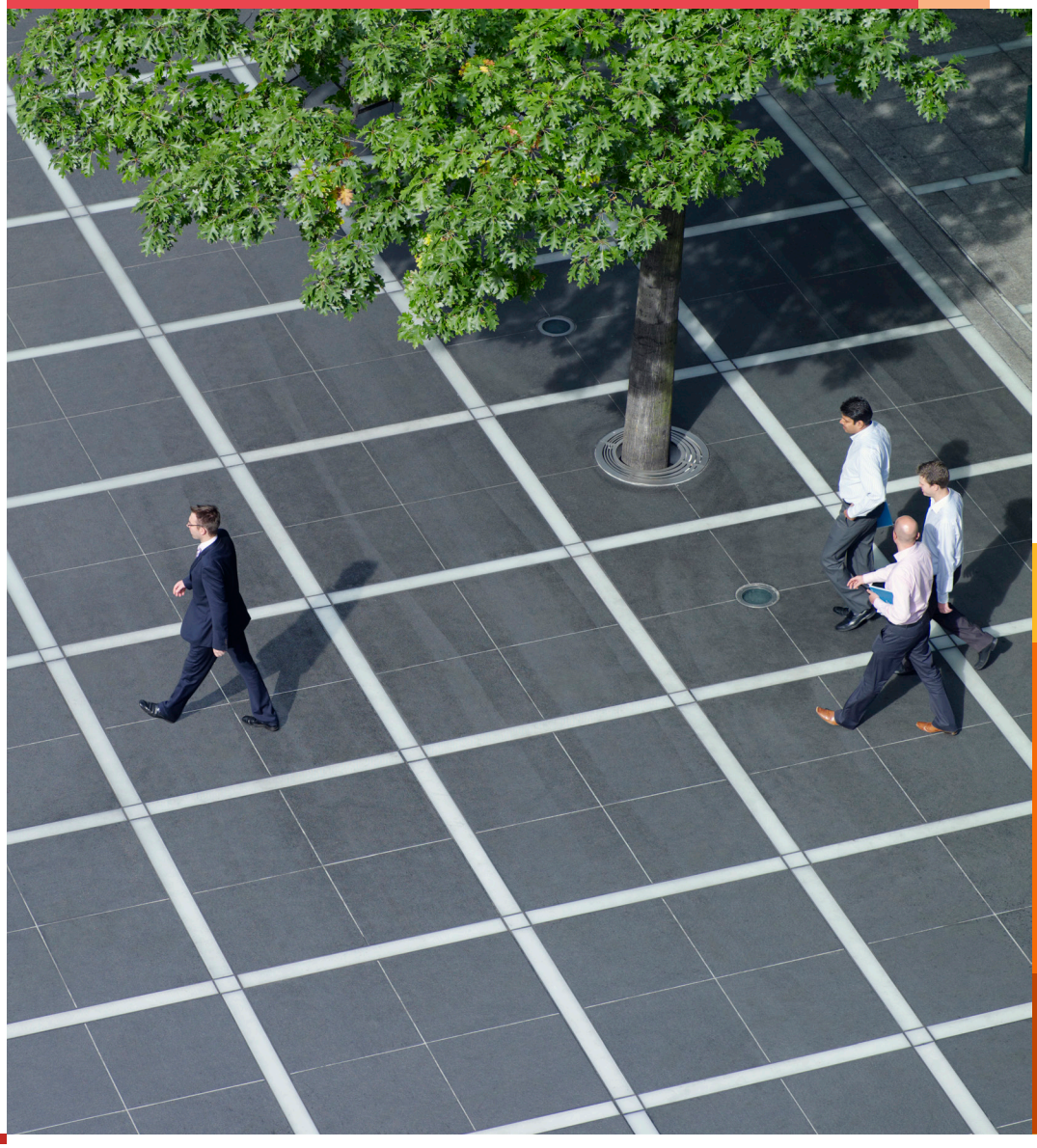
www.pwc.no

Gjennomgang av korrupsjonsregelverk, antikorrupsjonstiltak og eierstyring

Nærings- og fiskeridepartementet

1. september 2016



pwc

Oversendelsesbrev

Nærings- og fiskeridepartementet

Oslo, 1. september 2016

Antikorrupsjonsrapport

Vedlagt er PwCs rapport for oppdrag i henhold til avtale signert 15. mars 2016.

Rapporten har i vesentlig grad blitt utarbeidet av de undertegnede. Underveis har vi også hatt flere diskusjoner med, og mottatt innspill fra, andre ansatte i PwC Gransking som arbeider bredt med korrupsjonsspørsmål, samt fra PwC Forensic-nettverket i USA og Storbritannia. Vi vil også benytte anledningen til å takke Nærings- og fiskeridepartementet for gode innspill og tilbakemeldinger gjennom prosessen med skrivingen av denne rapporten.

Vi håper rapporten vil være til inspirasjon og nytte for selskapene som håndterer korrupsjonsrisiko i det daglige, uansett stort eller lite, med drift i inn- og/eller utland, med høy eller lav risiko, så vel som departementet som eier.

Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS
PwC Gransking

Gunnar Holm Ringen
Partner, saksansvarlig advokat og statsautorisert revisor

Marianne Pilgaard
Direktør/advokat

Thor Dalhaug
Senior manager/adv.flm.

Innhold

Innledning 6

Bakgrunn 6

Forbehold og avgrensning 7

Metodikk 7

Mandat og PwCs besvarelse 8

Mandat 8

PwCs besvarelse 9

Del I 10

Gjeldende rett 10

Innledning 11

1 Rettsregler om korrupsjon 13

1.1 Norsk lovgivning 13

1.1.1 Korrupsjon – straffeloven § 387 13

1.1.2 Påvirkningshandel – straffeloven § 389 14

1.2 UK Bribery Act (UKBA) 16

1.2.1 Aktiv korrupsjon 16

1.2.2 Passiv korrupsjon 17

1.2.3 Bestikkelse av utenlandsk offentlig tjenesteperson 17

1.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) 18

2 Særlige risikoområder – en utdypning 21

2.1 Særlig om problematikk knyttet til datterselskaper, fusjoner, Joint Ventures og felleseide selskaper 21

2.1.1 Fusjon 23

2.1.2 Joint Venture og felleseide selskaper 24

2.1.3 Agenter (tredjeparter) 26

2.2 Tilretteleggingsbetaling 27

2.3 Kundepleie (gaver, representasjon og utgiftsdekning) 28

2.3.1 Gaver 29

2.3.2 Representasjon 29

2.3.3 Utgiftsdekning 30

2.3.4 Politiske bidrag 31

2.3.5 Veldedige gaver 31

2.3.6 Sponsing 32

2.3.7 Frivillige samfunnsbidrag ... 32

3 Særlig om rettsreglene knyttet til varsling ... 33

3.1 Norsk rett ... 33

3.2 UK Bribery Act (UKBA) ... 33

3.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ... 33

4 Kravene til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon ... 35

4.1 Norsk rett ... 35

4.2 UK Bribery Act (UKBA) ... 36

4.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ... 39

4.4 Oppsummering krav til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon ... 41

4.5 Sammenstilling av forebyggende hovedelementer etter norsk ni-punktliste, UK Bribery Act og FCPA ... 42

Del II ... 43

Beste praksis Antikorrupsjonsprogram ... 43

5 PwCs «Beste praksis antikorrupsjonsprogram» ... 44

«Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» ... 45

5.1 Roller og ansvar ... 46

5.1.1 Tonen fra toppen ... 47

5.1.2 Ansvarlig styre og ledelse ... 47

5.1.3 Medarbeidere er oppdatert på etisk regelverk ... 48

5.1.4 Internrevisjon eller annen form for kontrollfunksjon ... 48

5.2 Forebyggende systemer ... 48

5.2.1 Antikorrupsjonsprogram ... 48

5.2.2 Risikovurderinger ... 49

5.2.3 Forebyggende systemer avstemt mot faktisk risiko ... 50

5.2.4 Opplæring og trening av ansatte og leverandører ... 50

5.2.5 Rutiner knyttet til engasjering av tredjeparter ... 51

5.3 Avdekkende kontroller ... 55

5.3.1 Kontroller avstemt mot faktisk risiko ... 56

5.3.2 Kontroll av ansattes og tredjeparter etterlevelse ... 56

5.3.3 Oppfølging av pengestrømmer ... 57

5.3.4 Varslingskanal ... 59

5.4 Oppfølging og reaksjoner ... 61

5.4.1 Rutine for oppfølging av varslinger/hendelser ... 62

5.4.2 Evaluering og implementering av korrigerende tiltak ... 63

5.4.3 Kvalitetssikring av antikorrupsjonsprogram ... 63

Del III 64
Aksjeeiers rolle - utvalgte enmer 64
6 Aksjeeiers rolle – utvalgte emner 65
6.1 Hvordan kan aksjeeier bidra i arbeidet med å forebygge korrupsjon i selskapene 65
6.2 Departementet som varslingsmottaker 66
6.3 Aksjeeiers ansvar for et selskaps brudd på korrupsjonslovgivningene eller manglende forebygging 67
6.4 Foretaksstraff for departementet 68
6.4.1 Norsk rett 68
6.4.2 UKBA 72
6.4.3 FCPA 72
Litteraturliste 73
Vedlegg 1 75

Innledning

Bakgrunn

Nærings- og fiskeridepartementet forvalter statens eierinteresser i 30 selskaper, hvorav forvaltningen av 21 selskaper er lagt til Eierskapsavdelingen. Prinsippene for departementets eierskapsutøvelse er fremstilt i Meld. St. 27 (2013-2014) «Et mangfoldig og verdiskapende eierskap (eierskapsmeldingen)».

I tråd med rammene for det statlige eierskapet, skal statlig forvaltning av eierskap utøves profesjonelt og i tråd med selskapslovgivning og annet lovverk samt allment aksepterte eierstyringsprinsipper. Staten skal kun utøve sin innflytelse[1] på generalforsamlinger og det skal være et klart skille mellom statens rolle som eier og de øvrige roller staten har.

Eiere, styre og ledelse forventes å være opptatt av og aktivt følge opp de forpliktelser som påhviler selskapene med hensyn til etterlevelse på antikorrupsjonsområdet. Foruten at korrupsjon er en trussel mot rettstaten, demokratiet, menneskerettighetene og sosial rettferdighet, er korrupsjon også konkurransevridende. Videre foreligger det økt oppmerksomhet og økende forventninger fra myndigheter, forventninger fra samarbeidspartnere, leverandører, kunder og andre interessenter i tillegg til potensielle omdømmemessige konsekvenser som kan oppstå ved brudd på regelverket. Vi ser også at særlig amerikanske myndigheter er aggressive i sin håndhevelse av FCPA, og mange norske selskaper kan rammes ved brudd på disse reglene. Skulle amerikanske myndigheter innlede etterforskning i tilknytning til mulige korrupte handlinger, kan dette være sterkt ødeleggende eller begrensende på virksomheten. For det første fordi reaksjonsnivået er høyt. I 2015 var totale bøter fra Department of Justice (DOJ) og Securities and Exchange Commission (SEC) på til sammen ca. 139 millioner dollar, fordelt på 11 saker. De ti største bøtene gjennom historien varierer mellom 218 millioner dollar og 800 millioner dollar. For det andre vil en etterforskning medføre at selskapet blir satt under press og at virksomhetens fokus i stor grad blir flyttet fra det å drive virksomhet til det å være «compliant». Ofte iverksetter også amerikanske myndigheter tiltak med krav om at eksterne aktører, gjerne et amerikansk advokatfirma, overvåker og monitorer compliance-aktiviteter i en tidsperiode etter at det er inngått avtale mellom selskapet og myndighetene.

Som ledd i departementets oppfølging av eierskapsmeldingen punkt 8.3.3.5 «Arbeidet mot korrupsjon og for åpenhet i økonomiske transaksjoner», ønsker departementet bistand til utredning og rådgivning på enkelte sentrale områder. Formålet med denne rapporten er å bidra til og videreutvikle Eierskapsavdelingens arbeid mot korrupsjon samt forbedre selskapsoppfølgingen gjennom økt kunnskap, større grad av systematikk, forbedret metodikk og utvikling av nye arbeidsverktøy.

Statens eierinteresser er mangfoldig på flere måter, og er blant annet nærmere beskrevet i eierskapsmeldingen kapittel 9. Hovedfokus ved utarbeidelse av denne rapporten har vært selskaper med forretningsmessig mål der staten har direkte eierinteresser. Likevel ville anbefalingene i hovedsak ikke vært annerledes for selskaper i kategori 4; selskaper med sektorpolitiske mål, da det også blant disse vil kunne foreligge korrupsjonsrisiko og behov for antikorrupsjonstiltak. Videre er det viktig å bemerke at selv i hovedkategorien selskaper med forretningsmessig mål, er statens eierinteresser sammensatte, eksempelvis hva gjelder eierandel. Dette er relevant for spørsmålet om hvilken formell gjennomslagskraft staten har som eier, både når det gjelder «ordinære» eierspørsmål, men også når det kommer til problemstillinger i tilknytning til korrupsjon og antikorrupsjon. Spørsmål i tilknytning til betydningen av eierandel og formell gjennomslagskraft er imidlertid ikke nærmere problematisert i rapporten, utover å bli trukket inn som et moment i drøftelser der dette fremstår særlig relevant (eksempelvis ved Joint Venture (JV), felleseide foretak).

[1] Omtalt som «eiermakt» i eierskapsmeldingen

Forbehold og avgrensning

Rapporten er utarbeidet for Nærings- og fiskeridepartementet i henhold til vilkår som fremgår av avtalen signert 15. mars 2016.

Oppdraget er begrenset til en gjennomgang og vurdering av enkelte korrupsjonsrettslige spørsmål. Tilstøtende og beslektede temaer, slik som eksempelvis skatteregler og -rapportering, hvitvasking og konsekvenser av dette, herunder inndragning, faller utenfor mandatet. Det samme gjelder vurdering av konstitusjonelt ansvar og omdømmemessige konsekvenser av mulige korrupte handlinger.

Rapporten inneholder PwC Granskings[2] vurdering av rettstilstanden på sentrale korrupsjonstemaer og oppfatning av beste praksis. Områdene er imidlertid i kontinuerlig utvikling og endring. Fagområdet inneholder også vesentlige skjønnsmessige spørsmål og PwC Gransking har ikke vurdert konkrete enkeltsaker. Dette er således et område hvor korrupsjonsrelaterte spørsmål må vurderes ut fra et helt konkret faktum, og hvor selv små endringer i faktum kan lede til endringer i konklusjonen.

Videre må våre anbefalinger under de konkrete punktene også vurderes opp mot krav som stilles utenfor antikorrupsjonsområdet, selv om dette ikke uttrykkelig er nevnt eller omhandlet i rapporten. Blant annet gjelder det personvernregelverket og taushetspliktsbestemmelser. Likeledes må anbefalingene vurderes mot børs- og selskapsrettslige regler og krav.

Enhver handling som gjennomføres på bakgrunn av vår rapport, foretas på eget ansvar.

PwCs angivelse av «Beste praksis» i form av et konseptuelt antikorrupsjonsprogram er ikke ment som et juridisk bindende program. Dette fordi det alltid vil være en konkret vurdering hva som er å anse som juridisk tilstrekkelig i det enkelte selskap og for den aktuelle korrupsjonssak programmet eventuelt skal måles opp mot. PwC kan ikke stilles til ansvar for mangler eller for at saker oppstår til tross for at programmet er implementert.

Metodikk

Når det gjelder metodikk anvendt i rapporten, er det særlig grunn til å fremheve at PwC Granskings oppfatning av beste praksis er basert på vår erfaring med forebyggende arbeid og granskinger i mange selskaper, store og små, nasjonale så vel som internasjonale, og er ment å tilfredsstille kravene som følger av både norsk rett, UKBA og FCPA. Likevel er det ikke mulig, uttømmende og treffende og for alle situasjoner, å angi konkret hva som er nødvendig for å unngå ansvar og hva som utgjør beste praksis. Det aller viktigste er at alle tiltakene et selskap iverksetter, skal være risikobaserte. Dette innebærer at hva som er god praksis for ett selskap i én situasjon, ikke nødvendigvis vil være det for et annet selskap i en annen situasjon. Vi har således forsøkt å gi en overordnet redegjørelse for beste praksis med eksempler som erfaringsmessig vil være særlig aktuelle, men som ikke nødvendigvis treffer i en konkret situasjon.

[2] PwC Gransking er en del av Advokatfirmaet PwC

Mandat og PwCs besvarelse

Mandat

Mandatet er nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget «Utredning og rådgivning knyttet til departementets oppfølging av punkt 8.3.3.5 «Arbeidet mot korrupsjon og for åpenhet i økonomiske transaksjoner» i Eierskapsmeldingen jf. Meld. St. 27 (2013-2014) – Et mangfoldig og verdiskapende eierskap (Sak 15/3001), datert 18. desember 2015». Rapporten er bygd opp noe mer tematisk, men vil samlet forsøke å besvare det mandat som er gitt.

Nærings- og fiskeridepartementet har oppstilt følgende spørsmål til besvarelse:

1. En kort oversikt over korrupsjonsbestemmelsene i norsk lov (herunder nytt forslag til korrupsjonsbestemmelse), UK Bribery Act og US Foreign Corrupt Practices Act
2. En særskilt vurdering av tilretteleggingsbetalinger, kundepleie, bruk av agenter/markedsrepresentanter, samarbeid med lokale partnere gjennom for eksempel «Joint Ventures» (herunder hvilke krav som stilles til IDD-undersøkelser av slike lokale partnere) og relevante problemstillinger knyttet til lokalt innhold ("local content") i lys av korrupsjonslovgivningen nevnt i punkt 1
3. En anbefaling om hvordan departementet som eier bør håndtere varslingssaker innenfor korrupsjonsområdet
4. En oversikt over styrenes rolle og ansvar i arbeidet mot korrupsjon under norsk lovgivning, UK Bribery Act og US Foreign Corrupt Practices Act samt kravene til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon
5. Eksempler på beste praksis når det gjelder utvikling av antikorrupsjonsprogrammer (interne retningslinjer/systemer, implementering/opplæring, "compliance" (etterlevelse), kontroll med betalinger, mulighet for revisjoner, varslingsrutiner, risikoreduserende tiltak, due diligence overfor selskapenes forretningspartnere mv) som kan være nyttige for staten som eier å kjenne til som del av oppfølgingen av selskapene på dette området
6. En grundig utredning av aksjeeiers rolle på dette området med særlig vekt på hvordan staten som eier kan bidra i arbeidet med å forebygge korrupsjon og slik bidra til å sikre og videreutvikle selskapenes verdier.
7. En kartlegging av hvilke ulike former for ansvar en aksjeeier kan få i forbindelse med et selskaps brudd på korrupsjonslovgivningene som nevnt ovenfor og for eventuelt manglende retningslinjer og systemer hos selskapene for forebygging av korrupsjon og manglende oppfølging av disse
8. En oversikt over beste praksis innenfor rapportering av pengestrømmer
9. Eventuelt andre relevante forhold på dette området som staten som eier bør være opptatt av for å ivareta sine interesser som aksjonær i selskapene. I tillegg ønsker departementet at konsulenten utarbeider arbeidsverktøy/metodikk for hvordan staten som aksjeeier kan følge opp arbeidet mot korrupsjon. Metodikken må minimum omfatte hvilke krav som bør, kan og må stilles til eierdialogen med selskapene når det gjelder informasjonsflyt, roller og ansvar, hvordan eierdialogen i praksis bør utøves både forebyggende/løpende og når en konkret sak har oppstått og sjekkliste med spørsmål som kan stilles til selskapene

PwCs besvarelse

På bakgrunn av overnevnte mandat har PwC inndelt oppdraget i tre deler.

I Del I foretas en utredning og sammenligning av gjeldende rett i Norge, Storbritannia og USA. Utredningen er ment å gi en oversikt over de mest relevante bestemmelser og problemstillinger som følger av de ulike regelverkene innenfor korrupsjonsområdet, og er ikke ment å være en utførlig juridisk vurdering eller drøftelse av alle mulige problemstillinger.

Utredningen tar også for seg enkelte særlige relevante og etterspurte problemstillinger på antikorrupsjonsområdet, slik som eksempelvis oppkjøp og fusjon, agenter/markedsrepresentanter, JV og felleseide foretak, tilretteleggingsbetalinger, kundepleie mv.

I Del II presenterer vi PwCs egenutviklede «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram». Programmet inneholder en beskrivelse av og forklaring på elementer som vi per i dag mener bør inngå når selskapenes implementerer og jobber med antikorrupsjon i virksomheten. Modellen tar høyde for størrelse og risikoprofil i selskapene samt forventninger til forebyggende og avdekkende tiltak/aktiviteter for å håndtere korrupsjon og misligheter. Vi har også utarbeidet et spørreskjema som omhandler de samme hovedelementene til departementets eget bruk.

I Del III redegjør vi for enkelte utvalgte problemstillinger knyttet til Nærings- og fiskeridepartementets rolle som aksjeeier og forvalter av statens interesser i de statlige selskapene som er underlagt departementet, for så vidt gjelder korrupsjonsområdet. Videre har vi foretatt en utredning av eiers eventuelle foretaksansvar og utarbeidet et spørreskjema for departementet til bruk i deres arbeid med å bidra til og forebygge korrupsjon samt sikre og videreutvikle selskapenes verdier. Spørreskjemaet har til formål å bidra til og sette departementet i bedre i stand til å møte de utfordringer som eksisterer på korrupsjonsområdet i sin rolle som eier i virksomheter med norsk og internasjonalt nedslagsfelt. Som ledd i besvarelsen har vi tatt høyde for de prinsipper for utøvelse av eierskap som er lagt til grunn i eierskapsmeldingen og avgrenset mot generelle problemstillinger knyttet til eiers rolle omhandlet generelt i selskapsretten.

Del I

Gjeldende rett

Innledning

Det fremgår av eierskapsmeldingen at staten har spesifikke forventninger til at selskaper med statlig eierandel utøver samfunnsansvar, hvorav ett av kjerneområdene for samfunnsansvar er antikorrupsjon.

Det statlige eierskapet omfatter både heleide- og deleide selskaper som i ulik grad utøver sin virksomhet nasjonalt og internasjonalt. Eierskapet omfatter således selskaper som er forpliktet til å etterleve både norsk og lokal lovgivning, i tillegg til internasjonal lovgivning som vil kunne ramme gjennom selskapenes internasjonale drift og/eller transaksjoner. De to mest relevante regelsettene for norske virksomheter som opererer internasjonalt er den britiske (UK Bribery Act (UKBA)) og den amerikanske korrupsjonslovgivningen (US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)).

På denne bakgrunn har Nærings- og fiskeridepartementet bedt PwC om å gi en kort oversikt over korrupsjonsbestemmelsene i norsk lov (herunder nytt forslag til korrupsjonsbestemmelse[3]), UKBA og FCPA, samt en særskilt vurdering av enkelte særlig relevante problemstillinger.

PwC har, i tråd med mandatet, avgrenset fremstillingen til å omhandle norsk, amerikansk og britisk antikorrupsjonslovgivning. I praksis må imidlertid selskapene alltid vurdere lokale forhold og krav i tillegg. Som eksempel kan nevnes at FCPA kun gjelder bestikkelse av utenlandsk offentlig tjenesteperson. Men bestikkelser mellom aktører i det private næringsliv vil likevel kunne bli rammet, men da etter andre rettsregler i USA.

Det er også viktig å bemerke at rettstilstanden hele tiden er i bevegelse, basert på hvilke typer saker som blir avdekket, hvilke prioriteringer, ressurser og føringer myndighetene legger for håndhevelse og myndighetenes til enhver tid forståelse og tolking av regelverket. Dette bidrar til at rettstilstanden blir preget av skjønnsmessige vurderinger og prinsipper, basert på en utledning og tolkning av foreliggende lovtekst, forarbeider, veiledninger, rettspraksis og konkrete tilfeller som myndighetene har etterforsket. Mens det etter norsk rett foreligger en del rettspraksis som kan si noe om krav og forventninger, har norske myndigheter ikke utgitt noen form for veiledning til selskapene, bortsett fra en ni-punktsliste[4] fra ØKOKRIM-sjefen. I Storbritannia er situasjonen motsatt. Der foreligger det omfattende veiledninger[5][6] som skal hjelpe selskapene i implementeringen av forebyggende tiltak, men ingen rettspraksis. Etter amerikansk rett foreligger det blant annet en veileder[7] som angir myndighetenes prioriteringer og tilnærming i tillegg til en del myndighetspraksis der relevante momenter som er lagt til grunn i vurderingen publiseres, eksempelvis avtaler mellom myndighetene og selskapene som har vært under etterforskning for brudd på korrupsjonsregelverket. Det foreligger dog ingen rettspraksis på foretaksstraff.

I den videre fremstillingen vil vi i første del, kapittel 1 «Rettsregler om korrupsjon», gi en oversikt over de materielle rettsreglene etter norsk, britisk og amerikansk rett. Fremstillingen er ment å gi en oversikt over hovedreglene etter disse lands lovgivning, og er ikke en utførlig juridisk drøftelse av bestemmelsene. Fremstillingen inneholder også elementer hentet fra blant annet teori og veiledninger da disse er relevante tolkningsmomenter når det materielle innholdet i rettsreglene skal fastsettes. Sammen omtales dette i det følgende som «gjeldende rett». Dette i motsetning til fremstillingens Del II, som gir uttrykk for hva PwC anser som beste praksis på området, basert på gjeldende rett sammenholdt med vår erfaring, selskapers praksis, uttalelser og lignende.

---

[3] Omtalt i Del III, kapittel 6.4 Foretaksstraff for departementet
[4] Blant annet omtalt i Dagens Næringsliv 12. mars 2012
[5] «The Bribery Act 2010 Guidance» utgitt av Ministry of Justice, mars 2011
[6] «The Bribery Act 2010 Quick start guide» mars 2011
[7] «FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act» utgitt av U.S. Department of Justice og U.S. Securities and Exchange Commission i november 2012

I kapittel 2 «Særlige risikoområder - en utdypning» vil vi behandle særskilt enkelte problemstillinger som erfaringsmessig medfører en forhøyet risiko etter de nevnte lovgivningene. Listen over risikoemner er ikke ment å være uttømmende.

Det er i mandatet[8] spurt særskilt etter en anbefaling om hvordan departementet skal følge opp og håndtere varslingssaker innenfor korrupsjonsområdet. På denne bakgrunn har vi i kapittel 3 «Særlig om rettsregler knyttet til varsling» gjort kort rede for sentrale elementer ved rettstilstanden i Norge, UKBA og FCPA, hva gjelder krav til systemer og rutiner for varsling.

Avslutningsvis i Del II vil vi i kapittel 4 «Kravene til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon» behandle hvilke føringer og krav som gjeldende rett angir hva gjelder selskapenes arbeid for å forebygge at korrupsjon skjer.

[8] Mandatets punkt nummer 3 «En anbefaling om hvordan departementet som eier bør håndtere varslingssaker innenfor korrupsjonsområdet»

1 Rettsregler om korrupsjon

1.1 Norsk lovgivning

1.1.1 Korrupsjon – straffeloven § 387

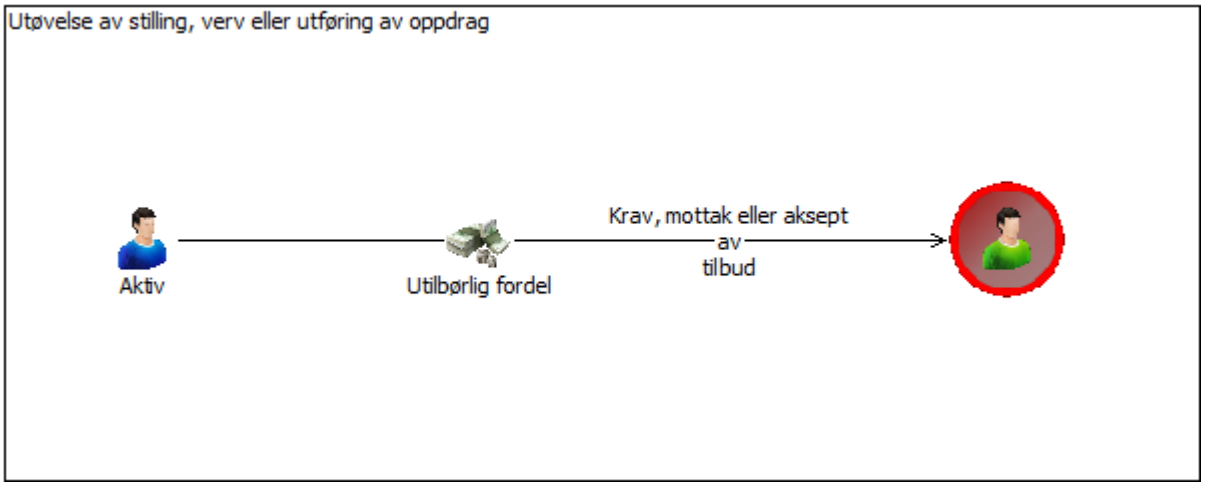
Etter norsk lovgivning er alle former for korrupsjon og bestikkelser som utgjør, eller er ment å utgjøre, en utilbørlig fordel, forbudt. Etter strl. § 387 er både passiv og aktiv korrupsjon forbudt:

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som

a. for seg selv eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføring av oppdrag, eller
b. gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel i anledning av utøvelsen av stilling, verv eller utføring av oppdrag.

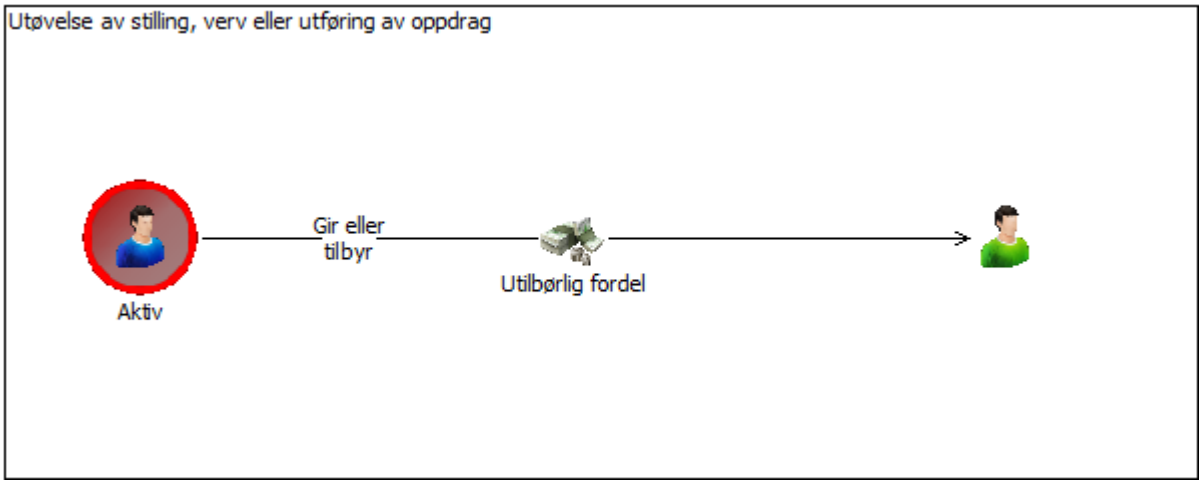
Med stilling, verv eller oppdrag i første ledd menes også stilling, verv eller oppdrag i utlandet.»

Passiv korrupsjon (bokstav a) foreligger når noen for seg selv eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel i anledning utøvelsen av stilling, verv eller oppdrag. Det foreligger således ikke et krav om at ytelsen faktisk blir overført, det er tilstrekkelig at noen krever eller aksepterer et tilbud. Straff kan videre idømmes selv om fordelen er ment å komme noen annen til gode, jf. uttrykket «for seg selv eller andre». Et eksempel, hentet fra forarbeidene[9], er at barna til den som tilbys fordelen får fortrinnsrett til plass på en privatskole.



Aktiv korrupsjon (bokstav b) retter seg mot det å gi eller tilby noen en utilbørlig fordel i anledning stilling, verv eller oppdrag. Overtredelsen vil for den som tilbyr noen en utilbørlig fordel, foreligge når tilbudet er kommet til mottakerens kunnskap. Således vil det kunne medføre en overtredelse av straffebudet også der det er vanskelig å knytte tilbudet opp mot en bestemt handling eller unnlatelse på den passive bestikkerens side. Forarbeidene nevner et eksempel der den aktive bestikker tilbyr noen en bestikkelse, uten at det fremgår klart hvorvidt det forutsettes at det skal ytes noe til gjengjeld. [10]

[9] NOU 2002:2 «En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon» side 27
[10] NOU 2002:2 «En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon» side 37



Utilbørlig fordel. For at en handling skal rammes av straffebudet må det foreligge en «utilbørlig fordel». Etter forarbeidene er alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, å anse som en «fordel» i lovens forstand. Definisjonen vil således omfatte både økonomiske og ikke-økonomiske fordeler:

- Økonomiske fordeler, herunder betalinger i kontanter eller på konto, verdipapirer, betaling av reiser, billetter til arrangementer (av et visst økonomisk omfang), aksjer i et selskap eller andre verdigjenstander
- Ikke-økonomiske fordeler uten direkte materiell verdi, f.eks. at den passive parten får heder og ære, løfter om en fremtidig ferietur eller en kontrakt, medlemskap i en eksklusiv forening, tildeling av orden, seksuelle tjenester eller privatskoleplass for sine barn.

Forutsetningen for straffeansvar er at fordelen er utilbørlig og har sammenheng med mottakerens stilling, verv eller oppdrag. Hvorvidt fordelen er utilbørlig beror på en rekke momenter, blant annet fordelens hensikt, hvilken stilling giveren og mottakeren har, fordelens omfang og verdi, åpenhet i tilknytning til transaksjonen (er det kjent for overordnede/kollegaer) og hvorvidt det har forekommet brudd på interne retningslinjer, rutiner eller en kontrakt. Vurderingen skal bero på oppfatningen i samfunnet sett i lys av de grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsene. Det vil også kunne være bransjeforskjeller på hva som anses utilbørlig.

Utøvelsen av stilling, verv eller oppdrag. Juridisk teori viser til at ved utøvelsen av «stilling» menes korrupsjon som begås i tilknytning til ordinære tjeneste- og arbeidsforhold. Det følger av Rt. 2015 side 302 at «Hvis en offentlig tjenestemann som privatperson utnytter sin kompetanse og erfaring og mottar en fordel for det, kan han ikke domfelles for korrupsjon. Det må kreves en tilknytning til stillingen ut over dette.» Bestemmelsen omfatter også korrupsjon begått under utøvelsen av «verv». Med verv menes politiske verv, styreverv eller andre tillitsverv, og det er ikke noe krav om at personen som utøver vervet får godtgjørelse for dette. Alternativet «oppdrag» kan eksempelvis være enkeltstående oppdrag som en forretningsfører, regnskapsfører, revisor, advokat, konsulent eller eiendomsmegler utfører for en oppdragsgiver.

Den klassiske overtredelsen skjer gjerne ved at den som blir tilbudt en bestikkelse (passive bestikker) sitter i en posisjon hvor han kan påvirke beslutninger som har betydning for den som tilbyr en bestikkelse (aktive bestikker).

1.1.2 Påvirkningshandel – straffeloven § 389

Påvirkningshandel er en form for korrupsjon og er hjemlet i strl. § 389:

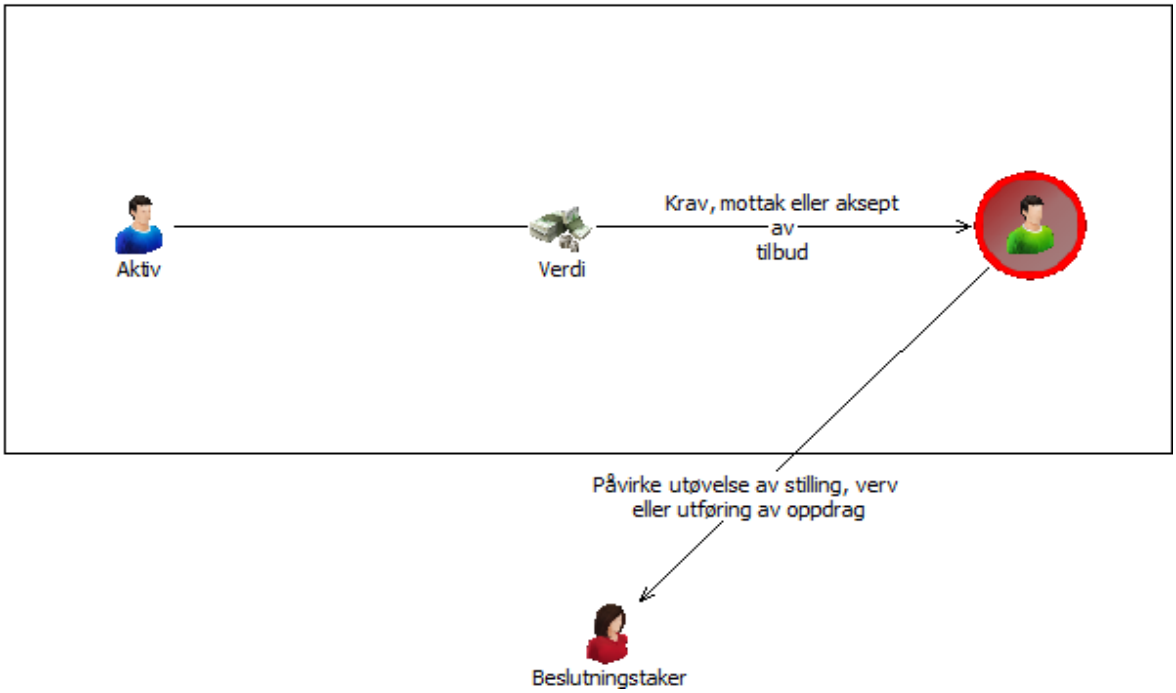
«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som

a. for seg selv eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag, eller
b. gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for å påvirke utøvelsen av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag.

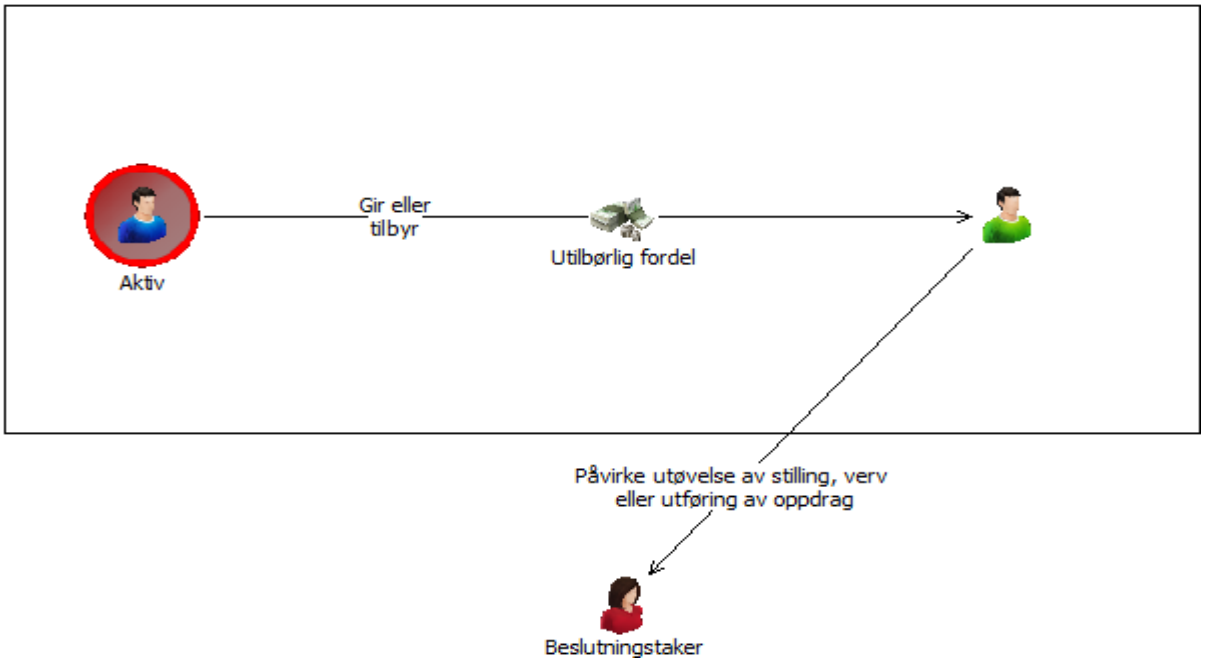
Med stilling, verv eller oppdrag i første ledd menes også stilling, verv eller oppdrag i utlandet.»

Det som skiller bestemmelsen om påvirkningshandel fra korrupsjonsbestemmelsen i strl. § 387, er at straffebudet retter seg mot det å påvirke noens utøvelse av en annens stilling, verv eller utføring av oppdrag. For fremstilling av aktiv og passiv korrupsjon, utilbørlig fordel og stilling, verv eller oppdrag, vises til forrige avsnitt.

Passiv påvirkningshandel



Aktiv påvirkningshandel



I motsetning til korrupsjon, trenger ikke en påvirkningshandel å gi en utilbørlig fordel for beslutningstageren (den som utøver stilling, verv eller utføring av oppdrag), da det er forholdet mellom den som ønsker å påvirke (påvirkningsagenten) og den som utøver påvirkningen, som kriminaliseres. Den som blir påvirket,

beslutningstageren, trenger ikke en gang være klar over at noen forsøker å påvirke hans utføring av stilling, verv eller oppdrag.

Bestemmelsen er typisk ment å ramme ulike sider ved lobbyvirksomhet, som i visse tilfeller kan ansees utilbørlig og ulovlig. I kommentarene til bestemmelsen er det fremhevet at dette rammer de tilfeller der den som søkes påvirket (beslutningstageren) ikke har noen tilknytning til påvirkningsagentens virksomhet.

1.2 UK Bribery Act (UKBA)

UKBA omfatter personer som er innbyggere i Storbritannia, selskaper som er registrert i Storbritannia, handlinger som skjer på Storbritannias territorium og selskaper som utfører hele eller deler av sin virksomhet i Storbritannia.

Straffeansvar for korrupsjon etter UKBA kan materielt sett inndeles i fire kategorier:

1. Aktiv korrupsjon, jf. punkt 1.2.1
2. Passiv korrupsjon, jf. punkt 1.2.2
3. Bestikkelse av utenlandsk offentlig tjenesteperson, jf. punkt 1.2.3
4. Manglende forebygging («adequate procedures»), jf. kapittel 4, særlig punkt 4.2

Det er betydelige likheter mellom norsk og britisk antikorrupsjonslovgivning. Som etter norsk rett, omfatter britisk lovgivning både aktiv og passiv korrupsjon og bestikkelser rettet mot både private og offentlige personer.

1.2.1 Aktiv korrupsjon

Aktiv korrupsjon (aktiv bestikkelse) etter UKBA retter seg mot den som gir eller tilbyr en person en fordel av økonomisk eller annen karakter, dersom fordelen er ment å påvirke mottakeren til å utføre en utilbørlig handling, eventuelt belønning for slik handling:

«**1 Offences of bribing another person**

1. A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies.
2. Case 1 is where—
   a. P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
   b. P intends the advantage—
      i. to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or
      ii. to reward a person for the improper performance of such a function or activity.
3. Case 2 is where—
   a. P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and
   b. P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.
4. In case 1 it does not matter whether the person to whom the advantage is offered, promised or given is the same person as the person who is to perform, or has performed, the function or activity concerned.
5. In cases 1 and 2 it does not matter whether the advantage is offered, promised or given by P directly or through a third party».

Det er også en overtredelse av korrupsjonsbestemmelsen dersom den som gir eller tilbyr en slik fordel tror at en aksept av denne i seg selv utgjør en utilbørlig handling utfra vedkommende funksjon eller stilling. Dette innebærer at det ikke er noen betingelse at tilbyder/giver har til hensikt å oppnå noe ved bestikkelsen, det er tilstrekkelig at det vil være utilbørlig for mottakeren/akseptanten å akseptere fordelen utfra vedkommendes funksjon eller virksomhet. Det er heller ikke krav om at den som tilbys fordelen er den samme som er ment å opptre utilbørlig.

1.2.2 Passiv korrupsjon

UKBA omfatter også den som foreslår, samtykker til å motta eller aksepterer en økonomisk eller annen fordel i den hensikt at han skal utføre en utilbørlig handling i anledning sin funksjon eller virksomhet, eventuelt belønning for en slik handling:

«**2 Offences relating to being bribed**

1. A person ("R") is guilty of an offence if any of the following cases applies.
2. Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person).
3. Case 4 is where—
   a. R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and
   b. the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity.
4. Case 5 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage as a reward for the improper performance (whether by R or another person) of a relevant function or activity.
5. Case 6 is where, in anticipation of or in consequence of R requesting, agreeing to receive or accepting a financial or other advantage, a relevant function or activity is performed improperly—
   a. by R, or
   b. by another person at R's request or with R's assent or acquiescence.
6. In cases 3 to 6 it does not matter—
   a. whether R requests, agrees to receive or accepts (or is to request, agree to receive or accept) the advantage directly or through a third party,
   b. whether the advantage is (or is to be) for the benefit of R or another person.
7. In cases 4 to 6 it does not matter whether R knows or believes that the performance of the function or activity is improper.
8. In case 6, where a person other than R is performing the function or activity, it also does not matter whether that person knows or believes that the performance of the function or activity is improper».

Det er også en overtredelse dersom forslaget, samtykket eller aksepten av en slik fordel i seg selv utgjør en utilbørlig handling utfra vedkommendes funksjon eller virksomhet. Det er etter britisk rett også korrupsjon dersom fordelen er ment å gå gjennom en mellommann.

For nærmere fremstilling av forskjellen mellom av aktiv og passiv korrupsjon, se punkt 1.1 ovenfor.

1.2.3 Bestikkelse av utenlandsk offentlig tjenesteperson

Videre har UKBA en egen bestemmelse som retter seg mot bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestepersoner:

«**6 Bribery of foreign public officials**

1. A person ("P") who bribes a foreign public official ("F") is guilty of an offence if P's intention is to influence F in F's capacity as a foreign public official.
2. P must also intend to obtain or retain—
   a. business, or
   b. an advantage in the conduct of business.
3. P bribes F if, and only if—
   a. directly or through a third party, P offers, promises or gives any financial or other advantage—
      i. to F, or
      ii. to another person at F's request or with F's assent or acquiescence, and
4. F is neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F's capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift.
5. References in this section to influencing F in F's capacity as a foreign public official mean influencing F in the performance of F's functions as such an official, which includes—
   a. any omission to exercise those functions, and
   b. any use of F's position as such an official, even if not within F's authority.

6. "Foreign public official" means an individual who—
   a. holds a legislative, administrative or judicial position of any kind, whether appointed or elected, of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory),
   b. exercises a public function—
      i. for or on behalf of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory), or
      ii. for any public agency or public enterprise of that country or territory (or subdivision), or
   c. is an official or agent of a public international organisation.
7. "Public international organisation" means an organisation whose members are any of the following—
   a. countries or territories,
   b. governments of countries or territories,
   c. other public international organisations,
   d. a mixture of any of the above.
8. For the purposes of subsection (3) (b), the written law applicable to F is—
   a. where the performance of the functions of F which P intends to influence would be subject to the law of any part of the United Kingdom, the law of that part of the United Kingdom,
   b. where paragraph (a) does not apply and F is an official or agent of a public international organisation, the applicable written rules of that organisation,
   c. where paragraphs (a) and (b) do not apply, the law of the country or territory in relation to which F is a foreign public official so far as that law is contained in—
      i. any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or
      ii. any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources.
9. For the purposes of this section, a trade or profession is a business.»

Vilkårene for straffeansvar er tilnærmet de samme som for aktiv og passiv bestikkelse for øvrig, jf. redegjørelsen under punkt 1.2.1 og 1.2.2 over.

UKBA har ingen egen bestemmelse mot påvirkningshandel («trading in influence»), men det er en pågående diskusjon i Storbritannia om å innføre en slik bestemmelse. [11]

1.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Den amerikanske korrupsjonslovgivningen FCPA er i realiteten bygget opp i tre hovedområder:

1. Bestemmelser som omhandler korrupsjon
2. Bestemmelser som inneholder krav til regnskapsføring
3. Bestemmelser som inneholder krav til internkontroll

FCPA har ingen egen bestemmelse mot påvirkningshandel («trading in influence»).

FCPA omfatter handlinger der en amerikansk person eller et selskap, direkte eller indirekte, betaler eller lover noe av verdi til en utenlandsk offentlig tjenesteperson i den hensikt å oppnå eller beholde et forretningsprosjekt.

Personer og selskaper som er omfattet av FCPA er:

- Alle amerikanske statsborgere, uavhengig av hvor de er bosatt eller befinner seg
- Alle personer som befinner seg i, eller er bosatt i, USA
- Enhver person som er leder eller er ansatt i, sitter i styret til eller er agent for en virksomhet i USA
- Aksjeeiere som handler på vegne av en virksomhet i USA
- Selskaper som er underlagt amerikansk lovgivning
- Verdipapirutstedere i USA

[11] http://www.transparency.org.uk/cash-for-access-time-to-legislate-for-trading-in-influence/

- Ethvert selskap som befinner seg i USA

Etter FCPA er det tilstrekkelig for straffeansvar at det er tilbudt noe av verdi til en utenlandsk offentlig tjenesteperson. Likeledes dekkes indirekte betaling, f.eks. der hele eller deler av pengene blir benyttet som bestikkelse via en tredjeperson. Det å autorisere en slik betaling er også straffbart etter FCPA («authorization of the payment of any money»).

I forlengelsen av dette, inneholder den amerikanske lovgivning bestemmelser som medfører at amerikanske myndigheter kan forfølge transaksjoner eller overføringer som er foretatt i USD gjennom en amerikansk bank og/eller kommunisert via e-post, sms, fax eller tilsvarende via amerikanske servere e.l.

Det er videre et krav om at det som tilbys (eller betales) er penger, gaver eller noe annet av verdi («payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value»). Man kan således bli dømt etter FCPA dersom det foreligger gaver, reiser, utgiftsrefusjon e.l., og det foreligger heller ikke noe vesentlighetskrav.

I motsetning til norsk og britisk korrupsjonslovgivning, retter FCPA seg ikke mot korrupsjon mot private aktører. Det er kun utenlandske offentlige tjenestepersoner, utenlandske offentlige politiske partier eller utenlandske partirepresentanter, kandidater til politiske verv i utlandet eller enhver annen person så lenge man vet at betalingen eller deler av denne vil tilfalle eller tilbys slike utenlandske personer, som omfattes. Samtidig vil også betalinger til tredjepersoner, eksempelvis familiemedlemmer til en offentlig tjenesteperson, kunne utgjøre et brudd på FCPA.

Etter FCPA må det foreligge korrupsjonshensikt. Med dette menes at formålet er å uberettiget påvirke en offentlig tjenestepersons handling. Videre er det et krav at det må foreligge kunnskap hos betaler om at betalingen blir benyttet for å påvirke mottageren til å misbruke sin offentlige stilling ved å sørge for at betaleren, eller en annen person eller selskap, urettmessig får eller opprettholder, et forretningsprosjekt. Det er ikke noe krav om at formålet med betalingen faktisk oppnås, så lenge intensjonen foreligger hos betaler.

Kunnskap («knowing») om atferd, omstendighet eller resultat ansees å foreligge dersom

- betaler er klar over at personen som mottar pengene (verdiene) er involvert i en korrupt handling, at slik omstendighet foreligger eller at det er en vesentlig sikkerhet for at slikt resultat vil oppstå (korrupt handling), eller
- at det i det vesentligste er sikkert at slikt resultat vil oppstå.

Slik kunnskap ansees etablert dersom personen som innehar slik kunnskap er klar over at det er høy grad av sannsynlighet for at en slik omstendighet foreligger. Dette med mindre han faktisk vet at en slik omstendighet ikke foreligger.

I veilederen til FCPA er det fremhevet at kunnskap også omfatter de tilfeller der man med hensikt unngår å få kunnskap om korrupte betalinger, altså en form for bevisst uvitenhet. Man skal således ikke kunne unngå straffeansvar ved bevisst å unnlate og ta innover seg informasjon som er tilgjengelig, eller bevisst la være å gjennomføre tiltak som ville gitt slik kunnskap.

Etter FCPA foreligger det imidlertid et unntak for såkalt tilretteleggingsbetaling («facilitation payment»). Slike betalinger er i utgangspunktet lovlige etter FCPA, men da innenfor snevre rammer. Se egen omtale om dette under punkt 2.2 nedenfor.

I tillegg til bestemmelsen mot bestikkelser, oppstiller FCPA også krav til regnskapsføring og internkontroll i foretakene. Kravene gjelder for såkalte «issuer», det vil si selskaper som utsteder verdipapirer. Dette medfører blant annet at norske selskaper som er børsnotert i USA, er omfattet av bestemmelsene.

Kravene til regnskapsføring (såkalt bestemmelse om «books & records») innebærer blant annet at transaksjoner skal regnskapsføres tilstrekkelig detaljert og nøyaktig («reasonable detail») og slik at den beskriver transaksjonens natur; altså at den er beskrivende og dekkende for den økonomiske transaksjonen

som er gjennomført. Bestemmelsen må tolkes slik at regnskapsføringen skal tilfredsstille generelt aksepterte standarder for regnskapsføring. Dette medfører blant annet at der det er betalt «facilitation payment» (som i utgangspunktet er lovlig etter amerikansk rett), skal denne regnskapsføres som «facilitation payment». Dersom regnskapsføring ikke blir utført i tråd med disse prinsippene, vil det kunne medføre et brudd på bestemmelsen etter FCPA. Bakgrunnen for disse reglene er at korrupte utbetalinger ofte forsøkes skjult i regnskapene som noe annet enn det de faktisk er (f.eks. som diverse kostnader, varekost eller lignende), slik at det ikke er mulig å bevise at betalingen er utført for å bestikke en utenlandsk offentlig tjenesteperson.

Videre medfører krav til internkontroll blant annet at foretakene må implementere en gitt standard på sin internkontroll, i tråd med generelt aksepterte standarder, for at virksomheten skal ansees å ha overholdt sine forpliktelser etter FPCA. Dette medfører for eksempel at det forventes at virksomhetene har et effektivt internkontrollsystem («effective compliance program») og at dette vedlikeholdes slik at;

- Transaksjoner er utført i tråd med ledelsens autorisasjon (både generelle og spesielle)
- Transaksjoner er bokført
- Regnskap er utarbeidet i tråd med generelt aksepterte regnskapsprinsipper
- Eiendeler er regnskapsført og at tilgangen til disse er i tråd med ledelsens generelle og spesifikke autorisasjon, samt at det kontrolleres om det er samsvar mellom faktiske eiendeler og det som er regnskapsført

Eksempelvis erklærte Simens AG seg i en sak fra 2008 blant annet skyldig i brudd på bestemmelsene om internkontroll, og aksepterte en samlet bot på USD 450 millioner.[12] I tillegg foreligger det flere eksempler på at et morselskap blir holdt ansvarlig for brudd på bestemmelsene om regnskapsføring og internkontroll der datterselskapet har utbetalt og uriktig regnskapsført en bestikkelse, og der bestikkelsen i etterkant har blitt konsolidert inn i konsernregnskapet til morselskapet.[13]

Veiledningen til FCPA inneholder videre en gjennomgang av hvilke forventninger myndighetene har til virksomhetenes antikorrupsjonsprogrammer (internkontrollsystemer).[14]

Det er det amerikanske finanstilsynet (Securities and Exchange Commission (SEC)) og justisdepartementet (Department of Justice (DOJ)), som håndhever FCPA i USA. Mens SEC kan ilegge sivilrettslige bøter og pålegg, har DOJ strafferettslige tvangsmidler i form av bøter og fengsel til rådighet. Dessuten kan både SEC og DOJ inndra det faktiske eller påregnede utbyttet av bestikkelsen. Om og hvorvidt DOJ vil ettergå et forhold i tilknytning til overtredelser av FCPA, vil basere seg på prinsipper fra «Principles of Federal Prosecution» (enkeltpersoner) og «Principles of Federal Prosecution of Business» (selskaper). SEC benytter «Enforcement Manual» når det gjennomfører sine vurderinger.

[12] https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html
[13] «Caveat Emptor: Why and how FCPA due diligence should be conducted prior to mergers and acquisitions» side 4 flg.
[14] «FCPA Guidance» side 40, sammenholdt med side 52 flg.

2 Særlige risikoområder – en utdypning

Nærings- og fiskeridepartementet har i mandatet[15] bedt om en særskilt vurdering av enkelte problemstillinger som tilretteleggingsbetalinger (facilitation payments), kundepleie, samarbeid med lokale partnere gjennom Joint Ventures (JV) mv. Dette er risikoområder som erfaringsvis medfører særlige utfordringer for selskapene og som etter norsk, britisk og amerikansk rett er anerkjent som områder med særlig høy risiko for korrupsjon.

Alle risikoområdene som behandles nedenfor, delvis med unntak av tilretteleggingsbetalinger, er i utgangspunktet lovlige. Utfordringen knyttet til disse temaene er at handlingene på et eller annet tidspunkt kan gå over til å bli utilbørlig og ulovlige. Grensene for når dette skjer, kan være vanskelig å oppstille generelt da det vil bero på de konkrete omstendighetene i tilknytning til transaksjonen, den såkalte utilbørlighetsgrensen.

I alle tilfeller der det er snakk om et potensielt straffeansvar for foretak i den videre fremstillingen, vil det være helt sentralt i vurderingen etter både norsk, britisk og amerikansk rett hva selskapet har gjennomført av forebyggende aktiviteter. Dette omhandles nærmere i kapittel 4.

Vi vil i det videre ikke gå nærmere inn på grensedragningen for når en handling går fra lovlig til ulovlig (utilbørlig), men skissere relevante momenter, situasjoner eller risikoer som vil være sentrale i denne vurderingen. I Del II om «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» har vi beskrevet nærmere hvordan selskapene kan forebygge og håndtere disse risikoene på en hensiktsmessig måte.

2.1 Særlig om problematikk knyttet til datterselskaper, fusjoner, Joint Ventures og felleseide selskaper

Selskaper kan eksponeres for korrupsjonsrisiko gjennom selskaper de har eierinteresser i eller samarbeider med. Det være seg selskaper man har en liten ubetydelig eierandel i, selskaper som kontrolleres i fellesskap med andre (Joint Venture) eller rene datterselskaper hvor man har bestemmende innflytelse. Graden av kontroll og innflytelse kan være sentral for ansvarsvurderingen.

Hvilken risiko og eksponering et slikt eierskap kan gi, vil kunne variere fra det rent strafferettslige til det erstatningsrettslige ansvaret - i tillegg til en potensiell betydelig omdømmerisiko. Gjeldende norsk, britisk og amerikansk rett tilsier at selskapet må gjøre en konkret vurdering av sin egen korrupsjonsrisiko, herunder vurdere hvilke elementer som utgjør de mest relevante risikofaktorer. I antikorrupsjonssammenheng er det avgjørende hvilke vurderinger som gjøres og tiltak som iverksettes både i forkant, underveis og dersom det oppstår en hendelse som kan indikere risiko for korrupsjon. Det vil blant annet si at man må vurdere hvilken risikoappetitt man ønsker, hvilken jurisdiksjon som er relevant og hvilke kontrollmekanismer eierskapet gir mulighet for.

Ved oppkjøp og fusjoner vil det overtakende selskapet kunne bli holdt strafferettslig ansvarlig for korrupsjonshandlinger som er begått i det overdragende selskapet. Dette fordi det overdragende selskapet gjennom fusjonen blir innlemmet i et allerede eksisterende selskap. I motsatt fall ville man kunne fusjonere seg bort fra ansvar.

I selskaper hvor man kun har en mindre eierandel, vil man først og fremst kunne bli eksponert for omdømmetap og et økonomisk verditap på investeringen. Dette fordi en eventuell reaksjon for korrupte handlinger først og fremst vil rettes mot selskapet der handlingen er foretatt.

[15] Mandatets punkt 2

Strafferettslig ansvar - hovedregel

Utgangspunktet etter norsk, britisk og amerikansk rett er at et eierskap i seg selv ikke medfører strafferettslig ansvar for handlinger foretatt i selskaper hvor man har eierinteresser (datter). Dette gjelder uansett om eier er et selskap eller en person.

Et eventuelt strafferettslig ansvar mot morselskap vil etter norsk rett kunne skje ved at noen i morselskapet har vært involvert i handlingen (strafferettslig medvirkning) eller dersom datterselskapet kan sies å ha handlet «på vegne av» morselskapet, jf. strl. § 27.

Etter britisk rett gjelder det samme; eier ilegges ikke straffansvar kun i kraft av sin eierposisjon. Slik er det også som hovedregel etter amerikansk rett ved at man som utgangspunkt forutsetter at noen i mor må ha hatt kunnskap om eller på annen måte medvirket til korrupsjonshandlingen i datterselskapet.[16] [17]

Agent-prinsipal ansvar

Etter amerikansk rett er det i tillegg uttrykkelig uttalt at det også kan utledes ansvar for et morselskap ut fra den tradisjonelle prinsipal-agent teorien («traditional agency principles»). [18] Det vil si at et morselskap, uten å ha kunnskap om transaksjonen men på grunn av sin generelle involvering, blir ansvarlig ut fra en form for særlig grov uaktsomhetstankegang. Det sentrale i en slik vurdering er hvilken kontroll morselskapet har over datterselskapet og hvordan denne kontrollen er utøvd. En slik ansvarsform er ikke uttrykkelig uttalt etter verken norsk eller britisk rett, men tatt i betraktning at det her kan være tale om en form for forsett (dolus eventualis), kan et slikt ansvar etter vår vurdering ikke utelukkes.

Til illustrasjon kan nevnes saken knyttet til Alcoa World Alumnia LLC (Alcoa WA) som erklærte seg skyldig i brudd på FCPA. I saken ble det lagt til grunn at morselskapet til Alcoa WA ikke hadde hatt kunnskap om eller deltatt i de ulovlige utbetalingene. SEC uttaler eksplisitt at det ikke er funnet holdepunkter for at tjenestepersoner, ledere eller ansatte i Alcoa Inc. hadde kjennskap til bestikkelsene. [19] I SECs redegjørelse for faktum ble følgende momenter lagt til grunn:[20]

- Alcoa Inc. hadde utpekt majoriteten av medlemmene i et strategisk rådgivende organ som ga råd til datterselskaper
- Alcoa Inc. og datterselskaper overførte personell mellom seg
- Alcoa Inc. definerte virksomhet og finansielle mål for datterselskapene og samordnet funksjoner relatert til jus, revisjon og etterlevelse («compliance»)
- Det ble rapportert direkte til morselskap fra forretningsområdet i datterselskap som håndterte forretningsforbindelsen med det angjeldende statlige Bahrain-selskapet
- Alcoa Inc. var en betydelig kunde av datterselskapet
- Medlemmer av toppledelsen i Alcoa Inc. hadde møter om forretningsforbindelsen med representanter for det statlige Bahrain-selskapet (Alba) og konsulenten som gjennomførte bestikkelsene
- Alcoa Inc. var klar over at konsulenten var datterselskapets agent, og vilkårene i avtalen mellom datterselskapet og agenten ble gjennomgått og godkjent av ledere i Alcoa Inc. («senior Alcoa managers»)

Alcoa WA (datterselskapet) aksepterte inndragning og bøter med USD 223 millioner. [21] I tillegg aksepterte Alco Inc. (morselskapet) inndragning på USD 161 millioner. Som en del av avtalen mellom amerikanske

---

[16] «FCPA-veilederen» side 27, «a parent may be liable for its subsidiary's conduct under traditional agency principles. The fundamental characteristic of agency is control»
[17] Imidlertid kan man etter amerikansk rett, dersom morselskapet er en såkalt «issuer» og har selskaper under sin kontroll, kunne bli ansvarlig etter de såkalte bestemmelsene om «books and records» og «internal control», se kap. 1.3. Spørsmålet i tilknytning til dette blir ikke drøftet nærmere.
[18] «FCPA-veilederen» side 27
[19] «This Order contains no findings that an officer, director or employee of Alcoa knowingly engaged in the bribe scheme»
[20] http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/4281/000119312514051516/d634164dex10m.htm
[21] https://www.justice.gov/opa/pr/alcoa-world-alumina-agrees-plead-guilty-foreign-bribery-and-pay-223-million-fines-and

myndigheter og selskapet, ble det også akseptert å implementere og vedlikeholde et forsterket globalt antikorrupsjonsprogram.

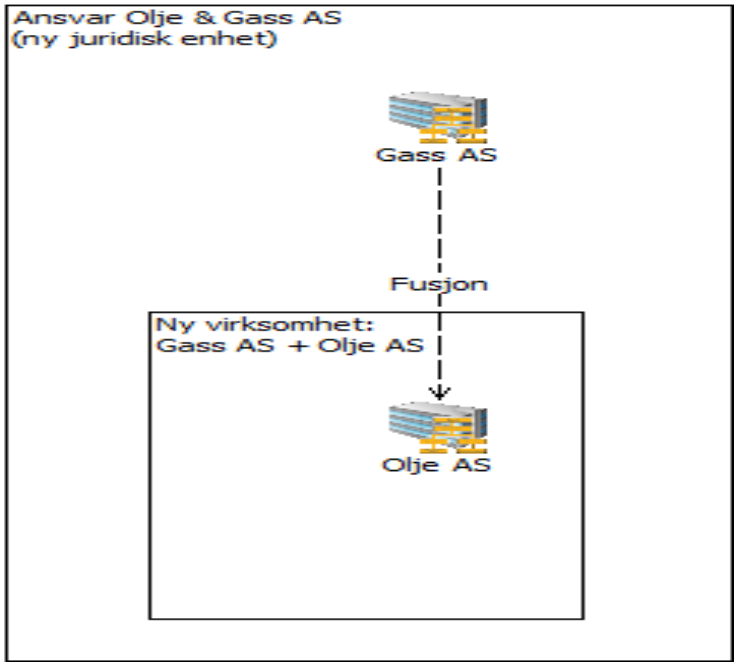
2.1.1 Fusjon

Korrupsjonsrelaterte problemstillinger kan oppstå i forbindelse med oppkjøp og fusjoner ved at handlinger foretatt i et av de fusjonerende selskapene forut for fusjonen, kan ha innvirkning på det strafferettslige ansvaret etter fusjonen.

Ansvar for handlinger foretatt før fusjon

Når et selskap blir kjøpt opp og innfusjonert i et annet, foreligger det risiko for at det overtakende selskapet kan bli ansvarlig for handlinger som er foretatt før oppkjøpet ble gjennomført. Dette fordi selskapene etter fusjonen vil bli én juridisk enhet, ansvarlig for alle tidligere handlinger i begge selskapene.

For eksempel kan vi tenke oss at Olje AS har kjøpt opp selskapet Gass AS, og innfusjonert Gass AS i virksomheten. Den juridiske enheten Gass AS oppheves og selskapets organisasjonsnummer slettes, men selve virksomheten videreføres i det sammenslåtte selskapet Olje AS under dette selskapets organisasjonsnummer:



Olje AS kan her bli strafferettslig ansvarlig for handlinger som er foretatt i Gass AS, selv om handlingene er foretatt før fusjonstidspunktet.[22]

Ansvar for handlinger foretatt etter fusjon

Når et selskap blir innfusjonert i et annet selskap og således integrert i annen selskapsstruktur, vil det også foreligge risiko for at ulovlig og uønsket praksis fra tidligere videreføres inn i den nye selskapsstrukturen. Dersom det oppkjøpende selskap ikke lykkes å forandre en ulovlige praksis, vil det kunne medføre ansvar for det oppkjøpende selskapet. Risikoen for ansvar er generelt større for handlinger skjedd etter oppkjøpet, enn forut for.

Momenter i vurderingen av strafferettslig ansvar

Amerikansk rett fremstår som mest tydelig på hvilke spesifikke krav som stilles til selskapene, selv om forskjellene til norsk og britisk rett neppe er store. Amerikansk rett fremhever implementering av tiltak som sikrer at oppkjøpende selskap: 1) har kontroll på mulige brudd på korrupsjonslovgivningen før oppkjøpet og 2)

[22] Det kan oppstå ytterligere kompliserende faktorer dersom den delen av virksomheten som har begått den straffbare handlingen ikke videreføres eller innfusjoneres, men ansvar i disse tilfellene må vurderes konkret og omhandles ikke ytterligere i denne rapporten.

at det oppkjøpte selskapets retningslinjer og rutiner er i tråd med gjeldene korrupsjonslovgivning og at det oppkjøpte selskaps ansatte etterlever selskapets retningslinjer. Hvordan det forventes at selskapene skal gjøre dette helt konkret, er ikke spesifisert, men i veiledningen fremheves følgende tiltak og momenter som relevante:

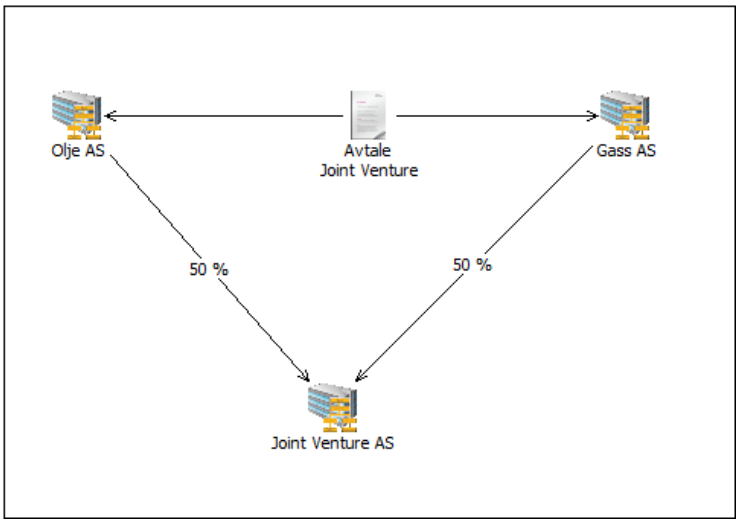
- Gjennomføre en risikobasert antikorrupsjons due diligence (DD)23 som adresserer korrupsjonsspørsmål ved oppkjøp og fusjon. En vanlig finansiell og juridisk DD vil normalt ikke fange opp forhold som er relevant for korrupsjonsrisiko, og selskapene bør foreta en særskilt og risikobasert DD av det overdragende selskapet med sikte på å kartlegge selskapsstruktur, omdømme, transaksjoner og annen relevant informasjon. Dette innebærer at grundigheten av en DD avhenger av hvilken risikoprofil det er tale om. Der det eksempelvis er snakk om oppkjøp av selskaper i høyrisikoland/ bransjer, vil kravene til grundighet og dybde på antikorrupsjons-DD øke. Motsatt, der det eksempelvis gjelder oppkjøp i Sverige og i en bransje med mindre risiko for korrupsjon, vil undersøkelsene kunne være mindre omfattende. Ut over dette vil undersøkelsens dybde avhenge av hvilke funn som gjøres og hvilke forhold som kan bekreftes eller avkreftes.
- Sørge for at det oppkjøpte selskapet har en forsvarlig kultur, retningslinjer og prosedyrer relatert til antikorrupsjonsspørsmål samt at nødvendige oppdateringer og forbedringer blir implementert i det oppkjøpte selskapet så snart som mulig etter oppkjøp
- Opplæring av styre, ledelse og ansatte, i tillegg til agenter og andre samarbeidspartnere (tredjeparter) der dette utgjør en mulig korrupsjonsrisiko
- Gjennomføre FCPA- og antikorrupsjonsrevisjon så snart som mulig etter oppkjøp/fusjon
- Dersom det avdekkes korrupte betalinger, bør disse legges frem for myndighetene - noe som vil kunne medføre reduserte reaksjoner

Selskapene skal således gjennomføre konkrete risikoreduserende handlinger for å redusere risikoen for å komme i straffeansvar. Hvordan dette kan gjøres på en hensiktsmessig måte, blir nærmere omtalt under Del II «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram».

2.1.2 Joint Venture og felleseide selskaper

Joint Venture (JV) er en juridisk inngått økonomisk samarbeidsavtale mellom to eller flere parter (partnerne), organisert i et selskap:

Eksempel på struktur i et JV:



Samarbeidet kan være etablert i forbindelse med et konkret prosjekt eller være del av et mer langsiktig samarbeid. Partnerne skyter inn midler og deler inntekter og kostnader i tråd med avtalen. JV benyttes særlig i

[23] Due Diligence (DD) er en selskapsgjennomgang der man innhenter og analyserer informasjon om et selskap for å danne seg et bilde av omstendighetene i selskapet.

de tilfeller der det som følge av praktiske eller lovmessige forhold gjør det formålstjenlig eller nødvendig. I enkelte land og bransjer er det for eksempel krav om lokalt eierskap.

Slike samarbeidsavtaler kan reise vanskelige korrupsjonsrettslige problemstillinger, og i praksis er det sentralt hvilken innflytelse det enkelte selskapet faktisk har i JVet:

- Valg av eierstruktur er i seg selv en risikofaktor. Likedelt eierstruktur/andel kan medføre at ingen av eierne tar et direkte ansvar for etterlevelse og at fokus utelukkende rettes mot måloppnåelse. Oppfølging av prosesser og funksjoner i tilknytning til antikorrupsjon blir således nedprioritert
- Selskapet med bestemmende innflytelse vil i praksis ofte overføre sin forretningskultur inn i JV. Dette er en særlig utfordring der JVet skal opprettes i et høyrisikoland med betydelig lokal tilknytning, innflytelse og rekruttering
- Et JV har som oftest til hensikt å oppnå spesifikke mål, for eksempel inntreden i nye markeder, bransjer eller ved introduksjon av nye produkter. Slike formål vil i seg selv utgjøre en risikofaktor da det setter press på ledelse og beslutningstakere til å oppnå målsetningene for JVet
- Der JVet opererer i nye markeder, med annen forretningskultur enn det eierselskapene er kjent med, vil manglende kunnskap om lokaled forhold gi økt risiko for manglende oppfølging av kulturelt betingende risikoområder.

Strafferettslig ansvar - hovedregel

Som nevnt over, er utgangpunktet at eierskap i seg selv ikke medfører straffeansvar for eierselskapet. Det samme gjelder som utgangspunkt i JV-tilfeller; JV-partneren må ha medvirket til den korrupte handlingen eller JVet har handlet «på vegne av» partneren. Eierandelens størrelse er ikke av betydning i seg selv.

Dersom en partner i et JV har kanalisert en bestikkelse gjennom JVet, vil det ventelig foreligge ansvar både etter norsk, britisk og amerikansk rett. For eksempel kan JVet ha blitt benyttet som agent eller mellommann for en korrupt betaling til en tredjepart som omfattes av FCPA (utenlandsk offentlig tjenesteperson). Slike tilfeller vil medføre ansvar også etter norsk og britisk rett, uavhengig av om bestikkelsen gjelder utenlandsk offentlig tjenesteperson eller ikke.

Det foreligger svært lite veiledning og praksis som kan belyse nærmere hvor grensen for eieransvar går i JV-situasjonene utover noen elementer av omtale og eksempel på praksis fra beslektede områder fra amerikanske myndigheter.

Agent-prinsipal ansvar[24]

Etter amerikansk rett vil det kunne oppstå ansvar for et eierselskap i et JV dersom eierselskapet eller en tredjepart («agent») har kunnskap om korrupte handlinger i JVet, jf. det som er sagt om agent-prinsipal ansvar under punkt 2.1 over.

Grunnlaget for ansvaret er partnerens bestemmende innflytelse og/eller kontrollmuligheter. I det ligger også at for JV-partnere som ikke besitter slik innflytelse eller kontroll, for eksempel fordi man har en mindretallsandel, vil det være mindre risiko for å bli holdt ansvarlig for handlinger foretatt i JVet.

Det vises i denne forbindelse til saken om det farmasøytiske TAP Pharmaceutical Products Inc. fra 2001.[25] JVet var eid 50%-50% av to parter, slik at ingen av partene hadde bestemmende innflytelse. På bakgrunn av dette anså ingen av de to eierselskapene at de hadde et spesielt ansvar for etterlevelse, og eierandelen medførte at ingen av partnerne ble funnet strafferettslig ansvarlig.[26] Det virker imidlertid som om avgjørelsen, sammen med Alcoa-saken, brukes som grunnlag for å utvikle et utvidet eieransvar i JV-tilfellene av amerikanske myndigheter.

---

[24] «FCPA-veilederen» side 27

[25] Saken omhandlet isolert sett bedrageri (og ikke overtredelse av FCPA), men vil ha relevans for rekkevidden av ansvar i JV etter FCPA.

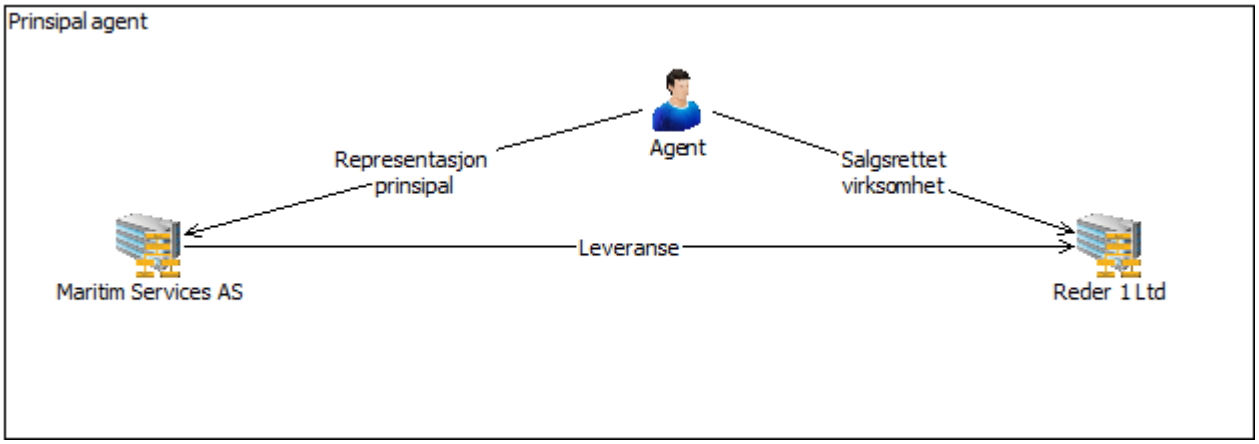
[26] Eierne ble likevel indirekte straffet gjennom verdireduksjon i sin eierandel som følge av bøter og inndragning på USD 875 millioner fra amerikanske myndigheter.

Fra norsk og britisk praksis og veiledning fremstår problemstillingen om strafferettslig eieransvar på foretaksnivå i JV-tilfeller som enda mer ubehandlet enn etter amerikansk rett. Samtidig fremstår det relativt spede kildematerialet fra amerikansk rett heller ikke som tilstrekkelig til å trekke klare konklusjoner. På den annen side kan nettopp denne manglende veiledningen og praksisen på området illustrere at det strafferettslige ansvaret for eiere av JV-selskaper, så langt er ansett som begrenset.

2.1.3 Agenter (tredjeparter)

«Agent» vil i denne sammenheng omfatte alle personer/mellommenn/selskaper som representerer selskapet ved salg av produkter og/eller tjenester innenfor et område (typisk geografisk avgrenset), på annen måte bistår selskapet med markeds- og salgsvirksomhet og/eller kanaliserer forretningsaktivitet til selskapet eller representanter for selskapet.[27] Begrepet «prinsipal» vil bli benyttet som betegnelse på selskapet som engasjerer agenten.

Illustrasjon og eksempel på et prinsipal-agentforhold



Agenter benyttes særlig der prinsipalen ikke kjenner til lokale forhold, i nye og/eller umodne markeder, der agenten har et etablert markedsnettverk og/eller at det ikke er økonomisk grunnlag for å etablere en egen virksomhet i det aktuelle landet. I noen bransjer er bruken av agenter svært vanlig, eksempelvis innenfor telecom, maritim virksomhet, olje og gass. Det hender også at agenten blir utpekt av kunden.

Erfaringsmessig medfører bruk av agenter og markedsrepresentanter en forhøyet korrupsjonsrisiko i seg selv, i tillegg til en risiko for at prinsipalen blir holdt ansvarlig for agentens handlinger. Det foreligger omfattende praksis som viser at korrupte betalinger har blitt kanalisert gjennom agenter, eller at agenter har benyttet seg av korrupte betalinger til å få i stand en avtale. Eksempler på slike forhold er sakene som Statoil (Horton saken) og Yara (Libya) har hatt de seneste årene.

Strafferettslig ansvar - hovedregel

Risiko for foretaksansvar for prinsipalen vil etter norsk rett først og fremst kunne oppstå i to situasjoner:

- Noen hos prinsipalen medvirker til agentens korrupte handling
- Agenten, og uavhengig av kunnskap eller medvirkning hos prinsipalen, handler «på vegne av» prinsipalen, jf. strl. § 27

[27] Definisjonen av agent inkluderer således mer enn den juridiske definisjonen av begrepet

I FCPA-veiledningen fremheves det at også tilfeller der prinsipalen med hensikt unngår kunnskap om korrupte betalinger, omfattes av straffeansvaret. Dette for å sikre at et selskap ikke går fri fra ansvar ved bevisst å unnlate og ta innover seg informasjon som er tilgjengelig. Veiledningen benytter i denne forbindelse uttrykk som «head-in-the-sand», «conscious disregard», «willful blindness» og «deliberate ignorance». I tillegg er det oppstilt enkelte momenter[28] (såkalte «red flags») som er relevante for vurderingen av prinsipalens ansvar:

- Store utbetalinger eller honorar til agenten
- Urimelige rabatter til distributører
- Vage beskrivelser av tjenester som skal utføres
- Ikke tilstrekkelig kunnskap
- Nære relasjoner til utenlandsk offentlig tjenesteperson
- Agenten er utpekt av den utenlandske offentlige tjenestepersonen
- Bruk av selskaper i såkalte skatteparadis
- Betalinger til konto i slike jurisdiksjoner (skatteparadis) mm.

Om, og i hvilke tilfeller en prinsipal skal strafferettslig forfølges, vil bero på en konkret vurdering. Gjennom sin håndhevelse og veiledning har amerikanske myndigheter oppstilt noen krav til virksomheter som opererer med bruk av agenter. Kravene vil også være relevante og tungtveiende etter norsk og britisk rett:

Due Diligence. Selskaper som benytter seg av agenter må gjennomføre risikobasert DD. Denne skal gi grunnlag for å vurdere agentens kvalifikasjoner og renommé, agentens samarbeidspartnere, inkludert forholdet til utenlandske offentlige tjenestepersoner. Det er videre et krav om at undersøkelsene må justeres dersom det underveis avdekkes såkalte røde flagg. Dette kan være tilfelle der det i DD-prosessen avdekkes at agenten har nære relasjoner til offentlige tjenestepersoner eller at agenten tidligere har vært involvert i økonomisk kriminalitet, korrupsjon eller lignende.

Rasjonale. Selskaper må forstå agentens rolle og nødvendigheten av at agenten opptrer som en part i transaksjonen. Det må foreligge en tydelig beskrivelse av tjenesten som agenten skal levere og etter hvilke betingelser. At det er en sammenheng mellom tjenesten agenten skal utføre og honoraret, og hvordan og hvilken modell som er benyttet for honorering, vil kunne ha betydning for vurderingen av et straffeansvar. Eksempelvis kan såkalte betingede honorarer (suksesshonorar) med prosentvis andel av fortjeneste medføre en forhøyet risiko for korrupsjon, fordi det vil foreligge et leveringspress på agenten, samtidig som hans fortjeneste er så stor at han kan være villig til å dele med andre, dersom han klarer å levere. Dette kan gi agenten insentiver til å benytte ulovlige midler.

Overvåkning (monitorering). Selskaper skal gjennomføre overvåkning av agentene. Basert på en vurdering av risiko, kan dette gjøres ved å gjennomføre periodiske DD'er, utøve revisjonsrettigheter, gjennomføre opplæring og be om uavhengige årlige bekreftelser på at selskapet etterlever FCPA-lovgivningen.

Andre momenter som angis er om selskapet har informert agenten om kravene som gjelder i henhold til eget antikorrupsjonsprogram samt hvilke forventninger og forpliktelser som følger av etisk eller lovmessig karakter. Videre må selskapene være oppmerksomme på at konkrete krav og forventninger kan variere basert på bransje, geografi, transaksjonens størrelse og karakter, forhistorie med mer.

Virksomheter som benytter seg av agenter må således vurdere den foreliggende risiko ved bruk av agenter og antikorrupsjonsprogrammer må designes og implementeres for spesielt å motvirke denne risikoen. Hvordan dette best kan gjøres, er beskrevet i rapportens Del II.

2.2 Tilretteleggingsbetaling

Tilretteleggingsbetaling (facilitation payment) er tradisjonelt betegnet som betaling av mindre pengesummer for å sikre eller påskynde utføring av rutinemessige funksjoner som man rettmessig har krav på, f.eks. gjennom utstedelse av lisenser eller behandling av offentlige tillatelser. Dersom det blir betalt større pengesummer, vil

[28] «FCPA-veilederen» side 22

man gjerne betegne dette som en klassisk korrupsjonshandling og ikke en tilretteleggingsbetaling. Typiske eksempler på tilretteleggingsbetalinger er betaling for å få fortgang i en passkø eller ved behandling av visum, tilgang til lossing og lasting i offentlige havner eller for å få frem leveranser.

Tilretteleggingsbetalinger er i realiteten ikke noe annet enn en bestikkelse, og etter norsk rett skilles det ikke mellom tilretteleggingsbetaling og bestikkelser – begge er omfattet av korrupsjonsbestemmelsene. Dette da også slike betalinger vil kunne betraktes som «utilbørlige».

Også etter UKBA er tilretteleggingsbetalinger ulovlig, men med eksplisitt unntak for situasjoner der unnlatt betaling medfører risiko for liv og helse. Det samme vil nok bli resultatet etter norsk rett. I Ot.prp 78 (2002) «Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)» side 36 henvises det til at verken OECD-konvensjonen eller Europarådskonvensjonen inneholder eksplisitte krav eller forpliktelse for stater til å kriminalisere tilretteleggingsbetalinger, og at dette må bero på utilbørlighetsvurderingen. Der det foreligger fare for liv og helse, vil man vanskelig kunne komme til at betalingen er utilbørlig. Andre relevante momenter vil være ytelsens verdi og «om fordelen er vederlag for en urettmessig motytelse, eller om den tar sikte på å oppnå en slik motytelse.»

Etter FCPA er tilretteleggingsbetalinger («Exception for routine governmental action») tillatt.[29] Det er imidlertid et snevert unntak som kun omfatter det å erverve tillatelser, lisenser eller andre offisielle dokumenter som gir rett til å utøve forretninger i et land, visa, politibeskyttelse, posttjenester, inspeksjoner, tolldeklarering, tildeling av telefon, elektrisitet og vannforsyning eller lignende. Dette er således offentlige handlinger av rutinemessig karakter som man i utgangspunktet har krav på dersom vilkårene er oppfylt, og som ikke omfatter skjønnsmessige vurderinger utført av offentlige tjenestepersoner.

Det viser for øvrig til det som er sagt under kapittel 1.3 med hensyn til regnskapsføring av tilretteleggingsbetalinger.

2.3 Kundepleie (gaver, representasjon og utgiftsdekning)[30]

Selskaper kan eksponeres for korrupsjonsrisiko ved å gjennomføre tradisjonelle og kunderelaterte handlinger som gaver, representasjon eller utgiftsdekning på en slik måte at handlingen blir betraktet som «utilbørlig». Grensen for når en slik handling passerer utilbørlighetsgrensen og derved blir straffbar, kan være vanskelig å oppstille da det vil bero på de helt konkrete omstendighetene knyttet til den aktuelle fordelen. Det kan derfor være vanskelig for et selskap å være tydelig i sin veiledning av sine ansatte om hvor grensen for det ulovlige går, da vurderingen må gjøres konkret i det enkelte tilfellet.

Utilbørlighetsgrensen er ikke definert verken i norsk, britisk eller amerikansk rett. Dette fordi hva som er å anse som en «utilbørlig fordel» ikke bare dreier seg om verdi, men også om omstendighetene rundt. Rettsreglene er imidlertid såpass likt utformet at vi i det videre omhandler dette samlet ved hjelp av den norske betegnelsen «utilbørlig fordel».

Merk: Det er i mange land innført strengere regler for offentlige tjenestepersoner hva gjelder gaver, representasjon og utgiftsdekning enn for ansatte i private bedrifter - både fra lovgivers side og i interne regelverk. Videre vil ansatte i selskaper som er helt eller delvis eid av stat eller kommune i flere land bli betraktet som offentlige tjenestepersoner.

---

[29] § 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934] letter (b) Exception for routine governmental action, § 78dd-2. Prohibited foreign trade practices by domestic concerns letter (b) Exception for routine governmental action, § 78dd-3. Prohibited foreign trade practices by persons other than issuers or domestic concerns letter (b) Exception for routine governmental action

[30] Tekst er i hovedsak basert på «Transparency International Norge utgivelse «Beskytt din virksomhet» som gir en fyldig og god oversikt over tematikken. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.

Nedenfor vil vi omhandle en del sentrale risikoområder som selskaper og deres ansatte i praksis ofte må ta stilling til, og som i enkelte tilfeller kan innebære korrupsjonsproblematikk. For at den ansatte og selskapet skal unngå straffeansvar, er det viktig at antikorrupsjonsprogrammet med tilhørende opplæring gir god veiledning på slike dilemmaer.

2.3.1 Gaver[31]

En gave kan være noe av verdi som tilsynelatende gis som tegn på vennskap, takknemmelighet eller anerkjennelse. Gaver påstås å bli gitt uten forventning om noe av verdi tilbake, men kan bli oppfattet som en bestikkelse av andre enn giveren og mottakeren. Gaver har ingen annen rolle i forretningsprosessen enn å markere eller utvikle et godt samarbeid, eller som reklame for selskapet ved for eksempel å gi en gave med selskapets logo.

Grensen mellom akseptabel forretningspraksis og bestikkelse er uklar når det gjelder gaver. Det er derfor vanskelig å fastslå på generelt grunnlag når det å gi eller motta en gave er ulovlig, uetisk eller akseptabelt. Følgende momenter må vurderes ut fra gjeldende praksis:

- Hvor kostbar er gaven, gis det slike gaver ofte og under hvilke omstendigheter ble gaven gitt (er omstendighetene passende)? Eksempelvis vil det å gi gaver med lav kommersiell verdi, for eksempel bedriftens egne markedsføringsartikler, ofte være ansett for å være tillatt
- Er gaven gitt og mottatt i full åpenhet og medfører den noen forpliktelser for mottakeren? Har gaven blitt brukt for å oppnå en forretningsmessig fordel, eller kunne den oppfattes slik?
- Gjelder de samme prinsippene både for det å gi og motta gaver?
- Gjelder det like prinsipper for ledelse og ansatte? Hvis det er nødvendig og akseptabelt med forskjeller, er det åpenhet knyttet til dette?
- Gjelder det like regler for gaver i alle land og markeder som virksomheten opererer i?
- Er gaven gitt eller mottatt i forbindelse med anbud, evaluering eller tildeling av kontrakter? Er gaven tildelt rett etter eller i nær sammenheng med tildeling av kontrakt, endringsordrer eller nye kontrakter?
- Er gaven (av verdi) som er gitt til forretningspartnere bokført korrekt og ikke skjult som noe annet i regnskapet?
- Hvordan håndteres mottak av verdifulle gaver? Tilfaller disse bedriften? Rapporteres verdifulle gaver til overordnede? Er det virksomheten som avgjør hvordan gaven skal håndteres?
- Hvis det er upassende å avvise en gave, kan den på et senere tidspunkt returneres til giveren med en forklaring, eller den kan gis til en veldedig organisasjon og giveren orienteres om dette.
- Er det gitt verdifulle gaver til personer som er underlagt strenge regler på dette området, eller overskrider gavens verdi grensene som settes i egen virksomhets regelverk? I dette ligger også at grensene kan variere fra bransje til bransje.

2.3.2 Representasjon[32]

Representasjon omfatter oppvartning, måltider, mottakelser og billetter til sosiale tilstelninger og underholdnings- eller idrettsarrangementer der formålet er å innlede eller utvikle forretningsforhold. Det kan være vanskelig å skille mellom representasjon og en gave, spesielt dersom den som representerer ikke er til stede og ikke opptrer som vertskap.

Representasjon eller oppvartning i næringslivet kan ha ulike formål og kan oppfattes på ulike måter. Så lenge det skjer innenfor rimelighetens grenser, er representasjon akseptabelt som et middel for å formidle informasjon om vertsbedriften til en kunde, styrke et eksisterende forretningsforhold eller skape anledning til å danne nye forretningsforhold. Representasjon er imidlertid uakseptabelt og kan bevege seg over i det straffbare dersom formålet er at mottakeren skal ta en forretningsavgjørelse i favør av vertsbedriften som takk for en hyggelig sammenkomst.

---

[31] Tekst er i hovedsak basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.
[32] Tekst er i hovedsak basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.

Høyesteretts avgjørelse i den såkalte «Ruterdommen» (september 2014) er viktig for vurderingen av korrupsjonens nedre grense når det gjelder kundepleie. Ut fra domsgrunnene i saken må det kunne legges til grunn at en forretningsmiddag med ordinær relasjonsbyggingshensikt, og der det ikke kan sees å foreligge noe påvirkningsmoment, vil kunne være lovlig. Høyesterett påpeker i dommen at det er viktig med dialog mellom kunder og leverandører og at et kundearrangement som er relevant for den ansattes stilling, som ikke er av varig karakter og som fremstår som ordinær kundepleie, normalt ikke rammes av korrupsjonsbestemmelsen.

Om representasjon er akseptabel eller ikke korrupsjonsrettslig sett, må vurderes konkret i den enkelte situasjon. Momenter i en slik vurdering vil kunne være:

- Forretningssammenheng – hvor ofte foregår bespisning av lunsj og middag med kunde, og er disse nøkterne eller overdådige? Er representasjon knyttet til de involverte partenes forretningsforhold og har den en reell forretningsagenda? Er forretningsagendaen hovedformålet og hovedinnholdet? I dette ligger også at grensene kan variere fra bransje til bransje.
- Deltagelse av partnere/ektefeller – er partnere, ektefeller eller annen familie deltakere på arrangementet? Har disse mottatt gratis overnatting eller helgeopphold, fri bruk av firmabil eller lignende?
- Er vertskapet til stede i forbindelse med representasjonen? Dersom representasjon skjer uten at vertskapet er til stede kan dette bli å betrakte som en gave, og muligens også en utilbørlig fordel. Fri bruk av giverens fritidsbolig er et eksempel på dette.
- Er representasjonen nøktern, eller er den omfattende, kostbar eller lignende? Skjer representasjonen i tilknytning til en nært forestående beslutning, for eksempel en kontraktstildeling?
- Skjer representasjon i forbindelse med anbud, evaluering eller tildeling av kontrakt, eller i nær tilknytning til slike sammenhenger?
- Er representasjonen bokført korrekt? Er representasjonen forsøkt skjult i regnskapet?
- Skjer representasjonen i full åpenhet? Innebærer representasjonen en forpliktelse for mottakeren eller kan representasjonen oppfattes som en forventning om å få en forretningsmessig fordel?
- Er representasjonen moderat? Dersom den er kostbar, er det skapt inntrykk av at man forventer noe tilbake?
- Skjer (den moderate) representasjonen overfor representanter fra flere bedrifter samtidig? Dette kan redusere risikoen for at et arrangement kan oppfattes som upassende.
- Dersom det er nødvendig og akseptabelt å ha ulike prinsipper og ulik praksis for ledelsen og de ansatte, er det åpenhet knyttet til dette? Skjult praksis kan undergrave bedriftens regler og hele antikorrupsjonsprogrammet.

2.3.3 Utgiftsdekning[33]

Utgiftsdekning innebærer at en bedrift betaler eller refunderer utgifter til reise og andre typer utgifter for en forretningsforbindelse, og der en slik dekning ikke er angitt i kontrakten. Typiske mottakere av utgiftsdekning er kunder, ansatte i sentral eller lokal offentlig forvaltning, politikere, journalister, fagforeningsrepresentanter, investorer og finansanalytikere.

I praksis ser vi at mange selskaper ikke lenger aksepterer at andre dekker utgifter for deres ansatte, og dekker da heller ikke selv utgifter for ansatte i andre virksomheter eller representanter for myndighetene. Følgende momenter kan være relevante i vurderingen av om utgiftsdekningen er akseptabel eller ikke (utilbørlighetsvurderingen):

- Er det i kontrakt med forretningspartner eller i annen skriftlig avtale angitt hvilke utgifter som skal dekkes for ansatte eller representanter for forretningspartneren?
- Er utgiftsdekningen godkjent av giverens og mottakerens overordnede?
- Baserer utgiftene seg på kvitteringer, er de relevante for forretningsforholdet og er de åpne og korrekt dokumentert i regnskapet?

[33] Tekst er i hovedsak basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.

- Er all utgiftsdekning som gis eller mottas knyttet til forretningssamarbeidet mellom partene, og er det en reell forretningsagenda?
- Er det gitt utgiftsdekning for ektefeller? Dersom så er tilfelle, svekkes argumentet om at kostnadene kun er forretningsrelatert og det vil uunngåelig skape mistanke om at utgiftsdekningen har mer karakter av å være en gave og muligens en utilbørlig fordel.
- Er det en nøktern utgiftsdekning som kun handler om å styrke eksisterende forretningsforhold, eller er det en mer omfattende utgiftsdekning som er spesifikt knyttet til en nært forestående beslutning, for eksempel en kontraktstildeling?
- Er utgifter som betales eller refunderes moderate? Gis det inntrykk av at man forventer noe tilbake?
- Skjer utgiftsdekning i forbindelse med anbud, evaluering eller tildeling av kontrakt? Utgiftsdekning etter en kontraktstildeling kan oppfattes som utsatt returprovisjon eller at den er knyttet til godkjenning av endringsordrer eller nye kontrakter.

2.3.4 Politiske bidrag[34]

Politiske bidrag omfatter alle bidrag som gjøres kontant eller «in natura» til støtte for en politisk sak. Slike bidrag kan være gaver i form av gjenstander eller tjenester, reklame for eller promotering av et politisk parti, kjøp av billetter til innsamlingsarrangementer eller bidrag til forskningsinstitusjoner med tette bånd til et politisk parti. Fristilling av ansatte for å drive politisk valgkamp eller stille til valg, kan også kunne bli betraktet som et politisk bidrag.

Politiske bidrag kan videre være direkte økonomisk støtte på nasjonalt eller lokalt nivå til et regjerings- eller opposisjonsparti, eller til kandidater eller personer som innehar verv. Det kan også dreie seg om indirekte økonomisk støtte via organisasjoner eller foreninger som gir økonomisk støtte til politiske partier eller politikere.

Et politisk bidrag er ikke det samme som en bestikkelse, men er et risikoområde i så henseende. Slike politiske bidrag vil også kunne rammes direkte etter UKBA, mens det etter FCPA bare vil være omfattet i den grad det dreier seg om et bidrag rettet mot et utenlandsk politisk parti/person («foreign political party or official therof»).

Et bidrag som gis i full åpenhet, og som ikke kan oppfattes som påvirkning eller at det skaper en utilbørlig fordel, er uproblematisk. Derimot vil et bidrag som gis for å påvirke en avgjørelse i favør av en bedrift eller en enkeltperson, eller som kan oppfattes slik, kunne bli ansett som bestikkelse. Et bidrag bør således ikke gis hvis det kan knyttes til at bedriften får innvilget lisens, konsesjon, tillatelse eller kontrakter fra myndighetene.

Enkelte selskap praktiserer totalforbud mot bidrag til politiske partier. I Norge reguleres partifinansiering av partiloven. Det er forbud mot anonyme bidrag, bidrag fra utenlandske givere og bidrag fra rettssubjekter under kontroll av staten eller annen offentlig myndighet. Bidrag skal innberettes til et sentralt register.[35]

2.3.5 Veldedige gaver[36]

Veldedige gaver er betalinger til ideelle organisasjoner for samfunnsnyttige og humanitære formål. Betalingene gjøres uten betingelser eller forventninger om tilbakebetaling i form av forretninger. En veldedig gave er ikke det samme som bestikkelser, men er et risikoområde i så henseende. En gave som gis for å påvirke en avgjørelse i favør av en bedrift, eller kan oppfattes slik, kan bli ansett som bestikkelse.

Så lenge betalinger gjøres til reelle veldedighetsorganisasjoner, er dette som regel ikke problematisk. Hvis den veldedige organisasjonen i virkeligheten drives av beslutningstakere hos myndighetene eller i forretningslivet eller personer knyttet til disse, eller representanten for den veldedige organisasjonen innehar andre stillinger

[34] Tekst er i hovedsak basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.
[35] PwCs fotnote: Kontroll av etterlevelse skjer blant annet gjennom Partirevisjonsutvalget, jf. partiloven § 24
[36] Tekst er i sin helhet basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.

(f.eks. offentlig tjenesteperson eller forretningspartner) som har andre relasjoner til bedriften og dens virksomhet, vil en veldedig gave kunne oppfattes som korrupsjon.

2.3.6 Sponsing[37]

Sponsing er et arrangement der et selskap betaler for å knytte sitt navn til en aktivitet eller en organisasjon og i gjengjeld mottar rettigheter og fordeler, for eksempel bruk av den sponsede organisasjonens navn, reklameuttelling i media, arrangementer og publikasjoner, bruk av fasiliteter og/eller anledning til å promotere selskapets navn, produkter og tjenester.

Sponsing er ikke det samme som bestikkelser, men er et risikoområde i så henseende. Korrupsjon kan knyttes til sponsing hvis det foreligger interessekonflikter på betalerens eller mottakerens side.

Sponsing kan åpne for gjenytelser. Hvis disse gis til én eller noen få utvalgte personer og i det skjulte, kan de betraktes som utilbørlige fordeler. Gjenytelser i form av arrangementsbilletter til forretningsforbindelser er vanligvis ikke noe problem hvis det er åpenhet rundt det og hvis det dreier seg om små verdier.

2.3.7 Frivillige samfunnsbidrag[38]

Et frivillig samfunnsbidrag fra en bedrift kan komme i form av penger, varer, tjenester eller i en kombinasjon. Hensikten er vanligvis å bidra til bærekraftig utvikling gjennom prosjekter som er fordelaktige både for lokalsamfunn og bedriften. Eksempler på områder hvor frivillige samfunnsbidrag benyttes er innen utdanning, helsetjenester, miljø og utvikling av lokale leverandører. Mottakere av bedrifters frivillige samfunnsbidrag er ofte lokale myndigheter, frivillige organisasjoner og bransjeorganisasjoner.

Det er korrupsjonsrisiko knyttet til slike samfunnsbidrag. Formålet med bidragene er å gagne lokalsamfunnet, og kanskje lokalt næringsliv. Dette er ikke problematisk, men hvis det også beriker enkeltpersoner og medfører en utilbørlig fordel, kan det være korrupsjon. Her kan balansegangen være vanskelig. For eksempel kan populariteten øke, og dette kan medføre personlige fordeler for en lokalpolitiker som klarer å framforhandle en verdifull avtale om samfunnsbidrag med en bedrift.

Samtidig kan denne politikeren være en beslutningstager for godkjenninger som bedriften er avhengig av. Et annet eksempel er at et samfunnsbidrag dreier seg om utvikling av lokale leverandører, noe som kan skape store økonomiske verdier for eierne av leverandørbedriftene som omfattes av prosjektet. Blant eierne kan det være myndighetspersoner eller personer som har tette relasjoner til myndighetspersoner.

[37] Tekst er i sin helhet basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.
[38] Tekst er i hovedsak basert på utgivelsen «Beskytt din virksomhet» fra Transparency International Norge. Gjengivelse skjer i forståelse med TI.

3 Særlig om rettsreglene knyttet til varsling

Det er i mandatet[39] spurt særskilt om en anbefaling om hvordan departementet skal følge opp og håndtere varslingssaker innenfor korrupsjonsområdet, jf. Del III. En forsvarlig varslingskanal samt gode rutiner for mottak og oppfølging er også en sentral del av et «Beste praksis antikorrupsjonsprogram», jfr. Del II. På denne bakgrunn vil vi i dette kapittelet kort gjøre rede for sentrale elementer ved rettstilstanden i Norge og etter UKBA og FCPA, hva gjelder varsling.

3.1 Norsk rett

Adgangen til å varsle om kritikkverdige forhold (herunder korrupsjon) i en virksomhet fremgår av arbeidsmiljøloven § 2-4.

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 skal selskapet utarbeide rutiner for intern varsling eller sette i verk andre tiltak som legger forholdene til rette for intern varsling om kritikkverdige forhold. Med rutiner menes ulike former for retningslinjer, instrukser, reglementer e.l. som angir når det skal varsles, hvem det skal varsles til samt saksbehandlingsregler for den som mottar et varsel. Lovkravene om å ha en ordning for varsling på plass, gjelder bare for intern varsling, dvs. fra virksomhetens egne ansatte.

Regjeringen har også uttrykt sine forventinger knyttet til varsling i Stortingsmelding nr. 10 (2008-2009) «Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi» der det fremkommer at det forventes at «selskapene aktivt motarbeider korrupsjon gjennom etablerte varslingsordninger, interne retningslinjer og informasjonsarbeid».

3.2 UK Bribery Act (UKBA)

Det oppstilles i UKBA ingen direkte krav til at selskaper skal implementere en varslingskanal eller annen varslingsordning.

Av veiledningens seks prinsipper fremkommer det imidlertid under tre av prinsippene en myndighetsforventning om at selskaper, med en risikoprofil som tilsier at dette er nødvendig, har på plass en varslingsordning som ledd i deres «adequate procedures designed to prevent»:

- Principle 1, «Proportionate procedures» der det fremgår at et antikorrupsjonsprogram bør omfatte det å kunne rapportere om korrupsjon, og at selskaper bør ha varslingsrutiner
- Principle 2, «Top-level commitment» som sier at tonen fra toppen bør synliggjøres gjennom referanser til antikorrupsjonsprogrammet, herunder rutiner for konfidensiell rapportering (varsling)
- Principle 5, «Communication (including training)» der det fremkommer at varslervern er viktig for at varslingsinstituttet skal fungere godt.

3.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Det oppstilles i FCPA ingen direkte krav til at selskaper skal implementere en varslingskanal eller annen varslingsordning.

Det fremkommer imidlertid av veilederens 10 prinsipper (prinsipp nr. 8) en uttalt og klar forventing om at selskapene har en etablert og velfungerende varslingsordning som ledd i et effektivt compliance-program.

[39] Mandatet punkt 3

Viktigheten av varsling som institutt etter amerikansk lovgivning fremkommer videre i FCPA-veilederens kapittel 8 «Whistleblower Provisions and Protections». Her angis hvordan varslere i tråd med the Dodd-Frank Act section 21F kan henvende seg til DOJ og SEC og motta økonomisk belønning for varsler som leder til reaksjoner.

Oppsummering rettstilstand

Utover bestemmelsene i den norske arbeidsmiljøloven, og de uttrykte forventningene i veilederne knyttet til UKBA og FCPA, foreligger det ikke klare føringer etter norsk, britisk eller amerikansk rett som presiserer eller veileder hvordan selskapene best skal sette opp en varslingsordning eller hvordan de skal håndtere og følge opp varslingssaker. Det medfører at det er virksomheten selv som, ut fra behov og situasjon, må vurdere hvorvidt og hvordan varslingsrutiner skal utformes og implementeres.

Det er etter norsk rett krav om å ha en god ordning (for ansatte), og en stadig økende forventing, både nasjonalt og internasjonalt, om å åpne varslingsordningen også for andre enn virksomhetens egne ansatte. I rapportens Del II om «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» omhandles prinsipper og praktiske forhold som etter PwCs vurdering tilsier en tilstrekkelig og hensiktsmessig ordning for mottak og håndtering av varsler på selskapsnivå.

4 Kravene til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon[40]

Utgangspunktet i norsk, britisk og amerikansk rett er at det er selskapets styre som er ansvarlig for å sikre en forsvarlig organisering, innretning og drift av virksomheten. I dette ligger at det er styret som har ansvar for å påse at virksomheten har tilstrekkelige tiltak mot korrupsjon og et tilfredsstillende etterlevelsessystem (compliance).

I dette kapittelet vil vi skissere hvilke lovkrav og føringer som gjelder etter henholdsvis norsk, britisk og amerikansk rett hva gjelder selskapenes forebyggende arbeid. Ingen av regelsettene har oppstilt noen klar grense for hvor mye forebygging som skal til eller hvilke konkrete rutiner som må implementeres, før foretaksstraff ikke vil bli ilagt. Det er således ikke uttalt hva som skal til før selskapenes forebyggende systemer kan sies å være forsvarlig og tilstrekkelig i et forebyggende perspektiv.

Det vises i denne forbindelse til rapportens Del II der PwC oppstiller et forslag til et helhetlig «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» til veiledning for de statlige selskapene. Programmet har til formål å vise de ulike elementene som må innarbeides i et fullverdig program og skissere hva PwC mener er tilstrekkelige tiltak mot korrupsjon og et tilfredsstillende etterlevelsessystem.

Avgrensning

I den videre behandlingen av styrenes roller og ansvar avgrenses det mot det ansvar styremedlemmer og ansatte i administrasjonen personlig kan få ved selv å være delaktig i korrupsjonshandlinger eller ved å unnlate å implementere tilstrekkelige antikorrupsjonssystemer. Det vil si at grensene for det personlige straffeansvaret ikke vil bli behandlet. Rapporten omfatter heller ikke noen vurdering av mulig sivilrettslige beføyelser i og utenfor kontraktsforhold.

4.1 Norsk rett

Norsk rett oppstiller ingen konkrete føringer på hva som skal til for at virksomheten kan sies å ha en «forsvarlig organisering».[41]

Noe rettledning til norske krav fremkommer av strl. § 28 bokstav c med forarbeider der det fremgår at manglende innsats på forebyggende tiltak vil være av betydning ved avgjørelsen av om foretaksstraff skal ilegges eller ikke. Her fremgår at det i vurderingen blant annet skal tas hensyn til «om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget lovbruddet».

Lovgiver har imidlertid ikke oppstilt noen klar grense for hvor mye forebygging som skal til eller hvilke konkrete rutiner som må implementeres, før foretaksstraff ikke lenger vil være «hensiktsmessig».

For nærmere å vurdere hva som skal til etter norsk rett, er man henvist til rettspraksis. PwC har gjort en gjennomgang av saker om foretaksstraff i Høyesterett de siste 30 år som basis for vurderingen av hva som anses å være relevante momenter i avgjørelsen av om foretaksstraff skal idømmes etter norsk rett, se vedlegg 1. Av denne gjennomgangen fremgår det at det grunnleggende utgangspunktet er å ha gode interne retningslinjer som er gjort kjent for alle i virksomheten. Det er også viktig at antikorrupsjonsprogrammet er forankret på

[40] Mandatets punkt 4, «Styrenes rolle og ansvar i arbeidet mot korrupsjon under norsk lovgivning, UK Bribery Act og US Foreign Corrupt Practices Act og kravene til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon»
[41] Aksjeloven § 6-12 nr. 1

toppnivå i bedriften, i praksis på styrenivå. I tillegg må det gjennomføres opplæring og foreligge kontroller på at regelverket overholdes. Det fremheves videre at innførte tiltak skal være basert på virksomhetens risiko for overtredelser. Det må også kunne vises til at eventuelle brudd på regelverket blir fulgt opp.

Videre har ØKOKRIM-sjefen i en liste på ni punkter oppgitt hva han mener er de sentrale tiltakene av betydning for bedrifters ansvar: [42]

1. Organisering, opplæring, oppfølging og kontroll tilpasset virksomhetens forretningsoperasjoner og korrupsjonsrisiko
2. Generelle instrukser og retningslinjer
3. Korrupsjon eksplisitt tatt opp i de etiske retningslinjene
4. Rutiner for håndtering av korrupsjonsspørsmål
5. Gode manualer er ikke tilstrekkelig. Etterlevelse er avgjørende.
6. Kartlegging og identifisering av særlige risikomomenter
7. Regelmessig oppfølging ved konkrete spørsmål om hvordan operasjoner som kan medføre risiko, faktisk blir utført
8. Innpode ledere om deres ansvar som ledere og forbilder, både når det gjelder å følge reglene og å varsle om avvik
9. Jevnlig innskjerping og oppfriskning av rutiner mv.

Listen er i god overensstemmelse med UKBA's tiltaksliste som er beskrevet under neste punkt.

4.2 UK Bribery Act (UKBA)

Etter UKBA artikkel 7 vil et selskap med en ansatt som begår en korrupt handling kunne bli strafferettslig ansvarlig dersom selskapet ikke kan bevise at det hadde på plass nødvendige prosedyrer og retningslinjer ("adequate procedures") for å forebygge korrupsjon:

«7 Failure of commercial organisations to prevent bribery

1. A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending—
   a. to obtain or retain business for C, or
   b. to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.
2. But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.
3. For the purposes of this section, A bribes another person if, and only if, A—
   a. is, or would be, guilty of an offence under section 1 or 6 (whether or not A has been prosecuted for such an offence), or
   b. would be guilty of such an offence if section 12(2)(c) and (4) were omitted.
4. See section 8 for the meaning of a person associated with C and see section 9 for a duty on the Secretary of State to publish guidance.
5. In this section—
6. "partnership" means—
   a. a partnership within the Partnership Act 1890, or
   b. a limited partnership registered under the Limited Partnerships Act 1907,

   or a firm or entity of a similar character formed under the law of a country or territory outside the United Kingdom,

   "relevant commercial organisation" means—
   a. a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere),

[42] Artikkel i Dagens Næringsliv 12. mars 2013 og «Rettssikker radikaler, Festskrift til Ståle Eskeland 70 år» side 230.

b. any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,
c. a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or
d. any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,

and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business.»

Etter denne bestemmelsen kan et selskap straffes for korrupsjon dersom en person tilknyttet selskapet aktivt bestikker en annen person for å oppnå forretningsmessige fordeler. Det skal dermed mer til etter britisk rett før foretaket må svare for tilknyttede personers overtredelser enn etter norsk rett. Etter sec. 7 er det et vilkår for foretaksansvar at bestikkelsen har som formål å gi foretaket en fordel og at dette er søkt oppnådd gjennom en aktiv bestikkelse. Etter norsk rett er fordelsvurderingen kun av betydning for skjønnsvurderingen av om foretaket bør straffes, jf. strl. § 28 bokstav d-e, og både passiv og aktiv bestikkelse er omfattet.

Kun selskaper som omfattes av begrepet «commercial organisations» kan straffeforfølges etter disse bestemmelsene i UKBA. Dette gjelder virksomheter som er registrert eller stiftet i Storbritannia, uavhengig av hvor det driver sin virksomhet, eller virksomheter eller kontraktører som driver hele eller deler av sin virksomhet i Storbritannia.

Foretaksansvaret bortfaller dersom selskapet kan påvise at det har implementert hensiktsmessige prosedyrer («adequate procedures») utformet for å forebygge korrupsjon begått av personer i tilknytning til virksomheten.

UKBA veilederen

UKBA oppstiller ingen føringer på hva som konkret skal til for at virksomheten kan sies å ha «adequate procedures». Veilederen angir imidlertid myndighetenes overordnede forventninger knyttet til hvilke elementer som må være på plass i et forebyggende system. Veilederen inneholder seks prinsipper og 11 case-studier som sammen er ment å gi virksomheter tilstrekkelig veiledning for hvordan de skal minimere risikoen for å komme i ansvar. Nedenfor følger en kortfattet oversikt over de nevnte seks prinsippene i veilederen (med PwCs bemerkninger):

(1) Risikotilpassede tiltak. Enkelte foretak driver virksomhet som medfører stor risiko for korrupsjon, mens andre virksomheter kan være lite utsatt. Risiko for korrupsjon vil også ofte avhenge av hvor foretaket utfører sin virksomhet (geografisk), hvilke bransjer de operer innenfor (bransjerisiko), hvilke virksomheter de samarbeider med (samarbeidsrisiko) og hvilke individer som styrer virksomheten (selskapsrisiko).

At tiltakene skal være risikotilpassede, innebærer at foretaket må foreta en vurdering av risikoen for korrupsjon i alle deler av virksomheten som drives. Et høyrisikoområde som nevnes i tilknytning til UKBA er forhandlinger med utenlandske offentlige tjenestepersoner gjennom bruk av agenter, og særlig må dette gjelde i forbindelse med forhandlinger med offentlige tjenestepersoner i land der korrupsjon er utbredt.

Når det gjelder tiltak for å forebygge korrupsjon, er det fremhevet at disse bør inngå i foretakets tiltak for forebygging av annen uønsket adferd, f.eks. i forbindelse med retningslinjer for forsvarlige innkjøpsprosedyrer. Antakelig bør de også inngå i en mer generell veiledning for «conduct and business», men viktigst er at de fremgår med tilstrekkelig klarhet og inngår i implementeringen for øvrig.

(2) Forankring av antikorrupsjonstiltak i toppledelsen. Ledelsen i et foretak er forpliktet til å bidra til en organisasjonskultur som forebygger korrupsjon. Veilederen nevner forankring på styrenivå eller på eiernivå som eksempel, og at ledere på disse nivåene har de beste forutsetninger for å skape en bedriftskultur der korrupsjon er uakseptabelt. Antikorrupsjonstiltak bør derfor antakelig være forankret på styrenivå i ethvert foretak, uavhengig av størrelse. Det antas at en formell stadfestelse av nulltoleranse for korrupsjon kan være effektiv, og at slik kommunikasjon bør skje både eksternt til foretakets samarbeidspartnere og internt til foretakets ansatte. Slik kommunikasjon bør gjentas og gis periodisk oppmerksomhet, samtidig som budskapet bør være tilgjengelig, f.eks. gjennom foretakets hjemmeside og intranett.

Foretaksledelsens engasjement i antikorrupsjonsarbeid vil variere alt etter virksomhetstype og -størrelse. I store virksomheter et det naturlig at styret gir den administrative ledelsen oppdraget med å utforme og implementere korrupsjonsforebyggende tiltak. Antikorrupsjonsarbeidet bør også inngå i rapporteringen fra administrativ ledelse til styret. I Willis Limited-avgjørelsen ble manglende styrerapportering trukket frem som et argument for straffansvar:

"The Willis Limited Board was involved from 2007 in the development of these new antibribery and corruption policies. However, the Board did not receive sufficient relevant management information regarding the performance of these new policies which would have allowed them to assess whether bribery and corruption risks were being mitigated effectively."

(3) Risikovurdering. Prinsippet innebærer at foretak må vurdere intern og ekstern eksponering mot risiko for korrupsjon, utført av personer tilknyttet foretaket. Risikovurderingen skal utføres jevnlig, og den skal kommuniseres og dokumenteres. For mange virksomhetstyper vil det være naturlig at dette prinsippet inngår i virksomhetens øvrige risikoprogram knyttet til målsetningen med virksomheten. For andre vil det være naturlig at risikovurderingen knyttet til korrupsjon er adskilt fra øvrige risikovurderinger. Relevante risikoprosedyrer gjør virksomheten i stand til å identifisere og prioritere utsatte områder.

Det er vanlig å kategorisere risiko i ulike risikoområder, gjerne ut fra geografisk risiko, bransjerisiko, samarbeidsrisiko, selskapsrisiko og transaksjonsrisiko (se omtalt under «Risikotilpassede tiltak»). Eksempelvis kan virksomhet i enkelte land medføre økt risiko for korrupsjon. Enkelte sektorer er i tillegg tradisjonelt sett mer utsatt for korrupsjon enn andre, og man ser at de større korrupsjonssakene ofte gjelder korrupsjon i tilknytning til tildeling av tillatelser, lisenser o.l. Enkelte transaksjoner kan etter sin art innebære høyere risiko. Dette gjelder særlig transaksjoner som ikke er basert på markedsprising, transaksjoner til selskaper i såkalte skatteparadis eller som ikke har et klart legitimt formål. Bruk av agenter/mellommenn i forhandlinger med utenlandske tjenestepersoner, ansees også for å innebære høy risiko.

(4) Due Diligence (DD). Foretakene skal, basert på en tilpasset og risikobasert tilnærming, gjennomføre DD av samarbeidspartnere som skal utføre tjenester for, eller på vegne, av foretaket. DD'en vil danne grunnlag for foretakets risikovurdering, samtidig som den vil redusere risiko for at det har forekommet korrupsjon da man har gjennomført avdekkende undersøkelser rettet mot korrupsjon. DD-prosedyrer kan være viktige tiltak mot korrupsjon ved inngåelse av kontrakter. Ved å sikre seg innvirkning på hvordan kontraktsmotparten utfører oppdraget, og innsyn og kontroll underveis i prosessen, vil foretaket kunne minimere risikoen for at oppdragstaker begår straffbare handlinger under oppdragsutførelsen. Veilederen nevner også viktigheten av å gjennomføre DD av agenter, spesielt der agenten er utpekt i tråd med lokal lovgivning eller lignende, eller ved at kontraktsmotparten selv har utpekt agenten som skal benyttes.

Behovet for DD varierer etter hvilken risiko foretaket står overfor. Som eksempel på risikosituasjoner kan nevnes oppkjøp og fusjoner og større samarbeidsprosjekter mellom foretak (f.eks. JV). Her inngås gjerne avtaler om innsyn og kontroll (DD) som middel til å redusere finansiell og regulatorisk risiko for involverte selskap. Ved oppkjøp og fusjoner vil det gjenværende foretaket etter fusjonen kunne måtte svare for overtredelser begått av det innfusjonerte/oppkjøpte selskapet.

(5) Kommunikasjon (inkludert opplæring). Virksomheten må sørge for at selskapets holdning og program knyttet til antikorrupsjon er formidlet og forstått i organisasjonen og hos samarbeidspartnere på en måte som er tilpasset virksomhetens risiko. Opplæring og kommunikasjon forbygger korrupsjon ved at det øker bevissthet og forståelse for korrupsjonsforebyggende prosedyrer og retningslinjer. Intern kommunikasjon bør formidle «tone from the top», fokusere på viktigheten av at antikorrupsjonstiltakene blir implementert i virksomheten og betydningen av at ansatte medvirker til slik implementering. Ekstern kommunikasjon til kontraktsmotparter og andre samarbeidspartnere gjennom eksempelvis etisk regelverk ("Code of Conduct"), er også en faktor som kan forebygge at det begås korrupsjon på foretakets vegne.

Også opplæringsprogrammet skal være tilpasset den korrupsjonsrisikoen foretaket står overfor, og generell opplæring kan innføres som obligatorisk for nyansatte og representanter. I tillegg bør det innføres tilpasset opplæring for personer som innehar ansvar for særlig utsatte områder som innkjøp, kontraktsinngåelser,

distribusjon og markedsføring, eller som arbeider i risikoutsatte land. Opplæring skal foregå regelmessig og det bør overvåkes og evalueres med jevne mellomrom at opplæringen er tilstrekkelig risikotilpasset.

(6) Overvåkning og evaluering (av foretakets antikorrupsjonstiltak). Det foreligger en forventning om at foretakene overvåker og evaluerer sine antikorrupsjonsprosedyrer. Effektive antikorrupsjonstiltak i en virksomhet vil som oftest ikke være statiske, men utvikle seg i takt med risikobildet. Det avgjørende er at foretaket fører tilsyn med de samlede tiltak og at disse til enhver tid er i takt med utviklingen av virksomheten slik at de er tilpasset det risikobildet foretaket faktisk står overfor.

Under det første prinsippet om risikotilpassede tiltak i UKBA er det igjen oppstilt en 14-punkts liste med eksempler på tiltak som kan være relevante, avhengig av risikoen i den enkelte virksomheten. I listen inngår de fem øvrige prinsippene:

1. Involvering av organisasjonens toppledelse (prinsipp 2)
2. Prosedyrer for risikobedømmelse (prinsipp 3)
3. Kontroll av personer og virksomheter som er tilknyttet foretaket, både eksisterende og mulige framtidige (prinsipp 4)
4. Regler for gaver, bevertning, promoteringskostnader, veldedige- og politiske donasjoner; eller krav om «facilitation payments»
5. Regler for ansettelser og engasjement inkludert rekruttering, disiplinære reaksjoner og belønninger
6. God oppfølging av forretningsforbindelser inkludert tilknyttede personer samt kontraktspartnere og kontrakter
7. Finansiell og forretningsmessig kontroll slik som relevante bokførings-, attestasjons- og revisjonsprosedyrer
8. Gjennomsiktige transaksjoner og åpen informasjon
9. Klarhet i ledelse og delegering for å unngå interessekonflikter
10. Håndhevelse og sanksjonering av brudd på foretakets antikorrupsjonspolicy
11. Rapporteringsrutiner for korrupsjon inkludert håndtering av «whistleblowing»
12. Detaljert plan for hvordan foretaket vil implementere antikorrupsjonstiltakene, f.eks. hvordan det skal implementeres i ulike deler av virksomheten
13. Opplæring, kontroll og håndhevelse (prinsipp 5)
14. Overvåking, gjennomgang og evaluering av tiltak (prinsipp 6)

Hva som helt konkret forventes å ligge av forebyggende aktiviteter i de ovennevnte prinsipper, er i noe grad eksemplifisert. Etter vår vurdering er dette dog ikke slik at selskapene på en uttømmende måte får konkrete føringer på hva som anses tilstrekkelig og hensiktsmessig for at selskapene kan anses å ha implementert «adequate procedures».

Det vises til rapportens Del II der PwC oppstiller et helhetlig forslag til hva vi mener er «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram», og som etter vår mening vil kunne tilfredsstille «adequate procedures» etter UKBA.

4.3 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

FCPA oppstiller heller ingen konkrete føringer på hva som skal til for at virksomheten kan sies å ha en «forsvarlig organisering».

I likhet med UKBA er det også under FCPA utarbeidet en veileder som angir myndighetenes overordnede forventninger knyttet til hvilke elementer som må være på plass i et forebyggende system. Det fremgår av veilederen at den ikke er bindende. Samtidig fremgår det at DOJ og SEC legger til grunn at selskaper av eget tiltak rapporterer om hendelser til myndighetene, samarbeider og har implementert et tilstrekkelig antikorrupsjonsprogram. Disse elementene vil kunne få innvirkning på DOJ/SEC sine beslutninger om, og eventuelt hvilke, reaksjoner, som skal ilegges.

FCPA-veilederen oppstiller 10 hovedelementer som skal hjelpe virksomhetene i deres vurdering av ulike relevante og risikobaserte komponenter i et effektivt antikorrupsjonsprogram.[43] Amerikanske myndigheter fremhever også at det ikke finnes noe standard antikorrupsjonsprogram som dekker alle typer virksomheter, og at programmene må tilpasses den enkelte virksomhets behov, risiko og utfordringer. Dette medfører at vurderingene i tilknytning til om et selskap har et tilstrekkelig tilpasset antikorrupsjonsprogram, vil være konkret og basert på en totalvurdering (skjønn).

FCPA-veilederens 10 hovedelementer er følgende:

(1) Ledelsens engasjement og forpliktelser og tydelig uttalte retningslinjer mot korrupsjon. Innenfor en virksomhet begynner god etterlevelse med styret og ledende ansatte. Videre er det vesentlig at «tonen fra toppen» er adoptert og implementert av mellomledere og ansatte nedover i systemet slik at holdninger og krav fra ledelsen gjenspeiles i hele organisasjonen. I korte trekk vurderer DOJ og SEC om ledelsen klart har formulert selskapets etiske standarder, utvetydig har kommunisert disse ut i organisasjonen og om de blir etterlevd.

(2) Implementering av retningslinjer og prosedyrer. Det fremheves at retningslinjer og prosedyrer skal være tydelige og konsise og at de er tilgjengelig for alle ansatte, eksempelvis at de er tilgjengelig på lokalt språk slik at ansatte i utenlandske datterselskaper kan forstå og gjøre seg kjent med disse. DOJ og SEC legger også vekt på om antikorrupsjonsprogrammet periodisk blir oppdatert og kvalitetssikret. Likeledes at retningslinjer og prosedyrer er tilpasset risikoen i foretaket, at det defineres klare roller og ansvar for etterlevelse, kontroller og revisjonspraksis og at det foreligger dokumentasjon av prosedyrer og sanksjoner ved brudd på retningslinjene.

(3) Oversikt, uavhengighet og ressursallokering. DOJ og SEC legger også vekt på om virksomheten har lagt ansvaret for tilsyn og implementering av antikorrupsjonsprogrammet til én eller flere spesifikke ansatte i øvre ledersjikt. Det forutsettes at disse er gitt tilstrekkelige fullmakter og ressurser slik at virksomhetens antikorrupsjonsprogram blir effektivt implementert i organisasjonen. Dette innebærer også at ansatte i slike funksjoner må være uavhengige av linjen internt i virksomheten og ha en direkte tilgang til styret, revisjonsutvalget el.

(4) Risikovurdering. Antikorrupsjonsprogrammet skal være basert på en risikobasert tilnærming. Det vil si at virksomheten skal bruke mest tid og ressurser der risikoen er størst. Dersom en virksomhet har viet uforholdsmessig mye ressurser på små utbetalinger knyttet til eksempelvis representasjon og gaver og ikke fokusert på tvilsomme og større utbetalinger til eksterne konsulenter, vil dette kunne indikere at antikorrupsjonsprogrammet ikke er effektivt. Likeledes dersom man gjennomfører identiske bakgrunnsundersøkelser på alle selskapets agenter, uten at disse undersøkelsene tilpasses agentens risikoprofil.

(5) Opplæring og løpende rådgivning. Retningslinjer og prosedyrer må effektivt kommuniseres ut i hele organisasjonen, blant annet ved jevnlig kursing og sertifisering for styre, ledelse og relevante ansatte. DOJ og SEC forventer at opplæringen tilpasses ulike stillingskategorier og ulike temaer som vurderes som særskilte risikoer for den enkelte virksomhet. I tillegg forventes det at virksomhetene gjennomfører opplæring av agenter og andre samarbeidspartnere.

(6) Insentiver og disiplinære tiltak. Incentivordninger og et disiplinærreglement som støtter antikorrupsjonsprogrammet, har avgjørende betydning for antikorrupsjonsprogrammets effekt. Det er sentralt at alle ansatte, styremedlemmer inkludert, er en del av dette. DOJ og SEC forventer at virksomheten har et klart og tydelig disiplinærreglement, at reglementet har blitt implementert på en hensiktsmessig måte og at reglementet står i rimelig samsvar med overtredelsene som begås. Videre mener DOJ og SEC at belønningssystemer/incentivordninger kan ha innvirkning på de ansattes etiske adferd. Et eksempel på et virkemiddel for økt etisk atferd, er et integrert vurderingskriterium av etterlevelsen av virksomhetens rutiner i forbindelse med forfremmelser og bonusfastsettelser.

(7) Tredjeparts undersøkelser (Due Diligence) og betalinger. En risikobasert tilnærming i forbindelse med bakgrunnsundersøkelser av forretningsforbindelser (agenter, konsulenter, distributører mv.) er sentralt i DOJ

[43] «FCPA-veilederen» - «Hallmarks of Effective Compliance Programs» side 57 flg.

og SECs vurdering av antikorrupsjonsprogrammet. Hva som utgjør forventet nivå på bakgrunnsundersøkelsene, vil variere med virksomhetens natur, størrelse, land og type transaksjon, men alle virksomheter skal kjenne forretningsforbindelsens kvalifikasjoner, omdømme og eventuelle relasjoner til myndighetspersoner. Virksomheten skal ha en klar forståelse av forretningsrasjonalet bak samarbeidet, herunder at kontrakten spesifikt beskriver tjenesten som skal leveres og at prisen står i forhold til denne. Virksomheten bør også ha systemer som sikrer en form for kontinuerlig overvåking av forretningsforbindelsene. Om, og i hvilken grad, forretningsforbindelsene har blitt informert om virksomhetens antikorrupsjonsprogram og forpliktet seg til etisk og lovlig forretningsadferd, blir også hensyntatt.

(8) Varslingskanal og interne granskinger. Ansatte og tredjeparter skal ha muligheten til å varsle om mulige brudd på virksomhetens retningslinjer. Varslingen skal håndteres konfidensielt, for eksempel gjennom at det legges til rette for anonym varsling, og uten frykt for gjengjeldelse. Virksomheten må ha på plass et system som sikrer forsvarlig håndtering av varselet. Responsen skal dokumenteres og det må avsettes ressurser til en eventuell gransking.

(9) Kontinuerlig forbedring: Løpende kontroll og gjennomgang. Antikorrupsjonsprogrammet skal kontinuerlig utvikles. Virksomheten endrer seg, i likhet med kunder, lover, regler og bransjestandarder. DOJ og SEC mener det er uunngåelig at et antikorrupsjonsprogram, som ikke bare eksisterer på papiret, vil avdekke svakheter og derfor kreve endringer og forbedringer. Svakheter kan for eksempel avdekkes gjennom ansatteundersøkelser eller målrettede revisjoner som tester om kontroller etterleves i praksis.

(10) Fusjon og oppkjøp: Due Diligence før transaksjon og integrasjon av virksomhet etter fusjon/oppkjøp. Det fremheves at en unnlatelse av å gjennomføre en FCPA-DD i forbindelse med oppkjøp, utsetter virksomheten for både forretningsmessig og juridisk risiko. En effektiv FCPA-DD vil bidra til bedre verdsettelse av oppkjøpsobjektet og demonstrere et sterkt fokus på etterlevelse overfor DOJ og SEC. Hvis det ikke er mulig med en tilfredsstillende FCPA-DD før oppkjøpet, bør dette gjenspeiles i gjennomganger etter overtakelse. Virksomheten må inkludere det oppkjøpte selskapet i sitt antikorrupsjonsprogram og i sin internkontroll, for eksempel gjennom opplæringsprogrammer, reevaluering av forretningsforbindelser og revisjoner av nye forretningsenheter.

Fraud Section i DOJ publiserte i april 2016 «The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance».[44] I veiledningen redegjøres det for strategien for å styrke håndhevelse av FCPA-overtredelser. Det fremgår blant annet at selskaper som fullt ut samarbeider med Fraud Section vil kunne oppnå fordeler i form av reduserte bøter og mindre inngripende tiltak og sanksjoner fra myndighetene. I dokumentet beskrives også tre tiltak som skal styrke og forbedre håndhevelse av FCPA-overtredelser, herunder økning av ressurser, styrking og koordinering av samarbeidet med andre lands politi og påtaleenheter og innføring av et pilotprogram for selvrapportering for selskaper hvor det har skjedd en overtredelse av FCPA.

4.4 Oppsummering krav til selskapenes arbeid for effektivt å forebygge korrupsjon

Som det fremgår av sammenstillingen ovenfor foreligger det i dag, både i Norge og internasjonalt, en klar og uttalt forventning om at selskaper utformer og implementerer et antikorrupsjonsprogram. Programmet skal basere seg på en oversikt over egen risikoprofil og det er styret i selskapet som har dette ansvaret. Unnlatelse av å gjøre dette vil kunne medføre straff for foretak, og ikke bare enkeltpersoner, dersom en korrupsjonssak avdekkes.

Ved å sammenholde all veiledning som er gitt etter norsk, britisk og amerikansk rett vil selskapene få god veiledning på hvilke hovedelementer som forventes å være utformet og implementert i et godt antikorrupsjonsprogram. Konkrete og praktiske råd for operasjonalisering og design, er imidlertid overlatt til selskapene selv å definere – i tråd med egen risikoprofil.

[44] https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download

4.5 Sammenstilling av forebyggende hovedelementer etter norsk ni-punktliste, UK Bribery Act og FCPA

FCPA oppstiller 10 ulike prinsipper, UKBA seks prinsipper, mens ØKOKRIM-sjefen på sin side har kommunisert en ni-punktliste.

PwC har tabellen nedenfor oppstilt de forskjellige prinsippene mot hverandre, inndelt i fem hovedkategorier:[45]

	Norsk lovgivning/ni-punktslisten	UK Bribery Act	FCPA
1	(1) Organisering, opplæring, oppfølging og kontroll tilpasset virksomhetens forretningsoperasjoner og korrupsjonsrisiko (2) Generelle instrukser og retningslinjer (3) Korrupsjon eksplisitt tatt opp i de etiske retningslinjene (4) Rutiner for håndtering av korrupsjonsspørsmål (8) Innpode ledere om deres ansvar som ledere og forbilder, både når det gjelder å følge reglene og å varsle om avvik	(1) Risikotilpassede tiltak (2) Forankring av antikorrupsjons-tiltak i toppledelsen	(1) Ledelsens engasjement og forpliktelser og tydelig uttalte retningslinjer mot korrupsjon (2) Implementering av retningslinjer og prosedyrer (3) Oversikt, uavhengighet og ressursallokering
2	(6) Kartlegging og identifisering av særlige risikomomenter	(3) Risikovurdering	(4) Risikovurdering
3		(4) Due Diligence	(6) Insentiver og disiplinære tiltak (7) Tredjeparts undersøkelser (DD) og betalinger (8) Varslingskanal og interne granskinger (10) Fusjon og oppkjøp: DD før transaksjon og integrasjon av virksomhet etter fusjon/ oppkjøp
4	(5) Gode manualer er ikke tilstrekkelig. Etterlevelse er avgjørende.	(5) Kommunikasjon (inkludert opplæring)	(5) Opplæring og løpende rådgivning
5	(7) Regelmessig oppfølging ved konkrete spørsmål om hvordan operasjoner som kan medføre risiko, faktisk blir utført (9) Jevnlig innskjerping og oppfriskning av rutiner mv.	(6) Overvåkning og evaluering (av foretakets antikorrupsjonstiltak)	(9) Kontinuerlig forbedring: Løpende kontroll og gjennomgang

[45] Nummerering i tabell over tilsvarer de fem elementene i COSOs rammeverk for internkontroll: 1) Internt kontrollmiljø, 2) Risikovurdering, 3) Kontrollaktiviteter, 4) Informasjon og kommunikasjon og 5) Oppfølging

Del II

Beste praksis Antikorrupsjonsprogram

5 PwCs «Beste praksis antikorrupsjonsprogram»

Nærings- og fiskeridepartementet har bedt PwC om å gi eksempler på beste praksis når det gjelder utvikling av antikorrupsjonsprogrammer (interne retningslinjer/systemer, implementering/ opplæring, "compliance" (etterlevelse), kontroll med betalinger, mulighet for revisjoner, varslingsrutiner, risikoreduserende tiltak, DD overfor selskapenes forretningspartnere mv) som kan være nyttige for staten som eier å kjenne til som del av oppfølgingen av selskapene.

Selskapene som Nærings- og fiskeridepartementet har eierskap i, er av svært variert karakter. Hva som er å anse som beste praksis på et antikorrupsjonsprogram, er derfor ikke entydig. Det beror på det enkelte selskaps risikoprofil. Ulike selskaper har behov for forskjellige typer systemer og kontroller, tilpasset den verden det enkelte selskap faktisk opererer i. Dette innebærer at hva som er å anse som et godt antikorrupsjonsprogram vil variere ut fra type virksomhet, hvor i verden virksomheten utføres, antall enheter i konsernet, antall ansatte, hvilke typer transaksjoner som utføres, grad av samarbeid med tredjeparter, bruk av agenter og mye mer. Dette er momenter som vil definere det enkelte selskapets risikoprofil og således være grunnleggende i innretningen og skaleringen av et kontrollprogram. For et lite selskap som kun opererer i Norge vil det være behov for langt færre systemer og kontroller enn det vil være for et stort konsern med avdelinger i utlandet og som i ustrakt grad bruker agenter i høyrisikoland. Men, også et lite selskap med få ansatte som bruker agenter i høyrisikoland, må ha samme systemer som de store for å håndtere denne konkrete risikoen. Selskapets risikoprofil er således avgjørende for hva som er å anse som nødvendig, og det er derfor ikke mulig å si noe entydig om hva som er beste praksis på antikorrupsjonsprogram for små og store selskap på generell basis.

Samtidig, og som det fremgår av redegjørelsen i Del I, foreligger det en klar forventning fra myndighetshold[46] om at selskaper implementerer et antikorrupsjonsrammeverk. Hva som er «adekvat» og «tilstrekkelig» for et slikt program, må imidlertid selskapene selv definere og operasjonalisere. På denne bakgrunn har PwC utviklet et såkalt «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram». Programmet er basert på en sammenstilling av lovkrav etter norsk, britisk og amerikansk rett, rettspraksis, juridisk teori og vår erfaring og kompetanse med tilsvarende problemstillinger for norske og internasjonale selskaper, statlige og private.

PwCs «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» skisserer et helhetlig program for hva vi mener et selskap må ha på plass for ikke å bli rammet av foretaksansvar, dersom en korrupsjonssak avdekkes. «Beste praksis» fungerer således som en konkretisering og utdyping av det som følger av gjeldende rett, målt opp mot det PwC mener er terskelen for det potensielle straffeansvaret. Formålet med programmet er å definere og veilede på hvilke elementer som er grunnleggende og sentrale for selskapene å vurdere, utforme, implementere og etterleve i sin virksomhet.

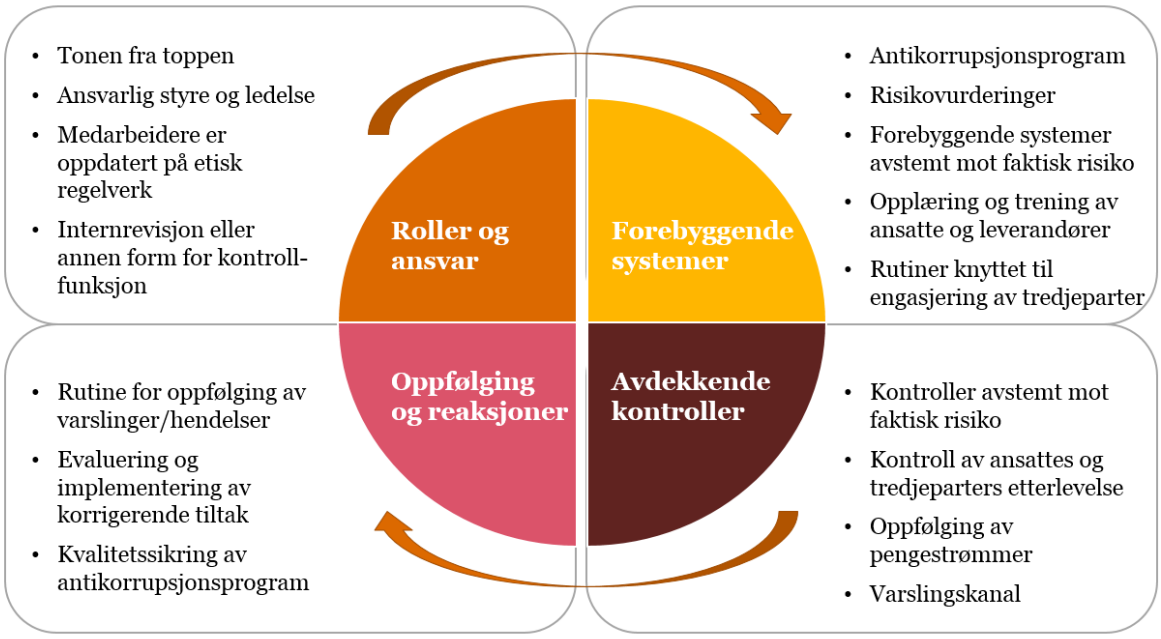
Samtidig må selskapene fortsatt gjøre sine egne selvstendige vurderinger av de ulike komponentene hva gjelder selskapets behov, risiko og utfordringer. I dette ligger at selv om PwC skisserer alle elementer som må vurderes i et helhetlig antikorrupsjonsprogram, vil fortsatt virksomhetens størrelse, risikoeksponering, og i noen grad også risikovillighet, ha betydning for hvilke elementer som er relevante og hvor omfattende et slikt program bør være.

Merk: Det er ikke mulig å totalt eliminere risikoen for korrupsjon, og det finnes ikke noe antikorrupsjonsprogram som kan forebygge eller avdekke all korrupsjon. Men, ved å implementere et helthetlig og godt antikorrupsjonsprogram har man etter vår vurdering dekket kravene etter norsk,

[46] Eksempelvis fra DOJ og SEC i USA, samt MoJ i Storbritannia

britisk og amerikansk rett på en tilstrekkelig måte. Dette forutsetter at viljen til etterlevelse er gjennomgående i virksomhetens daglige drift.

«Beste praksis Antikorrupsjonsprogram»



Figuren over visualiserer PwCs «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram». Som det fremgår, er programmet inndelt i fire like hoveddeler:

1. Roller og ansvar
2. Forebyggende systemer
3. Avdekkende kontroller
4. Oppfølging og reaksjoner

Arbeidet med antikorrupsjon er en kontinuerlig prosess, noe som gjenspeiles i at de fire hoveddelene er like sentrale i en helhet, med gjensidig avhengighet til, og av, hverandre. Basert på faktiske hendelser eller identifiserte behov, skal selskapene etablere, dokumentere, implementere, vedlikeholde, kontinuerlig evaluere og, der det er nødvendig, forbedre antikorrupsjonsprogrammet og de tilhørende prosessene.

Antikorrupsjonsprogrammet er tenkt å fungere som et helhetlig program og et aktivt arbeidsverktøy for selskapene. Det er utformet med det formål å identifisere og evaluere risikoene for korrupsjon, i tillegg til å forebygge og avdekke korrupsjon og sette korrupsjon på dagsordenen. Det er viktig at hvert selskap fastsetter programmets anvendelsesområde og yttergrense for å kunne etablere dets utforming og implementering.

Grunnleggende elementer for alle selskaper

Siden implementeringen av et «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» må skaleres etter størrelse og risiko, vil det som hovedregel være forskjeller på hva som er nødvendig å implementere i et stort contra et lite selskap. Enkelte elementer mener vi imidlertid er grunnleggende for alle selskaper, uansett størrelse og risiko:

- Det gjelder for det første risikovurderinger og at de forebyggende systemene og avdekkende kontrollene innrettes med utgangspunkt i den faktisk identifiserte risikoen

- Det må også foreligge rutiner på risikovurdering av nye forretningspartnere[47]
- Videre må alle selskaper sikre at det foreligger et godt etisk rammeverk som klargjør formål og prinsipper og at de ansatte får tilstrekkelig opplæring/trening i tematikken
- Kontrollfunksjoner som kan overvåke og vurdere faktisk etterlevelse på etableres
- Det samme gjelder rutiner for innlemmelse av tredjeparter og oppfølging av disse, basert på risikoprofil
- I tillegg må alle selskaper ha en god varslingsordning og gode rutiner for håndtering og oppfølging av varsler

Merk: Den faktiske implementeringen og viljen til etterlevelse er grunnleggende for effekten av slike programmer. Formelle dokumenter og systemer er ikke tilstrekkelig. Dette gjelder alle selskaper, uavhengig av størrelse og risikoprofil. Tonen fra toppen er sentral og toneangivende, for uten en ledelse som leder an i arbeidet mot korrupsjon, vil implementeringen av formelle programmer ikke gi ønsket effekt. Det er også viktig at arbeidet på antikorrupsjonsområdet blir en integrert del av virksomhetens daglige drift og ikke håndteres som et system utenfor de operasjonelle arbeidsstrømmene. Videre må antikorrupsjonsprogrammet integreres i den øvrige risikostyringen, slik at eksempelvis dokumentutforming, organisering mv. tilpasses den øvrige internkontrollen på en god måte.[48]

Kravene tilknyttet hvert av de fire hovedområdene behandles i punkt 5.1 til 5.4 nedenfor.

5.1 Roller og ansvar

Ethvert selskap, uansett størrelse og risikoeksponering, må sikre at roller og ansvar for forebygging og avdekking av misligheter og korrupsjon er definert og fordelt ut fra selskapets konkrete situasjon. Håndtering bør inndeles i et første-, andre- og tredjelinjeforsvar;

1. Linjeledelsen har primæransvaret for å identifisere, kontrollere og rapportere mislighetsrisikoer
2. Andrelinjeforsvaret ligger til Compliance eller CFO/konsernstabene som skal støtte og fasilitere avdelingsledelsen ved blant annet å stille til disposisjon verktøy, kompetanse og støtte, samt føre etterkontroll, slik at de kan nå sine mål gjennom formelle og uformelle ledelsesprosesser
3. Tredjelinjeforsvaret, en uavhengig kontrollfunksjon, skal gjennom sine revisjoner og kontroller gi styret en uavhengig og løpende vurdering av robustheten i antikorrupsjonsprogrammet (utforming, implementering og etterlevelse, samt organisering).

I mindre virksomheter med få ansatte vil enkelte personer kunne måtte dekke flere funksjoner, og man har gjerne verken compliance-funksjon eller internrevisjon. Styret vil da måtte påregne å være mer aktive i sitt tilsyn og arbeid med implementering av antikorrupsjonstiltakene. Styret vil sjelden utføre kontroller selv, men må sørge for tilsyn med utforming, etterlevelse og organisering på annen måte. En stor virksomhet med omfattende aktivitet i høyrisikoland og i en bransje med stor grad av myndighetskontakt, vil vanligvis ha egne compliance-personer/enheter i andrelinjeforsvaret som står for design og/eller implementering.

[47] Se omtale under 5.25 «Rutiner knyttet til engasjering av tredjeparter»

[48] Det kan også nevnes at det kommer en ISO-standard også på antikorrupsjonsområdet, ISO 37001. Et utkast har vært på høring våren 2016 og standarden forventes lansert i løpet av 2016. Å sammenholde god praksis for antikorrupsjon med utkast til ISO-standard, faller imidlertid utenfor mandatet.

5.1.1 Tonen fra toppen

Styret og administrativ ledelse uttaler og etterlever organisasjonens «tone fra toppen». De uttrykker en klar forventning til at linjeledere tar eierskap til sitt ansvar for forebygging og avdekking av misligheter og korrupsjon.

Styret, toppledelsen og alle ansatte er ansvarlig for å forstå, etterleve og anvende antikorrupsjons-programmet i sine roller. I større virksomheter bekrefter jevnlig ansatte, toppledelsen og styret deres etterlevelse av antikorrupsjonsprogrammet, typisk årlig. Dette kan for eksempel gjøres ved sign-off på et skjema eller elektronisk som ledd i e-læring.

Ledelsen synliggjør viktigheten av antikorrupsjonsprogrammet ved å kommunisere tydelig internt og eksternt i ord og i handling og leder an i arbeidet med å skape en antikorrupsjonskultur i virksomheten. Konkrete eksempler på dette er ledelsens uttalte nulltoleranse for korrupsjon, praktisering av en åpenhetskultur og det å gi tydelig uttrykk for at det er greit å miste et stort salg dersom salget ellers bare kunne oppnås ved brudd på de etiske retningslinjene.

5.1.2 Ansvarlig styre og ledelse

Styret har det overordnede ansvaret for implementeringen og etterlevelsen av antikorrupsjons-programmet. Korrupsjonsrisiko og antikorrupsjonstiltak er på styrets agenda. Styret påvirker og følger opp at administrativ ledelse implementerer antikorrupsjonsprogrammet i virksomheten.

Ledelsen demonstrerer lederskap og involvering i virksomhetens antikorrupsjonsprogram gjennom å sørge for at antikorrupsjonsprogrammet blir en integrert del av virksomheten. Forebygging og avdekking av korrupsjon er en pålagt, integrert og naturlig del av alle forretningsprosesser. Ledelsen sørger for at ansvaret og fullmaktene for relevante roller blir fastsatt og kommunisert til alle nivåer av virksomheten, og for at antikorrupsjonsprogrammet og dets effekt er dokumentert.

Ansvaret for etterlevelse ligger i linjen. Det er der det gode arbeidet skjer i det daglige. De må se hvilket ansvar de har for å forebygge, avdekke og håndtere korrupsjonsrisiko. Dersom hendelser oppstår, skal de eskaleres i samsvar med interne rutiner.

Virksomheten fastsetter og allokerer de nødvendige ressursene for etableringen, implementeringen, oppfølgingen og den kontinuerlige forbedringen av antikorrupsjonsprogrammet.

Dersom selskapet er av en slik størrelse og risikoprofil at en egen antikorrupsjon eller compliance-funksjon anses nødvendig, sikrer toppledelsen at funksjonen har tilstrekkelige ressurser og riktig kompetanse, posisjon og uavhengighet. Funksjonen kan typisk være tildelt følgende fullmakter og ansvarsområder:

- Utformingen og implementeringen av antikorrupsjonsprogrammet
- Opplæring og veiledning til ansatte om antikorrupsjonsprogrammet
- Sikre at antikorrupsjonsprogrammet er i overensstemmelse med gjeldende regelverk
- Rapportering av antikorrupsjonsprogrammets effektivitet til styret og toppledelsen

Antikorrupsjons- og compliance-funksjonen bør rapportere til styret minst årlig, i tillegg til en mulighet til å rapportere direkte til styret og toppledelsen i tilfeller der det reises en problemstilling knyttet til korrupsjon eller antikorrupsjonsprogrammet.

Selskaper uten dedikert compliance-funksjon må sørge for at ansatte med nødvendig kompetanse tildeles ansvar for antikorrupsjonsarbeidet og gis ressurser til å iverksette nødvendige antikorrupsjonstiltak. I praksis har vi sett eksempler på at HR, så vel som CFO, har blitt tillagt slike oppgaver.

Mellomledere på alle nivåer er ansvarlig for at antikorrupsjonsprogrammet blir implementert og etterlevd i deres respektive avdelinger og/eller funksjoner. Mellomlederne tar eierskap til implementering innenfor sitt ansvarsområde.

5.1.3 Medarbeidere er oppdatert på etisk regelverk

Selskapet har etablert rutiner for å sikre at virksomhetens ansatte på alle nivåer, herunder også styret, periodisk oppdaterer seg på virksomhetens etiske regelverk, gjeldende lover og regler samt forplikter seg til å etterleve antikorrupsjonsprogrammet.

Adgangen for de ansatte til å ha bierverv er regulert i de etiske retningslinjene. Formålet er å avklare potensielle risikoområder knyttet til dobbeltroller, interesse- og/eller lojalitetskonflikter knyttet til arbeidstakerne.

5.1.4 Internrevisjon eller annen form for kontrollfunksjon

Selskaper med en viss størrelse har etablert en internrevisjon eller en tilsvarende form for kontrollfunksjon som er uavhengig fra linjeledelsen. Kontrollfunksjonen følger en risikobasert revisjonsplan og gjennomfører interne revisjoner regelmessig om hvorvidt antikorrupsjons-programmet er effektivt utformet, implementert og vedlikeholdt og om organisering av roller og ansvar er hensiktsmessig.

I mindre selskaper, der en slik uavhengig kontrollfunksjon ikke er naturlig og/eller hensiktsmessig, må styret påregne å være mer aktiv i sitt tilsyn for å sikre at det gjennomføres kontroll av antikorrupsjonsprogrammets effekt og etterlevelse.

Revisjonene inneholder prosesser, kontroller og systemer som vurderer korrupsjon eller mistenkt korrupsjon, samt manglende etterlevelse av kravene i antikorrupsjonsprogrammet. Resultatene av revisjonene blir rapportert til relevant ledelse, toppledelse og antikorrupsjon- og compliance-funksjonen. Rapportering skjer jevnlig etter fastsatt rutine, i tillegg til ad-hoc rapportering ved konkrete hendelser.

I selskaper der risikoprofil og størrelse tilsier det, har styret et revisjonsutvalg[49]. Revisjonsutvalget overvåker systemene for internkontroll, risikostyring og internrevisjon (der slik funksjon er etablert) og initierer regelmessige diskusjoner om misligheter og korrupsjon med styret og ledelsen samt internrevisjonen og compliance-funksjonen.

5.2 Forebyggende systemer

Ethvert selskap, uansett størrelse og risikoeksponering, må bygge systemer for å forebygge misligheter og korrupsjon. Grunnlaget for dette skapes ved å danne en tydelig etisk plattform for selskapet. Her står utarbeidelse av etiske retningslinjer helt sentralt. Den etiske plattformen må innarbeides som en bærebjelke for all adferd fra styret og nedover i organisasjonen. For å sikre etterlevelse, får alle ansatte regelmessig opplæring og trening i relevante etiske dilemmaer. Et antikorrupsjonsprogram ligger som en integrert del av det etiske rammeverket, skalert etter selskapets størrelse og risikoprofil.

Videre må alle selskap identifisere og vurdere mislighets- og korrupsjonsrisiko jevnlig. På bakgrunn av de identifiserte risikoene, defineres og innarbeides forebyggende aktiviteter og systemer. For eksempel vil selskap som benytter agenter i utlandet ha behov for andre forebyggende aktiviteter og systemer enn selskap som ikke benytter slike.

5.2.1 Antikorrupsjonsprogram

Selskapet har utformet et antikorrupsjonsprogram tilpasset virksomhetens størrelse, risiko og drift. Rammeverket klargjør formål, prinsipper og standarder for profesjonell opptreden og gir tilstrekkelig veiledning til hvordan virksomhetens medarbeidere skal forholde seg i aktuelle situasjoner. For å holde oversikt, er det utarbeidet et overordnet dokument som beskriver og gir oversikt over alle

[49] Lovkrav for allmennaksjeselskaper etter allmennaksjeloven §§ 61-41 flg.

dokumenter, prosesser og kontroller som er utformet, etablert og implementert for å forebygge og avdekke korrupsjon.

Det er utarbeidet etiske retningslinjer som en integrert del av Antikorrupsjonsprogrammet, eventuelt tilknyttet en egen antikorrupsjonspolicy. Retningslinjene, i alle fall på overordnet nivå, er fastsatt av styret, er tydelige på nulltoleranse for korrupsjon og definerer hva som menes med korrupsjon. Alle de lovkrav som selskapet kan rammes av, er omhandlet. De etiske retningslinjene kommuniserer klart konsekvensene av brudd.

Retningslinjene omhandler også relevante problemstillinger, som forventninger knyttet til gaver, politiske bidrag osv. I praksis løser selskapene dette noe forskjellig. Mens noen selskaper har nulltoleranse for gaver, representasjon og utgiftsdekning, har andre beløpsgrenser, mens andre igjen ikke setter spesifikke grenser i det hele tatt. Flere har beskrivelser av hva som er akseptabelt eller uakseptabelt, mens andre har nulltoleranse for spesifikke situasjoner og forretningssammenhenger (f.eks. julegaver, julearrangementer og nært forestående kontraktstildelinger). Noen fastsetter verdibegrensninger med omhu, da et beløp eller en gjenstand kan ha ulik verdi for mottakere i ulike land. Det viktigste er at selskapets grenser for hva som er akseptabelt blir tydelige kommunisert.

I rutinen uttrykkes det tydelig at vesentlighetsgrensen for rapportering til styret ligger lavere i korrupsjonssaker/ grove mislighetssaker enn generelt grunnet de særlige juridiske, finansielle, omdømmemessige og operasjonelle skadene slike saker kan medføre for selskapet.

Operative retningslinjer inneholder gjenkjennbare og praktiske problemstillinger, tilpasset selskapet. Det vil for eksempel si at selskaper med virksomhet i utlandet bør sikre at retningslinjene inneholder definisjon av og prinsipper for tilretteleggingsbetalinger. Retningslinjer og rammeverk er tilgjengelig for alle ansatte og kommuniseres på alle relevante språk i virksomheten.

Det foreligger en rutine på at de etiske retningslinjene og antikorrupsjonsprogrammet regelmessig gjennomgås, med godkjenning av toppledelsen.

5.2.2 Risikovurderinger

Uansett størrelse og risikoprofil, må alle selskaper ha en fast rutine for regelmessig vurdering/oppdatering av risiko relatert til korrupsjon og misligheter. Ulike selskaper har behov for forskjellige typer systemer og kontroller tilpasset de omgivelser det enkelte selskap faktisk opererer i.

Det er gjennom risikovurderingen at selskapet kan definere sin risikoprofil og avgjøre sin risikoappetitt. Således er en risikoanalyse grunnlaget for å definere behovet for hva som bør utformes og implementeres for å forebygge og avdekke korrupsjon og misligheter.

Det er viktig i denne sammenheng å huske på at korrupsjon i all hovedsak skjer som et ledd i, eller parallelt med, andre prosesser og transaksjoner. I tillegg er korrupsjon en straffbar handling som i sin natur er innrettet på en slik måte at den ikke lett oppdages gjennom de ordinære kontrollmekanismer. For å kartlegge korrupsjonsrisiko, må derfor også andre typer risiko inntas. Det vil si at risikovurderingen omfatter alle deler av virksomheten og tar hensyn til alle typer korrupsjons- og mislighetsrisikomomenter, herunder type virksomhet, hvor i verden virksomheten utføres, antall enheter i konsernet, antall ansatte, hvilke typer transaksjoner som utføres, grad av samarbeid med tredjeparter og bruk av agenter mv. Videre vil andre strategiske og driftsmessige risikoer som politisk utvikling, økonomiske vilkår og lovgivningsmessige spørsmål, deriblant en risiko for ikke å overholde alle gjeldende internasjonale standarder og lokal lovgivning om menneskerettigheter, arbeiderrettigheter og korrupsjon, være sentrale momenter. Det er disse momentene som vil definere det enkelte selskaps risikoprofil og være grunnleggende i innretningen og skaleringen av et forebyggende system og et kontrollprogram.

For hver av de identifiserte risikoene vurderer selskapet hvilken sannsynlighet det er for at risikoen skal inntreffe og hva konsekvensen i så fall vil være. Hver enkel risiko evalueres for å avgjøre hvorvidt nivået er akseptabelt eller ikke, og for å prioritere de risikoene som har den største potensielle

innvirkningen på selskapet. Det er styret som har ansvaret for å definere risikoappetitten for alle hovedkategorier av risiko som er relevante for selskapet.

Når risikoene for alle deler av virksomhetens er identifisert og gradert, aggregeres/konsolideres risikobilder til en helhetlig og overordnet risikovurdering. Dette ansvaret tilligger en sentral rolle/funksjon, for eksempel egen risikostyringsfunksjon eller i selskapets kontrollenhet.

Risikovurdering gjøres årlig. I tillegg foreligger det rutiner for oppdatering av risikoanalysen ved f.eks. større endringer i omgivelsene, utvikling av nye produkter, inntreden i nye markeder, ved eventuelle restruktureringer av virksomheten mv. Det er viktig at risikovurderingen er en integrert del av alle selskapets forretningsaktiviteter.

Enkelte store selskaper har rutiner for at styret fører tilsyn med risikostyringsprosessen og gjennomfører evalueringer av selskapets viktigste eksponeringsområder og interne kontrollordninger årlig eller hvert annet år.

5.2.3 Forebyggende systemer avstemt mot faktisk risiko

På grunnlag av risikovurderingen som selskapet har gjennomført, må selskapet utforme og implementere systemer og kontroller for å forebygge og avdekke korrupsjon og misligheter. Det vil si at det er den risiko som selskapet står overfor, som er bestemmende for hva selskapet må iverksette av tiltak.

I alle selskaper må det derfor foreligge en rutine om at output fra risikovurderingen vurderes og tiltak implementeres i samsvar med identifiserte og prioriterte risikoer. Det vil si at de systemer og kontroller som utformes og implementeres har til formål å håndtere en eller flere konkrete risikoer som man gjennom risikoanalysen har sagt at selskapet faktisk står overfor. For eksempel vil et selskap med utstrakt eksponering for myndighetskontakt i høyrisikoland måtte implementere forebyggende systemer for å håndtere denne risikoen, mens selskaper som kun opererer i Norge ikke har behov for slike systemer.

Videre har selskapene implementert en kontrollrutine hvor de gjenværende risikoene blir overvåket for å sikre at de risikoreduserende tiltakene fungerer og at risikoen blir værende på et akseptabelt nivå. De oppbevarer dokumentasjon som dokumenterer at risikovurderingen har blitt gjennomført og benyttet i utarbeidelsen og gjennomføringen av antikorrupsjonsprogrammet.

5.2.4 Opplæring og trening av ansatte og leverandører

I alle selskaper, uansett størrelse og risikoprofil, får de ansatte jevnlig opplæring på emner relatert til korrupsjon og misligheter. De vet hva som forventes og er bevisste på hvordan de kan bidra til å forebygge korrupsjon og gjenkjenne korrupsjonsrisikoindikatorer.

Hvor ofte opplæring skal skje og hvor grundig den skal være, avhenger igjen av situasjonen i selskapet. Opplæringen skal være risikobasert. Det vil si at opplæring av den enkelte medarbeider er i samsvar med personens rolle og ansvar, samt den korrupsjonsrisiko han/hun er eksponert for.

Vår erfaring er at de store selskapene ofte har årlig opplæringer, gjerne i form av e-læring. I tillegg er det vanlig og god praksis med opplæring i forbindelse med nyansettelser, og i noen tilfeller også ved vesentlig endring i stilling. Ansatte i mer risikoutsatte posisjoner som eksempelvis innkjøp og ansvar for oppfølging av tredjeparter, slik som agenter, vil gjerne ha behov for en mer intensiv opplæring enn ansatte som ikke anses å være i en særskilt risikoutsatt posisjon. Dilemmatrening med reelle eksempler er også viktig. På denne måten vil dilemmaene som drøftes være gjenkjennbare med de risikoene de ansatte kan møte i det daglige, enten det gjelder kontakt med myndigheter, leverandører, tredjeparter eller offentlige myndighetspersoner i høyrisikoland. Beste praksis blant store selskaper er også at ansatte (alle, ledelsen og/eller risikoutsatte ansatte) årlig bekrefter kjennskap til og overholdelse av de etiske retningslinjene.

Opplæringsprogrammene oppdateres løpende slik at de reflekterer relevant ny informasjon. Virksomheten oppbevarer informasjon om opplæringsprosessene, innholdet i opplæringen og til hvem opplæringen er gitt.

PwC anbefaler i sitt «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» at risikoutsatte selskaper tydelig kommuniserer sine krav og forventninger til etisk adferd til sine leverandører og/eller agenter. Dette tilsier at opplæring av tredjeparter og agenter er innarbeidet i selskapets opplæringsprogram. Dette kan for eksempel gjøres ved regelmessige møter der selskapets forventinger uttrykkes og innholdet i kravene forklares.

5.2.5 Rutiner knyttet til engasjering av tredjeparter

Alle selskap, uavhengig av størrelse og risikoprofil, bør oppfordre sine forretningspartnere til å overholde selskapets etiske retningslinjer.

For selskap med en mer risikoutsatt tredjepartsportefølje, tilsier «Beste praksis» at selskapene i stadig større grad kontraktfester krav til tredjepartene sine. Enkelte selskaper gjør dette uansett leverandør eller annen tredjepart, mens andre forbeholder slike krav til leverandører i utlandet eller leverandører/tredjeparter som på annen måte anses å ha en forhøyet risiko ved seg, eksempelvis gjennom myndighetskontakt. I slike tilfeller er det vanlig å ha egne etiske retningslinjer for leverandører og andre tredjeparter implementert i kontraktene. I den grad det er identifisert som risiko, bør også selskapet kreve at tredjeparten har prosedyrer som er utformet for å forhindre tilbud, overrekkelse og aksept av gaver, representasjon, donasjoner og tilsvarende ytelser der tilbudet, overrekkelsen og aksepten er, eller med rimelighet kan antas å være, korrupsjon eller bestikkelser.

I tråd med «Beste praksis» bør antikorrupsjonsprogrammer også inneholde konkrete forbud mot tilretteleggingsbetalinger, da det erfaringsvis ofte oppstår dilemmaer i tilknytning til disse siden det i enkelte land er krevende å drive virksomhet uten å foreta tilretteleggingsbetalinger. Etter norsk lov er tilretteleggingsbetalinger forbudt. Det er det i utgangspunktet ikke etter FCPA, mens britiske myndigheter har gjort unntak for tilfeller der det står om liv og helse.[50] Relevante momenter i vurderingen av hvilke tiltak selskapene bør implementere i så måte, er følgende:

- Klare prosedyrer og retningslinjer for tilretteleggingsbetaling
- Analysere den konkrete risiko for tilretteleggingsbetalinger i markedet, bransjen og landet man opererer i
- Være tydelige i kommunikasjon av forventninger til myndigheter og samarbeidspartnere med hensyn til selskapets retningslinjer for tilretteleggingsbetalinger
- Sørge for korrekt bokføring og åpenhet i tilknytning til hendelser som er oppstått (både eksterne og internt)
- Vurdere politianmeldelse av forholdet. Dette må vurderes utfra situasjonen og om det foreligger risiko for represalier som truer liv eller helse.

Videre, i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» sørger selskapet gjennom kontrakt for at forretningspartneren forplikter seg til å forebygge korrupsjon begått av, på vegne av eller til fordel for selskapet i forbindelse med den aktuelle transaksjonen, prosjektet, aktiviteten eller relasjonen. Kontraktene bør videre inneholde klausuler om revisjonsrett og rett til heving ved brudd på de etiske retningslinjene.

Uavhengig av størrelse og risikoprofil gjennomfører alle selskaper en risikovurdering på nye forretningspartnere, herunder undersøkelser av hvem som er tredjepartens reelle rettighetshavere. Dette for å ha kontroll på hvem som kontrollerer forretningspartneren, om det er omdømmemessige utfordringer knyttet til denne og/eller om det er myndighetspersoner (politiske eksponerte personer) som er tilknyttet.

---

[50] Det samme vil nok bli resultatet etter norsk rett med grunnlag i nødrett, selv om grensene her ikke er prøvd i praksis.

I tilfeller der forretningspartneren vurderes å inneha risiko, gjennomføres en bakgrunnsundersøkelse (Integrity Due Diligence - IDD) tilstrekkelig til å vurdere korrupsjonsrisikoen. Denne bakgrunnsundersøkelsen er basert på virksomhetens land, natur, størrelse og type transaksjon, og selskapet sikrer seg en klar forståelse av forretningsrasjonale bak samarbeidet, herunder at kontrakten spesifikt beskriver tjenesten som skal leveres og at denne samsvarer med prisen. Formålet er å sørge for kunnskap om hvem som kontrollerer forretningspartneren, det vil si å identifisere reelle rettighetshavere, og om det foreligger omdømmemessige utfordringer eller om det er tilknyttet myndighetspersoner (politiske eksponerte personer) til den aktuelle forretningspartneren. Her vil det særlig være relevant å undersøke om det foreligger interessekonflikter i eierskapet, om oppkjøpskandidaten har vært gjenstand for korrupsjonsetterforskning, om styre, ledende ansatte eller andre ansatte har vært gjenstand for slik etterforskning eller om noen av disse står på sanksjonslister eller lignende. Gjennomførte IDD'er oppdateres regelmessig slik at endringer og ny informasjon blir hensyntatt.

I praksis ser vi i dag at mange av de store og ledende selskapene har en uttalt forpliktelse om kun å samarbeide med leverandører som arbeider i samsvar med selskapets verdier og som holder en høy etisk standard. De har utarbeidet egne etiske retningslinjer for sine forretningspartnere. I disse omhandles krav til etterlevelse av internasjonalt anerkjente og aksepterte standarder på sentrale områder som menneskerettigheter, antikorrupsjon/forretningsetikk og arbeidsforhold. Leverandørene må ofte undertegne en egen leverandørerklæring hvor de forplikter seg til å respektere de etiske kravene og fremme disse prinsippene blant sine egne underleverandører. Det gjennomføres også i betydelig grad kontroll av forretningspartnernes integritet.

Etter at kontrakt er tildelt, ser vi at flere av de store selskapene med internasjonal virksomhet har implementert gode rutiner og systemer for å kontrollere tredjepartens etterlevelse. Formålet er å fange opp etiske problemer og lovbrudd hos tredjeparter som kan skape omdømmemessige, regulatoriske og økonomiske konsekvenser for selskapet underveis i kontraktsforløpet. De aller beste benytter tjenester som leverer løpende overvåkning av oppslag på definerte høyrisikoparter.

Særlig om «Beste praksis» knyttet til fusjoner og oppkjøp

I tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» bør selskaper som vurderer fusjon, oppkjøp og/eller JV foreta grundige undersøkelser i tilknytning til samarbeidspartnerens reelle rettighetshavere.[51] Dette for å ha kontroll på hvem som kontrollerer forretningspartneren, om det foreligger omdømmemessige utfordringer eller om det er tilknyttet myndighetspersoner (politiske eksponerte personer). Her vil det særlig være relevant å undersøke om det foreligger interessekonflikter i eierskapet, om oppkjøpskandidaten har vært gjenstand for korrupsjonsetterforskning, om styre, ledende ansatte eller andre ansatte har vært gjenstand for slik etterforskning eller om noen av disse står på sanksjonslister eller lignende.

Før kontrakt inngås, og der det er mulig sett ut fra samarbeidets art og juridiske form, bør selskapet foreta en gjennomgang av tredjepartens avtaler med andre tredjeparter (agenter, foretatte oppkjøp, JV) samt en risikobasert undersøkelse av utbetalinger og transaksjoner, eksempelvis knyttet til lisenser og tillatelser, donasjoner, støtte til politiske organisasjoner, veldedige organisasjoner samt andre typer gaver. Videre vil det være relevant å undersøke kostnader til reise- og representasjon, bevertning, mv. I forbindelse med en slik spesialrevisjon vil det også være relevant å undersøke internkontrollen i foretaket, herunder om det foreligger gode rutiner for arbeidsdeling.

Selskapet bør videre foreta undersøkelser av tredjepartens etiske retningslinjer og antikorrupsjonsprogram for å sikre at disse er i tråd med relevant lovgivning og praksis. Relevante faktorer å vurdere er om foretaket har:

- Opprettet en compliance-funksjon, inkludert arbeidsbeskrivelse til leder for avdelingen, arbeidserfaring og rapporteringslinjer innad i foretaket

[51] Fysiske personer som i siste instans eier eller kontrollerer aksjene i et selskap

- Rutiner, prinsipper og retningslinjer (inkludert IDD) som styrer adferd, uttaler forventninger og har til formål å forebygge og håndtere korrupsjon
- Opplæringsprogram
- Varslingskanal
- Gjennomført revisjoner og kan dokumentere resultater fra disse
- Fastsatt sanksjoner for ansatte ved tilfeller av brudd på interne retningslinjer.

Dersom etiske retningslinjer og antikorrupsjonsprogram ikke foreligger, bør selskapet sikre at tredjeparten forplikter seg gjennom kontrakt til å få dette på plass umiddelbart. Videre bør følgende forhold reguleres i avtalen:

- Selskapet holdes skadesløs for eventuelle brudd på korrupsjonsbestemmelser, herunder bøter eller andre sanksjoner som det oppkjøpende selskapet får etter oppkjøpet
- Garantier for at alle transaksjoner er i tråd med gjeldende lovgivning, at det ikke foreligger interessekonflikter med hensyn til eierforhold og at det ikke er foretatt korrupte utbetalinger
- Bekreftelse på at regnskapsdokumentasjon som er presentert til det oppkjøpende selskap er fullstendig og nøyaktig.

Særlig om «Beste praksis» knyttet til agenter (tredjeparter)

Erfaringsmessig medfører bruk av agenter en forhøyet korrupsjonsrisiko. Selskaper som benytter agenter må derfor vurdere denne risikoen konkret og sikre at antikorrupsjonsprogrammet er utformet og implementert for å håndtere denne risikoen. Dette kan eksempelvis gjøres ved å definere obligatoriske aktiviteter innrettet mot å håndtere risiko som foreligger før kontraktsinngåelse, og rutiner for oppfølging og kontroll av agenten gjennom avtaleperioden.

Innledningsvis bør selskapet ha rutiner for pre-kvalifisering av agenter. I dette ligger at selskapet dokumenterer at agenten har de nødvendige kvalifikasjoner til å opptre som agent på vegne av selskapet. Selskapet kartlegger videre hvordan selskapet har kommet i kontakt med agenten, hvilken kompetanse og erfaring agenten besitter samt innhenter referanser fra tidligere oppdrag.

Videre bør selskapet foreta en risikovurdering av agenten basert på hvilke kjente risikoelementer som finnes i bransjen han opererer i (bransjerisiko), risiko i tilknytning til agenten i seg selv (selskapsrisiko) og risiko i tilknytning til hvor i verden leveranse skal skje/den lokale korrupsjonsrisiko (geografisk risiko).

På grunnlag av den dokumenterte risikovurderingen vurderer selskapet om videre undersøkelser er nødvendig. Slike undersøkelser kan være:

- Utforme spørsmål og innhente utfyllende dokumentasjon fra agenten
- Gjennomføre on-site undersøkelser for å verifisere eksistens av virksomhet
- Intervjuer og verifikasjon av nøkkelpersonell og deres kompetanse/utdannelse
- Gjennomgang av agentens antikorrupsjonsprogram og bevissthet i tilknytning til problemstillinger ved korrupsjon
- Gjennomgang av regnskaper og sensitive kontoer og transaksjoner
- Eventuelt gjennomgang av andre identifiserte risikoområder.

Undersøkelsene må tilpasses den risiko selskapet har identifisert for agenten. Desto større risiko, desto større grad av innledende verifisering og løpende kontroll kreves. For agenter som vurderes å ha høy risiko, vil det for eksempel ikke være tilstrekkelig med kun selvrapportering. Her forventes det at selskapet gjør selvstendige undersøkelser og verifiserer den informasjonen som innhentes, gjerne gjennom agentrevisjon, søk mot terror- og sanksjonslister osv. For eksempel vil interne regler om at agenter med myndighetskontakt alltid skal være minst to når de går i møter og krav om utarbeidelse av referat fra slike møter, være ett av flere mulige tiltak som direkte kan bidra til å redusere risikoen for korrupsjon.

Basert på funnene, vurderer selskapet i hvilken grad risikoen kan sies å være tilstrekkelig håndtert, om videre undersøkelser er nødvendig og eventuelt nivået på disse, eller om man basert på den identifisert risikoen må avvise samarbeidet.

I avtaler med agenter bør det være inntatt klausuler som medfører en forpliktelse for agenten til å følge gjeldende antikorrupsjonslovgivning og en rett for selskapet til å terminere i fall dette ikke skjer. Det bør også inntas klausuler som regulerer betalingstransaksjonene, herunder betalingsmottaker, kontonummer, land og på hvilke vilkår. Det bør ved kontraktsinngåelse dokumenteres og sikres at det er et fornuftig forhold mellom tjenesten som leveres og størrelsen på honoraret og at agenten har tilstrekkelig kompetanse. Det må utvises ekstra varsomhet dersom agentselskapet er registrert i land med lite transparens, eksempelvis i et såkalt skatteparadis.

Selskapet bør videre implementere kontroller som sikrer at agentforholdet blir fulgt opp underveis, både finansielt og operasjonelt. Overvåkningen skal være risikobasert og tilpasses slik at den fanger opp eksempelvis:

- Endring i eierskap eller nøkkelpersonell
- Endringer i kompetanse og kvalifikasjoner hos tredjeparten
- Mulige interessekonflikter som oppstår underveis
- Risiko knyttet til agentens (inkludert ansatte hos agenten) integritet
- Endringer i finansiell stilling
- Endringer med hensyn til kvaliteten på tjenester som leveres

Alle kontroller og resultater dokumenteres løpende. Dersom det foreligger funn som tilsier fornyet risikovurdering, justering av kontroller eller oppsigelse av avtale, initieres dette uten unødvendig opphold.

Særlig om «Beste praksis» knyttet til Joint Ventures

JV er en juridisk inngått økonomisk samarbeidsavtale mellom to eller flere parter (partnerne), organisert i et selskap. Samarbeidet kan være etablert i forbindelse med et konkret prosjekt eller være del av et mer langsiktig samarbeid. Partnerne skyter inn midler og deler inntekter og kostnader i tråd med avtalen.

Erfaringsvis reiser slike samarbeidsavtaler vanskelige korrupsjonsrettslige problemstillinger, som i betydelig grad er uavklart. Det er derfor særdeles viktig at selskap som vurderer en slik samarbeidsform, tar hensyn til den risiko som foreligger basert på samarbeidets art, struktur og partenes innflytelse. Følgende momenter bør vurderes og gjennomføres:

Antikorrupsjonsprogram. I hvilken grad et selskap bør engasjere seg i et JV's compliance-arbeid, beror på JV's kompetanse og ressurser allokert til dette arbeidet. Desto mindre kompetanse og ressurser det har, desto mer kreves av selskapet. Videre vil følgende forhold være av betydning for vurderingen av selskapets involvering i arbeidet:

- I hvilken grad JV opererer uavhengig av sine eiere
- Om det foreligger risiko for at JV kan bli ansett som en agent (det kan medføre direkte ansvar for samarbeidspartnerne etter FCPA)
- Hvorvidt det materielt sett foreligger tilsvarende eller en annen type risikoprofil hos JV og hos samarbeidspartnerne
- Hvilken innvirkning en eventuell korrupt handling i JV vil ha på verdi av investering, omdømme samt strategisk innvirkning for partnerne

Due Diligence. I tilfeller hvor det allerede er et eksisterende JV som selskapet ønsker å investere i, vil det være naturlig å gjennomføre DD av selskapet, nøkkelpersonell og majoritetseiere/reelle rettighetshavere. Undersøkelsene skal være risikobasert og vil dermed variere utfra marked, bransje, størrelse og kompleksitet i transaksjonen. Dersom det avdekkes risikoelementer som ikke er

tilstrekkelig identifisert eller håndtert, må selskapet foreta ytterligere undersøkelser og implementere kontroller for å overvåke risikoen.

Avtale/aksjonæravtale. Det kan foreligge forhold i et JV som gjør det hensiktsmessig å innta antikorrupsjonsklausuler i avtalen. Slike klausuler kan typisk være at man har rett til å peke ut personer eller roller med særlig ansvar for etterlevelse, f.eks. CFO eller juridisk direktør. Det kan også være relevant å sikre seg at:

- Stillingsbeskrivelser inneholder særskilt ansvar for etterlevelse
- Styrerepresentantene har tilstrekkelig kompetanse, eventuelt at det utpekes styrerepresentanter med særlig kunnskap om etterlevelse. I tillegg bør ansvar for etterlevelse defineres i styrets mandat
- Det etableres forsterkede kontroller i tilknytning til transaksjoner med høy risiko, f.eks. at det kreves godkjennelse på CFO-nivå i enhver transaksjon som involverer det offentlige, eller at DD på særlige risikoutsatte tredjeparter skal gjennomføres av eksterne
- I tilknytning til bruk av agenter eller tredjeparter, kan det for eksempel etableres vetorett for en part i tilfeller der agenten/tredjeparten har vært involvert i korrupsjonssaker eller utgjør en risiko med hensyn til etterlevelse
- Spesielt sensitive eller risikofylte transaksjoner krever kvalifisert flertall i styret
- Klausuler om at JV eller JV-partnerne vil avstå fra korrupte handlinger i forbindelse med forretningsdriften er inntatt i avtalen
- Revisjonsadgang – dette kan være i relasjon til regnskap, men også i tilknytning til compliance-programmer, etiske retningslinjer, prosedyrer ol.
- Rett for JV-partnerne til å terminere avtalen ved brudd på korrupsjonslovgivningen

Risikovurdering og risikoreduserende tiltak. En vurdering av risiko gir både JV og selskapet mulighet til å forstå risikoen, samtidig som overvåkning og risikoreduserende tiltak knyttet til korrupsjon kan implementeres enklere og mer målrettet. En hensiktsmessig inndeling av risikovurderingen kan være:

- Iboende risiko i JV (risiko knyttet til bransje og geografi)
- Kontrollrisiko (risiko for at de etablerte kontrollene i JV ikke hindrer, oppdager eller korrigerer avvik)
- Iboende risiko for samarbeidsparten. Dette er typisk en vurdering av omdømmemessige konsekvenser i tilknytning til JV, og som varierer avhengig av type virksomhet og identifikasjon mellom samarbeidspartner og JV (identifikasjon kan skje på bakgrunn av tilsynelatende kontroll, og ikke nødvendigvis på bakgrunn av faktisk kontroll). Andre momenter er investeringens verdi og strategisk betydning (eksempelvis dersom JV er en del av partens leverandør- eller distribusjonsnettverk).
- Kontrollrisiko for samarbeidsparten (risiko for at etablerte kontroller over JV ikke hindrer, oppdager eller korrigerer feil)

Denne risikovurderingen vil være avgjørende for implementering av relevante forebyggende og risikoreduserende tiltak både i selskapet og i selve JV. I tilknytning til dette bør det også vurderes om det er behov for en årlig sertifisering/revisjon, opplæring av nøkkelpersonell ol. Dersom JV får bistand i forbindelse med compliance-arbeidet fra en av samarbeidspartnerne, bør roller og ansvar klart defineres.

5.3 Avdekkende kontroller

Ethvert selskap, uansett størrelse og risikoeksponering, må bygge systemer for å avdekke misligheter og korrupsjon i tilfelle de forebyggende systemene svikter eller blir bevisst omgått. Det innebærer å implementere kontroller tilpasset selskapets konkrete situasjon og risiko slik at korrupsjonshendelser og misligheter kan bli avdekket så fort som mulig.

Selskaper som opererer i tråd med Beste praksis sørger for gjennomføring av regelmessige kontroller med fokus på uregelmessigheter. I dette ligger blant annet at en velfungerende varslingskanal er implementert og at system- og substanskontroller gjennomføres som fast rutine. De har kontroll på pengestrømmer og følger opp ansatte og leverandører med dataanalyser for å sikre etterlevelse av regelverket.

Nedenfor følger enkelte kontroller som vi anser å være god praksis og ha implementert:

5.3.1 Kontroller avstemt mot faktisk risiko

Finansielle og ikke-finansielle kontroller

Korrupsjon skjer i all hovedsak som et ledd i, eller parallelt med, andre prosesser og transaksjoner. Videre er korrupsjon i sin natur innrettet på en slik måte at den ikke lett oppdages gjennom ordinære kontrollmekanismer. Det er derfor viktig å innrette kontroller særlig mot faresignaler og/eller avvik i andre prosesser. Alle selskaper, uavhengig av størrelse og risiko, har derfor etter «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» implementert finansielle kontroller og kontroller innen innkjøp, drift og andre ikke-finansielle prosesser for å avdekke korrupsjonsrisiko.

Slike kontroller kan for eksempel være dataanalyse av transaksjoner opp mot inngåtte avtaler for å verifisere at fullmaktsmatrisen er fulgt, at dualkontroll er gjennomført, om utbetalt beløp er i samsvar med innkjøpsordre og at totalt utbetalt beløp er i henhold til kontrakt.

Kontrollene skaleres og innrettes etter faktisk risiko i transaksjonene/disposisjonene. Har selskapet for eksempel fabrikker i høyrisiko- og lavkostland, og til tross for at det norske selskapet har implementert etiske retningslinjer og HMS-standarder på fabrikken, foreligger det risiko for at systemer ikke etterleves og at midlene til sikkerhetsarbeidet i stedet uberettiget kanaliseres til andre driftsområder, selskaper og/eller enkeltpersoner. Slike selskaper bør derfor innføre kontroller som blant annet omfatter jevnlig rapportering, on-site besøk og stikkprøvekontroller av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.

Videre har selskapene rutiner for kontinuerlig overvåking av aktiviteter og data og sporer endringer i masterdata. Alle lokasjoner/avdelinger inngår i overvåkningen, endringene analyseres jevnlig og avvik følges opp. Én kontroll kan for eksempel være å sjekke alle endringer av leverandørers kontonummer som er endret to eller flere ganger i løpet av en gitt periode. Dette for å avdekke om det foreligger uberettigede uttak/kanalisering av midler gjennom manipulering av masterdata i systemet.

5.3.2 Kontroll av ansattes og tredjeparter etterlevelse

Alle selskaper har i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» implementert rutiner for å gjennomføre kontroller av sine ansatte og leverandører. Omfanget av kontrollene og hvilken type kontroller som benyttes, avhenger av den faktiske risikoen.

Bierverv følges opp med jevnlige med kontroller, som for eksempel selverklæring, relasjonsanalyse og/eller kontroll av ansattedata opp mot leverandørdata for å kontrollere i hvilken grad det foreligger uønskede koblinger.

For eksempel bør alle selskaper ta stikkprøver av sentrale anskaffelsesprosesser og vurdere i hvilken grad det foreligger koblinger mellom ansatte med fullmakt og utvalgte leverandør. For store selskaper med internasjonal virksomhet innebærer det kontroll av langt flere personer og selskaper enn ved mindre virksomheter. Slike kontroller kan utføres ved å koble opplysninger fra ansattregisteret mot opplysninger fra leverandørregisteret for å analyse i hvilken grad det foreligger sammentreff hva gjelder navn, adresse, telefonnummer og/eller bankkontonummer. Eventuelle treff vurderes deretter opp mot de opplysninger den ansatte har gitt i tilknytning til sin rapportering av eventuelle bierverv. Avvik følges opp med den enkelte.

I den grad det er rimelig og forholdsmessig med hensyn til korrupsjonsrisikoene, foretar selskapene faktiske kontroller av at tredjeparter etterlever de etiske retningslinjene, herunder om det foreligger

antikorrupsjonskontroller som håndterer relevant risiko. De følger opp at leverandørene rapporterer på hvordan antikorrupsjonstiltak og etiske retningslinjer etterleves og hvordan eventuelle underleverandører følges opp under utførelse av kontrakt. De utfører stikkprøvekontroller on-site for å kontrollere at arbeidet faktisk utføres i tråd med det som er avtalt.

Videre har selskapet klare rutiner på at man ved berettiget mistanke om korrupsjon og grove misligheter faktisk benytter seg av innsynsretten man har kontraktsfestet, samt at det gjøres en reell vurdering av hvorvidt selskapet skal avslutte samarbeidet i tilfelle av korrupsjon og/eller grove misligheter i forbindelse med den aktuelle transaksjonen, prosjektet, aktiviteten eller relasjonen.

5.3.3 Oppfølging av pengestrømmer

Det er i mandatet[52] spurt særskilt om rapportering av pengestrømmer. I redegjørelsen nedenfor har vi derfor inntatt en beskrivelse av dette temaet og lagt til flere eksempler på aktuelle kontroller enn i fremstillingen generelt.

De nedenstående avsnittene er ment som eksempler på analyser som kan eller bør være en del av et antikorrupsjonsprogram. Alle analysene må suppleres med lokal og kulturell kunnskap om for eksempel markeder, myndighets- og maktpersoner (f.eks. politisk eksponerte personer), praksis og prosesser for tildeling av lisenser og rettigheter osv.

Slike analyser må også suppleres med manuelle revisjoner og kontraktsgjennomganger. Dersom antikorrupsjonsprogrammet skal være i stand til å avdekke korrupsjon, må transaksjoner vurderes mot kontrakter og kontrakter vurderes mot faktisk leveranse og pris, samt at rasjonale bak kontraktinngåelsen fullt ut må forstås. Slike kontroller krever manuelle gjennomganger og betydelig innsikt i det underliggende faktum.

Oversikt over kontroller for å identifisere pengestrømmer (transaksjoner med forhøyet korrupsjonsrisiko)

I Norge stiller særlig bokføringsloven med forskrift en rekke krav til kontroll, dokumentasjon, sporbarhet og rapportering av samtlige regnskapstransaksjoner, herunder pengestrømmer. Disse kravene avviker relativt lite i ulike jurisdiksjoner. Det foreligger imidlertid ingen spesifikke lovkrav om detaljert rapportering av og kontroll av pengestrømmer knyttet opp mot mulig korrupsjonsrisiko.

FCPA-veiledningen er tydeligere på disse kravene, hvor det fremgår at en virksomhet som ikke fører særskilt kontroll over tvilsomme og større utbetalinger til eksterne konsulenter, vil kunne bli ansett ikke å ha et effektivt antikorrupsjonsprogram.

Generelt stilles det, uavhengig av jurisdiksjon, krav om at et antikorrupsjonsprogram skal være utformet på en slik måte at korrupsjon avdekkes. I dette ligger det et krav om en form for løpende overvåking av transaksjoner og pengestrømmer. Etter «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» ligger det således en forventning om at virksomheter kan vise til løpende kontroll utover kravene som følger av for eksempel bokføringsloven. Nedenfor redegjør vi for eksempler på hvordan man kan kontrollere og avdekke høyrisiko/mistenkelige transaksjoner.

Det kan tenkes en rekke måter å implementere denne typen kontroller, og det finnes ingen fasit eller «one size fits all». Først og fremst må kontrollene tilpasses virksomheten og risikobildet. Nedenfor følger noen eksempler på kontroller vi har erfart kan være effektive:

Bruk av offentlig tilgjengelig selskapsinformasjon

Graden av åpenhet og transparens varierer i ulike jurisdiksjoner. I en del land kan mye informasjon utledes fra offentlige selskapsregistre, slik som Brønnøysundregistrene i Norge. Flere andre land har tilsvarende databaser, og trenden internasjonalt går i retning av mer åpenhet. Denne utviklingen vil fortsette, særlig innenfor EU, siden EUs fjerde hvitvaskingsdirektiv stiller økte krav til oversikt over

[52] Mandatets punkt 8

virksomhetenes reelle rettighetshavere. Slik informasjon kan være svært verdifull i arbeidet med risikovurdering av leverandører og transaksjoner.

For eksempel kan offentlig informasjon om omsetning hos leverandør sammenholdes med virksomhetens utbetalinger til leverandøren. Flere norske virksomheter har som policy at de skal samarbeide med «etablerte og velrennomerte leverandører» ved virksomhet i risikoutsatte områder. Dersom virksomhetens utbetalinger utgjør hele eller store deler av kontraktsmotpartens omsetning, kan dette medføre en forhøyet risiko som gir grunnlag for ytterligere undersøkelser.

Videre er tidspunktet for selskapsstiftelser ofte offentlig tilgjengelig informasjon. Virksomhetene kan gjøre en analyse av sine forretningsforbindelser opp mot dette ved for eksempel å sammenholde stiftelsesdato mot første kontraktinngåelse og opp mot faktura fra/pengestrømmer til forretningsforbindelsen. Et mønster der slike tidspunkter er sammenfallende kan tenkes å medføre en forhøyet risiko som gir grunnlag for ytterligere undersøkelser. Særlig gjelder dette hvis det ellers finnes lite informasjon om forretningsforbindelsen.

Andre transaksjonsanalyser

Regnskapsinformasjon kan være grunnlaget for en rekke transaksjons- og dataanalyser. For eksempel vil slike analyser kunne avdekke fakturanummer fra leverandører uten «hull» over en lengre periode, noe som kan være en indikasjon på at virksomheten står for en hoveddel av leverandørens omsetning.

Transaksjonsanalyser som kontinuerlig fanger opp pre-definerte risikoord i transaksjonstekster (for eksempel «agent», «consultant fee» mv.) kan ved riktig bruk være et nyttig verktøy som et ledd i å avdekke korrupsjon. Andre analyser kan fange opp betalinger til selskaper og banker i skatteparadiser eller land som defineres som høyrisiko fordi det er unaturlig at virksomheten gjør forretninger der.

Vi har også erfart at utstrakt bruk av reiseregninger i beløp og omfang har vært benyttet som utgangspunkt for utilbørlige overføringer til forretningsforbindelser eller myndighetspersoner. Det anbefales derfor å vurdere og ha på plass analyser som er egnet til å fange opp slike røde flagg.

Relasjonsanalyser og leverandørovervåking

I Norge er også eierskapsinformasjon lett tilgjengelig på selskapsnivå i Brønnøysundregistrene. Ved bruk av kraftfulle og hensiktsmessige dataanalyser kan relasjoner og nettverk kartlegges i flere ledd ut fra den enkelte forretningsforbindelse. Slike analyser kan avdekke ukjente og uheldige relasjoner mellom ansatte og leverandører, ukjente eierskap og knytninger til for eksempel høytstående myndighetspersoner eller eierskap som ender ut i jurisdiksjoner med begrenset åpenhet, alle momenter som i seg selv kan indikere forhøyet risiko som bør undersøkes nærmere.

En oversikt over beste praksis innenfor rapportering av pengestrømmer

Én ting er å kontrollere og identifisere pengestrømmer (transaksjoner) med forhøyet risiko, noe annet er spørsmål om rapportering av slike. Departementet uttrykker i eierskapsmeldingen punkt 8.3.3.5 en forventning om at selskapene utviser størst mulig grad av åpenhet knyttet til pengestrømmer, herunder også skatt:

«Åpenhet og offentlighet er et effektivt virkemiddel i arbeidet mot korrupsjon. Åpenhet om pengestrømmer er viktig også for å ivareta selskapenes skatteansvar i de ulike land der de har sin virksomhet. I mange utviklingsland er lave skatteinntekter en viktig årsak til fattigdom. En av årsakene til lav skatteinngang er manglende åpenhet i det globale finanssystemet.»

Og videre at det er en forventning om at *«selskapene utviser størst mulig grad av åpenhet knyttet til pengestrømmer, herunder også skatt.»*

Selskapenes eneste regulatoriske rapporteringsplikt av pengestrømmer til omverdenen er for tiden den finansielle. Det vil si årsregnskapsrapportering og årsrapport, og detaljgraden i denne rapporteringen er ikke av en slik karakter at det vanligvis gir relevant informasjon om pengestrømmer med forhøyet korrupsjonsrisiko.

Det foreligger, etter det PwC kan se, heller ingen utstrakt praksis på å rapportere pengestrømmer utover de kravene som stilles av regnskapsreglene. I den grad selskapene rapporterer om slike transaksjoner, er det fordi gransking eller etterforsking har ledet til en mistanke som selskapet selv mener det er relevant å meddele omverden. Videre vil pengestrømmer med forhøyet korrupsjonsrisiko ofte kunne være av sensitiv karakter og derved vanskelig å være åpen om. Eksempler på dette vil kunne være bruk av og betalinger til tredjeparter, slik som agenter. Både konfidensialitetshensyn og konkurransehensyn vil kunne være legitime årsaker til at man ikke offentliggjør slike pengestrømmer. PwC er imidlertid kjent med at det finnes en del særregler om rapportering til offentlighet og myndigheter om transaksjoner som kan ha en forhøyet korrupsjonsrisiko ved seg, slik som bidrag til politiske organisasjoner og sosiale velferdstiltak til allmenheten. Et eksempel på slik åpenhet kan vi finne spor av også i Norge, gjennom kravet om at politiske partier skal rapportere offentlig om sin finansiering, se partiloven § 19.

Det er imidlertid bevegelse både nasjonalt og internasjonalt i retning mot større åpenhet. I OECD-prosjektet «Base Erosion and Profit Shifting» er det foreslått en rekke tiltak som vil medføre økt åpenhet og informasjonsutveksling, og hvor land-for-land-rapporteringer til skattemyndighetene for store multinasjonale foretak er ett av tiltakene. I Norge nedsatte regjeringen i 2014 Regnskapslovutvalget for å utrede ny norsk regnskapslovgivning. Utredningen del II ble overlevert Finansdepartementet 24. juni 2016. Av denne fremkommer det blant annet forslag om endringer i regnskapsloven § 3-3c og at børsnoterte foretak blir pålagt å gi en redegjørelse om foretaksstyring, og svært store foretak (med mer enn 500 ansatte) blir pålagt å gi annen forklarende og beskrivende informasjon, som bl.a. omfatter rapportering om samfunnsansvar. Videre innførte Norge land-for-land rapportering med virkning fra januar 2014, og flernasjonale selskaper i utvinnings- og skogdriftssektoren skal etter dette rapportere utvalgte nøkkeltall i de landene de har virksomhet.

Som ledd i et «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» vil man derfor kunne tenke seg at selskapene rapporterer utover lovkravene, også på transaksjonsnivå. Dette særlig sett i lys av eierskapsmeldingens forventning om åpenhet, åpenhetsprinsippet på korrupsjonsområdet i regnskapsloven § 3-3c og den økende forventingen som uttrykkes fra media og interesseorganisasjoner som Transparency International knyttet til hva selskapene betaler i skatt, til hvilke land, hvordan inntektsskatt contra fradragsberettigede kostnader kanaliseres mv. Videre, når det foreligger systemer for å identifisere høyrisikotransaksjoner og utbetalinger til skatteparadiser, er det ingen regler som tilsier at dette ikke kan vurderes rapportert til offentligheten, selv om lovgiver ikke har pålagt selskapene en slik plikt per nå.

5.3.4 Varslingskanal[53]

Varsling er å gi beskjed om ulovlige eller andre kritikkverdige forhold i virksomheten uten å benytte ordinære rapporteringskanaler. Det foreligger en klar forventning etter norsk, britisk og amerikansk rett om at selskapene skal etablere en varslingskanal og at det bør utarbeides gode rutiner for oppfølging av varslinger. Det foreligger imidlertid ingen føringer etter disse regelsettene som presiserer eller veileder hvordan dette best kan/bør gjøres. Dette til tross for at erfaring viser at det kan være essensielt for sakens opplysning, forløp og etterfølgende konsekvenser at korrupsjonssaken blir håndtert riktig fra begynnelsen av.

Varslingssakene kan typisk starte med at noen varsler, enten gjennom eller utenom ordinære varslingskanaler. Ved mottak og oppfølging av varsler er det helt sentralt for tilliten til og kvaliteten av arbeidet at grunnleggende prosessuelle prinsipper følges. Dette er særdeles viktig da alle varslinger potensielt kan være av en slik karakter at det kan medføre etterfølgende strafferettslige, arbeidsrettslige og/eller sivilrettslige prosesser. Nedenfor beskrives det PwC mener er beste praksis for

[53] Det er i mandatet punkt 3 spurt særskilt om hvordan Nærings- og fiskeridepartementet bør håndtere varslingssaker. Da departementets håndtering av slike saker i all hovedsak er avhengig av selskapenes involvering, herunder rutiner for mottak og håndtering, har vi i redegjørelsen inntatt en mer detaljert beskrivelse av beste praksis på selskapsnivå enn i fremstillingen generelt.

mottak og håndtering av varsler på selskapsnivå – som ledd i et «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram»:

Beste praksis for mottak og håndtering av varsler

Varslinger om mulige kritikkverdige og/eller ulovlige forhold er ofte opplysninger av sensitiv karakter som krever særskilt fokus på personvernhensyn og behov for konfidensialitet, herunder prinsipper om uavhengighet, objektivitet, innsyn og kontradiksjon. Saksbehandlingen bør blant annet skje i samsvar med bestemmelsene i personopplysningsloven og «god saksbehandlingsskikk».

Rettsikkerheten og personvernet til den som varsler og den det varsles om, må ivaretas. Det er derfor sentralt for gjennomføringen at selskapene utarbeider rutiner for mottak av varslinger og oppfølgende handlinger, herunder granskinger og faktumundersøkelser, som er forankret i prinsipper fra rettslige prosesser. I dette ligger krav til personvern, åpenhet, notoritet og kontradiksjon.

For å sikre at de grunnleggende hensynene blir førende for de interne prosessene ved oppfølging av varsler, bør selskapene etablere en fast funksjon der roller, ansvar, mandat og saksbehandling er tydelig definert og plassert. På denne måten samles kompetanse og erfaring og det etableres kontinuitet i saksbehandlingen.

Varslingskanal

Beste praksis tilsier at selskapene etablerer en varslingskanal som åpner for sikker og anonym varsling. Selskapene bør også vurdere om ordningen skal åpne for varsling fra eksterne parter.[54] [55] Dette fordi selskapene ellers risikerer å ikke hindre og/eller fange opp saker som kan være av potensiell stor betydning for selskapet.

Videre tilsier beste praksis mulighet for sikker og anonym varsling til en objektiv tredjepart eller funksjon utenom linjen, fordi dette medfører at flere ansatte og/eller eksterne melder fra om mulig kritikkverdige forhold. Dette da ordningen i seg selv av mange oppleves som mer troverdig og objektiv enn en intern kanal, og med større uavhengighet til personer varselet eventuelt berører.

Avgjørende for i hvilken grad varslingskanalen faktisk vil fungere som tiltenkt, beror i stor grad på ledelsens kommunikasjon utad. Skal ansatte og/eller eksterne få tillit til ordningen, må tonen fra toppen gi klart uttrykk for et ønske om at varslingskanalen benyttes og at ansatte/eksterne melder fra. Videre må ledelsen gi god og tydelig informasjon om hvem som er mottaker av varslene, til hvem saken formidles og hvordan oppfølging faktisk skjer, slik at det etableres forutsigbarhet for prosessen. Varslingsprosedyrene må også være tydelige på at man kan varsle uten risiko for gjengjeldelse, noe som også må følges opp i praksis. Ansatte bør også ha et sted å kunne rådføre seg ved spørsmål knyttet til varsling. Ofte er dette samme enhet som mottar varslinger.

Mottak av varsler

Selskapene må etablere en fast mottaksfunksjon og utarbeide rutiner for mottak og håndtering av varsler. Formålet er å sikre en god og likeartet behandling.

Ved et innkommet varsel bør følgende aktiviteter gjennomføres:

1. Kvittering sendes til varsler som bekreftelse på at varselet er mottatt
2. Varslingen mottar et saksnummer for identifikasjon og referanse
3. Saken loggføres i et eget loggregister over varsler og videre saksbehandling
4. Varselet risikovurderes og kvalitetssikres
    - Risikovurderingen innebærer en gjennomgang og vurdering av varslets mulige konsekvenser for selskapet, for eksempel omdømme, personale, drift, økonomi og mulige sanksjoner - gitt at fakta som påstås stemmer

[54] Krever konsesjon fra Datatilsynet.
[55] I praksis ser vi en økende trend på at selskapene ønsker en varslingsordning som også åpner for varsling fra eksterne.

- Kvalitetssikring innebærer å forsøke og opprette dialog med den som har varslet for å innhente utfyllende informasjon og eventuelt innhente nødvendig informasjon fra andre kilder (offentlige registre mv.)

5. Vurdere hvordan varsler og den det varsles om kan ivaretas på best mulig måte
6. Utarbeide et oppsummerende notat med vurderinger, råd og forslag til tiltak som, hvis aktuelt, skal tjene som selskapets beslutningsgrunnlag for videre oppfølging av varselet
7. Hvis hendelsen vurderes å ikke være brudd på lover eller regler eller stride mot selskapets verdier, avsluttes saken med en begrunnelse
8. Aktiviteten på varslingskanalen skal oppsummeres jevnlig. Dersom det er åpnet for varsling fra eksterne, skal Datatilsynet blant annet motta rapportering hvert tredje år.[56]

Oppfølging av varslingssaker

Grunnkravene for alle faktaundersøkelser er at prosessen skal være rettferdig, åpen og objektiv. Prinsippene bidrar til at undersøkelsens primære formål oppnås; å finne det objektive faktum. Uten et objektivt faktum, kan gode beslutninger for korrekt oppfølging ikke treffes.

Idet denne form for undersøkelser ikke er å anse som myndighetsutøvelse og – så langt – ikke er underlagt særskilt lovregulering, er det viktig at selskapene setter gode og strenge krav til egne prosessregler og gjennomføringen av disse. Alternativt at de knytter til seg en profesjonell part. Høye krav til integritet, kompetanse, presisjon og kvalitet i gjennomføringen må ligge til grunn for alt arbeid som gjøres i oppfølgingen av slike saker da enhver varslingssak vil kunne innebære prosessuelle, rettslige og personvernmessige utfordringer av forskjellig karakter.

Hvordan selskapene i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» kan strukturere en mest mulig hensiktsmessig undersøkelse av forholdene som har fremkommet i et varsel, omhandles nedenfor under punkt 5.4.1.

Åpenhet og rapportering

Beste praksis går i retning av åpenhet rundt varslingssaker, i den forstand at selskapene i sine årsrapporter ol. offentliggjør informasjon om antall varsler, hovedinnhold og utfall. Det vises i denne forbindelse til Statoil som allerede i 2003 informerte åpent om den såkalte Horton-saken i sin bærekraftsrapport[57] og Statkraft som i sin årsrapport for 2015 rapporterte om at det var registrert 12 varslingssaker inneværende år, oppstilt mot antall mottatte varsler i både 2014 og 2013.[58]

5.4 Oppfølging og reaksjoner

Ethvert selskap, uansett størrelse og risikoeksponering, må utarbeide rutiner for på best mulig måte å kunne håndtere korrupsjons- og mislighetsproblematikk dersom hendelser blir avdekket. Gode rutiner for oppfølging av varsler må foreligge, herunder for eksempel klare prosedyrer på hva som skjer ved brudd på lover og regler, interne retningslinjer og rutiner. Det er vanlig å være tydelig på at mistanke om korrupsjon vil bli anmeldt og vil få følger for arbeidsforhold (ansatte) og kontrakt (leverandør). «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» tilsier også at avdekkede forhold rapporteres til relevante myndigheter, eksempelvis i form av anmeldelse, og at dette grunnprinsippet er nedfelt i prosedyrene for oppfølging av saker.

Beste praksis innebærer at selskapene har rutiner for at styre og administrativ ledelse løpende følger opp aktivitet i antikorrupsjonsprogrammet. Rutinene beskriver også hvordan hendelser skal håndteres overfor media, aksjonærer og andre interessenter.

---

[56] Konsesjonsvilkårene kan være omfattende og det er viktig at de følges opp
[57] http://www.statoil.com/no/EnvironmentSociety/Sustainability/Downloads/Baerekraftrapport_2003_norsk.pdf side 11
[58] http://www.statkraft.no/globalassets/x-annual-report-2015/as-no_20.03.16_fullstendig_low2.pdf side 9

Nedenfor følger enkelte rutiner som vi anser å være god praksis og ha implementert:

5.4.1 Rutine for oppfølging av varslinger/hendelser

Alle selskaper har i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» rutiner for å undersøke og gjennomgå alle varsler om mulig eller faktisk korrupsjon og misligheter. Rutiner og prosesser for hvordan mislighetssaker skal følges opp, er utarbeidet.

For å sikre en enhetlig og god oppfølging bør følgende elementer inkluderes i en oppfølgende faktaundersøkelse av en varsling:

1. Utarbeide et prosjektmandat som definer formålet og rammene for oppdraget, herunder hvilke personer som skal involveres og hvordan undersøkelsene kan og bør gjennomføres
2. Definere rapporteringslinjer og hyppighet på rapportering, herunder styrerapportering
3. Sikre god håndtering av personopplysninger, evt. melde til Datatilsynet ved behandling av personopplysninger, jf. personopplysningsloven §§ 33 og 34
4. Løpende vurdere behovet for juridisk rådgivning
5. Besørge at innsamlet dokumentasjon arkiveres for å sikre tilstrekkelig notoritet
    a. Dokumentinnsamling; relevante funn og dokumentbevis foreholdes etter omstendighetene relevante involverte parter
    b. Intervjuer; det bør alltid utarbeides referat fra intervjuet som forelegges intervjuobjektet til gjennomlesning og med mulighet for å gjøre rettelser og tilføyelser
6. Oppsummere faktaundersøkelsen i rapporten med separat faktadel og vurderingsdel
    a. Faktadelen bør gjengi faktum nøkternt og objektivt og med henvisning til relevante dokumenter i form av fotnoter og referanser til arkivet
    b. Rapporten bør bli underlagt interne kvalitetssikringsprosedyrer før ferdigstillelse
7. Protokoll med oversikt over hvordan sakene ble håndtert, oppdateres. Protokollen skal kunne fungere som et erfaringsregister for mislighetssaker
8. Tiltak som skal forebygge at tilsvarende hendelser gjentar seg, defineres
9. Loggregisteret oppdateres ved å notere arbeid utført, funn, anbefalinger og eventuelle tiltak

Etter at faktaundersøkelsen er avsluttet, og avhengig av utfallet av undersøkelsen, skal det gis en anbefaling til alle relevante parter av hendelsen for å sikre tilstrekkelig oppfølging. Dersom det er grunn til å tro at den varslede hendelsen kan indikere en straffbar handling, er styret ansvarlig for å vurdere rapportering av saken til relevante politimyndigheter.

Der selskapene er av en slik størrelse og organisert slik at dette er mulig, anbefales følgende forhold regulert i rutinene:

- Mottaksfunksjon er etablert utenfor linjen. Funksjonen er gitt et tydelig mandat og rolle i varslingssaker. Dette for å sikre at alle undersøkelser blir gjennomført av godt kvalifiserte personer organisert i en enhet utenfor den normale linjestrukturen i selskapet.
- Virksomheten har rutiner som åpner for å engasjere en objektiv tredjepart for å gjennomføre granskingen ved behov.
- Toppledelsen gjennomgår regelmessig en oppsummering av aktiviteten på varslingskanalen.

Alle selskaper, uansett størrelse har, i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram», etablert en protokoll med oversikt over hvordan sakene ble håndtert. Tiltak som skal forebygge at tilsvarende hendelser gjentar seg, er definert og dokumentert i protokollen.

Det foreligger videre rutiner for å sikre at varsler, herunder oppfølging og resultat av disse, blir rapportert på rett nivå i organisasjonen. Virksomheten har også prosedyrer for å håndtere media, aksjonærer og andre interessenter ved tilfeller av misligheter som påvirker organisasjonen.

5.4.2 Evaluering og implementering av korrigerende tiltak

Uansett størrelse og risikoprofil har alle selskaper i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» rutiner for hvordan selskapet skal agere når et avvik oppstår. I dette ligger rutiner som gjør at selskapet evner iverksetting av tiltak i rett tid for å korrigere avviket, håndtere konsekvensene og sikre at tilsvarende hendelser ikke skjer igjen. Både tildelte roller og ansvar samt innretning og effekt på de forebyggende systemene og avdekkende kontrollene, må inkluderes. Behovet for justering av risikoanalysene, vurderes løpende i prosessen.

Selskapene har også rutiner for å sikre at ledelsen jevnlig evaluerer aktiviteten på varslingskanalen og status i pågående varslingssaker. «Jevnlig» kan for eksempel være hvert halvår, i tillegg til i eventuelle ad-hoc situasjoner der hyppigere gjennomgang er nødvendig. I evalueringen inkluderes:

- Antall innkomne varsler, type saker og status i håndteringsprosessen
- Status på oppfølgende aktiviteter fra tidligere vurderinger
- Effekten av iverksatte tiltak for å håndtere korrupsjonsrisiko generelt
- Eventuelle endringer i eksterne og interne faktorer som er relevante for risikoanalysene og tiltak i antikorrupsjonsprogrammet.

Oppsummeringen av resultatene fra ledelsens gjennomgang rapporteres til styret og dokumenteres.

5.4.3 Kvalitetssikring av antikorrupsjonsprogram

Alle selskaper, uansett størrelse og risikoprofil, har i tråd med «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram» rutiner for overvåking av antikorrupsjonsprogrammet for å sørge for at antikorrupsjonsarbeidet og effekten av antikorrupsjonsprogrammet løpende vurderes og forbedres. I disse rutinene ligger følgende elementer:

- Ledelsen sørger for at det gjennomføres regelmessig kontroller for å verifisere at antikorrupsjonsprogrammet oppnår målsettingene og at effekten av programmet overvåkes for å sikre kontinuerlig forbedring
- Kontrollene og resultatene dokumenteres i den grad det er nødvendig for å ha tillit til at prosessene har blitt gjennomført som planlagt
- Styret gjennomfører periodiske evalueringer basert på opplysninger gitt av ledelsen og/eller antikorrupsjonsfunksjonen (i de selskapene der en slik funksjon foreligger) og all annen informasjon som styret kan kreve eller motta. Styrets evaluering innebærer at styret følger opp den kontinuerlige forbedringen av egnetheten, tilstrekkeligheten og effektiviteten av antikorrupsjonsprogrammet
- Evalueringene dokumenteres.

I større selskaper skjer dette i alle fall årlig, gjerne i forbindelse med øvrig evaluering av operasjonell risiko og annen compliance-risiko. For alle selskaper bør slik gjennomgang gjøres ved større endringer i omgivelsene, utvikling av nye produkter, inntreden i nye markeder og ved eventuelle restruktureringer av virksomheten, herunder oppkjøp.

Del III

Aksjeeiers rolle - utvalgte emner

6 Aksjeeiers rolle – utvalgte emner

Nærings- og fiskeridepartementets rolle som forvalter av statens eierskap følger av de grunnleggende rammene for den statlige eierskapsutøvelsen som har ligget fast i lang tid, og som er kommunisert til Stortinget senest i eierskapsmeldingen. Av dette følger det blant annet at staten som eier ikke er representert i selskapenes styrer, at staten utøver sin eiermyndighet på generalforsamling og at staten er tilbakeholden med å instruere selskapene i enkeltsaker, se eierskapsmeldingen punkt 8.1.2. Staten har en prinsipiell tilnærming om ikke å utøve sin myndighet innenfor de områder som etter aksjeloven ligger til styret, jf. eierskapsmeldingen punkt 8.1.2. Bakgrunnen for dette er blant annet selskapslovgivningens rolledeling mellom styre og eier, hensyn til mulig konstitusjonelt ansvar og erstatningsansvar for forretningsmessige beslutninger.

Departementet utøver dermed formelt sin eierrolle gjennom generalforsamling og ved å sitte i valgkomiteer i selskapene. Departementet har også jevnlige møter med selskapene der det tar opp temaer knyttet til de forventninger staten som eier har til selskapene. I tillegg til dette gjennomføres det ad hoc-møter basert på konkrete situasjoner der det er hensiktsmessig med dialog mellom departement som eier og det angjeldende selskapet.

Som det fremgår av Del I og Del II er det selskapene, som selvstendige juridiske subjekter, som er ansvarlig for å forebygge, avdekke og håndtere korrupsjon og misligheter i eget selskap. I selskapet ligger ansvaret for forvaltning, operasjonell drift og for at virksomheten drives innenfor gjeldende lover og regler, på ledelsen og styret. Som aksjeeier er det departementets ansvar å vurdere hvordan styret utøver sin rolle og sitt ansvar, herunder hvordan styret håndterer de forventninger staten har uttrykt i sin eierskapspolitikk.

I tråd med mandatet og ovennevnte forutsetninger, vil vi i dette kapitlet først si noe om hvordan en aksjeeier kan bidra på antikorrupsjonsområdet og hvilke områder vi mener eier bør ha fokus på i sin dialog med selskapene. Videre vil vi skissere hva eier bør gjøre i de tilfeller der eier blir mottaker av opplysninger om mulige kritikkverdige eller ulovlige forhold. Avslutningsvis utreder vi om det kan tenkes at man som aksjonær kan komme i strafferettslig ansvar for korrupsjon som er begått i et selskap som man er aksjeeier i etter norsk, britisk eller amerikansk rett.

PwC har i tillegg utarbeidet en spørsmålsliste for departementet, til bruk i oppfølging av selskapene innenfor området for forebygging og håndtering av korrupsjonsproblematikk i selskapene.

6.1 Hvordan kan aksjeeier bidra i arbeidet med å forebygge korrupsjon i selskapene

De fleste private aksjeeiere velger å være representert i styret, enten selv eller ved representant, for på denne måten å sikre direkte kontroll på oppfølging av sitt eierskap og sine økonomiske interesser. Disse aksjeeierne utøver da instruksjonsrett overfor administrasjonen gjennom styret og pålegger administrasjonen informasjonsplikt (innenfor lovens grenser). Eksempelvis kan eier gjennom sin styreposisjon være tydelig på forventninger innen oppfølging av antikorrupsjon, som igjen blir operasjonalisert gjennom administrasjonen i form av ekstra tiltak på antikorrupsjon, slik som dataanalyser eller forbedring av varslingskanalen. En slik mulighet har også staten overfor de heleide selskapene, eks. ved å sitte i styret eller instruere styremedlemmer, men denne retten er valgt ikke benyttet. PwCs redegjørelse nedenfor og anbefalinger er gitt på bakgrunn av de rammer staten har lagt til grunn for utøvelsen av sin eierstyring.

Hva gjelder forebygging og håndtering av korrupsjonsproblematikk, er det som nevnt selskapenes ansvar å håndtere dette. Departementet har derfor ingen formell rolle i å forebygge og/eller håndtere korrupsjon på

selskapsnivå. Samtidig kan eier gjennom løpende dialog uttrykke sine forventninger og i praksis bidra til en positiv utvikling i selskapene, noe PwC anbefaler at departementet fortsetter å gjøre.

For å sikre at det enkelte styremedlem har tilstrekkelig kunnskap og bevissthet om korrupsjons- og antikorrupsjonsspørsmål, samt en forståelse av eiers forventing til styrene/selskapene, anbefaler PwC at Nærings- og fiskeridepartementet etablerer en arena der alle styremedlemmer, i tillegg til å motta en generell innføring/oppdatering av gjeldende lovkrav og regler, gjennomgår dilemmatrening med utgangspunkt i faktiske saker. Dette for å skape bevissthet om de ulike utfordringene slike saker medfører for de angjeldende selskapene og gi mulighet for diskusjon knyttet til de enkelte selskapenes erfaringer.

Vi anbefaler også at departementet oppfordrer selskapene til å etablere felles samlinger for utveksling av erfaringer på tvers av selskaper, deres risiko og modenhet på antikorrupsjonsområdet. Det er stor forskjell på selskapenes egen opplæring av styremedlemmer. Felles samlinger bidrar til den mest verdifulle erfaringsutvekslingen, på tvers av risiko, modenhet og størrelse, og vil også bidra til å gi departementet som eier en innsikt i styrenes arbeid, kunnskap og innsats på antikorrupsjonsområdet.

PwC mener videre at et viktig middel for å få gjennomslag for de antikorrupsjonsforventninger staten som eier har lagt til grunn, er at departementet selv besitter tilstrekkelig kunnskap om korrupsjonsregelverket og sentrale antikorrupsjonstiltak. På den måten kan departementet i sin eierdialog være en sparringspartner for selskapene, tydelig kommunisere sine forventninger og bedre vurdere i hvilken grad selskapene implementerer systemer i tråd med gjeldende regler og statens forventninger. Derigjennom setter eier også tonen fra toppen.

På denne bakgrunn har PwC utarbeidet en spørreliste knyttet til korrupsjonsproblematikk i selskapene. Formålet er å gi departementets ansatte et sett av spørsmål som setter dem i stand til å utfordre både de selskapene som har kommet langt i antikorrupsjonsarbeidet og selskaper som har kommet kortere, og stille selskapene relevante spørsmål i tilknytning til risiko for korrupsjon, adressere problemstillinger og tydeliggjøre departementets forventninger på området. Spørrelisten er strukturert etter de hovedområder PwC mener eierdialogen om korrupsjon bør knyttes til, på grunnlag av et «Beste praksis Antikorrupsjonsprogram».

6.2 Departementet som varslingsmottaker

Som andre aksjeeiere, er Nærings- og fiskeridepartementet formelt sett ikke riktig mottaker av varsler som vedrører de underlagte selskapene. Det er selskapene, som selvstendige juridiske subjekter, som er rette mottaker av slike, ikke eier. Departementet har heller ikke etablert en varslingskanal for dette formål og ut fra de prinsippene staten styrer etter, fremstår det også helt unaturlig å vurdere etablering av en slik kanal. Like fullt forekommer det tilfeller der departementet mottar henvendelser fra eksterne om mulige kritikkverdige eller ulovlige forhold. Vi har i rapporten valgt å benytte "varsling" som en fellesbetegnelse på slike henvendelser.

Nærings- og fiskeridepartementet har bedt PwC komme med en anbefaling om hvordan departementet, ved mottak av slik informasjon, skal agere for å sikre en hensiktsmessig og god håndtering for alle involverte parter.

Innledende håndtering av et mottatt varsel kan være av vesentlig betydning for sakens videre forløp. På dette stadiet har man ingen oversikt over sakens størrelse, alvorlighet, omfang, involverte etc. PwC mener derfor det er viktig å etablere rutiner for en innledende behandling som på en best mulig måte identifiserer sakens karakteristika og risiko på et tidlig tidspunkt. På denne måten sikres en mest mulig hensiktsmessig behandling, og risikoen, blant annet for unødvendig eskalering, reduseres. Det er også særlig grunn til å fremheve at håndteringen av informasjonen, under hele prosessen, må ivareta vern av anonymitet og personopplysninger tilfredsstillende.

På denne bakgrunn anbefaler PwC at Nærings- og fiskeridepartementet vurderer å innføre en rutine for mottak av varsler med følgende rutinetrinn:

1. Kvittering sendes til varsler som bekreftelse på at varselet er mottatt

2. Varslingen journalføres og loggføres i et eget loggregister over varsler og den videre saksbehandling nedtegnes
3. Varselet arkiveres med egen kode for varslingssaker
4. Varselet risikovurderes hva gjelder varslets mulige involverte parter og potensiell risiko
5. Departementet utarbeider et oppsummerende notat med beskrivelse av hvilke handlinger som er utført
6. Hvis hendelsen vurderes å ikke kunne være brudd på lover eller regler eller stride mot selskapets verdier, avsluttes og arkiveres saken. Dette vil typisk kunne være ansatte som er misfornøyde med arbeidsoppgaver, lønnsutvikling eller tilsvarende. Selskapet orienteres normalt også i disse tilfellene
7. Dersom departementet finner at saken er av en slik karakter at oppfølgende handlinger anses påkrevd, sendes varslingen til det angjeldende selskap for oppfølging og håndtering. Dette kan typisk være forhold knyttet til mulige misligheter og koblinger mellom ansatte og leverandører som selskapet bør følge opp, men som det ikke ligger til departementet å vurdere. Departementet bør i så fall vurdere i hvilken grad saken er av en slik karakter at den bør sendes til selskapets styre eller om den kan sendes til selskapets varslingsfunksjon, der selskapet har dette. Et relevant hensyn i dette valget vil være hvilket nivå i organisasjonen den det er varslet om, befinner seg på. Dersom varslet eksempelvis retter seg mot en sentral person i den daglige ledelse (eksempelvis CEO eller CFO), kan det være grunn for departementet å adressere forholdet til styret. I øvrige tilfeller bør henvendelsen normalt gå til selskapets ordinære varslingsmottak, som vanligvis vil sikre den mest profesjonelle håndteringen av varselet
8. Dersom varslingen omhandler styret i selskapet og er av en slik karakter at oppfølgende handlinger anses påkrevd, bør ØKOKRIM kontaktes. Dette gjelder typisk grove mislighets- og korrupsjonssaker der styrets medlemmer er implisert. I øvrige tilfeller vil det være naturlig å falle tilbake til utgangspunktet for rolle- og ansvarsfordeling mellom styre og eier, slik at det er styret som gjennomfører kontakten med relevante myndigheter. Departementet bør som eier normalt følge opp disse tilfellene med anmodning om tilbakemelding på om relevante myndigheter er kontaktet, og be om begrunnelse dersom kontakt ikke gjennomføres
9. Varslingsloggen gjennomgås jevnlig i ledermøter, på møter mellom eieravdelingene eller informasjon utveksles på andre hensiktsmessige måter for å sikre samlet oversikt og informasjonsdeling.[59] Gjennomgangen holdes på et overordnet nivå slik at ikke personopplysninger og/eller annen sensitiv informasjon deles unødig. Saker som åpenbart ikke er relevante for andre å ha innsikt i, for eksempel saker som nevnt under punkt 6 ovenfor, gjennomgås ikke.

6.3 Aksjeeiers ansvar for et selskaps brudd på korrupsjonslovgivningene eller manglende forebygging

Nærings- og fiskeridepartementet har bedt PwC utrede i hvilken grad departementet, som forvalter av statens eierskap i et hel- og deleide foretak, kan risikere straffeansvar for faktiske korrupsjonshandlinger eller for manglende implementering av antikorrupsjonsprogrammer hos selskapene.

Vi vil i den videre behandlingen utrede departementets potensielle foretaksansvar etter norsk, britisk og amerikansk rett. Mulig personlig straffansvar for departementsansatte og alle former for konstitusjonelt ansvar, vil ikke bli behandlet. I tillegg avgrenser vi mot rene sivilrettslige beføyelser i og utenfor kontraktsforhold, eksempelvis erstatningsansvar, da vi mener det faller utenfor mandatet.

Slik PwC ser det, er problemstillingen nokså hypotetisk og det finnes etter det PwC kjenner til ikke konkrete eksempler fra praksis som har relevant overføringsverdi. Når temaet likevel forsøksvis skal konkretiseres, tenker PwC at det særlig er i følgende seks situasjoner at departementets ansatte kan komme i en posisjon hvor temaet om mulig ansvar ut over det personlige straffeansvar, kan komme på tale:

[59] Erfaringsmessig kan et varsel utgjøre en liten brikke i et større puslespill. I slike tilfeller vil det helhetlige bildet ikke tegne seg dersom ingen ser disse brikkene i sammenheng.

1. Departementet nominerer og velger styre eller styrerepresentanter
2. Departementet mottar informasjon i forkant av inngåelse av en avtale basert på en korrupt handling eller før gjennomføring av en korrupsjonstransaksjon
3. Departementet mottar informasjon etter inngått avtale eller gjennomført transaksjon som nevnt under punkt 2
4. Departementet mottar informasjon etter at en sak har blitt kjent
5. Departementet mottar aksjeutbytte som viser seg, helt eller delvis, å være utbytte fra korrupt handling eller transaksjon
6. Manglende oppfølging av antikorrupsjon i foretaket man har eierinteresser i

Før typesituasjonene kommenteres, er det nødvendig å ta stilling til om grunnvilkårene for foretaksstraff er oppfylt.

6.4 Foretaksstraff for departementet

6.4.1 Norsk rett

Etter strl. § 27 kan et foretak straffes dersom et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av foretaket. Skal Nærings- og fiskeridepartementet, som aksjeeier i statlige selskap, kunne ilegges foretaksstraff etter bestemmelsen, må de tre grunnvilkårene for straff etter bestemmelsen være oppfylt;

1. Departementet må være å anse som et foretak i bestemmelsens forstand
2. Det må være begått en straffbar handling
3. Handlingen må ansees å være begått på vegne av departementet

Dersom de nevnte grunnvilkårene for foretaksstraff er oppfylt, skal det i tillegg gjøres en skjønnsmessig helhetsvurdering av om foretaksstraff er hensiktsmessig i det aktuelle tilfellet. Dette omtales gjerne som «kan-skjønnet».

I det følgende behandles grunnvilkårene knyttet til hva som er å anse som et foretak, om handlingen kan anses å være begått på vegne av departementet samt skjønnsvurderingen så langt dette er relevant for vurdering av straffeansvar for departementet som forvalter av statens eierskap i foretak. Grunnvilkåret om at det skal være begått en straffbar handling, behandles ikke.

Departementet må være å anse som et foretak

Det er på det rene at departementet, som organ, skal betraktes som et foretak. Det følger av ordlyden i strl. § 27, annet ledd at offentlig virksomhet er å anse som et foretak i bestemmelsens forstand. At dette ikke bare gjelder i de tilfellene det offentlige driver næringsvirksomhet, følger direkte av forarbeidene:

«Også for feil foretatt i regulære forvaltningsorganer vil det etter forslaget i prinsippet kunne idømmes foretaksstraff. Men departementet antar at dette er lite aktuelt i praksis, i hvert fall når det gjelder feil under utøvelse av forvaltningsmyndighet. Derimot finnes det andre typer offentlig virksomhet som etter sin art atskiller seg lite fra privat virksomhet, og hvor det kan være mer aktuelt å ilegge foretaksstraff.»[60]

Grunnvilkåret om at departementet må være å anse som et foretak, er således oppfylt.

Handlingen ansees å være begått på vegne av departementet

Det andre grunnvilkåret er at den korrupte handlingen må kunne anses å være begått på vegne av departementet, og omtales gjerne som tilknytningskravet. Tilknytningskravet innebærer at det må foreligge en bestemt tilknytning mellom den eller de personer som begår den straffbare handlingen, selve den korrupte

[60] Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 29

handlingen og departementet. Foretak har ingen hjerte eller hjerne og kan således ikke i seg selv begå en straffbar handling.[61]

Spørsmålet om eier av et selskap, som følge av eierskapet som sådan, skal kunne straffes for overtredelser begått på vegne av det selskapet som eies, ble vurdert under lovforarbeidene. En generell regel om straffeansvar for morselskaper ble ikke innført.[62] Straffeansvar for eierforetaket er således bare aktuelt dersom overtredelsen kan sies å ha blitt begått på vegne av selve eierforetaket, dvs. i dette tilfellet departementet.

I det følgende redegjøres nærmere for elementer i tilknytningskravet som er relevante for spørsmålet om i hvilken grad departementet som eier og forvalter av statens eierskap kan ilegges foretaksstraff:

Tilknytningskravet – personelt og funksjonelt vilkår

Det er på det rene at et foretak ikke svarer for en hvilken som helst gjerningsperson eller hvilken som helst handling. Juridisk teori inndeler dette i et personelt og et funksjonelt tilknytningsvilkår og begge må være oppfylt for at foretaket skal kunne straffes.[63] [64]

Det personelle tilknytningsvilkåret innebærer at gjerningspersonen(e) må ha en viss tilknytning til foretaket og at denne tilknytningen må være et resultat av det rettsforholdet som foreligger mellom gjerningspersonen(e) som handlingssubjekt på den ene siden og foretaket som ansvarssubjekt på den andre siden.[65]

Den funksjonelle siden av kravet innebærer at selv om den personelle tilknytningen er oppfylt, kan ikke foretaket straffes for ethvert lovbrudd gjerningspersonen(e) kan tenkes å begå. Handlingen som sådan må ha en viss tilknytning til den aktuelle virksomheten.

Nærmere om det personelle tilknytningskravet

Spørsmålet om det kan ilegges foretaksstraff for departementet beror blant annet på om det i gitte tilfeller kan foreligge en personell tilknytning mellom gjerningspersonen(e) og departementet som aksjeeier.

Utgangspunktet er at det ikke foreligger noen personell tilknytning mellom departementet og styrerepresentanter og/eller ansatte i det selskapet staten har eierandeler i. Tilknytningen ligger til selskapet de har styreverv i/er ansatt i. I tillegg har departementet generelt sett en mer tilbaketrukket rolle overfor de statlige hel- og deleide selskapene enn det som er normalt i forholdet mellom morselskap og dets datterselskap i en konsernstruktur, hvor blant annet ansatte i morselskapet ofte innehar styreposisjoner i datterselskapene. Dette taler i så måte for at det det skal mye til før gjerningspersonen(e) kan sies å ha en tilstrekkelig personell tilknytning til departementet som eier.

Samtidig deltar departementet som følge av sitt eierskap i selskapenes valgkomiteer og bidrar med å nominere hvilke representanter som skal inn i styrene. Så selv om det er langt mer vanlig at ledelsen i et morselskap øver direkte innflytelse på hvem som skal inneha sentrale posisjoner i dets datterselskaper, kan en slik nominasjon av representant tenkes å skape en personell tilknytning. Dog kun i de tilfeller der gjerningspersonen(e) er særskilt utnevnt for å representere departementet som eier og begår en straffbar handling på vegne av det foretaket han/hun representerer.

---

[61] Foretaket kan gjøres ansvarlig selv om gjerningspersonen(e) ikke kan identifiseres. I straffeloven av 2005 er dette ansvaret skjerpet da det ikke lenger er nødvendig å påvise subjektiv skyld hos gjerningspersonen(e).
[62] Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 21
[63] Knut Høivik «Foretaksstraff. En analyse av ansvarskonstruksjonen og dens historiske, rettspolitiske og moralske forutsetninger» (2009) side 231
[64] Forøvrig gjelder det også et krav om identitet mellom det foretaket som straffes og det foretaket som eksisterte på handlingstidspunktet. Dersom et foretak endrer organisasjonsform, blir kjøpt opp, fusjonert eller fisjonert i tiden fra den straffbare handlingen ble begått til foretaket straffes, er det et spørsmål om det foretaket som må bære straffen har samme identitet som det foretaket overtredelsen har sitt utspring fra. Det er ikke anledning til å rette straffeansvar mot et foretak som ikke har noen relasjoner til overtredelsen.
[65] Også anonyme og kumulative feil rammes

Nytt Dokument 8:67 L (2015-2016)

I et Dokument 8-forslag fremlagt i mars 2016 er det personelle tilknytningskravet tilsynelatende foreslått utvidet for tilfeller der korrupsjon er utført av «assosierte personer». Forslaget innebærer etter PwCs syn antakelig ingen reell endring av nåværende rettstilstand da det også for «assosierte personer» vil bli et spørsmål om handlingen er begått på vegne av foretaket.[66] Slik PwC ser det vil forslaget, dersom det skulle bli vedtatt, uansett ikke ha noen direkte betydning for spørsmål om departementets foretaksansvar. Saken er per medio juli 2016 til behandling i justiskomiteen.

Nærmere om det funksjonelle tilknytningskravet

I tillegg til det personelle tilknytningskravet må det foreligge en såkalt funksjonell tilknytning mellom gjerningspersonen(e) og departementet dersom departementet skal kunne ilegges foretaksstraff.

Utgangspunktet for dette vilkåret er at et foretak ikke kan gjøres ansvarlig for overtredelser som ikke er mulig å forutse og dermed vegre seg mot gjennom forebyggende handlinger. I vurderingen av om en overtredelse er å anse som forutsigbar eller ikke, er det særlig typen overtredelse det må sees hen til. Overtredelse av arbeidsmiljølovgivningen, miljølovgivningen og korrupsjon er typiske virksomhetsrelaterte lovbrudd som de fleste virksomheter bør kunne forutse og dermed iverksette tiltak mot. Det er antakelig slik at dersom overtredelsen har en slik grad av uforutsigbarhet over seg at foretaket ikke under noen omstendighet kunne ha forutsett den, slik det er naturlig å tolke Justis- og politidepartementets uttalelse om force majeure-tilfeller i lovforarbeidene,[67] så kan foretaket ikke straffes.

Som utgangspunkt er det foretaket hvor den straffbare handlingen er begått, som strafferettslig svarer for handlingen. Skal departementet som eier kunne gjøres strafferettslig ansvarlig for korrupsjon i ett av selskapene, må det være fordi det foreligger en særlig funksjonell tilknytning mellom departementet og den aktuelle handlingen. Under spørsmålet om det kan foreligge funksjonell tilknytning mellom et morselskap og en handling begått i et datterselskap, trakk Riksadvokaten i sin høring frem et parallelt eksempel hvor oppdragsgiver må kunne svare for handlinger begått av ansatte i et leverandørforetak dersom oppdragsgiver har fordeler av overtredelsen og forholder seg passiv til tross for positiv kunnskap.[68]

Således kan det funksjonelle tilknytningskravet tenkes oppfylt for departementet som forvalter av statlig eierskap dersom departementet kan ha hatt fordel av overtredelsen, overtredelsen er begått i departementets interesse og departementet gjennom sitt eierskap kunne ha forhindret den.

Departementets innvirkning vil avhenge blant annet av hvilken foretaksmodell som er valgt, men det er uansett styret i det statlige selskapet som først og fremst har ansvaret for å implementere tiltak som forebygger straffbare handlinger i virksomheten. Normalt sett vil derfor ikke departementet som eier ha en slik innvirkning på implementeringen at straffeansvaret kan rettes mot departementet. For også her må det kunne trekkes paralleller til forholdet mellom et foretak som oppdragsgiver og et foretak som leverandør. Dersom det begås en straffbar handling hos en leverandør i forbindelse med ytelse til det oppdragsgivende foretaket, vil normalt ikke oppdragsgiver svare for dette dersom oppdragsgiver ikke har hatt et minimum av innvirkning på hvordan oppdraget utføres. Innvirkningskravet er omtalt i Rt. 1982 side 645:

«På bakgrunn av formålet med den her aktuelle straffebestemmelse må det være en naturlig forutsetning for ansvar for selskapet at det har hatt en reell myndighet til instruksjon og kontroll.»

Denne uttalelsen, sett opp mot den form for eierstyring som departementet praktiserer for sine selskaper, medfører at det i praksis er liten grad av reell innvirkning. Det anses således som lite sannsynlig at

---

[66] Samtidig foreslås det at foretakene skal kunne fritas for ansvar for handlingene begått av «assosierte personer» dersom det kan vise til å ha «truffet alle rimelige forholdsregler for å unngå korrupsjon». Etter PwCs vurdering ville forslaget om mulig fritak, om vedtatt, innebære en tilbakeføring til et fragmentert ansvar siden fritaket etter dette utelukkende knytter seg til én bestemt straffebestemmelse. Dette strider mot noe av hensynet bak den generelle hjemmelen for foretaksstraff, nemlig å foreta en «nødvendig opprydding i dagens uoversiktlige og inkonsistente regler om foretaksstraff», jf. Ot.prp.nr.27 (1990-1991) side 4.
[67] Ot.prp.nr.27 (1990-1991) side 18
[68] Ot.prp.nr.27 (1990-1991) side 21

departementet gjennom sitt eierskap kunne ha forhindret korrupsjon i selskapene på en slik måte at kan ilegges foretaksstraff for forsømmelsen.

Vurdering av de angitte typetilfeller og konklusjon

1. *Departementet nominerer og velger styre eller styrerepresentanter*
   Det er PwCs oppfatning at det vanskelig kan tenkes at nominasjon og valg av styre eller styrerepresentanter som handling skal kunne lede til straffansvar for departementet. Situasjonen måtte da antakelig være i retning av at departementet instruerte vedkommende om å opptre ulovlig.

2. *Departementet mottar informasjon i forkant av inngåelse av en avtale basert på en korrupt handling eller før gjennomføring av en korrupsjonstransaksjon*
   Her er situasjonen at departementet mottar informasjon om at en korrupt handling eller transaksjon er på gang. Kan departementet som eier kunne bli møtt med foretaksansvar for ikke å ha grepet inn? Dersom en slik sak skulle oppstå, er det antakelig mest sannsynlig at informasjonen ville tilflyte departementet ved at en ansatt i selskapet eller andre varslet om det. Dersom departementet da skulle velge å ikke følge opp saken, kunne man tenke seg at foretaksstraff kunne bli aktuelt. Det er imidlertid et lite sannsynlig utfall dersom departementet håndterer varslingen i tråd med det som er skrevet ovenfor om håndtering av varsler, og dertil at departementet fulgte opp selskapene gjennom dialog og tydelig uttrykk for at slike handlinger og transaksjoner ikke skal bli utført.

   Helt teoretisk kunne man her tenke seg en økt risiko for departementet dersom det var styrerepresentanten(e) utnevnt av departementet som begikk den korrupte handlingen, men dette fremstår ikke relevant å problematisere nærmere.

   Dersom informasjonen mottatt i forkant omhandler kun faktiske sider ved en transaksjon, uten at det på noen måte er indikert eller varslet at det var noe ulovlig med transaksjonen, er det enda klarere at ansvar vanskelig kan tenkes.

3. *Departementet mottar informasjon etter inngått avtale eller gjennomført transaksjon som nevnt under punkt 2*
   PwC mener det er vanskelig å tenke seg at departementet kan idømmes foretaksstraff for ikke å ha fulgt opp informasjon om en tidligere gjennomført ulovlig handling eller transaksjon. Departementet hadde ikke kunnskap om handlingen eller transaksjonen da den ble gjennomført, og da kan man heller ikke si at den som har handlet ulovlig har handlet på vegne av departementet.

4. *Departementet mottar informasjon etter at en sak har blitt kjent*
   PwC mener at denne situasjonen er enda klarere utenfor ansvarsområdet enn situasjon 3.

5. *Departementet som eier mottar aksjeutbytte som viser seg, helt eller delvis, å være utbytte fra korrupt(e) handling(er) eller transaksjon (er)*
   I denne situasjonen legges til grunn at det ikke var noen indikasjonen på uregelmessigheter rundt utbyttegrunnlaget for utdeling. Etter PwCs syn er det da svært vanskelig å tenke seg at mottak av utbytte kan føre til foretaksstraff for departementet.

6. *Manglende oppfølging av antikorrupsjon i foretaket man har eierinteresser i*
   Om et selskap har forsøkt å forebygge korrupsjon, er sentralt i vurderingen av om foretaksstraff skal idømmes selskapet, jf. strl. § 28 bokstav c. Spørsmålet er om det kan tenkes at departementet som eier kan bli idømt foretaksansvar for ikke å ha fulgt opp dette som eier?

   Som det er beskrevet i Del II ovenfor er det selskapet, dets styre og ledelse som har ansvar for å implementere antikorrupsjonstiltak. Slik PwC vurderer rettstilstanden, er det vanskelig å tenke seg at manglende aktiv handling og oppfølging fra departementets side kan lede til foretaksstraff for departementet som eier.

6.4.2 UKBA

Etter UKBA er det straffbart med aktiv og passiv korrupsjon, det vil si både å bestikke utenlandsk offentlig tjenestemann og for ikke å ha forhindret korrupsjon. UKBA oppstiller imidlertid ikke straffansvar for eier i kraft av eierposisjon. Således kan Nærings- og fiskeridepartementet ikke pådras straffeansvar uten selv å ha vært delaktig i den straffbare handlingen eller på annen måte medvirket til denne.

6.4.3 FCPA

I hvilken grad departementet, som forvalter av statens eierskap i hel- eller deleide foretak, kan risikere straffeansvar for faktiske korrupsjonshandlinger eller for manglende implementering av antikorrupsjonsprogrammer, er etter FCPA ikke nevneverdig forskjellig fra norsk rett.

Vilkåret for at en eier skal kunne tenkes å bli ansvarlig uten selv å ha vært en direkte del av den korrupte handlingen, er at man har handlet klart klanderverdig («reckless» er uttrykket som gjerne brukes for å omtale det aktuelle adferdskravet). Det typiske eksemplet er at man bevisst har latt være å skaffe seg kunnskap om den korrupte handlingen, og at den unnlatelsen er så graverende at den er straffverdig. Det finnes imidlertid svært lite praksis på dette fra USA, og ikke noe som fremstår relevant for drøftelsen her. I tillegg er denne formen for ansvar blitt utfordret og er omdiskutert i USA.

Det kan likevel ikke være tvil om at departementets eieroppfølging vanskelig kan sees å komme i situasjoner som er risikofylte sett opp mot mulig ansvar. For eksempel er det ikke praksis for at det å motta utbytte alene leder til korrupsjonsansvar, og det samme må gjelde ordinære samtaler og dialog rundt inngåelse av tredjepartsavtaler mv. Samme må videre gjelde for diskusjoner knyttet til mistanke om tidligere mistenkelige transaksjoner. Skal departementet som eier ilegges ansvar, må handlingene fra departementets side nærme seg det man på norsk definerer som medvirkning til straffbar handling eller straffbar unnlatelse.

Etter PwCs vurdering, sett i lys av hvordan departementet utøver sin eierrolle samt de krav som stilles til selskapenes antikorrupsjonsarbeid, fremstår det som usannsynlig at Nærings- og fiskeridepartementet skal kunne bli strafferettslig ansvarlig etter FCPA.

Litteraturliste

Forarbeider, veiledninger, publikasjoner og annen litteratur:

Annual Report 2015, Council of Ethics for the Norwegian Government Pension Fund Global

«Base Erosion and Profit Shifting» - OECD/G20-prosjektet

Brev fra Statoil ved konsernsjef Eldar Sætre til Olje- og energidepartementet, 17. februar 2016

Caveat Emptor: «Why and how FCPA due diligence should be conducted prior to mergers and acquisitions», William B. Jacobsen, Guy D. Singer, Kimberly H. Levy

«Consultation on guidance about commercial organisations preventing bribery (section n9 of the Bribery Act 2010) », Ministry of Justice 14 September 2010 / 8. november 2010

«Corruption – A glossary of international standards in criminal law», OECD, 2008

«Corruption – A glossary of international standards in criminal law», OECD, 2008

Draft International Standards ISO/DIS 37001

«En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon», NOU 2002:22, Utredning fra Straffelovrådet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet av 28. september 2000, avgitt 18. desember 2002

«Enforcement manual» - Securities and Exchange Commission Division of Enforcement», Office of Chief Counsel, 4. juni 2015

«Et mangfoldig og verdiskapende eierskap», Meld. St. 27 (2013.2014)

Europarådskonvensjonen strafferettslige konvensjon mot korrupsjon 27. januar 1999

«FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», november 2012

«Forholdet mellom statsråden/departementet og selskapsledelsen i selskaper staten eier helt eller delvis», Svein Ole Fagernæs og Gudmund Knudsen, 6. desember 2006

«Håndbok i antikorrupsjon for norsk næringsliv» – Transparency International Norge

«Individual Accountability for corporate wrongdoing » - US Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General, 9. september 2015

«Lov om regnskapsplikt» NOU 2015: 10, avgitt til Finansdepartementet 26. juni 2015

OECD-konvensjonen av 21. november 1997

«Orientering om VimpelCom Ltd.», brev fra Telenor ASA ved styreleder Svein Aaser og konsernsjef til Nærings- og handelsdepartementet, 22. november 2012

«Orientering om VimpelCom Ltd.», brev fra Telenor ASA ved styreleder Svein Aaser og konsernsjef til Nærings- og fiskeridepartementet, 21. november 2014

«Om lov om endringer i straffeloven 1902 og utleveringsloven (gjennomføring av FN-konvensjonen mot korrupsjon)», Ot.prp. nr. 53 (2005-2006)

«Om lov om endringer i straffeloven», Ot.prp. nr. 78 (2002-2003)

«Redegjørelse om Telenor og VimpelCom», Brev fra statsråd Monica Mæland til Kontroll- og konstitusjonskomiteen, 26. november 2014

«Statoils betalinger til finansiering av et forsknings- og teknologisenter i Angola. Spørsmål om innsyn i juridiske vurderinger.», brev fra advokatfirmaet BAHR til Olje- og energidepartementet, 8. mars 2016

«Styremedlemmers taushetsplikt. Særlig overfor staten som aksjeeier og Stortinget», Lov og rett, vol. 54, 6, 2015, side 363-380

«The Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance» - US Department of Justice, Criminal Division, 5. april 2016

«The 2010 UK bribery act adequate procedures», Transparencey International UK, juli 2010

«Traversing the minefield: Joint ventures and the foreign corrupt practices act», Virginia law & business review, volume 9 fall 2014 number 1

«UK Bribery Act Guidance», mars 2011

«UK Bribery Act Quick guide», mars 2011

«Vedrørende Statoils kontrakt i Angola», brev fra statsråd Tord Lien til Kontroll og konstitusjonskomiteen, 19. februar 2016

«Veileder for compliancefunksjonen», Norges Interne Revisorers Forening, 2015

Nettsteder:

https://www.justice.gov/

https://www.sec.gov/

https://www.sfo.gov.uk/

https://www.justice.gov.uk/

http://www.okokrim.no/

https://www.transparency.org/

http://transparency.no/

http://www.transparency.org.uk/

http://fcpaprofessor.com/

http://www.fcpablog.com/

http://iia.no/

https://www.regjeringen.no/no/dep/id933/

http://www.law360.com/

Vedlegg 1

Dom	Resyme og kommentar	Rettens krav til tiltak
Rt. 1982 side 645	Arbeidsmiljø – frifunnet fordi oppdragsgiver ikke hadde reell mulighet til instruksjon og kontroll.[69]	• Kontroll av forretningspartnere
Rt. 1982 side 878	Arbeidsmiljø - ansatt mindreårig. Uttalt at kontrollfunksjonene kunne vært bedre – men frifunnet. Kan trekkes paralleller til kontroll av utbetalinger.	• Kontroll av utbetalinger og andre fordelsoverføringer fra bedriften
Rt. 1982 side 1022	Arbeidsmiljø – eksplosjon og dødsfall. Manglende tiltak med hensyn til risiko.	• Risikovurdering og risikotilpassede tiltak
Rt. 1995 side 1922	Straff for forhold begått i innfusjonert selskap. Dersom de privatrettslige forpliktelsene overtas er det naturlig at straffeansvaret også følger med.	• Undersøkelser (DD) i oppkjøpt selskap med fokus på misligheter i selskap oppstått før fusjon eller oppkjøp
Rt. 2000 side 1451	Brudd på kjøre- og hviletid. Opplyst at det ikke ble reagert på overtredelser, samt at bedriftens intensivordninger medførte risiko.	• Krav til adekvate reaksjoner på overtredelser i virksomheten • Redusere intensive-ordninger som øker risikoen
Rt. 2007 side 1684	Forurensning - utslipp av ammoniakk Uttaler at det ikke er noen betingelse for foretaksstraff at ledelsen kan klandres. Retten uttalte at ledelsen ikke hadde sørget for tilstrekkelige retningslinjer	• Ledelsen instruksen må være klar og tydelig; herunder konkrete pålegg vektlegges mer en generell instruks • Mistanke bør foranledige ekstraordinære tiltak • Instruksene må gjøres kjent for ansatte, og det må gjennomføres opplæring og innføres avdekkingsrutiner
Rt. 2008 side 996	KPMG, revisor for Finance Credit. Påpekt at det er etterlevelsen av manualene som er vanskeligst å styre ved generelle retningslinjer. Påpekt at det i sterkere grad bør fokuseres på risikoen for manglende etterlevelse.	• Kartlegge objektiv risiko for manglende etterlevelse • Stadig oppdatering av rutiner • Implementeringsplan – kontroll og håndheving. • Risikovurdering
Rt. 2008 side 1201	Tidligere prissamarbeid i oppkjøpt selskap	• Undersøkelser (DD) i oppkjøpt selskap med fokus på misligheter i selskap oppstått før fusjon eller oppkjøp
Rt. 2009 side 1595	Dyrevernloven - feilforing av dyr Det forelå ikke noen instruks eller retningslinjer, skriftlig eller muntlig. Den uaktsomme svikten anses å foreligge hos mer ledende personer i bedriften, idet skaden burde vært unngått ved bedre retningslinjer, opplæring og kontroll, eller konkret	• Bedriften er ansvarlig for å sørge for at ansatte får nødvendige opplæring

[69] Rettstilstanden kan ha endret seg – se særlig Riksadvokatens høringssvar til NOU Foretaksstraff 1990 – mot dette synspunkt - Knut Høivik 2012

	instruks. Det ble lagt vekt på at ansatte ikke hadde opplæring, og at ingen ansatte kunne klandres.	
Rt. 2010 side 1608	Cruisefartøy skadet av isbre. Selskapene må være bevisst sitt ansvar som følger av slike operasjoner knyttet til sikkerheten for skip, mannskap og ikke minst passasjerer, og at dette gjennom planlegging og instrukser forebygger farlige situasjoner.	• Risikovurdering og risikotilpassede tiltak
Rt. 2011 side 1738	Offentlig og lovpålagt opplæring gjennomført uten selskapets på- eller medvirkning er ikke tilstrekkelig. Det forelå således ingen avgjørende instruksjoner av betydning for å hindre regelbruddene.	• Instruksen må være klar og tydelig • Konkret pålegg teller mer en generell instruks • Mistanke bør foranledige ekstraordinære tiltak • Instruksene må gjøres kjent for ansatte • Avdekkingsrutiner
Rt. 2012 side 770	Selv om bedriftens HMS-system i utgangspunktet var tilfredsstillende, var det ikke godt nok til å forhindre at de straffbare forhold ikke ble avdekket - systemsvikt. Forsvareren etterlyste en konkretisering av hva man konkret skulle ha gjort for å avverge ulykken.	• Risikovurdering/kartlegging og risikotilpassede tiltak • Det må gjennomføres opplæring • Tydelige roller og ansvarsområder
Rt. 2013 side 1025	Norconsult – frikjent. Mot dette ble det uttalt at selskapet ikke hadde forebygget korrupsjonshandlingene tilstrekkelig. Retten uttalte at det var særlig viktig at ledelsen klargjorde og kommuniserte at ingen form for korrupsjon var akseptabel.	• Manglende retningslinjer, instrukser • Manglende opplæring • Kontroll og oppfølging

© 2016 PwC. Med enerett. I denne sammenheng refererer "PwC" seg til PricewaterhouseCoopers AS, Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS, PricewaterhouseCoopers Accounting AS og PricewaterhouseCoopers Skatterådgivere AS som alle er separate juridiske enheter og uavhengige medlemsfirmaer i PricewaterhouseCoopers International Limited.