmed centrala samhälleliga värden. Med tanke på argumentet om den blinda fläcken och problem kopplade till etisk omedvetenhet¹⁰⁷ behövs etiska påminnelser som lyfter fram det inneboende värdet av HRDD för att driva anställda och ledning i rätt riktning. Sociala normer på arbetsplatsen påverkar starkt vårt beteende, och en etisk företagskultur kommer därför sannolikt att bidra till att dessa påminnelser ges.¹⁰⁸

Betydelsen av moralisk signalering genom rättsliga normer är inte nödvändigtvis densamma inom alla områden av företagsregleringen. De mänskliga rättigheterna utgör dock själva kärnan i de samhälleliga värden som bör skyddas genom rättsliga sanktioner. Arnold har försvarat uppfattningen att transnationella företag har etiskt grundade skyldigheter att respektera de mänskliga rättigheterna, oberoende av om dessa skyldigheter erkänns i nationell eller transnationell lagstiftning. Enligt Arnold utgör denna moraliska skyldighet att respektera de mänskliga rättigheterna den grund på vilken alla

¹⁰⁷ Se källor i fotnot 52.

¹⁰⁸ På samma sätt hänvisar Feldman 2018 s. 106–108, till den amerikanska lagen om företagshemligheter som ett rättsligt ramverk. Se även Roy Baumeister och Mark Leary, *The Need to Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, *Psychological Bulletin* vol. 117, 1995 s. 497.

människorättsregimer vilar.¹⁰⁹ Skyddet för de mänskliga rättigheterna är ett moraliskt laddat område som inte kan hanteras enbart i ekonomiska termer.

Det förefaller motiverat att hävda att administrativa företagssanktioner som tillämpas inom ramen för konkurrenslagstiftningen inte är en lämplig mekanism för att signalera de etiska mål som ligger till grund för HRDD. Det konkurrensrättsliga sanktionssystem som tillämpas av konkurrensmyndigheterna kommer sannolikt att inrama efterlevnaden av konkurrensreglerna i ekonomiska termer och riskerar därmed att tränga undan etiska skäl att följa antitrustlagstiftningen. Även om inte alla administrativa sanktionssystem kan betraktas som moraliskt neutrala – då detta beror på det reglerade beteendets natur och de specifika egenskaperna hos ett givet administrativt ansvarssystem – leder avsaknaden av teoretisk tydlighet vad gäller skuld och andra ansvarskriterier till en osäkerhet i fråga om den moraliska signaleringens omfattning.

Som ett resultat av den föregående analysen föreslås här att den moraliska inramningen av HRDD-sanktioner skulle kunna ske genom åtminstone två alternativa vägar. Den första är att tillämpa en skuldbaserad straffrättslig ansvarsmodell för de allvarigaste HRDD-överträdelserna, medan administrativa böter skulle användas i samband med mindre due diligence-överträdelser. Ett sådant dubbelt system skulle möjliggöra olika grader av samhälleligt fördömande av företags brister i aktsamhet. Skuld är den mekanism som behövs för att utlösa fördömandet och därmed möjliggöra att det moraliska budskapet kan existera. Straffrättsligt klander och stigma skulle ge tydlighet åt den expressiva signalen och återspegla det fördömande förhållningssättet gentemot allvarliga företagsöverträdelser av mänskliga rättigheter. Dessa signaler skulle motivera företag i riktning mot ett etiskt beteende.

En annan möjlighet är en administrativ ansvarsmodell som tydligt tar ställning till skuld och klander. Juridisk forskningslitteratur har betonat problemen med den oklara statusen för de processuella garantierna i EU:s administrativa sanktionsförfaranden,¹¹⁰ men mindre uppmärksamhet har ägnats åt den teoretiska oklarheten vad gäller de materiella ansvarskriterierna för administrativa sanktioner, inklusive företagsskuld.¹¹¹ Praktiska överväganden

¹⁰⁹ Arnold 2010.

¹¹⁰ T.ex. Anne Weyembergh och Nicolas Joncheray, Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards: A Blurred Picture that Needs to be Addressed, *New Journal of European Criminal Law* vol. 7, 2016 s. 190.

¹¹¹ Ett undantag från detta är de Jong 2022.

har generellt sett varit drivkraften bakom skapandet av administrativa regleringssystem för överträdelser i EU och på andra håll. Som jag ser det har strävan efter effektivitet resulterat i en teoretisk tomhet där de antagna fungerande mekanismerna för administrativa sanktioner lämnas ospecificerade. Paradoxalt nog kan en sådan strävan efter effektivitet genom lättare processuella garantier, objektiva eller kvasi-objektiva ansvarskriterier och ekonomisk avskräckning leda i motsatt riktning, eftersom sanktionernas moralförande effekt riskerar att förloras i processen.