

# Soft law och reglering av hållbarhet: rättsteoretiska bidrag till diskursen om företagsstyrning och hållbarhet

MAURO ZAMBONI\* OCH JORI MUNUKKA\*\*

*"Alea iacta est."  
(Julius Caesar, 10 januari 49 f.Kr.)*

## 1. Inledning

Den första reaktion som uppsatstiteln väcker hos läsaren är säkert vad rättsteori kan ha att göra med företags relationer till hållbarhet. Frågan är berättigad. En del av rättsteorin behandlar ganska abstrakta frågor, t.ex. rättens natur eller de konstituerande elementen för gällande rätt.<sup>1</sup> Men en annan inriktning av rättsteorin sysslar med företeelser som är mera handgripliga, sådana som kan inverka på bl.a. företagens vardagliga drift. Denna inriktning syftar till att uppställa observationsbaserade generella modeller över hur rätten och aktörer som företag eller jurister beter sig, vilka problem som beteendena kan skapa, och sträva efter att erbjuda strategiska lösningar.

\* Professor i allmän rättslära, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

\*\* Professor i civilrätt, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Se James Penner & Emmanuel Melissaris, i McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence, 2012, femte upplagan, Oxford: Oxford University Press, s. 1, och Michael Freeman, Lloyd's Introduction to Jurisprudence, 2001, sjunde upplagan, London: Sweet & Maxwell Ltd, s. 3. Se även William Twining, Talk about Realism, 60 New York University Law Review s. 333–335 (1985). Se även Ralf Dreier & Robert Alexy, The Concept of Jurisprudence, 3 Ratio Juris, s. 1–3 (1990). I detta arbete är rättsteori synonymt med allmän rättslära och rättsfilosofi. Se Jeffrie G. Murphy & Jules. L. Coleman, The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence, 1984, Totowa: Rowman-Allenheld, s. 1; och Göran Lambertz, Nyttig och onyttig rättsvetenskap, 2002 Svensk Juristtidning s. 265 (2002). Men se Mark Van Hoecke, Jurisprudence, i C. B. Gray (ed.), The Philosophy of Law: An Encyclopedia, 1999, New York: Garland Publishing, s. 449.

Lösningarna kan befatta sig med övergripande frågor som vilken riktning lagstiftningen bör ta eller vilka intressen som bör skyddas för att nå de bästa resultaten.<sup>2</sup> Som Mark van Hoecke beskriver det:

”Legal theory has both a theoretical and a practical goal. On one hand it answers a theoretical need by explaining the phenomenon of law and by reducing its complexity through a globalizing, systemic approach. On the other hand, legal theory answers practical needs in that it helps to improve the methodology of legal technique and legal practice”.<sup>3</sup>

Denna inriktning hos rättsteorin har traditionellt haft mycket starka band med associationsrätten, ett privilegierat rättsområde där nya idéer och framtida utveckling kan hittas och utvecklas. Från förr har vi till exempel Herbert L. A. Hart, med hans analys av vad det juridiska begreppet ”corporation” motsvarade i verkligheten, eller Max Weber, som identifierade ”corporation” som den juridiska konstruktion (i synnerhet med begränsat ägaransvar), som utgjort den viktigaste faktorn för födelsen och utvecklingen av den kapitalistiska form av ekonomi som vi har på det västra halvklotet.<sup>4</sup> Nuförtiden behandlar denna del av rättsteorin, inspirerad av vad som händer inom associationsrätt och företagsstyrning, frågor som hur företagens sociala ansvar, hållbarhet och rättens globalisering påverkar idén om vad som är den ”riktiga” rätten, vilka normativa kriterier som vi ska använda för att identifiera den gällande rätten, och skilja denna (eller inte skilja denna) från s.k. soft law, dvs. normer som verkar handlingsstyrande

<sup>2</sup> Enligt Herbert L. A. Hart är rättsteori ”to give an explanatory and clarifying account of law as a complex of social and political institutions with a self rule-governed (and in that sense ‘normative’) aspect”. Herbert L. A. Hart, *Postscript*, i H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1994, andra upplagan, Oxford: Clarendon Press, s. 239. Se även Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, 2002, Aldershot: Ashgate Publishing, s. 320. Men se Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, 1997, Cambridge: Harvard University Press, kap. 2.

<sup>3</sup> Mark Van Hoecke, *Jurisprudence*, s. 460. Se även Ota Wienberger, *The Norm as Thought And as Reality*, i N. MacCormick & O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, 1986, Dordrecht: Springer Science+Business Media, s. 44 (”A legal theory which aims to achieve knowledge of the legal phenomenon – and not to remain at a standstill purveying schemata for logical relations in possible systems – has to study the real existence of the normative system in its social reality. Legal science without consideration of social reality – which corresponds to the existential aspect of the norm – is thus unthinkable.”).

<sup>4</sup> Se t.ex. Herbert L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, i H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, Oxford: Clarendon Press, s. 27–40; Max Weber, *Economy and Society – An Outline of Interpretive Sociology*, 1978, Berkeley: University of California Press, s. 720–725; eller Eric W. Orts, *Business Persons: A Legal Theory of The Firm*, 2013, Oxford: Oxford University Press, s. 9–20. Se även Brian R. Cheffins, *The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship*, 63 *The Cambridge Law Journal* s. 478–504 (2004); och Richard Swedberg, *Max Weber and the Idea of Economic Sociology*, 1998, Princeton: Princeton University Press, s. 102.

utan att vara bindande i strikt mening, kort sagt allehanda fenomen som påverkar rättsliga rådgivares dagliga arbete.<sup>5</sup>

Soft law är centralt i den rättsteoretiska inriktningen, och så även i denna uppsats. Soft law innefattar här en bred variation av frivilliga koder som är icke-formellt och icke-direkt rättsligt bindande regleringar som tillskapas av privata och offentliga aktörer, som av olika skäl accepteras av de stora företagen, såsom företagsstyrningskoder ("corporate governance codes") eller uppförandekoder ("codes of conduct"). Till soft law hör även principkodifikationer, "restatements", modellagar ("model laws") och riktlinjer om "best practices" samt standarder.<sup>6</sup>

Tanken med denna uppsats är att presentera två exempel på att rättsteori kan bidra till att tydliggöra den juridiska diskursen om företagsreglering i en globaliserad och globaliserande värld. I synnerhet kan rättsteori bidra genom att erbjuda associationsrättsligt inriktade jurister en bättre bild och förhoppningsvis några möjliga lösningar när det gäller inträdet av element som åtminstone tills nyligen har varit ganska främmande i relation till

<sup>5</sup> Se Francis Snyder, *The effectiveness of European community law: Institutions, processes, tools and techniques*, 56 *Modern Law Review* s. 32 (1993); och Larry Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, *ILSA Journal of International & Comparative Law* s. 5 (2008). Se t.ex. Peer Zumbansen, *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism*, 21 *Transnational Law and Contemporary Problems* s. 314 (2012); Larry Catá Backer, *Private Governance, Soft Law, and the Construction of Polycentric Networks for the Regulation of Transnational Corporations*, 17 *Indiana Journal of Global Legal Studies* s. 101–166 (2011); Bryan Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21 st Century: Debates, Models and Practices Across Government, Law and Business*, 2010, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 169; eller David A. Skeel, Jr., *An Evolutionary Theory of Corporate Law and Corporate Bankruptcy*, 51 *Vanderbilt Law Review* s. 1350–1353 (1998). Skillnaden mellan hard law och soft law ska inte karakteriseras i binära termer, dvs. bindande mot icke-bindande, utan mer som ett kontinuum, se Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization* s. 422 (2000); Christine Chinkin, *Normative Development in the International Legal System*, i D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, 2003, Oxford: Oxford University Press, s. 32; och Gregory C. Shaffer & Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, 94 *Minnesota Law Review* s. 712–717 (2010). Se även Gunther Teubner, *Breaking Frames Economic Globalization and the Emergence of 'lex mercatoria'*, 5 *European Journal of Social Theory* s. 208–210 (2002) (om soft laws rättsliga natur); Mary Stokes, *Company Law and Legal Theory*, i W. Twining (ed.), *Legal Theory and Common Law*, 1986, Oxford: Basil Blackwell, s. 155–183; och Brian R. Cheffins, *Using Theory to Study Law: A Company Law Perspective*, 58 *The Cambridge Law Journal* s. 208–213 (1999). Med rättsliga rådgivare o.likn. uttryck avses i denna uppsats inte bara in-house bolagsjurister, utan alla professionella jurister som primärt opererar inom eller för företag, t.ex. advokater.

<sup>6</sup> Se Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, s. 20–26.

företagandets grundläggande idéer, nämligen strävan att nå ekonomiska mål (fr.a. vinstintresset) inom ramen för rättsliga gränser (t.ex. minoritetsskyddet och borgenärsskyddet).<sup>7</sup> Uppsatsen kommer ägna uppmärksamhet åt varför soft law har blivit ett av de viktigaste regleringsverktygen inom bolagsregleringen, särskilt på en gränsöverskridande nivå, och varför soft law alltjämt bör behållas som det primära regleringsverktyget, särskilt när det gäller regleringen av företagens sociala ansvar, dvs. *corporate social responsibility* (CSR).<sup>8</sup>

Inledningsvis skissas den svåra situation som juridiska bolagsrådgivare och andra bolagsaktörer kan befinna sig i sitt dagliga arbete, pressade mellan olika krafter och värdesystem, som patetiska prickar i enlighet med Lawrence Lessigs teori. Därefter presenteras hur denna situation har uppmuntrat bolagsaktörerna att utveckla soft law som ett verktyg för att reglera när bolag tvingas konfrontera nya krafter i form av en mer "social" orienterad verksamhet. Avslutningsvis diskuteras vad som kan vara den bästa normgivningstekniska strategin som beslutsfattare bör anamma för att reglera denna extremt komplicerade miljö där marknadshänsyn, socio-etiska hänsyn och rättsliga hänsyn ofta kommer i konflikt med varandra.

<sup>7</sup> Se Lyman P. Q. Johnson, *Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility: Corporate Personhood*, 35 *Seattle University Law Review* s. 1138 (2012). ("law and legal theory not only dynamically reflect but also shape the larger social and ethical terrain in which corporations function and in which discussions about 'responsible' corporate conduct take place"). Se t.ex. Kent Greenfield, *There's a forest in those trees: Teaching about the role of corporations in society*, 34 *Georgia Law Review* s. 1011–1024 (2000); eller Kellye Y. Testy, *Capitalism and Freedom – For Whom? Feminist Legal Theory and Progressive Corporate Law*, 67 *Law and Contemporary Problems* s. 87–108 (2004).

<sup>8</sup> För den definition av CSR som används i denna artikel, se Muel Kaptein & Johan Wempe, *Ethical Criteria for Corporations*, i M. Kaptein & J. Wempe, *The Balanced Company: A Theory of Corporate Integrity*, 2002, Oxford: Oxford University Press, s. 228 (där CSR definieras som en strävan av företaget att balansera och tillfredsställa den s.k. "Triple Bottom Line", dvs. vinst [ekonomiska krav], människor [sociala krav] och planeten [miljökrav]); Marcelt van Marrewijk, *Concepts and Definitions of CSR and Corporate Sustainability: Between Agency and Communion*, 44 *Journal of Business Ethics* s. 101 (2003); och United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Disclosure of the Impact of Corporations on Society: Current Trends and Issues*, 2004, Geneva: United Nations Publication, s. 4, tillgänglig vid [https://unctad.org/en/Docs/iteteb20037\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/iteteb20037_en.pdf) (där CSR definieras som "actions whereby enterprises integrate societal concerns into their business policies and operations, including environmental, economic and social concerns"). Se även Alexander Dahlsrud, *How Corporate Social Responsibility is Defined: an Analysis of 37 Definitions*, 15 *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* s. 5 (2008) (med en mer elaborerad inventering av de komponenter som återkommande anförs vid beskrivningar av CSR). Men se Jonas Feller, *CSR Strategies in International Business – Concepts and Theories for a Competitive Edge*, 2016, Hamburg: Anchor Academic Publishing, s. 20–33 (om skillnaden i litteraturen mellan en "global CSR" och en "lokal CSR").

## 2. Bolagsrådgivare som ”patetiska prickar”

I slutet av 1990-talet utvecklade Lessig teorin om ”patetiska prickar” (”pathetic dots theory” eller ”New Chicago School Theory”).<sup>9</sup> Detta är en socioekonomisk teori om reglering och den bygger på tanken att aktörerna är ”patetiska prickar” i ett samhälle (åtminstone i samhällen av västerländsk typ) som styrs av fyra krafter, dvs. fyra system som tvingar dig till vissa typer av beteenden, oavsett om du tycker att det är bra eller inte. Dessa krafter är rätten (genom att hota med sanktioner), de sociala normerna (dvs. modeller av beteenden som tillämpas av samhället, bland vilka man kan inkludera CSR), marknaden (genom ekonomiska mekanismer för försörjning, krav och vinster), och ”arkitekturen”.<sup>10</sup> Lessig beskriver att summan av krafter leder en individ att bete sig eller agera på ett visst sätt.<sup>11</sup>

Den fjärde kraften, arkitekturen, är ”den fysiska världen som vi hittar den, även om ’som vi hittar den’ helt enkelt är hur den redan har gjorts”, som Lessig definierar den. Den är fakta som biologi (t.ex. vi blir gamla), teknik (t.ex. vi kan inte, ännu, kolonisera månen) eller geografi (t.ex. vissa länder saknar vissa naturresurser som olja).<sup>12</sup> Med andra ord, är ”arkitektur” strukturella fysiska och tekniska ramverk.<sup>13</sup> Denna uppsats kommer

<sup>9</sup> Se Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999, New York; Basic Books, s. 87–88 och kap. 7; Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 *Harvard Law Review* s. 507–514 (1999); Lawrence Lessig, *Code – Version 2.0*, 2006, New York: Basic Book, s. 340–345; och Andrew D. Murray, *Internet regulation*, i D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, 2011, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 272–274 (för en sammanfattande bild av Lessigs teori). Se även Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 *The Journal of Legal Studies* s. 661–691 (1998).

<sup>10</sup> Se Lessig, *The Law of the Horse*, s. 507–508; och Lawrence Lessig, *Architecting for Control*, 2000, s. 4, tillgänglig på <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/camkey.pdf>. Se även Lessig, *Code – Version 2.0*, s. 123 (”Thus, four constraints regulate this pathetic dot – the law, social norms, the market, and architecture – and the ’regulation’ of this dot is the sum of these four constraints”); Lessig, *The New Chicago School*, s. 662–663; och Bart Jansen, *Towards a Hermeneutics of Pathetic Dots: Finding the Gap Between Law and Reality*, 34 *Yuridika* s. 421–425 (2019). Se t.ex. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, s. 93–94. Men se Andrew D. Murray, *Conceptualising the post-regulatory (cyber)state*, i R. Brownsword & K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies Legal: Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, 2008, Oxford: Hart Publishing, s. 301–302 (som ifrågasätter själva naturen av passiva ”patetiska prickar” av aktörer som befinner sig mellan sådana institutionella krafter).

<sup>11</sup> Lessig, *The New Chicago School*, s. 663.

<sup>12</sup> Lessig, *The Law of the Horse*, s. 507 (kursiv i original) [vår översättning]. Se även Lessig, *The New Chicago School*, s. 663; och Lessig, *Code – Version 2.0*, s. 24 (där Lessig poängterar att trots att ”arkitekturen” tenderar att vara utanför juridiska och politiska aktörers kontroll de ändå kan välja att agera i den ”arkitektur” som är mer fördelaktig för deras ändamål).

<sup>13</sup> Se Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, s. 88 (”architectures constrain through the physical burdens they impose”). Se t.ex. Lessig, *The Law of the Horse*, s. 508–509.

inte att befatta sig med arkitekturen i någon större utsträckning eftersom arkitekturen är ett "fält" som bolagsaktörer, däribland juridiska rådgivare, inte ens i förening kan påverka i samma utsträckning som de kan göra med de tre övriga krafterna, dvs. marknaden, de sociala normerna och rätten. En annan anledning till att här bortse från arkitekturen är att den inte har något normativt innehåll, den berättar inte för aktörer vad de *borde* göra, utan endast vad de rent fysiskt *kan* göra.<sup>14</sup> Arkitekturen är alltså styrande men den saknar medvetenhet.

Teorin har tillämpats av Lessig (och andra) främst på regleringen av Internet och cyberrymden.<sup>15</sup> Men samma teori kan appliceras för att åskådliggöra den situation som bolagsaktörer, och inte minst juridiska bolagsrådgivare, befinner sig i. Jurister anställs eller anlitas av bolag som rättsliga experter, vilket betyder att de förväntas hjälpa bolaget i juridiska frågor, och de måste hjälpa bolaget att efterleva dogmer eller paradigmer som reglerar den

<sup>14</sup> Se Lessig, *Architecting for Control*, s. 3 ("Architecture regulates behavior; its constraints are simultaneous; but its constraints get enforced not through the will of the state, or through the will of a community. Its constraints get enforced through the physical power of a context, or environment") och Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, s. 89. Se även Roger Brownsword, *Crimes Against Humanity, Simple Crime, and Human Dignity*, i B. van Beers, L. Corrias & W. Werner (eds.), *Humanity across International Law and Biolaw*, 2014, Cambridge: Cambridge University Press, s. 98 (som talar om arkitektur som ramverk av "[icke-normativ] genomförbarhet eller möjlighet"). Jämför Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, tredje upplagan, 2012, Oxford: Oxford University Press, s. 193–200 (där enligt Harts teori om "minimum content of natural law" vissa fysiska begränsningar, eller "arkitektur" i Lessigs teori, har en direkt normativ relevans genom att "tvinga" rättsordningar att erkänna [och reglera] dessa begränsningar om rättsordningarna ska kunna godtas som "gällande rättsordningar").

<sup>15</sup> Se Lessig, *Code – Version 2.0*, s. 61–80. Se t.ex. Andrew Murray, *Information Technology Law: The Law and Society*, tredje upplagan, 2016, Oxford: Oxford University Press, s. 68–71; Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet – And How to Stop It*, 2008, New Haven: Yale University Press, s. 104–105; eller Andrew Murray & Colin Scott, *Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power*, 65 *Modern Law Review* s. 491–516 (även om terminologin avviker från den i Lessigs teori). Se även Lessig, *Code – Version 2.0*, s. 122–123 och s. 131–132 (där Lessig tillämpar denna teori till icke cyberrelaterade fenomen, som reglering av narkotikabruk, cigarettrökning och abort); och Tineke Lambooy, Martine Bosman, Aikaterini Argyrou, Bart Jansen, Setara Begum & Ayub Nabi Kahn, *The Regulatory Ecology of two severe Sustainability Hot Spots in the product life cycles of a pair of jeans and a T-shirt*, 2019, Oslo: Sustainable Market Actors for Responsible Trade (SMART), s. 20–22, tillgänglig på <https://www.smart.uio.no/publications/reports/d3.3smartreportregulatoryecologyjeanst-shirt4.4.2019.pdf> (där Lessigs teori tillämpas på reglering av ekologi); eller Martine Bosman, Aikaterina Argyrou, Tineke Lambooy & Sam Solaimani, *Gender (in)equality in the Bangladeshi ready-made garment sector*, 13 *International and Comparative Corporate Law Journal* s. 12 (2018), tillgänglig på <https://www.smart.uio.no/publications/bosman-argyrou-gender-inequality-bangl-garment.pdf> (för en tillämpning av teorin om "patetiska prickar" på könsdiskriminering).

juridiska diskursen.<sup>16</sup> Men både bolaget och de jurister som arbetar inom eller för dem lever inte i ett ”juridiskt tomrum”, i en värld där man löser alla problem och gör alla nöjda genom att följa rätten och dess regler. Bolag är i första hand ekonomiska aktörer och därför är deras primära uppgift att nå ekonomiska mål (att åstadkomma vinst, och helst öka denna) genom att följa ekonomiska dogmer (t.ex. genom att utveckla nya finansiella instrument som är gynnsamma för bolagens skatteplanering eller risktagande).<sup>17</sup> Dessutom är företag verksamma på marknaden, som i sin tur är en del av en större struktur, dvs. ett eller flera samhällen, vilka i sin tur lägger vissa uppgifter på bolag och jurister som ofta står i konflikt med deras respektive ekonomiska och rättsliga ändamål (t.ex. implementeringar av rättigheter till arbetarna, oavsett om dessa är lagfästa eller inte).<sup>18</sup>

Teorin om ”patetiska prickar” är inte avsedd att ha en negativ klang. Tvärtom, den signalerar att vi måste ha förståelse för svårigheterna att

<sup>16</sup> Se Milton C. Jr. Regan, *Professional Responsibility and the Corporate Lawyer*, 13 *Georgetown Journal of Legal Ethics* s. 207 (2000); och Robert L. Nelson & Laura Beth Nielsen, *Cops, Counsel, and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations*, 34 *Law & Society Review* s. 463–464 (2000) (vilka beskriver en roll hos företagsjuridiska rådgivare vara ”polis”). Se även Robert W. Gordon, *Legal Thought and Legal Practice in the Age of American Enterprise*, i G. Geison (ed.), *Professions and Professional Ideologies in America*, 1983, Chapel Hill: University of North Carolina Press, s. 78–79.

<sup>17</sup> Se Nelson & Nielsen, *Cops, Counsel, and Entrepreneurs*, s. 464–468 (under beteckningarna ”entreprenör” och ”rådgivare”). Se t.ex. Prashant Dubey & Eva Kripalani, *The Generalist Counsel: How Leading General Counsel are Shaping Tomorrow’s Companies*, 2013, Oxford: Oxford University Press, s. 66–67; eller David Segal, *What They Don’t Teach Law Students: Lawyering*, 2011, *The New York Times*, 19 November 2011, <https://www.nytimes.com/2011/11/20/business/after-law-school-associates-learn-to-be-lawyers.html?adxnnl> (”To succeed in this environment, graduates will need entrepreneurial skills, management ability and some expertise in landing clients. They will need to know less about Contracts and more about contracts”).

<sup>18</sup> Se Susan Hackett, *Inside Out: An Examination of Demographic Trends in the In-House Profession*, 44 *Arizona Law Review* s. 616–617 (2002). Se även Regan, *Professional Responsibility and the Corporate Lawyer*, s. 207 (”Performance of this quasi-public role means that lawyers at times may have to prevail upon their clients to forbear from exploiting every possible legal advantage, for the sake of both the client’s long-term interest and that of society as a whole”); och Joan Loughrey, *Corporate Lawyers and Corporate Governance*, 2011, Cambridge: Cambridge University Press, s. 56–62. Se t.ex. Larry E. Ribstein, *Ethical Rules, Agency Costs, and Law Firm Structure*, 84 *Virginia Law Review* s. 1739 (1998). Om idén om ”extended corporate citizenship” där företag intar en kvasi-statlig roll genom att tillhandahålla, möjliggöra och kanalisera medborgares grundläggande liberala rättigheter, se Dirk Matten & Andrew Crane, *Corporate Citizenship: Toward an Extended Theoretical Conceptualization*, 30 *Academy of Management Review* s. 166–179 (2005). Matten, D., & Crane, A. (2005). *Corporate citizenship: Toward an extended theoretical conceptualization*. *Academy of Management Review*, 30, 166–179.

balansera mellan olika (och ofta motstridiga) typer av rationalitet.<sup>19</sup> I denna mening är läget för bolagsrådgivare kvintessensen av den roll som jurister i det moderna samhället spelar: de försöker navigera bland starka normativa krafter (dvs. krafter som talar om för dem vad de bör göra). Samtidigt som de ska upprätthålla sitt uppdrag som jurister och respektera rättens kraft, tvingas de att observera sociala normers kraft, dvs. vissa grundläggande samhällsregler, och göra båda dessa med iakttagande av marknadens kraft på ett sätt som är ekonomiskt gynnsamt.<sup>20</sup>

### 3. Soft law som prefererad normtyp

Soft law har varit ett viktigt verktyg för normutvecklingen på många områden. Uppkomsten av krav på CSR medför ofrånkomligen att åtskilliga företag, inte minst stora och gränsöverskridande, konfronteras med en ny normativ verklighet som ligger utanför den strikt ekonomiska diskursen att maximera vinsten och den tidigare juridiska diskursens fullständiga uppbackning av denna.<sup>21</sup> Politiska ekonomer beskriver soft law som en kultur

<sup>19</sup> Se Nelson & Nielsen, *Cops, Counsel, and Entrepreneurs*, s. 489–490. Se även Paul D. Paton, *Lawyers in organizational settings: corporate counsel*, i A. Woolley, R. Devlin & B. Cotter (eds.), *Lawyers' Ethics and Professional Regulation*, tredje upplagan, 2017, Toronto: LexisNexis, s. 486–487. Se t.ex. Mary C. Daly, *The Cultural, Ethical and Legal Challenges in Lawyering for a Global Organization: The Role of the General Counsel*, 46 *Emory Law Journal* s. 1068–1089 (1997).

<sup>20</sup> Se Richard Moorhead, Steven Vaughan & Cristina Godinho, *In-House Lawyers' Ethics: Institutional Logics, Legal Risk and the Tournament of Influence*, 2019, Oxford: Hart Publishing, s. 46–69; och Loughrey, *Corporate Lawyers and Corporate Governance*, s. 49–56. Se t.ex. Sung Hui Kim, *The Ethics of In-House Practice*, i L. Mather & L. Levin (eds.), *Lawyers in Practice: Ethical Decision Making in Context*, 2012, Chicago: The Chicago University Press, s. 199–200. Se även Jan M. Broekman & Larry Catá Backer, *Legal Theory and Semiotics: Semiotics, Theory and Practice of Law*, i J. M. Broekman & L. C. Backer, *Lawyers Making Meaning: The Semiotics of Law in Legal Education II*, 2013, Dordrecht: Springer, s. 109 (där juristernas huvuduppgift sammanfattas i ”att göra rätten anpassad till flera samhällsförhållanden” [vår översättning]).

<sup>21</sup> Begreppet soft law kan betraktas från ett juridiskt perspektiv som en paraplydefinition eftersom det i större utsträckning än för begreppet hard law är ett terminologiskt tak under vilket olika typer av förordningar införs: uppförandekod, bolagsstyrningskoder, rekommendationer eller expertstandarder, bara för att nämna några av dem. Se Sylvia I. Karlsson-Vinkhuyzen, *Global Regulation through a Diversity of Norms: Comparing Hard and Soft Law*, i D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation*, s. 606–607. Se även Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, s. 5; och Peer Zumbansen, *The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law*, 13 *Indiana Journal of Global Legal Studies* s. 290 (2006). I synnerhet omfattar soft law här alla typer av normeringar som på grund av sin legitimitet, effektiviteten i sitt sanktionssystem och acceptansen hos de stora aktörerna på området på något sätt tenderar att uppfattas och tillämpas som bindande av aktörerna på området trots avsaknad av



eller informella regler med egen förståelse.<sup>22</sup> Soft law kan också beskrivas vara en domän för "strategiska interaktioner" mellan de institutionella aktörer (och deras respektive diskurser eller, i Lessigs terminologi, regleringsformer) som befolkar ett visst socialt, politiskt eller ekonomiskt sammanhang. Medan hard law domineras av påtvingandet av en viss beteendemodell på aktörerna, är soft law som en marknad där aktörer utväxlar vissa beteenden (t.ex. att inrätta en företagspolicy eller efterleva en uppförandekod) mot vissa beteenden från övriga aktörer (t.ex. att undvika svartlistning).<sup>23</sup>

Det bör noteras att det inte är soft law som orsakat det besvärliga läget för bolagsaktörerna, utan det är verkligheten som tvingat de patetiska prickarna att hitta ett alternativt verktyg. Soft law har alltså inte skapat problemen, utan har tvärtom varit ett instrument som möjliggjort någon grad av harmoni mellan krafterna som annars skulle ha kolliderat kraftigare och skapat en mera problematisk situation för aktörerna, och inte minst juristerna.<sup>24</sup>

omedelbar och formellt bindande karaktär som lagstiftning. Se Karel C. Wellens & Gustaaf M. Borchart, *Soft Law in European Community Law*, 14 *European Law Review* s. 274 (1989); Jessika van der Sluijs, *The Infrastructure of Normative Legitimacy in Domestic Soft Law – Sketching the Field*, 62 *Scandinavian Studies in Law* s. 248–257 (2016); och John Cerone, *A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition*, i J. Cerone (ed.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, 2016, Oxford: Oxford University Press, s. 17–18. Se t.ex. Gunther Teubner, *The Corporate Codes of Multinationals: Company Constitutions beyond Corporate Governance and Co-determination*, i R. Nickel (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, 2009, Oxford: Hart Publishing, s. 261–276. Se även Henry Hansmann & Reiner Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown Law Journal* s. 455 (2001). Ett av många uttryck för vinstparadigmet är 3 kap. 3 § aktiebolagslagen (2005:551): I bolagsordningen måste anges om bolagets syfte helt eller delvis är ett annat än att bereda aktieägarna vinst, varför en vinstpresumtion följer av regelsystemet.

<sup>22</sup> Peter A. Hall & David Sosike, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, i P. A. Hall & D. Sosike (eds.), *Varieties of Capitalism – The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, 2001, Oxford: Oxford University Press, s. 13.

<sup>23</sup> Se Hall & Sosike, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, s. 5–6.

<sup>24</sup> Se John J. Kirton & Michael J. Trebilcock, *Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance*, i J. J. Kirton & M. J. Trebilcock (eds.), *Hard choices, soft law: Voluntary standards in global trade, Environment and social governance*, 2004, Aldershot: Ashgate, s. 5 ("The experience thus far suggests that the soft law approach offers many advantages: timely action when governments are stalemated; bottom-up initiatives that bring additional legitimacy, expertise, and other resources for making and enforcing new norms and standards; and an effective means for direct civil society participation in global governance"); Graf-Peter Calliess & Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, 2010, Oxford: Hart Publishing, s. 123–134; Calliess, Graf-Peter, and Peer Zumbansen. 2010. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Hart Monographs in Transnational and International Law. Oxford: Hart Publishing Abbott & Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, s. 423; och Dinah Shelton, *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law'*, i D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance*, s. 10–13. Se även Carl Josefsson, *Lagstiftning eller självreglering? Olika aspekter på frågan om när*

Det som särskilt orsakat situationen är den sociala diskursens krav (eller de sociala normerna, enligt Lessigs teori). Uppkomsten av dessa har placerat bolagsaktörerna i ett patetiskt prick-läge. Historiska och institutionella skäl har legat bakom den ekonomiska diskursens dominans inom företagandets regelverk (eller "market modality", i Lessigs kategorisering av regleringsformer).<sup>25</sup> Bolagsrättsforskare har uppfattat det som att pedagogiska förklaringar av bolaget har tillmätts normativitet.

"These economic models of the firm as an agency relationship or a nexus of contracts are meant to be descriptive and explanatory, but are frequently used as a normative argument to guide regulation".<sup>26</sup>

Lagstiftaren har haft svårt att hantera konflikten mellan vinstmaximering och de krav på större socialt ansvarstagande som har stöd hos stora delar av befolkningen, och därmed hos stora delar av väljarkåren.<sup>27</sup> Detta har

och hur lagstiftningsinstrumentet bör användas, 86 *Svensk Juristtidning* s. 217 (2001). Se t.ex. Calliess & Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code*, s. 181–247; eller Wolfgang H. Reinicke & Jan Martin Witte, *Challenges to the International Legal System Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords*, i Shelton (ed.), *Commitment and Compliance*, s. 90–97.

<sup>25</sup> Se Beate Sjäffell, Andrew Johnston, Linn Anker-Sørensen & David Millon, *Shareholder Primacy: The Main Barrier to Sustainable Companies*, i B. Sjäffell & B. J. Richardson (eds.), *Company Law and Sustainability: Legal Barriers and Opportunities*, 2015, Cambridge: Cambridge University Press, p. 82 ("Mainstream company law and corporate governance debates are dominated by law-and-economics thinking, which rests on simplified economic assumptions that can and have been questioned."); Ron Harris, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, 63 *Washington and Lee Law Review* s. 1421–1478 (2007); och Adolf A. Berle, Jr. & Means C. Gardiner, *Modern Corporation and Private Property*, 1933, New York: Macmillan, s. 2. Se t.ex. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, Cambridge: Harvard University Press, s. 8–15; eller Lorraine Talbot, *Progressive Corporate Governance for the 21st Century*, 2012, London: Routledge, s. 153–167 (även om Talbot begränsar det neoliberal ekonomiska tänkandets dominans över bolagsstyrningen till de senaste 50 åren). Se även Melvin A. Eisenberg, *Corporate Law and Social Norms*, 99 *Columbia Law Review* s. 1253–1254 (1999); Spencer Weber Waller, *The Language of Law and the Language of Business*, 52 *Case Western Reserve Law Review* s. 292–316 (2001); Teemu Ruskola, *What Is a Corporation? Liberal, Confucian, and Socialist Theories of Enterprise Organization (and State, Family, and Personhood)*, 37 *Seattle University Law Review* s. 640 (2014) (om hur denna dominans har medfört att rättsteoretisk analys av företagande främst måste förhålla sig till ekonomiska teorier om företag); och Orts, *Business Persons*, s. 28–51 (för en allmän kritik mot dominansen av den ekonomiska diskursen om entiteten "the firm", som är först och främst en juridisk konstruktion).

<sup>26</sup> Sjäffell, Johnston, Anker-Sørensen & Millon, *Shareholder Primacy*, s. 85.

<sup>27</sup> Se Doreen McBarnet, *Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, for Law: The New Corporate Accountability*, i D. McBarnet, A. Voiculescu & T. Campbell (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and The Law*, 2007, Cambridge: Cambridge University Press, s. 9–33; och Gunther Teubner, *Corporate*

resultat i hard law-lösningar, som juridifierar den sociala diskursen, och marknadens vinstmaximeringssträvanden har kunnat fortsätta som förr, men nu med inbyggda rättsliga begränsningar.<sup>28</sup> Inom EU märks juridifieringen genom införandet av krav på större bolag och företag i den finansiella tjänstesektorn om hållbarhetsrapportering, som ska omfatta miljöfrågor, sociala förhållanden, personal, respekt för mänskliga rättigheter och motverkande av korruption.<sup>29</sup>

Den traditionella juridifieringen fungerar på hemmaplan i det gamla nationalstatliga systemet, men nu har vi samma problem på det globala

Fiduciary Duties and Their Beneficiaries: A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility, i K. J. Hopt & G. Teubner (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility*, 1984, Berlin: Walter De Gruyter, s. 159–160 och s. 165–166. Se t.ex. Callies & Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code*, s. 214. Se även David Sciulli, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, 2001, New York: New York University Press, s. 71–73; och Peter H. Schuck, *Limits of Law: Essays On Democratic Governance*, 2018, London: Routledge, s. 453. Jämför Kod för svensk bolagsstyrning, gällande per den 1 januari 2020, s. 1: "Utformningen av reglerna för valberedningarna har varit föremål för diskussion, liksom styrelsens roll i bolagens hantering av hållbarhetsfrågor samt bolagets syfte. Kollegiet vill där framhålla att enligt aktiebolagslagen är, om inte annat anges i bolagsordningen, bolagets syfte att generera vinst till fördelning mellan aktieägarna. För att företagen ska ha frihet att bedriva sin verksamhet på bästa möjliga sätt för långsiktigt hållbart värdeskapande är det emellertid bolagens ansvar att tillse att förtroendet för verksamheten upprätthålls hos det omgivande samhället."

<sup>28</sup> Se Richard M. Buxbaum, *Juridification and Legitimation Problems in American Enterprise Law*, i G. Teubner, *Juridification of Social Spheres*, 1987, Berlin: De Gruyter, s. 263–264. Se även Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *Law and Society Review* s. 268 (1983); och Buhmann, K. (2018). *Power, Procedure, Participation and Legitimacy in Global Sustainability Norms*. London: Routledge, Karin Buhmann, *Power, Procedure, Participation and Legitimacy in Global Sustainability Norms*, 2018, London: Routledge, s. 37–38 (om den ökande juridifieringen av CSR).

<sup>29</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/95/EU av den 22 oktober 2014 om ändring av direktiv 2013/34/EU vad gäller vissa stora företags och koncerners tillhandahållande av icke-finansiell information och upplysningar om mångfaldspolicy. – Direktivet implementerades huvudsakligen genom ändringar i aktiebolagslagen (2005:551) jämte andra associationsformslagar, årsredovisningslagen (1995:1554) jämte andra årsredovisningslagar samt revisionslagen (1999:1079), se prop. 2015/16:193, *Företagens rapportering om hållbarhet och mångfaldspolicy*. – Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/2088 av den 27 november 2019 om hållbarhetsrelaterade upplysningar som ska lämnas inom den finansiella tjänstesektorn. – Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2020/852 av den 18 juni 2020 om inrättande av en ram för att underlätta hållbara investeringar och om ändring av förordning (EU) 2019/2088 – Se även kommissionens Riktlinjer för icke-finansiell rapportering (metod för rapportering av icke-finansiell information) C(2017) 4234 final, och Riktlinjer för icke-finansiell rapportering. Tilllägg avseende rapportering av klimatrelaterad information (2019/C 209/01). – Se vidare det senaste regleringsinitiativet, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, Final report, July 2020.

planet, där man saknar både en traditionell lagstiftare och en traditionell väljarkår.<sup>30</sup> Där existerar inte någon harmoni mellan krafterna, den sociala diskursen är inte tydligt uppbackad av den juridiska. Det saknas inte hard law-normer helt och hållet och det finns initiativ till universell nationell reglering,<sup>31</sup> men övervakningen är ofta svag.<sup>32</sup> Om marknadskrafterna är starka kan aktörerna välja att bortse från de rättsliga normer som saknar effektiva sanktioner.

<sup>30</sup> Se Colin Scott, Fabrizio Cafaggi & Linda Senden, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, 38 *Journal of Law and Society* s. 5 (2011); och Andreas Georg Scherer & Guido Palazzo, *Globalisation and Corporate Social Responsibility*, i A. Crane, D. Matten, A. McWilliams, J. Moon & D. S. Siegel (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, 2008, Oxford: Oxford University Press, s. 413–431. Se t.ex. Karin Buhmann, *Balancing Power Interests in Reflexive Law Public-Private CSR Schemes: The Global Compact and the EU's Multi-Stakeholder Forum on CSR*, i K. Buhmann, L. Roseberry & M. Morsing (eds.), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities: Global, Legal and Management Perspectives*, 2011, Basingstoke: Palgrave Macmillan, s. 80 (där författaren talar om "extra parliamentary norm-creating structures"). Se även Horrigan, *Corporate Social Responsibility in the 21st Century*, s. 3–4; och Julia M. Ptaschunder, *Intergenerational Equity: Corporate and Financial Leadership*, 2019, Cheltenham: Edward Elgar, s. 52–53 (där CSR i allmänhet betecknas som strukturellt karakteriserat av en lägre nivå av ansvarighet, eller "accountability", i förhållande till företagsexterna aktörer).

<sup>31</sup> Underkommissionen till FN:s människorättskommission, UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, avgav 2003 ett förslag till Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 August 2003, som emellertid aldrig kom att genomföras. Ett alltjämt aktuellt förslag är utkastet från FN-organet Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights (OEIGWG) till Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, Zero Draft 16.7.2018, vilket uppdaterats genom Revised Draft 16.7.2019.

<sup>32</sup> Se Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, 2006, Cambridge: Cambridge University Press, s. 62 (där författaren ger uttryck för en nutida tydlig "lack of an overarching legislature or enforcement mechanism" när man kommer till den internationella regleringen av transnationella företag). Se t.ex. Teun Jaspers, *Corporate Social Responsibility: A New Framework for International Standard Setting?*, i C. Ryngaert, E. J. Molenaar & S. Nouwen (eds.), *What's Wrong with International Law?: Liber Amicorum A. H. A. Soons*, 2015, Leiden: Brill Nijhoff, s. 195–196; eller Stéphanie Bijlmakers, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law*, 2018, London: Routledge, s. 26–29. Se även UN Secretary General, *Report of the Secretary General on the Realization of Economic, Social and Cultural Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/12 (July 2, 1996), para. 72 ("The global reach of [transnational corporations] is not matched by a coherent global system of accountability"). Se även Paul Krüger Andersen et al., *Response to the Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance by Nordic Company Law Scholars* (October 7, 2020). Nordic & European Company Law Working Paper No. 20-12, University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper No. 100, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3709762>.

Detta svåra läge för bolagsaktörerna, mitt emellan motstridiga värdesystem (rättens kraft, sociala krafter och marknadens kraft), har bidragit till att de juridiska aktörerna har varit mera välvilligt inställda till en ”mjuk” reglering än vad som annars skulle ha varit fallet.<sup>33</sup> Denna tolerans har troligen varit nödvändig med tanke på att soft law på något sätt ifrågasätter de mest grundläggande dogmerna i den västerländska juridiska diskursen, nämligen idén att antingen är rätten bindande eller så är det något annat än rätt, och idén att det som inte är erkänt som rätt är farliga element att behandla som om de vore bindande ur demokratiska och rättsstatliga perspektiv.<sup>34</sup>

På ena sidan är soft law ett mjukt regleringsverktyg. Det tillåter normgivarna att snabbare och mindre omständligt (åtminstone i förhållande

<sup>33</sup> Se Christopher J. Whelan & Neta Ziv, *Law Firm Ethics in the Shadow of Corporate Social Responsibility*, 26 *Georgetown Journal of Legal Ethics* s. 180–181 (2013); Christian Voegtlin & Nicola Pless, *Global Governance: CSR and the role of the UN Global Compact*, 122 *Journal of Business Ethics* s. 187 (2014); och Youseph Farah, *Towards a Multi-Directional Approach to Corporate Accountability*, i S. Michalowski (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, 2013, London: Routledge, s. 32. Se även Moritz Renner, *Death by Complexity – the Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society*, i P. F. Kjaer, G. Teubner & A. Febrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, 2011, Oxford: Hart Publishing, s. 107.

<sup>34</sup> Se Gunther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, i G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, 1997, Aldershot: Dartmouth, s. 21; Ulrika Mörth, *Introduction*, i U. Mörth (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, 2004, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 2; Alexander Scheuch, *Soft Law Requirements with Hard Law Effects? The Influence of CSR on Corporate Law from a German Perspective*, i J. du Plessis, U. Varottil & J. Veldman (eds.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, 2018, Cham: Springer, s. 214–215; och Seyla Benhabib, *Twilight of Sovereignty or the Emergence of Cosmopolitan Norms? Rethinking Citizenship in Volatile Times*, i H. D. Gautney, N. Smith, O. Dahbour & A. Dawson (eds.), *Democracy, States, and the Struggle for Social Justice*, 2009, Abingdon: Routledge, s. 88. Se även Craig M. Scott, *‘Transnational Law’ as Proto Concept: Three Conceptions*, 10 *German Law Journal* s. 875 (2009). Men se Ulrika Mörth, *Soft Regulation and Global Democracy*, i M.-L. Djelic & K. Sahlin-Andersson (eds.), *Transnational Governance*, 2006, Cambridge: Cambridge University Press, s. 119–138. Om kritiska röster som förnekar själva benämningen soft law och dess rättsliga relevans eftersom rätten måste vara bindande, se t.ex. Dinah Shelton, *International Law and “Relative Normativity”*, i M. D. Evans (ed.), *International Law*, andra upplagan, 2006, Oxford: Oxford University Press, s. 168 (“law does not have a sliding scale of bindingness”). Om den icke-universellt bindande karaktären av soft law, se även Alan E. Boyle, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, 48 *International and Comparative Law Quarterly* s. 901 (1999); Jan Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, 65 *Nordic Journal of International Law* s. 385 (1996); Christine M. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 *International and Comparative Law Quarterly* s. 862 (1989); Taudeusz Gruchalla-Wesierski, *A framework for Understanding “Soft Law”*, 37 *McGill Law Journal* s. 40 (1984); och Anna Di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, 54 *American Journal of Comparative Law* s. 499 (2006).

till de traditionella verktygen för hard law) anpassa sig till förändringar som sker i den yttre världen, förändringar som inte bara är beroende av marknadskrafter utan också av "sociala" uppfattningar om företagens beteenden.<sup>35</sup> Normgivarna är dessutom adressaterna, det är fråga om självreglering, även om också andra aktörer påverkar (t.ex. NGOs eller politiska partier).<sup>36</sup> I synnerhet är dessa två kvaliteter i kombination, flexibiliteten och självregleringen, något som tillåter företag och bolagsaktörer att anpassa sig till förändrade krav, utan att behöva överlämna regleringen av sin ekonomiska verksamhet till andra aktörer vars logik och värdesystem domineras av sådana icke-ekonomiska hänsyn, som skulle kunna äventyra globaliseringens ekonomiskt utjämnande goda effekter.<sup>37</sup>

På den andra sidan är soft law även "law". Detta betyder att det är ett regelverk som distanserar sig från icke-bindande sedvänjor eller bruk genom att erbjuda en viss grad av stadga: soft law i denna mening kommer till uttryck i dokument (som *codes of conduct*) som är en produkt av en

<sup>35</sup> Se Henry D. Gabriel, *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?*, 40 *Michigan Journal of International Law* s. 419 (2019); och David M. Trubek, Patrick Cottrell & Mark Nance, 'Soft Law', 'Hard Law', and EU Integration, i G. de Búrca & J. Scott (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, 2006, Oxford: Hart Publishing, s. 74. Se även Antoine Basile, *Reflection 7.1 – The power of soft law*, i K. Hamdani & L. Ruffing, *United Nations Centre on Transnational Corporations – Corporate Conduct and the Public Interest*, 2015, London: Routledge, s. 253; Roberta S. Karmel & Claire Kelly, *The Hardening of Soft Law in Securities Regulation*, 34 *Brooklyn Journal of International Law* s. 885 (2009); och Roger Brownsword & Morag Goodwin, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century: Text and Materials*, 2012, Cambridge: Cambridge University Press, s. 378, punkterna 4–6. Men se Günther F. Handl, Michael W. Reisman, Bruno Simma, Pierre Marie Dupuy & Christine Chinkin, *A hard look at soft law*, i *Proceedings of the annual meeting of the American Society of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 82 (1988) (under *Remarks – Christine Chinkin*).

<sup>36</sup> Se Alex Wawryk, *Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct*, i J. G. Frynas & S. Pegg (eds.), *Transnational Corporations and Human Rights*, 2003, London: Palgrave Macmillan, s. 61 ("Unlike treaties, internal codes can be tailored to the individual needs of corporations and countries, and to the needs of the customers"); och Reinicke & Witte, *Challenges to the International Legal System Interdependence, Globalization, and Sovereignty*, s. 94–95. Se även John J. Kirton & Michael J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, 2004, Aldershot: Ashgate, s. 9 ("any participant is free to leave at any time, and to adhere to the regime or not, without invoking the sanctioning power of state authority"); och Basile, *Reflection 7.1*, s. 253.

<sup>37</sup> Se Véronique Magnier, *Comparative Corporate Governance: Legal Perspectives*, 2017, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 71–72. Se även Neil Gunningham & Joseph Rees, *Industry self-regulation: an institutional perspective*, 19 *Law & Policy* s. 370 (1997) (även om de har kritisk ton eftersom användandet av soft law leder till "a cynical attempt by self-interested parties to give the appearance of regulation [thereby warding off more direct and effective government intervention] while serving private interests at the expense of the public").

ganska öppen tillkomstprocess, som innehåller ganska tydliga och konkreta regler för genomförandet, och innehåller ett sanktions- och kontrollsystem som syftar till regelefterlevnad (t.ex. via *naming and shaming*).<sup>38</sup> Dessutom innehåller soft law också oftast en annan funktion som är "naturlig" för den "normala rätten", nämligen en viss grad av allmängiltighet. Soft law är inte bara ofta tillgänglig för allmänheten (t.ex. företagens code of ethics), men nästan alltid är det soft law-skaparna själva (t.ex. företag, marknadsplatser som domineras av marknadsaktörerna eller branschförbund) som i (mer eller mindre) välmenande syfte försöker sprida kunskap om existensen och innehållet av sådana källor.<sup>39</sup> Av dessa skäl är soft law verkligen flexibel men erbjuder också (eller strävar åtminstone efter att erbjuda) vissa funktioner som är typiska för hard law, nämligen en viss grad av stabilitet, dvs. en institutionell ram för dess tillkomst och dess genomförande, och, ännu viktigare, en hög grad av förutsebarhet bland adressaterna.<sup>40</sup> Den senare egenskapen

<sup>38</sup> Se Katja Creutz, *Law versus Codes of Conduct*, i J. Klabbers & T. Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, 2013, Cambridge: Cambridge University Press, s. 177–180. Se t.ex. Bob Hepple, *Enforcement: The Law and Politics of Cooperation and Compliance*, i B. Hepple, *Social and Labour Rights in a Global Context*, 2002, Cambridge: Cambridge University Press, s. 241; eller Ralf Michaels, *The Dual Privatisation of Law in Globalisation*, i H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira & D. P. Fernandez Arroyo (eds.), *Global Private International Law: Adjudication without Frontiers*, 2019, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 166–168 (om Nikes Code of Conduct och dess kvasilagstiftningskraft). Men se Aleksandra Gregorič, Katarina Zajc & Marko Simoneti, *Agents' response to inefficient judiciary: social norms and the law in transition*, 34 *European Journal of Law and Economics* s. 167 (2012) ("Despite the existing doubt in the function of hard law without proper enforcement, ... individuals tend to respect [hard] legal provisions even in the absence of any formal mechanism that would sanction the violation of norms in society, because 'obeying the law' is embedded in the social norms").

<sup>39</sup> Se Kevin Jackson, *Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability*, 35 *Brooklyn Journal of International Law* 88–99 (2010). En rättslig konsekvens av kunskapsspridande (eller marknadsförande) av soft law är att ett företag tillkännager att det är anslutet till en viss standard kan drabbas av rättsliga åtgärder vid bristande efterlevnad. Exempelvis kan tänkas att konsumenter kan hävda att de köpte en produkt under antagandet att ett företag uppfyllde vissa uppförandestandarder som faktiskt inte följdes. Se t.ex. Eva Kocher, *Codes of Conduct and Framework Agreements on Social Minimum Standards – Private Regulation?*, i O. Dilling, M. Herberg & G. Winter (eds.), *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic*, 2008, Oxford: Hart Publishing, s. 76–78; eller Jürgen Friedrich, *International Environmental "Soft Law": The Functions and Limits of Nonbinding Instruments in International Environmental Governance and Law*, 2013, Berlin: Springer, s. 320 (särskilt i relation till det berömda fallet Nike, Inc. v. Kasky vid Kaliforniens högsta domstol, där ett amerikanskt företag hade blivit stämt av en privatperson för påstått falska uttalanden från företagets sida om under vilka arbetsförhållanden som företagets produkter tillverkades).

<sup>40</sup> Se Bruce G. Carruthers, *Economy and Law – Old Paradigms and New Markets*, i P. Aspers & N. Dodd (eds.), *Re-Imagining Economic Sociology*, 2015, Oxford: Oxford University Press, s. 128–129. Se t.ex. Robert Grabosch, *Corporate Social Responsibility im wirtschaftsrechtlichen Mandat*, 66 *Anwaltsblatt* s. 385 (2016); eller Rolf H. Weber,

är, som påpekats av Max Weber mer än 120 år sedan, en viktig egenskap för varje regelsystem som syftar till att styra en kapitalistisk ekonomi och dess nyckelaktörer, nämligen företag.<sup>41</sup>

#### 4. Har andra aktörer än aktieägarna per automatik några juridiska rättigheter gentemot företaget?

För några år sedan sammanfattade den väletablerade forskaren Larry Catá Backer den globaliserade världen på det här sättet:

”The distinctions between economic and political collectives become fuzzy in a world in which states become participants in the market and economic enterprises assume traditional governmental functions.”<sup>42</sup>

Målet med denna tredje del av uppsatsen är att söka fastställa vilka juridiska skyldigheter som den gränsöverskridande företagsregleringen per default påbjuder ett företag gentemot andra än ägarna. Med andra ord syftar denna del att besvara en grundläggande fråga för transnationella bolagsaktörer: Baserat på den juridiska definitionen av vad ett företag är i ett gränsöverskridande sammanhang, har andra aktörer än ägarna automatiskt några juridiska rättigheter gentemot företaget?<sup>43</sup>

Overcoming the Hard Law/Soft Law Dichotomy in Time of (Financial) Crises, 1 *Journal of Governance and Regulation* s. 12 (2012) (“Since soft law is not imposed by an authority, but negotiated by the involved community, the likelihood is high that such rules enjoy broad acceptance”). Men se Charlotte Villiers, *Legal Ambiguity in Corporate Governance*, i M. Fenwick, M. Siems & S. Wrba (eds.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, 2017, Oxford: Hart Publishing, s. 258–259; och Scheuch, *Soft Law Requirements with Hard Law Effects?*, s. 215–216.

<sup>41</sup> Se Max Weber, *General Economic History*, 1981, New Brunswick: Transaction Books, s. 342–343; och Max Weber, *Economy and Society*, s. 337. Se även Bruce G. Carruthers & Terence C. Halliday, *Law, Economy and Globalization: Max Weber and How International Financial Institutions Understand Law*, i V. Nee & R. Swedberg (eds.), *On Capitalism*, 2007, Stanford: Stanford University Press, s. 130–131.

<sup>42</sup> Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, s. 505. Se även Thomas L. Friedman, *The Lexus and the Olive Tree*, andra upplagan, 2000, New York: Anchor Books, s. 14; och Ronen Shamir, *Socially Responsible Private Regulation: WorldCulture or World-Capitalism?*, 25 *Law and Society Review* s. 314 (2011) (“The novelty of CSR is that it encourages commercial and civic entities to promulgate social and environmental norms that were heretofore thought to be the domain of public authorities in general and of state governments in particular”). Se t.ex. Carolin F. Hillemanns, *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, 4 *German Law Journal* s. 1071 (2003).

<sup>43</sup> Efter två stora företags kollapsar under det senaste decenniet (nämligen Enron 2002 och Lehman Brothers 2008) kan man observera en ökad debatt om företagsstyrningens



Svaret på denna fråga är faktiskt ett första preliminärt steg för att bedöma legitimiteten av soft law som ett primärt verktyg för att ta itu med frågan om företagens sociala ansvar. Om man i den juridiska uppfattningen om vad ett företag är per automatik tilldelar juridiska rättigheter för andra aktörer än ägarna, kommer denna "per default-inkludering" att kräva en mer direkt rättsskapande intervention "utifrån", dvs. från stater, statliga myndigheter eller statsbaserade organisationer.<sup>44</sup> Traditionellt har bara statsorgan, p.g.a. deras offentliga karaktär och legitimation, haft förmåga att till fullo garantera att "allas rättigheter" respekteras, dvs. även rättigheter för aktörer som inte hör till företagskretsarna (och som således inte tillhör soft law-skaparna).<sup>45</sup>

rättsliga karaktär och om företag har ett socialt ansvar gentemot andra aktörer än sina aktieägare. Se Jennifer G. Hill, *Regulatory Responses to Global Corporate Scandals*, 23 *Wisconsin International Law Journal* s. 397–398 (2005); och Peer Zumbansen, *The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation*, 3 *Juridikum* s. 143 (2002). Dessa frågor har varit föremål för internationell debatt långt dessförinnan. Se Larry Catá Backer, *Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law*, 37 *Columbia Human Rights Law Review* s. 313–319 (2006); och Richard Meeran, *The Unveiling of Transnational Corporations: A Direct Approach*, i M. K. Addo (ed.), *Human Rights and the Responsibility of Transnational Corporations*, 1990, The Hague: Kluwer Law International, s. 161–170. Ursprunget kan spåras tillbaka (även om begränsat till en nationellt rättslig och social kontext) till den berömda debatten mellan Adolph Berle och Merrick Dodd på det tidiga 1930-talet. Se Adolf A. Berle, Jr., *Corporate Powers as Powers in Trust*, 44 *Harvard Law Review* s. 1049 (1931); och Merrick E. Dodd, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?* 45 *Harvard Law Review* s. 1148 (1932).

<sup>44</sup> Se Peer Zumbansen, *The Conundrum of Corporate Social Responsibility: Reflections on the Changing Nature of Firms and States*, i R. M. Bratspies & R. A. Miller (eds.), *Transboundary Harm: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, 2006, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 249 (om den strukturella kopplingen mellan företagets sociala ansvarstagande och regleringsvalet mellan hard law och soft law). Men se Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, s. 69–72. Se t.ex. Alice de Jonge, *The evolving nature of the transnational corporation in the 21 st century*, i A. de Jonge & R. Tomasic (eds.), *Research Handbook on Transnational Corporations*, 2017, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 12–14; Jun-hai Liu, *Globalisation of Corporate Governance Depends on Both Soft Law and Hard Law*, *Corporate Governance Codes for the 21 st Century*, i J. J. du Plessis & C.-K. Low, *Corporate Governance Codes for the 21 st Century: International Perspectives and Critical Perspectives*, 2017, Cham: Springer, s. 292; eller Manfred Weiss, *Corporate Social Responsibility: A Concept for the 21 st Century*, i T. Davulis & D. Petrylaitė (ed.), *Labour Regulation in the 21 st Century: In Search of Flexibility and Security*, 2012, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, s. 33. Se även Sjøfjell, Johnston, Linn Anker-Sørensen & Millon, *Shareholder primacy*, s. 147 ("Shareholder primacy has become deeply entrenched through market pressure, necessitating legal reform to correct this market failure... [Legislative r]eform of core company law, both at the level of broad principle, and at the level of its detailed structure, is a prerequisite to achieving sustainable companies").

<sup>45</sup> Se Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996, Cambridge: The MIT Press, s. 779. Se även Zerk, *Multi-*

Att vidga omfånget av den befintliga globala företagsregleringen för andra än ägarna är det första steget att starta en process för hårdning av soft law med traditionella regleringsverktyg, nämligen hard law både i nationella och internationella former.<sup>46</sup> Men antagligen kan detta inte ske på det vanliga sättet, i form av top-down-reglering, utan i någon form av samverkan, där företagen har inflytande över handlingsnormernas utformning.<sup>47</sup>

### A. Situationen

Ett av de karaktäristiska dragen hos den moderna rättens globalisering är soft law, dvs. det faktum att det finns ett stort deltagande av privata aktörer i rättsskapande och rättstillämpande moment. Detta deltagande har sällan på förhand tillåtits eller i efterhand erkänts av staten, utan har helt enkelt betraktats som en nödvändig del av användningen av marknaden som en integrerad del av styrningen av samhället.<sup>48</sup> I fråga om företagsstyrning är det möjligt att detektera hur, särskilt under de senaste decennierna, fenomenet har skapat ett grundläggande dilemma.

Å ena sidan är stora delar av de transnationella reglerna i multinationella företag lämnat till privata aktörer (som formellt mestadels tillskapar nor-

nationals and Corporate Social Responsibility, s. 297–298; och Jahid Hassan, Jennifer Okotume, Joanitha Ntangeki, Krystle Lewis, Gemma Rhoden, Alisah Iqbal, Petrena Notice, Grah Noel Adja, Georgios Tringas, Obiajunwa Ama, Blessing Igenewari, Maryann Anozie, Zaherah Saghir, Chrispas Nyombi & Andreas Yiannaros, *International business and human rights: time for hard law*, 27 *International Company and Commercial Law Review* s. 349–350 (2016).

<sup>46</sup> Se t.ex. Bijlmakers, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law*, s. 64–92.

<sup>47</sup> Se Stephen Bell & Andrew Hindmoor, *Rethinking Governance: The Centrality of the State in Modern Society*, 2009, Cambridge: Cambridge University Press, s. 89–92. Se även Colin Scott, *Reflexive Governance, Meta-Regulation and Corporate Social Responsibility: The "Heineken Effect"*, i N. Boeger, R. Murray & C. Villiers (eds.), *Perspectives on Corporate Social Responsibility*, 2008, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 170–185; Laura Albareda, Josep M. Lozano, Antonio Tencati, Atle Midttun & Francesco Perrini, *The changing role of governments in corporate social responsibility: drivers and responses*, 17 *Business Ethics: A European Review* s. 359–360 (2008).

<sup>48</sup> Alfred C. Aman Jr., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* s. 394 (2001). Se även Lester M. Salamon, *Foreword*, i T. H. Stanton, *Government-sponsored Enterprises: Mercantilist Companies in the Modern World*, 2002, Washington: AEI Press, s. ix. ("crucial elements of public authority are shared with a host of nongovernmental or other governmental actors, frequently in complex of collaborative systems that somehow defy comprehension"); Anne-Marie Slaughter, *The Accountability of Government Networks*, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* s. 349 (2001); Jessica T. Mathews, *Power Shift*, 76 *Foreign Affairs* s. 50 (1997) och Alfred C. Aman Jr., *Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy and the Furtherance of a Global Public Interest*. 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* s. 412–418 (1999).

merna var för sig, även om de informellt påverkas av andra företags normer och av NGO:s).<sup>49</sup> Å andra sidan har företag kommit att spela en central roll, inte bara för den globala ekonomin, utan även för andra omgivande områden; det vill säga vad företagen gör och/eller borde göra har blivit en fråga som berör andra än aktieägarna. Med Ian Wilsons ord:

”Major corporations... are in the throes of a paradigm shift of historic proportion. We are currently in the process of rethinking the true purpose of the corporation, its relationships with society and its stakeholders, and the standards by which its performance should be judged”.<sup>50</sup>

Ett transnationellt företag, som ju är en privat aktör uppbyggd i enlighet med ägarnas önskemål, ses idag som ett av de viktigaste instrumenten för att främja välfärdspolitik, dvs. politik som påverkar främst aktörer som inte är aktieägare (och som oftast inte har råd att vara bland aktieägarna).<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Se Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, s. 37; och Teubner, *Global Bukowina*, s. 3–4. Se även Sol Picciotto, *Introduction: Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization*, i S. Picciotto & D. Campbell (eds.), *New Directions in Regulatory Theory*, 2002, Oxford: Blackwell, s. 1–11; Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *Judges and Company*, i M. Shapiro & A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, 2002, Oxford: Oxford University Press, s. 295; och Dan Danielsen, *How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance*, 46 *Harvard International Law Journal* s. 412 (2005) (“To understand the role of corporations in transnational governance, one must start with a picture of the transnational regulatory regime... The content of these regimes is the product of a dynamic interaction between the applicable legal rules and the actions, both required and discretionary, of regulators and corporate actors”). Se t.ex. Ilias Bantekas, *Corporate Social Responsibility in International Law*, 22 *Boston University International Law Review* s. 310–311 (2008); eller Ralf Michaels, *Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization*, 74 *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* s. 24–26 (2005).

<sup>50</sup> Ian Wilson, *Institutional change in the corporation: the new social charter*, 13 *On the Horizon* 20 (2005). Se t.ex. John Ruggie, *Corporations and Human Rights: a Survey of the Scope and Patterns of Alleged Corporate-related Human Rights Abuse*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, A/HRC/8/5/Add.2, 23, 2008, s. 2–4, tillgänglig på <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/61/PDF/G0813661.pdf?OpenElement>. Men se Max B. A. Clarkson, *A Stakeholder Framework for Analysing and Evaluating Corporate Social Performance*, 20 *Academy of Management Review* s. 100 (1995) (där man gör en skillnad mellan ”samhället” och ”stakeholders” när man kommer till CSR och man sätter den sista i relation endast till den andra eftersom ”corporations and their managers manage relationships with their stakeholders and not with society”).

<sup>51</sup> Se Kepa Artaraz & Michael Hill, *Global Social Policy: Themes, Issues and Actors*, 2015, London: Palgrave Macmillan, s. 45–53; och Andreas Georg Scherer, Guido Palazzo & Dorothee Baumann, *Global Rules and Private Actors: Toward a New Role of the Transnational Corporation in Global Governance*, 16 *Business Ethics Quarterly* s. 506–507 (2006). Se t.ex. Adelle Blackett, *Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State: A*

Situationen för den transnationella företagsregleringen är en klassisk regleringsdiskrepans. I normeringarnas mellanrum befinner sig bolagsrådgivare som patetiska prickar: å ena sidan finns sociala normer från det omgivande samhället som pekar ut och understryker behovet att företag ska ta en större roll i sociala frågor i de geografiska områden där de är verksamma. Å andra sidan, under starkt inflytande av marknaden möjliggör den nuvarande transnationella juridiska regleringen inte ett tvång för företag (och indirekt deras aktieägare, chefer och styrelser) att agera på ett socialt ansvarsfullt sätt.<sup>52</sup> Det finns likheter med diskrepansen mellan en restriktiv rättslig reglering av nyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk och ett visst befolkningstöds tolerans gentemot fildelning och annat nyttjande av material på Internet. Diskrepansen riskerar att rätten (och

Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 431 (2001). Se även Mathias Koenig-Archibugi, *Transnational Corporations and Public Accountability*, 39 *Government and Opposition* s. 234–235 (2004). Om det s.k. demokratiska underskottet som ett strukturellt drag hos soft law-reglering, se t.ex. Jaan Aart Scholte, *Globalization: A Critical Introduction*, 2000, London: Palgrave Macmillan, s. 207; eller Aman, *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, s. 383–384.

<sup>52</sup> Se Claire A. Cutler, *Problematizing Corporate Social Responsibility under Conditions of Late Capitalism and Postmodernity*, i V. Rittberger, M. Nettesheim & C. Huckel (eds.), *Authority in the Global Political Economy*, 2008, London: Palgrave Macmillan, s. 198–205; och Paddy Ireland & Renginee G. Pillay, *Corporate Social Responsibility in a Neoliberal Age*, i P. Utting & J. Marques (eds.), *Corporate Social Responsibility and Regulatory Governance – Towards Inclusive Development?*, 2010, Basingstoke: Palgrave Macmillan, s. 89–90. Se även Zumbansen, *The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law*, s. 282–283; och Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The end of history for corporate law*, 89 *Georgetown Law Journal* s. 439–441 (2001). Se t.ex. Phillip Stalley, *Can Trade Green China? Participation in the global economy and the environmental performance of Chinese firms*, 18 *Journal of Contemporary China* s. 573–579 (2009). Se även John R. Boatright, *Ethics and the Conduct of Business*, sjunde upplagan, Harlow: Pearson Education, kap. 12; Oren Perez, *Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law*, 10 *Indiana Journal of Legal Studies* s. 26 (2003) ("the affinity of these global legal structures to economic interests has adversely influenced their sensitivity to 'civic' concerns and has been subject to extensive criticism in both grass-root and academic circles"); Archie B. Carroll, *The Four Faces of Corporate Citizenship*, 100 *Business and Society Review* s. 4 (1998); och Oliver Hart & Luigi Zingales, *Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value*, 2 *Journal of Law, Finance, and Accounting* s. 255–258 (2017) (där det visas hur den nuvarande marknaden och en passiv rättslig reglering uppmuntrar företag till en "amoral drift" – en situation där företag som vill välja en mer socialt ansvarstagande linje ändå tvingas att välja ren vinstmaximering). Men se Artaraz & Hill, *Global Social Policy*, s. 39–45, och redan Adolf A. Berle, *The 20th Century Capitalist Revolution*, 1954, Harcourt, Brace and Company, s. 157, enligt vilka problemet mera ligger på ett "geografiskt" plan och inte i innehållet i regleringen, nämligen i diskrepansen mellan var det fenomen som ska regleras befinner sig (globala ekonomiska strömmar) och var de reglerande aktörerna befinner sig (lokala politiska och rättsliga kanaler), vilket medför synkroniseringsbrister mellan en global marknad och dess regleringar som förblir nationellt bundna.

företag med sina rådgivare) förlorar i legitimitet genom att ignorera signaler från sociala omgivande miljöer.<sup>53</sup> De juridiska aktörerna bör i sådana fall identifiera den bästa juridiska strategin för att möjliggöra en justering av den faktiska regleringen av transnationella företag till det transnationella sociopolitiska sammanhanget och dess anspråk.

## B. Operationell förändring i transnationell företagsreglering: Är det möjligt?

Bolagsrättsforskaren Alan Wolfe har anfört:

"One need not be an advocate of the nexus of contracts approach to recognize that corporations are primarily in the business of making goods and providing services, and that the most we would want the public sector to do is to ensure that they carry out their proper task efficiently and fairly. To give corporations a whole set of new tasks seems to take the problem of corporate governance to a potentially unmanageable new level."<sup>54</sup>

Man pratar i företagsstyrningsdiskursen om två slags förändringar, *operationell* (eller strategisk) *förändring*, vilken innebär att en reformering av företagsregleringen sker genom att tilldela företagen nya arbetsuppgifter och skyldigheter, samtidigt som man behåller samma styrningsstruktur ("structure of governance"), och *strukturell förändring*, som innebär att man förändrar företagets verksamhetsändamål eller struktur.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Se Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, 2008, London: Penguin Press, s. 109–114; och Adriana Schiopoiu Burlea & Ion Popa, *Legitimacy Theory*, i S.O. Idowu, N. Capaldi, L. Zu & A. D. Gupta (eds.), *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, 2013, Berlin: Springer, s. 1582–1584, (om hur bolaget, och dessa huvudaktörer (inclusive aktieägare), kan överleva i tider av stora förändringar endast om det anpassar sig till dem krav som ställs av sociala normer). Se t.ex. Bryane Michael, *Corporate social responsibility in international development: an overview and critique*, 10 *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* s. 115–128 (2003) (där författare blott ignorerar juridiska institutioner bland möjliga huvudaktörer för att implementera CSR i en global kontext, genom att peka endast på sociala, ekonomiska och politiska krafter). Se även Doris Fuchs, Agni Kalfagianni, & Julia Sattelberger, *Democratic Legitimacy of Transnational Corporations in Global Governance*, i E. Erman, & A. Uhlin (eds.), *Legitimacy Beyond the State?*, 2010, London: Palgrave Macmillan, s. 58–60.

<sup>54</sup> Alan Wolfe, *The Modern Corporation: Private Agent or Public Actor?*, 50 *Washington and Lee Law Review* s. 1692 (1993). Se även den klassiska artikeln av Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, s. 32.

<sup>55</sup> Se Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, andra upplagan, 2007, Oxford: Oxford University Press, s. 78. Se även Ronald R. Sims, *Managing Organizational Behavior*, 2002, London: Quorum Books, s. 334–335. Som exempel av strukturella förändring av bolaget för att bemöta krav som kommer från den sociala arenan, se Ciaran Driver & Grahame Thompson, *Corporate Governance and Democracy: The Stakeholder*

Den förändringsmetod som har kommit att nyttjas mest för att minska diskrepansen mellan den rättsliga regleringen och socio-politiska anspråk i den transnationella miljön har varit att företagens sociala ansvar har kommit att bli en central styrningsfunktion, och denna funktion har till det yttre samtidigt fått juridisk, normativ karaktär.<sup>56</sup> Denna förändring kan exempelvis ske genom införandet av en kod för etisk affärsdrift. Sådana regelverk har skapats av den stora majoriteten av transnationella företag, och det kan antas att normerna faktiskt i betydande mån uppmärksammas i interna beslutsprocesser.<sup>57</sup> Denna lösning är ett klassiskt fall av en operationell förändring.

För att återknyta till Wolfes uttalande: strävan att nå ekonomiska mål är den centrala rättsliga egenskapen i företagsinstitutet (dvs. vad ett företag skapas för) och därför är införandet av tilläggsuppgifter om socialt ansvars-tagande inte någon garanti för någon bestående operativ förändring.<sup>58</sup>

Debate Revisited, 6 *Journal of Management and Governance* s. 124–125 (2002) (där man föreslår en modifiering av företagsstyrningsstrukturer mot ett fyrkomponentssystem, bestående i ett samspel mellan stämman, ett socialt råd eller arbetsråd, styrelsen och ett organ betecknat "senat") eller Hart & Zingales, *Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value*, s. 260–261 (där författare föreslår att tillåta aktieägarna att direkt rösta när man kommer till bolagets grundlinjer av dessas agerande).

<sup>56</sup> Se Amir Gill, *Corporate governance as social responsibility: a research agenda*, 26 *Berkeley Journal of International Law* s. 455 (2008). Se t.ex. Andreas Rühmkorf, *From Transparency to Due Diligence Laws? Variations in Stringency of CSR Regulation in Global Supply Chains in the 'Home State' Of Multinational Enterprises*, i Plessis, Varottil & Veldman (eds.), *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, s. 185–193; eller Mark Anthony Camilleri, *Responsible Corporate Governance in Europe*, i A. Aluchna & S. Idowu (eds.), *Responsible Corporate Governance – CSR, Sustainability, Ethics & Governance*, 2017, Cham: Springer, s. 11–32. Se även Timothy M. Devinney, Joachim Schwalbach & Cynthia A. Williams, *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance: Comparative Perspectives*, 21 *Corporate Governance: An International Review* s. 415–417 (2013). Men se Farah, *Towards a Multi-Directional Approach to Corporate Accountability*, s. 33–34 (där det hävdas att relationerna mellan CSR och företagsstyrning mera är av "praktisk" karaktär, utan särskilt stark normativ grund).

<sup>57</sup> Se Cesare P. R. Romano, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, 31 *New York University Journal of International Law and Policy* s. 724 (1999). Se även Ugo Draetta, *On the Side of In-House Counsel*, 2012, New York: Juris Publishing, s. 23 (om hur denna förändring sätter nya utmaningar till operationella rollen av bolagsrådgivare inom bolaget).

<sup>58</sup> Se Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1996, Cambridge: Harvard University Press, s. 35–39; Virginia Harper Ho, "Enlightened Shareholder Value": *Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide*, 36 *The Journal of Corporation Law* s. 73–76 (2010); och Milton Friedman *Capitalism and Freedom*, 1962, Chicago: The Chicago University Press, s. 133–136 ("There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud", s. 133). Se även Jacob M. Rose, *Corporate Directors and Social Responsibility: Ethics versus Shareholder*

Ett exempel på komplexiteten: om ett bolag som handlar kaffeböner av småbönder som lever under svåra ekonomiska förhållanden kan det anses överensstämma med de sociala ansvarsnormerna att betala 10 procent mer för bönderna. Om den ekonomiska tillväxten i regionen ökar kan det tänkas att levnadsstandarden höjs, utan att bönderna får del av standardökningen. I det läget har kostnadsökningar gjort det dyrare för både bolaget och för bönderna. Då är risken stor att bolaget antingen handlar böner från andra regioner eller pressar inköpspriserna, och inte något av dessa alternativ är vad bolaget menat med ett hållbart socialt ansvarstagande.

Exemplet visar att företag visst kan visa upp tillfällen där det sociala ansvarstagandet blivit en realitet, men att det finns en tröskel där vinstintresset blir avgörande.<sup>59</sup> Den grundläggande idén med en operationell förändring är att behålla samma huvudsakliga struktur, och när det gäller att "bolagisera" företagens sociala ansvar, skulle företagens mycket fundamentala vinstmaximeringskaraktär radikalt förändras. Det rättsliga "genomet" att eftersträva ekonomiska mål bibehålls parallellt med skyldigheten att observera sociala mål (t.ex. att öka den allmänna välfärden för befolkningen i de områden där företaget bedriver verksamhet), varför de ekonomiska målen nödvändigtvis skulle begränsas av de sociala målen p.g.a. det faktum att de två målen ofta inte är kompatibla.<sup>60</sup>

Value, 73 *Journal of Business Ethics* s. 323 och s. 325 (2007); och Hevina S. Dashwood, *Corporate Social Responsibility and the Evolution of International Norms*, i Kirton & Trebilcock (eds.), *Hard choices, soft law*, s. 192 ("It is unrealistic to expect businesses (whether large or small) to meet their social obligations if they cannot realise a profit. The key role of corporations is to generate wealth, not create social policy. Business is expected to produce goods and services at a profit, and consumers, in turn, are expected to buy these goods and services").

<sup>59</sup> Se Muhammad Yunus, *Creating a World Without Poverty: Social Business and the Future of Capitalism*, 2007, New York: Public Affairs Press, s. 16–18; och Gerard Hanlon, *Rethinking Corporate Social Responsibility and the Role of the Firm – On the Denial of Politics*, i i Crane, Matten, McWilliams, Moon & Siegel (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, s. 163–166. Se t.ex. Beth Stephens, *The Amoralism of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*, 20 *Berkeley Journal of International Law* ss. 45–46 (2002); Gilbert Lenssen & Volodja Vorobey, *The Role of Business in Society in Europe*, i A. Habisch, M. Wegner, R. Schmidpeter & J. Jonker (reds.), *Corporate Social Responsibility Across Europe*, 2005, Berlin: Springer, s. 367–368; eller Subhabrata Bobby Banerjee, *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*, 34 *Critical Sociology* s. 64–67 (2008) ("the emergent discourse on 'sustainability'... has like the modern Western environmental movement been hijacked by corporate interests", s. 64).

<sup>60</sup> Se Robert A. G. Monks & Nell Minow, *Corporate Governance*, femte upplagan, 2011, Chichester: John Wiley & Sons, s. 51 ("It has always been permissible, even required, for directors and managers to consider the interests of all stakeholders, as long as they do so in the context of the interests of shareholder value"); och Robert T. Wearing, *Cases in corporate governance*, 2005, London: Sage Publications, s. 11. Se även Thomas Donaldson & Lee E. Preston, *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications*, 20 *The Academy of Management Review* s. 76 (1995) (där författarna

Man kan också framtvinga en tänkt operationell förändring på ett företag genom en extern rättslig reglering, t.ex. genom att föreskriva att allmännyttiga syften ska utgöra "naturliga" rättsliga förpliktelser, men detta skulle omvandla själva strukturen och den hårda kärnan i denna typ av organisation (från ekonomisk till icke-ekonomisk).<sup>61</sup> I västerländsk nationell reglering har många sådana sociala mål påtvingats genom lagstiftning, men ytterst sällan genom att införliva dessa krav i organisationsformerna (det svenska och tyska arbetstagarinflytandet i styrelser utgör ett undantag), utan huvudsakligen endast i företagsexterna regelmiljöer, vilket möjliggjort att företagets vinstmaximeringsintresse kunnat behållas som den grundläggande verksamhetsidén.<sup>62</sup> Skulle en sådan extern reglering av verksamhetsändamålen införas skulle det innebära en revolution som skulle ändra den legala strukturen från ett (för tillfället) väl fungerande (åtminstone ur ett ekonomiskt perspektiv) till något främmande och oförutsägbart. Med

medger att "neither the legal developments nor the management survey results provide definitive epistemological justification for the stakeholder theory").

<sup>61</sup> Se Archie B. Carroll, *A Three Dimensional Model of Corporate Performance*, 4 *Academy of Management Review* s. 500 (1979) ("The first and foremost social responsibility of business is economic in nature. .... As such it has a responsibility to produce goods and services that society wants and to sell them at a profit. All other business roles are predicated on this fundamental assumption"). Se även Bob Tricker, *Corporate Governance Principles, Policies and Practices*, 2009, Oxford: Oxford University Press, s. 350; och Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, i Shapiro & Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, s. 58–59 ("because normative structures constitute individual and collective identities, and therefore give meaning to action, they are difficult to change by way of action [dvs. genom operationell förändring] without a concomitant change in identities [dvs. genom strukturell förändring]"). I organisationsteoretiska termer leder en sådan operationell förändring till en identitetsförändring av företaget. Se Rosabeth Moss Kanter, Barry A. Stein & Todd D. Jick, *The Challenge of Organizational Change: How Companies Experience It and Leaders Guide It*, 1992, New York: The Free Press, s. 15 (där det framhävs att omstrukturering och omdefiniering av en organisations verksamhet kan bli så omfattande att "an organization becomes entirely different").

<sup>62</sup> Se Paddy Ireland, *Limited Liability, Shareholder Rights and Corporate Irresponsibility*, 34 *Cambridge Journal of Economics* s. 853 (2010); James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States, 1780–1970*, 1970, Charlottesville: University Press of Virginia, s. xii och s. 59; och Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*, 2000, Cambridge: Cambridge University Press, s. 131 och s. 149. Se även Minna Halme, Jukka Rintamäki, Jette Steen Knudsen, & Mika Kuisma, *Many Ways to Rome: Exogenous and Endogenous CSR Pathways to Environmental and Social Performance*, 74th Annual Meeting of the Academy of Management – AOM 2014 s. 3 (2014) (med slutsatsen att stora multinationella företag tenderar att begagna "exogenous" CSR, dvs. att operationalisera CSR utanför själva företagsstrukturen). Om de svenska och tyska undantagen, se Inge Lippert, Tony Huzzard, Ulrich Jürgens & William Lazonic, *Corporate Governance, Employee Voice, and Work Organization: Sustaining High-Road Jobs in the Automotive Supply Industry*, 2014, Oxford: Oxford University Press, s. 27–30; och Arndt Stengel, *Directors' Powers and Shareholders: A Comparison of Systems*, 9 *International Company and Commercial Law Review* s. 51 (1998).



enkla ord, genom att via rätten införa en tänkt operationell förändring på dagens företag, skulle man åstadkomma en *strukturell* förändring: Den juridiska strukturen hos Coca-Cola som vi känner i dag skulle säkert försvinna. Men den skulle inte nödvändigtvis komma att ersättas av ett lika ekonomiskt framgångsrikt och socialt ansvarstagande bolag som Body Shop. Som påpekades av Theodore Levitt:

”[The corporation] will always remain narrowly materialistic. What we have, then, is the frightening spectacle of a powerful economic functional group whose future and perception are shaped in a tight materialistic context of money and things but which imposes its narrow ideas about a broad spectrum of unrelated noneconomic subjects on the mass of man and society”.<sup>63</sup>

Det är sant att ekonomiska överväganden indirekt kan gynnas av socialt ansvarstagande.<sup>64</sup> Exempelvis kan arbetsmiljöförbättringar och hälsovård leda till effektiviseringar. Men i dessa lyckliga fall är valet till förmån för en mer socialt orienterad verksamhetsdrift baserad på ekonomiska skäl, dvs. de som ligger till grund för den juridiska konstruktion som kallas för företag. Till exempel finns bakom policys om chefskvotering till förmån för lokalinvånare eller kvinnor finns vanligtvis det grundläggande ekonomiska

<sup>63</sup> Theodore Levitt, *The Dangers of Social Responsibility*, 36 *Harvard Business Review* s. 44 (1958). Se även David Chandler, *Strategic Corporate Social Responsibility – Sustainable Value Creation*, femte upplagan, 2020, Thousand Oaks: SAGE Publications, kap. 5, fotnot 72 (“A close reading of corporate law ... suggests that altering the firm’s legal form to become a benefit corporation is at best symbolic. At worst, promoting this entity as a cure for capitalism relieves *regular* corporations from the responsibility of creating value for all their stakeholders”, kursiv i original).

<sup>64</sup> Se Elizabeth C. Kurucz, Barry A. Colbert & David Wheeler, *The Business Case for Corporate Social Responsibility*, i Crane, Matten, McWilliams, Moon & Siegel (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, s. 84–106; och Doreen McBarnet, *Compliance, Ethics and Responsibility: Emergent Governance Strategies in the US and UK*, i J. O’Brien (ed.), *Private Equity, Corporate Governance and The Dynamics Of Capital Market Regulation*, 2007, London: Imperial College Press, s. 237–238. Se även Daniela M. Salvioni, *Corporate Governance, Ownership and Global Markets*, i S. M. Brondoni (ed.), *Competitive Business Management: A Global Perspective*, 2018, Abingdon: Routledge, s. 60–65; Elisabet Garriga & Domènec Mele, *Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, 53 *Journal of Business Ethics* s. 53 (2004) (om ett ”instrumentellt angreppssätt” till CSR); och Whelan & Neta Ziv, *Law Firm Ethics in the Shadow of Corporate Social Responsibility*, s. 181–182 (där det anförs att etiskt agerande kan främja bolagsrådgivarens egna ekonomiska värde, både inom och utanför bolaget). Se t.ex. Glen Whelan, *The Political Perspective of Corporate Social Responsibility: A Critical Research Agenda*, 22 *Business Ethics Quarterly* s. 717–718 (2012). Resultat av empiriska studier om huruvida CSR medför ekonomiska fördelar för bolaget är motstridiga. Se Archie B. Carroll & Kareem M. Shabana, *The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice*, 12 *International Journal of Management Reviews* s. 94 (2010), särskilt i jämförelse med David Millon, *Corporate social responsibility and sustainability*, i Sjäffell & Richardson (eds.), *Company Law and Sustainability*, s. 69–70.

övervägandet att skapa en positiv bild bland kundkretsen eller de styrande politiska aktörerna och tillsynsorganen, eller för att motverka social instabilitet i området, i syfte att bli så ekonomiskt framgångsrikt som möjligt, för att öka vinsten för ägarna.<sup>65</sup>

Ur ett juridiskt perspektiv är det ekonomiska hänsynet ytterst avgörande i ett s.k. svårt fall (*hard case*), dvs. i ett fall där de juridiska aktörerna konfronteras med två olika (båda bindande) rättsliga principer som gäller för ett fall, men med inbördes motverkande riktningresultat, ett mera gynnsamt för den sociala aspekten, det andra för den ekonomiska aspekten, och där beslutet kommer att få stora konsekvenser. I sådana fall kommer i allmänhet den ekonomiska funktion som ett transnationellt företag har inbyggt i sin egen juridiska natur att bli ledande, och det kommer i stort sett alltid att driva beslutet i riktning mot en rättslig lösning (både när det gäller beslutsfattande och rättsbildning) till förmån för den inre ekonomiska karaktären hos bolaget.<sup>66</sup> Det finns givetvis tillfällen där den

<sup>65</sup> Se Deborah Rolland & Jana O’Keefe Bazzoni, Greening corporate identity: CSR online corporate identity reporting, 14 *Corporate Communications: An International Journal* s. 253–254 (2009). Se t.ex. Shahnaz Ibrahim, Creating Social Capital for SMEs: A CSR Approach to HRM Practices, i M. Karataş-Özkan, K. Nicolopoulou & M. F. Özbilgin (eds.), *Corporate Social Responsibility and Human Resource Management – A Diversity Perspective*, 2014, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, s. 156; Olatunde Julius Otu-sanya, CSR of Foreign Multinational Corporations in China, i S. O. Idowu & A. S. Kasum (eds.), *People, Planet and Profit: Socio-Economic Perspectives of CSR*, 2014, Aldershot: Ashgate Publishing, s. 60–61; Erika Knoblock, Corporate Social Responsibility (CSR) in the welfare state: Experiences from mining communities in Sweden, i L. Lundmark & C. Sandström (eds.), *Natural resources and regional development theory*, 2013, Umeå: Umeå universitet, s. 167; eller N.Z. Othman & M.A. Hemdi, Predictors of guest retention: Investigating the role of hotel’s corporate social responsibility activities and brand image, i S. M. Radzi, M. F. S. Bakhtiar, Z. Mohi, M. S. M. Zahari, N. Sumarjan, C.T. Chik & F. I. Anuar (eds.), *Theory and Practice in Hospitality and Tourism Research*, 2015, London: CRC Press, s. 142.

<sup>66</sup> Se Hansmann & Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, s. 439 (där författare konstaterar att det finns ”widespread normative consensus that directors should act exclusively in the economic interest of shareholders, including non-controlling shareholders”); och Kent Greenfield, *There’s a Forest in Those Trees: Teaching About the Role of Corporations in Society*, 34 *Georgetown Law Review* s. 1011 (2000). Se även Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, s. 117–119 (där författaren finner att den ekonomiska och privaträttsliga diskursen monopoliserar den nationella lagstiftningen, som i sin tur alltjämt är den direkt och indirekt dominerande rättsliga regleringen av transnationella företag). Indirekta bekräftelser av att regleringsaktörer hyser en misstro mot transnationella företags förmåga att genomdriva sociala och mänskliga rättigheter återfinns i förslag som inriktas på reformer av folkrätten i frågan, inte minst sådana som backas upp av FN. Se Pini Pavel Miretski & Sascha-Dominik Bachman, *Global Business and Human Rights – The UN ‘Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights’: A Requiem*, 17 *Deakin Law Review* s. 5–41 (2012). I anledning av aldrig genomförda FN-förslag drog författarna slutsatsen att det grundläggande

sociala aspekten vinner, men det är endast när den har beretts ett rättsligt skydd. Ett företag kommer förhoppningsvis oftast att respektera de allra mest grundläggande mänskliga rättigheterna, även om det definitivt finns exempel på motsatsen.

I Coca-Cola corporations CSR-policydokument anges uttryckligen att bolaget har som en huvuduppgift att stärka de mänskliga rättigheterna i de länder där bolaget bedriver sin verksamhet.<sup>67</sup> Vi lämnar frågan obesvarad om man verkligen menar detta eller om det bara är fernissa, men denna korta hållna uppsats visar att denna humanitära uppgift kan visa sig vara ganska svår att genomföra, åtminstone om frågan analyseras mot bakgrund av dagens definition av vad som utgör det primära målet hos ett företag i en transnationell kontext. Att rättsligt tvinga beslutfattare i Coca-Cola att arbeta inom fältet för mänskliga rättigheter kommer sannolikt endast

och primära ansvaret för tillskapandet av mänskliga rättigheter och övervakningen av företags efterlevnad bör uteslutande anförtros stater och statliga organ. Se United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 August 2003, s. 1, under "Preamble". Se även Karin Buhmann, (Re-)enter the State: Business and Human Rights Dynamics as Shapers of CSR Norms and Institutions, i A. Sales (ed.), *Corporate Social Responsibility and Corporate Change – Institutional and Organizational Perspectives*, 2019, Cham: Springer, s. 123 (där författaren finner att sanktioner tenderar att bli av icke-rättslig karaktär när socialt ansvarstagande väljs bort som mål); och Rachel J. Anderson, *Promoting Distributional Equality for Women: Some Thoughts on Gender and Global Corporate Citizenship in Foreign Direct Investment*, 32 *Women's Rights Law Report* s. 19 (2010) (där författaren önskar sig en rörelse från den nuvarande ekonomi-centrerade regleringen av transnationella företag mot ett mera socialt orienterat).

<sup>67</sup> Se Coca-Cola, *Human Rights Principles*, tillgänglig at <https://www.coca-colacompany.com/policies-and-practices/human-rights-principles> Human Rights Principles Human Rights Principle ("Our aim is to help increase the enjoyment of human rights within the communities in which we operate"). Se även Howard Schultz, *Invest in Communities to Advance Capitalism*, *Harvard Business Review*, September 17, 2011, tillgänglig at <https://hbr.org/2011/10/ceos-should-invest-in-communit?fbclid=IwAR0ZPblvv3QI8LQ9sHvsjaV2qH8BLttyo0ck0Arr68BRqZp4GblD2AnkmWM> (där Starbucks vd Howard Schultz uttalar: "It is no longer enough to serve customers, employees, and shareholders. As corporate citizens of the world, it is our responsibility – our duty – to serve the communities where we do business"); och William Lucius Cary, *Cases and Materials on Corporation*, fjärde upplagan, 1969, Westbury: Foundation Press, s. 239–240. Det kan noteras att flera företag har utvecklat en marknadsstrategi som kan betecknas som responsible marketing; företag och NGO:s skapar en NGO-corporation brand. Detta alternativ medför att företaget förbinder sig till visst ansvarstagande men som verkar mindre påträngande i företagsstyrningen, eftersom företaget inte direkt ska aktivera sig i de socialt ansvarstagande verksamheterna. Se Robert Braun, *Corporate Stakeholder Democracy: Politicizing Corporate Social Responsibility*, 2019, Budapest: Central European University Press, s. 210.

att producera chefer som inte kan ta hand om sina affärer och kommer samtidigt att prestera dåligt som NGO-representanter.<sup>68</sup>

Det är sant att man under de senaste decennierna i många nationella kontexter (t.ex. inom det amerikanska bolagsväsendet) och inom EU har gjort vissa operationella förändringar för att på något sätt minska dominansen av vinstmaximeringsintresset till förmån för en mer socialt orienterad logik (t.ex. skydd av konsumenter och investerare). Framför allt har den regleringspolicy som har förts för att nå dessa mål varit att fastställa juridiska gränser för företagsverksamhetens aktiviteter.<sup>69</sup> De vägar som valts för att genomföra sådana policys har antingen varit att begränsa företagsverksamheten genom att flytta en del av den juridiska makten till ett offentligt (eller kvasi-offentligt) organ (t.ex. genom Sarbanes-Oxley Act från 2002 eller MiFID I och II från 2004 resp. 2014) eller genom att expandera makten hos aktörer som opererar i rättsområden som gränsar till ekonomisk verksamhet av bolag.<sup>70</sup> Exempelvis har friheten på i övrigt

<sup>68</sup> Se Henry G. Manne, *The Myth of Corporate Responsibility – or – Will the Real Ralph Nader Please Stand Up?*, 26 *The Business Lawyer* s. 536 (1970). Se även Robert A. Dahl, *After the Revolution*, 1970, New Haven: Yale University Press, s. 139.

<sup>69</sup> Se Anna Beckers, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law*, 2015, London: Hart Publishing, kap. 3–5; Jingchen Zhao, *Promoting more socially responsible corporations through a corporate law regulatory framework*, 37 *Legal Studies* s. 115–117 (2017); Linne Marie Lauesen, *Government (Role in Regulation, etc.)*, i Idowu, Capaldi, Zu & Gupta (eds.), *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, s. 1276–1278; och Radu Mares, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, 2008, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, s. 176–177. Se t.ex. Genevieve LeBaron & Andreas Rühmkorf, *Steering CSR Through Home State Regulation: A Comparison of the Impact of the UK Bribery Act and Modern Slavery Act on Global Supply Chain Governance*, 8 *Global Policy* s. 17–22 (2017); Jeehye You, *Legal Perspectives on Corporate Social Responsibility – Lessons from the United States and Korea*, 2015, Berlin: Springer, s. 75–83; eller Gregory Jackson, Julia Bartosch, Daniel P. Kinderman, Jette S. Knudsen & Emma Avetisyan, *Regulating Self-Regulation? The Politics and Effects of Mandatory CSR Disclosure in Comparison*, 2017, s. 13–20, tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=2925055>. Det bör dessutom betonas att alla förändringar är operationella och inte strukturella eftersom, som påpekats av Zumbansen, dessa processuella åtgärder fortfarande vidtas "from within the shareholder-value paradigm" (dvs. genom att bibehålla den traditionella strukturen). Zumbansen, *The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law*, s. 285.

<sup>70</sup> Se Mia Mahmudur Rahim, *Legal Regulation of Corporate Social Responsibility – A Meta-Regulation Approach of Law for Raising CSR in a Weak Economy*, 2013, Berlin: Springer, s. 106–116 (där författaren konstaterar att västländernas rättsliga CSR-reglering har inriktats på att skapa specifika och anpassade rättsliga lösningar för att implementeras i olika nationella kontexter och verksamhetsområden). Se t.ex. Ronald Duska, Brenda Shay Duska & Julie Ragatz, *Accounting Ethics*, andra upplagan, 2011, Chichester: John Wiley & Sons, s. 27–29; Alessandro Vercelli, *Crisis and Sustainability: The Delusion of Free Markets*, London: Palgrave Macmillan, 2017; s. 283–289; eller Attila Kun & József Hajdú, *Conceptualization of Corporate Social Responsibility in the Context of Labor Law*, i R. Blanpain, W. Bromwich, O. Rymkevich & I. Senatori (eds.), *Rethinking Corporate*

oreglerade verksamhetsområden kraftigt minskat med lagstadgade miljöregler eller med regler som förhindrar tilldelning av offentliga kontrakt till bolag som inte uppfyller kvoter om kön och etnicitet.<sup>71</sup>

Emellertid har dessa typer av förändringar i regleringen av företagande hittills inte ägt rum på ett globalt plan.<sup>72</sup> Detta regleringsunderskott beror faktiskt inte på något enkelt förbiseende av privata och offentliga aktörer, utan har att göra med de grundläggande orsaker som gör sådana verksamhetsförändringar mycket svåra att både uppnå enighet om och att genomföra inom ramen för den transnationella kontexten. I motsats till USA och andra nationella sammanhang kännetecknas transnationella rättsliga sammanhang av en brist på en central juridisk auktoritet (t.ex. en myndighet som US Security and Exchange Commission), en brist som gör skapandet och genomförandet av en internationellt gällande CSR-reglering med genomslag som Sarbanes-Oxley Act svår.<sup>73</sup>

Governance: From Shareholder Value to Stakeholder Value, 2011, Alphen aan der Rijn: Wolters Kluwer, s. 190–192.

<sup>71</sup> Se Laurens Ankersmit, The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility, 26 *European Law Journal* s. 5–16 (2020); och David M. Ong, The Impact of Environmental Law on Corporate Governance: International and Comparative Perspectives, 12 *European Journal of International Law* s. 701–707 (2001). Se t.ex. Katharina E. Sarter, The legal framework of contracting: gender equality, the provision of services and European Public Procurement Law, 14 *WAGADU – A Journal of Transnational Women’s & Gender Studies* s. 62–74 (2015); eller Eric W. Orts, Reflexive Environmental Law, 89 *Northwestern University Law Review* s. 1272–1284 (1995).

<sup>72</sup> Se John Madeley, Big Business, Poor Peoples: How Transnational Corporations Damage the World’s Poor, 2008, andra upplagan, London: Zed Books, s. 187 (“While the world’s corporations have globalized, rules and regulations have not followed suit. There is no international regulation of the corporations and many [multinational corporations’] actions go unrecorded and unaccounted for”); Engobo Emeseh, Rhuks Ako, Patrick Okonmah & Lawrence Obokoh, Corporations, CSR and Self Regulation – What Lessons from the Global Financial Crisis?, 11 *German Law Journal* s. 238–243 (2010); Karin Buhmann, Corporate social responsibility: what role for law? Some aspects of law and CSR, 6 *Corporate Governance* s. 195 (2006) (där författaren konstaterar att FN:s olika initiativ är ”without any binding effect for corporations”); och Zumbansen, The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law, s. 305–306.

<sup>73</sup> Se Kenneth Amaeshi, Paul Nnodim & Osuji Onyeka, Corporate Social Responsibility, Entrepreneurship, and Innovation, 2013, London: Routledge, s. 33–34; och Zumbansen, The Parallel Worlds of Corporate Governance and Labor Law, s. 290–299. Se t.ex. Stefanie Khoury & David Whyte, Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action, 2017, Abingdon: Routledge, s. 157; Ong, The Impact of Environmental Law on Corporate Governance, s. 701–702 (“The lack of an adequate international corporate environmental liability regime represents a major constraint in the ability of international environmental law to impose an environmental protection objective or goal on the corporate governance agenda”); eller Dwayne Christopher Baraka, Reporting Frameworks, i Idowu, Capaldi, Zu & Gupta (eds.), *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, s. 1992–1993 (“One of the main issues with [CSR’s] reporting frameworks is the lack of a central authority ... for making decisions about how to move the discussion forward”).

Av dessa normstrukturella begränsningar som är typiska för det transnationella rättsliga området i allmänhet är det möjligt att dra slutsatsen att det är en extremt svår och komplicerad uppgift att påverka transnationella bolag att inta en i grunden mer socialt orienterad inställning med stöd av bindande normer, antingen genom att reformera maktstrukturerna inom företagandet (som en Sarbanes-Oxley Act med en de facto extraterritoriell verkan) eller genom att omdisponera de angränsande transnationella juridiska områdena (exempelvis genom att anta internationella miljöregler eller genom att på internationell väg införa vissa sociala normer inom offentlig upphandling).

## 5. Slutsats

Sammanfattningsvis kan det konstateras att nationell rätt inte har några problem att tvinga företag att ta sociala hänsyn. Det ser vi i lagstiftning om arbetarskydd, anställningsskydd, i vissa länder minimilöner, diskrimineringskydd, miljöskydd m.m. Men dessa normer konkurrerar inte internt med vinstintresset, utan utgör bara en extern normmiljö som alla måste förhålla sig till, ungefär som Lessigs arkitekturmiljö. När aktörerna själva inför sådana sociala normer blir det svårare. Det innebär verkligen en störning av det etablerade primära vinstintresset att låta detta få konkurrera med sociala hänsyn. Därför riskerar också det sociala skyddet att bli svagt, eftersom besluten i de svåra fallen kommer att främja vinstintresset. Men i avsaknad av någon annan tillgänglig lösning är detta det bästa alternativet. Normerna tillför socialt mervärde samtidigt som de är flexibla nog att inte äventyra bolagsidén. Det kan också noteras en tendens mot att soft law-normerna förhärdas genom att de upprepas och förfinas, och genom att de alltmer förknippas med bolagens goodwillvärden. Så, inom överskådlig framtid, kommer bolagsaktörer tvingas fortsätta att inte bara förhålla sig till den fysiska omgivningens hinder (arkitekturen), till marknadsrealiteter och till bindande regler, utan också till icke-bindande normer med sociala skyddssyften.