



NORGES HANDELSHØYSKOLE
Bergen, 20.06.2009

STRAFFELEMPNING – ET EFFEKTIVT VERKTØY I KAMPEN MOT KARTELLSAMARBEID?

Hvorfor har ikke det norske lempningsprogrammet hatt de ønskede effektene?

Av: Live Lovise Olsen og Kristin Rønhovde

Veileder: Lars Sjørgard
Master i økonomi og administrasjon
Hovedprofil: SAM – Samfunnsøkonomi
MØA: 30

NORGES HANDELSHØYSKOLE

Dette selvstendige arbeidet er gjennomført som ledd i masterstudiet i økonomi- og administrasjon ved Norges Handelshøyskole og godkjent som sådan. Godkjenningen innebærer ikke at Høyskolen inntår for de metoder som er anvendt, de resultater som er fremkommet eller de konklusjoner som er trukket i arbeidet.

FORORD

Denne utredningen er et selvstendig arbeid i forbindelse med avslutningen av master i samfunnsøkonomi ved Norges Handelshøyskole, våren 2009. Bakgrunnen for valg av temaet lempning av straff kommer av vår interesse for fagene Konkurransøkonomi og Konkurranserett. Vårt samarbeid har vært svært godt gjennom hele semesteret, og vi har trivdes med å kunne fordype oss i et spennende fagfelt.

Mangelen på tallmaterialet som omhandler ulovlige samarbeid har gjort det vanskelig å diskutere den eksakte effekten av innføring av lempning i konkurranselovgevingen. Som følge av kartellers hemmelige natur finnes det ingen statistikk over antall karteller i næringslivet og oversikten av faktiske lempningssaker er begrenset, særlig i Norge og i UK. Likevel vil vi si at antallet lempningssøknader gir oss en pekepinn på hvor suksessfullt et lempningsprogram er.

Vi ønsker spesielt å takke vår veileder, Lars Sørgard, som har kommet med interessante innspill og vært til meget god hjelp i vårt arbeid med masteroppgaven.

Live Lovise Olsen og Kristin Rønhovde

Bergen 20. juni 2009

SAMMENDRAG

Med den nye konkurranseloven av 5. mars 2004 ble lempning innført som et virkemiddel i kampen mot karteller. Suksessen har uteblitt. Dette kan skyldes at det er en relativt ny lov, og at bedriftene derfor har for liten kjennskap til lovgivningen og de mulige konsekvensene av en strafferabatt. Andre årsaker kan være fraværet av anonymitet eller at Norge ikke har straffelempling for individer, og at man dermed kan bli personlig straffeforfulgt selv om bedriften får lempning. De norske bøtene for overtredelse av kartellforbudet er muligens for lave til å ha en avskrekkende effekt; høye bøter bidrar til økt usikkerhet i kartellet og økte incentiver til å komme til myndighetene med bevis. Diskuterte revideringer av lempningsprogrammet er å innføre en ”winner takes all” – strategi, og å tilby belønning i tillegg til strafferabatt til kartelldeltakere som kommer med bevis til myndighetene.

Innhold

Forord	1
Sammendrag av utredningen	2
1. Innledning og motivasjon	5
1.1 Problemstilling og motivasjon	5
1.2 Oversikt	6
2. Rettslig rammeverk	8
2.1 Hva er lov?	8
2.1.1 Konkurranseloven av 5.mars 2004	8
2.1.2 EØS – avtalen	9
2.2 Utfyllende lovbestemmelser	10
2.2.1 Konkurransbegrensningskriteriet i § 10 og unntaket i § 10, 3. ledd	10
2.2.2 Samordnet opptreden	11
2.2.3 Merkbarhetskravet	11
2.2.4 Bevissikring og beviskrav	12
3. Økonomisk teori	15
3.1 Kartell og samfunnets velferd	16
3.2 Fangenes dilemma	18
3.3 Koordinert prissetting – en modell	20
3.4 Marked for et vellykket kartell	22
4. Lempning av straff	28
4.1 Formål og bakgrunn	28
4.2 Teoretisk effekt av lempning	29
4.2.1 Modellen uten et lempningsprogram	29
4.2.2 Modellen med et lempningsprogram	31
4.2.3 Optimale lempningsrater før og etter etterforskning	35
4.2.4 Oppsummering og kommentarer til modellen	42
4.3 Hva gjør et lempningsprogram effektivt?	43
4.4 Lempningsprogram i ulike land	45
4.4.1 Norge	45
4.4.1.1 Utmåling av overtredelsesgebyr og lempning ved overtredelse	46
4.4.2 USA	47
4.4.2.1 Bakgrunn og lovverk	47
4.4.2.2 Lempningsprogrammet i dag	48

4.4.3	EU	52
4.4.3.1	Bakgrunn og lovverk	52
4.4.3.2	Utmåling av overtredelsesgebyr	52
4.4.3.3	Europakommisjonens lempningsprogram	54
4.4.3.4	Problemstillinger rundt lempning i EU	55
4.4.4	UK	56
4.4.4.1	Konkurransemyndighetene og loven	56
4.4.4.2	Lempningsprogrammet	57
5.	Fra teori til praksis	60
5.1	Erfaringer	60
5.1.1	EU	60
5.1.2	USA	61
5.2	Case	63
5.2.1	Prissamarbeidet mellom Sotheby's og Christie's (1993-2000)	63
5.2.2	Det internasjonale Lysine – kartellet (1992-1995)	66
6.	Utfordringer i det norske lempningsprogrammet	72
6.1	Det norske lempningsprogrammet – en fiasko?	72
6.1.1	En ny lov	72
6.1.2	Lempning av individstraff	74
6.1.3	For lave bøter?	76
6.1.4	Anonymitet og innskrenket innsyn i søknadsdokumenter	79
6.2	Hva kan vi lære av andre land?	81
6.2.1	Winner takes all	82
6.2.2	Belønning – umoralsk eller et effektivt virkemiddel i kampen mot karteller?	84
7.	Oppsummering og konklusjon	87
7.1	Oppsummering	87
7.2	Konklusjon	89
	Referanseliste	90
	Appendix 1: Lovverk	97

1 Innledning og motivasjon

1.1 Problemstilling og motivasjon

Da vi skulle velge tema til vår avsluttende masteroppgave visste vi tidlig at vi ønsket å skrive om konkurranseøkonomi og konkurranserett i sammenheng med vår hovedprofil samfunnsøkonomi. Vi har begge hatt flere fag innenfor dette fagområdet, både på bachelor- og masternivå, og finner det meget spennende og interessant. Konkurranseøkonomi er et svært anvendt fagområde og er derfor et utmerket utgangspunkt for en økonomisk utredning. Problemstillingen vi har valgt for vår avhandling er som følger:

Straffelepning – et effektivt verktøy i kampen mot kartellsamarbeid?

Hvorfor har ikke det norske lempningsprogrammet hatt de ønskede effektene?

Motivasjonen for å ta for oss straffelepning som tema for utredningen er at lempning er et relativt nytt verktøy for norske konkurransemyndigheter i kampen mot ulovlige samarbeid. Implementering av lempningsprogrammet i den norske konkurranseloven av 5. mars 2004 har ikke bidratt til en signifikant økning i antall oppdagede karteller; I Norge har lempningsprogrammet kun medført tre søknader, hvor den første søknaden om amnesti ikke kom før 2007 (Konkurransetilsynet 2007). Konkurransemyndighetene i USA og EU har på den annen side oppnådd svært gode resultater med sine lempningsprogrammer. Det som fanget vår interesse var hvorfor norske myndigheter har mottatt så få lempningssøknader i forhold til andre land. Hva er det som gjør at norske selskaper, i mye mindre grad enn europeiske og amerikanske, utnytter den muligheten de har til å få redusert straff dersom de har vært deltaker i et kartell? Sannsynligheten for at det eksisterer karteller i norsk næringsliv er stor. Suksessen av det norske lempningsprogrammet har derimot latt vente på deg.

Vårt hovedfokus er å diskutere hvorfor det norske lempningsprogrammet ikke har hatt ønsket effekt. Vi ønsker å se på mulige årsaker til programmets manglende effektivitet og foreslå ulike revideringer som kan bidra til at antall lempningssøknader øker. Vi vil se på USAs, EUs, UKs og Norges lempningsprogram for å vurdere om en sammenlikning kan gi oss informasjon om hvorfor det norske lempningsprogrammet ikke har medført flere en tre lempningssøknader. I tillegg vil en slik sammenlikning gi oss et godt utgangspunkt for å vurdere hva Norge kan lære av andre land og, ikke minst, hvilke endringer som må til for at det norske lempningsprogrammet skal bli mer effektivt og suksessfullt.

1.2 Oversikt

I kapittel 2 tar vi for oss det konkurranserettslige rammeverket som omhandler ulovlige samarbeid. Her ser vi på hvilke kriterier som skal til for at et samarbeid mellom bedrifter ansees som ulovlig, og hvilke unntak som finnes fra disse kriteriene. Vi ser også på beviskrav til kartell, og hvordan norske konkurransemyndigheter går frem for å sikre seg slikt bevismateriale. Dette kapittelet er ment som en innføring i forbudsbestemmelsen i konkurranseloven og som et utgangspunkt for å kunne diskutere problemstillinger rundt kartellvirksomhet.

Kapittel 3 ser på økonomisk teori og hvordan kartellsamarbeid påvirker økonomien som helhet. Her ønsker vi å få frem de negative konsekvensene av karteller på samfunnets velferd. Som hjelpemiddel brukes standard spillteori og teori for bedrifters markedstilpassning. Tilslutt diskuterer vi hvilke markeds-kriterier som kan legge til rette for ulovlig samarbeid i et marked.

Videre tar vi for oss lempning av straff i kartellsaker og hvilke teoretiske effekter lempning har på kartelldeltakeres incentiver til å delta i ulovlige samarbeid. Kapittel 4 inneholder en modell som illustrerer hvor effektivt konkurransemyndigheter kan avsløre karteller, hvor konkurransemyndighetenes effektivitet blir sammenliknet før og etter at lempningsprogram er introdusert. Videre ser modellen på hvordan lempning kan bidra til at selskaper vil avsløre kartellet før og etter en etterforskning er startet. For konkurransemyndighetene er dette et spesielt viktig aspekt da ressursene til å etterforske et kartell er begrenset, og det vil være ønskelig at slike utgifter blir minimert. Kapittel 4 tar også for seg lempningsprogrammene i Norge, USA, EU og UK.

I kapittel 5 ser vi på erfaringer fra lempningsprogrammene i EU og USA. Suksessen til et lempningsprogram måles ut i fra hvor mange karteller programmet er med på å avdekke, og USA og EU har i dag klart høyest suksessrate. Norge og UK er nybegynnere i bruken av lempning, og tallmateriale fra disse landene er meget sparsomt og kan derfor vanskelig brukes til å gi en klar konklusjon på hvor effektive lempningsprogrammene i disse landene er. Vi har derfor valgt å fokusere på EU og USA i dette kapittelet. I tillegg vil vi her ta for oss to case som illustrerer motivasjonen bak dannelsen av et kartell, samt avsløringen av kartellsamarbeidet og lempningsprogrammenes rolle i saken.

Problemstillinger rundt det norske straffelempningsprogrammet blir tatt opp i kapittel 6. Vi diskuterer her ulike aspekter ved det norske programmet som kan være grunnleggende årsaker til at det er ikke er flere bedrifter som søker norske myndigheter om lempning. Det faktum at det norske lempningsprogrammet er relativt nytt, at individer kan bli svært hardt straffet og at Norge har meget lave bøter for kartellovertredelser vil bli diskutert. Vi ser også på mulige endringer av konkurranseloven foreslått av Fornyings- og administrasjonsdepartementet som kan gi en høyere avsløringsrate, i tillegg til at vi diskuterer hva vi kan lære av andre land som har hatt større suksess med sine lempningsprogram.

Tilslutt kommer vi med en avsluttende kommentar og konklusjon av vår utredning.

2 Rettslig rammeverk

2.1 Hva er lov?

2.1.1 Konkurranseloven av 5. mars 2004

Norge og norske myndigheter har lenge vært engasjert i konkurransespørsmål og man har hatt debatt rundt problemstillinger innenfor konkurranseøkonomi og konkurranserett i flere tiår. Da Norge fikk sin første, moderne konkurranselov i 1993 skulle denne effektivisere saksbehandlingen av spørsmål som ble behandlet under trustloven av 1926 og prisloven av 1953. Trustloven hadde sine røtter i konsesjonsloven og skulle kontrollere store bedrifter og deres mulighet til å begrense konkurransen. Prisloven skulle særlig ”fremme en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling” og beskytte mot ”urimelige” priser, fortjenester og forretningsvilkår. Et forbud som ble lagt til prisloven i 1960 forbød at bedrifter avtalte priser, avanser eller rabatter seg i mellom, men det var fortsatt et behov for bedre fungerende markeder og mer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Norge trengte en spesialisert lov med særlig fokus på konkurransebegrensning. I 1994 ble derfor Konkurransetilsynet opprettet som en håndhever av den nye loven, og dette markerte en overgang fra gammelt til nytt, hvor effektiv bruk av samfunnets ressurser stod i høysetet (Johansen 2005).

Dagens gjeldende konkurranselov ble implementert 1. mai 2004. Formålet med revideringen var at den nye loven skulle særlig styrke håndhevingen mot karteller og misbruk av markedsrett. I tillegg skulle sanksjonene bli strengere og det skulle bli lettere å oppdage forhold i næringslivet som brøt med konkurranseloven. Straffereduksjon i kartellsaker og bedre fusjonskontroll gjennom meldeplikt var essensielle endringer (www.projure.no). I tillegg ble den nye loven harmonisert med EU/EØS – regelverket og Konkurransetilsynet skulle i større grad få kompetanse til å vurdere konkurransesaker i internasjonalt lys. EØS – avtalens artikkel 53 og 54 ble dermed fullt ut tatt opp i den norske konkurranselovgevingen gjennom konkurranselovens § 10 og § 11 (Kolstad et al. 2007:27). Disse endringene skulle bidra til økt konkurranse selskaper i mellom, og da særlig til fordel for konsumentene.

Saker som gjelder ulovlig samarbeid blir håndtert under konkurranseloven § 10.¹ Denne paragrafen forbyr avtaler mellom bedrifter som begrenser konkurransen. Slike avtaler gjelder blant annet markedsdeling, priskalking og begrensnig av produksjon. Denne paragrafen gir

¹ Se utdrag av § 10 i Appendix 1

dermed forbudet mot karteller og vil følgende være den viktigste paragrafen i konkurranseloven i denne utredningen.

Konkurransemyndighetene i Norge består av Kongen, Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Konkurransetilsynet (Konkurranseloven § 8). Konkurransetilsynet fører tilsyn med at forbud og påbud i loven overholdes og foretar inngrep mot foretakssammenslutninger dersom det er nødvendig ut ifra konkurranserettslige hensyn. Tilsynet iverksetter tiltak for å øke markedets gjennomsiktighet og påpeker konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak (www.kt.no).

Konkurransetilsynet er underlagt Fornyings- og administrasjonsdepartementet. Det er departementet som har ansvaret for konkurransepolitikken. Deres ansvar er å føre en politikk som øker verdiskapningen i samfunnet. De søker å forme en politikk som er til det beste for forbrukerne, og for små og mellomstore bedrifter (www.regjeringen.no). Det er ønskelig å øke samfunnets velferd ved sunn konkurranse mellom bedrifter slik at produksjonen blir maksimert og konsumentene får stor valgfrihet i produkter og lave priser, samt at innovasjonen øker.

Påtalemyndighetene og Økokrim er ikke underlagt konkurransemyndighetene, men har en viktig oppgave i konkurransehåndhevelsen. Påtalemyndighetene tar ut tiltale og fører straffesak for domstolene etter konkurranseloven § 30. Økokrim vil normalt sett ikke bringes inn i en sak før etter en anmeldelse fra Konkurransetilsynet og det er kun påtalemyndighetene som i dag kan ta ut tiltale mot fysiske personer (Kolstad et al. 2006:14).

2.1.2 EØS – avtalen

EØS – retten kommer til anvendelse når handelen mellom EØS – landene blir påvirket av reguleringen av konkurransen i Norge. EØS – avtalen gjelder parallelt med den norske konkurranseloven, og lovgivningen for konkurransebegrensende avtaler er i dag som nevnt tidligere sammenfallende med norsk rett. Dersom den norske konkurranseretten gir løsninger som strider imot EØS – retten, er det EØS – lovgivningen som gjelder (www.kt.no). Det er derfor viktig at norske bedrifter også er klar over at EØS – retten er aktuell ved konkurransebegrensende avtaler.

Den gjeldende konkurranseloven i EØS trådte i kraft 19. mai 2005 (ibid.). Det er EFTAs overvåkningsorgan og EFTA – domstolen som håndhever EØS – avtalens konkurranseregler (EØS – konkurranseloven § 1). Fra § 9 i den norske konkurranseloven har vi at Konkurransetilsynet har ansvaret for at artikkel 53 og 54 blir fulgt. Lov om gjennomføring og kontroll av EØS – avtalens konkurranseregler (EØS – konkurranseloven) av 5. mars 2004 regulerer hvordan norske konkurransemyndigheter skal forholde seg til EØS – retten. Lovens § 7 stadfester forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS – avtalen artikkel 53 og 54.

Den aktuelle lovbestemmelsen aktuell for denne oppgaven er artikkel 53² fra EØS – avtalen og tilsvarende artikkel 81³ fra Roma – traktaten, som forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom bedrifter.

2.2 Utfyllende lovbestemmelser

2.2.1 Konkurransbegrensningskriteriet i § 10 og unntaket i § 10, 3. ledd

Konkurransbegrensningskriteriet definerer når et samarbeid kan sies å påvirke konkurransen på en slik måte at forbudet i § 10, 1. ledd kommer til anvendelse, og skiller konkurranseskadelig samarbeid fra andre former for samarbeid (Konkurransetilsynet 2008a). Fra konkurranseloven kan eksempler på konkurransebegrensende opptreden være markedsdeling, prisfiksing, begrensning av produksjon og direkte eller indirekte avtaler om utsalgspriser og forretningsvilkår. Det vil være vanskelig å definere alle typer adferd som kan være skadelig for marked og konsumenter, og listen i loven om avtaler som kan begrense konkurransen er ikke utfyllende.

Det er fire vilkår som alle må være innfridd for at konkurransebegrensende samarbeid skal være lovlig. Fra § 10, 3. ledd og art. 53 (3) er det første kravet at avtalen må bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. Det andre vilkåret er at forbrukerne må få en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. Det er også et krav at avtalen ikke må pålegge bedrifter restriksjoner som ikke er helt nødvendige for å nå målet med avtalen. Det siste vilkåret krever at partene i samarbeidet ikke må gis mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varene det gjelder.

² Se utdrag av artikkel 53 i Appendix 1.

³ Se utdrag av artikkel 81 i Appendix 1.

Dersom disse fire vilkårene er innfridd vil samarbeidet medføre gevinster for samfunnet og bedriftene, og lovens formål om å sikre samfunnsøkonomisk velferd og effektiv bruk av samfunnets ressurser kommer her foran forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

I tilfeller der effektivitetsgevinstene er høyere enn skadevirkningene som følge av den konkurransebegrensende avtalen, vil man kunne se bort ifra bestemmelsen i § 10, 1. ledd og art. 53 (1). Unntaket medfører dermed at konkurransebegrensende avtaler mellom foretak kan gjennomføres på lovlig vis. Dersom de fire vilkårene etter en tid ikke blir oppfylt, vil avtalen igjen bli forbudt etter § 10, 1. ledd og art. 53 (1) (Kolstad et al. 2007:294).

2.2.2 Samordnet opptreden

Fra konkurranselovens § 10, 1. ledd har vi at konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak er forbudt. Med samarbeid menes avtaler, samordnet opptreden eller beslutning innenfor sammenslutninger. Effekten av slik samarbeid er redusert usikkerhet i markedet da man da blir informert om hvilke valg konkurrentene vil ta (Kolstad et al. 2007:228).

Forutsetningene for at det foreligger samordnet opptreden er at avtalen beror på felles forståelse samt kontakt mellom partene. Det er dermed viktig at partene er blitt enige om at de vil handle slik at konkurransen blir begrenset. Det er ikke et krav at partene må ha direkte kontakt med hverandre. Fra EF – domstolens praksis er det er nok med indirekte kontakt, for eksempel gjennom en tredjeperson eller informasjonsutveksling gjennom media (Kolstad et al. 2007:237).

2.2.3 Merkbarhetskravet

Kartellsamarbeid i sin alvorligste form (hard – core karteller) kan defineres som skjult konkurransebegrensende samarbeid mellom to eller flere foretak om priser, produksjon, anbud og fordeling av marked (Konkurransetilsynet 2009). Hard – core karteller har som formål å begrense konkurransen og vil alltid være forbudt uavhengig av selskapenes markedsandeler. Det er da ikke nødvendig å påvise at samarbeid også har konkurransebegrensende virkninger. Dette vil særlig gjelde prissamarbeid, markedsdeling og kvantumsbegrensninger. Dersom det ikke foreligger et formål om konkurransebegrensning må det foretas en vurdering av samarbeidets virkning på markedet for å avgjøre om forbudet i § 10, 1. ledd kommer til anvendelse (NHO 2008).

Andre typer samarbeid som ikke har som formål å begrense konkurransen vil kun være ulovlig etter konkurranselovens § 10 dersom samarbeidet påvirker konkurransen merkbart (NHO 2008). Merkbarehetskravet er ikke lovfestet, men følger av EF – domstolens rettspraksis. Som utgangspunkt vil avtaler mellom konkurrenter ikke påvirke konkurransen merkbart, dersom deres samlede markedsandel ikke overstiger 10 %. For vertikale avtaler må markedsandelen ikke overstige 15 % (NHO 2008). Dersom konkurransen i en næring ikke blir merkbart redusert som følge av et samarbeid vil en avtale dermed ikke kunne forbys (Kolstad et al. 2007:288).

For å finne ut om en avtale begrenser konkurransen merkbart, vil man i EF – domstolen ta en helhetsvurdering av tilfellet. Det finnes altså ingen konkrete krav til merkbarhet, det blir avgjort i det enkelte tilfellet. Praksis i EF – domstolen er å se på partenes størrelse, markedskarakteristika og den type kontraktsvilkår det gjelder. Partenes størrelse blir vurdert ut fra hvilken markedsandel de har. Det blir også lagt vekt på det aktuelle produktets andel i det relevante markedet og om produktet har substitutter i dette markedet. EF – domstolen legger videre vekt på hvor mye av produktet som eksporteres og bedriftenes omsetning. Markedskarakteristika som er viktige å se på for å bekrefte merkbarhet er antall tilbydere i markedet og om det finnes parallelle nettverk eller distribusjonskanaler mellom flere bedrifter. Flere bedrifter i det relevante markedet vil medføre at en avtale får mindre konkurransebegrensende virkning enn dersom markedet er veldig konsentrert. Helhetsvurderingen beror også på hvilken type avtale som er inngått og skadevirkningen av denne (Kolstad et al. 2007:289).

Kolstad et al. skriver i *Norsk konkurranserett – Bind 1 Atferdsregler og strukturkontroll* fra 2007 at følgene av merkbarhetskravet er at konkurransemyndigheter og domstoler ikke behøver å benytte tid og ressurser på saker som gjelder avtaler av liten konkurransebegrensende karakter. Dette medfører større frihet til å konsentrere seg om alvorlige overtredelser av konkurranselovgivningen som kan medføre større skade, blant annet tapt velferd og mindre effektiv bruk av samfunnets ressurser.

2.2.4 Bevisikring og beviskrav

I kartellsaker er bevis fra selskapene kritisk for å felle kartellet. Hemmeligholdelsen rundt et kartell gjør dette vanskelig, og bevis kan ofte være muntlige og lett å ødelegge. Dersom et selskap finner ut at det er under etterforskning kan viktige bevis gå tapt, noe som gjør

konkurransemyndighetenes jobb meget vanskelig. Et viktig hjelpemiddel for Konkurransetilsynet er derfor konkurranselovens § 25 som gir tilsynet adgang til uanmeldte foretakskontroller og sikring av bevis (Kolstad et al. 2006:129). Fra § 25 har vi at ”den begjæringen retter seg mot, skal ikke varsles om begjæringen eller beslutningen.” Dette gir Konkurransetilsynet et element av overraskelse, og faren for at bevis blir ødelagt blir følgelig mindre. Konkurranseloven gir meget vide fullmakter til Konkurransetilsynet for å etterforske brudd på lovens bestemmelser, og dette har gjort at slike ”dawn raids” hvor Konkurransetilsynet uanmeldt har krevd innsamling av bevis har blitt meget omstridt (Dypvik 2005).

Bevissikring

Etter konkurranseloven § 25 må to hovedvilkår være oppfylt for at bevissikring skal kunne iverksettes. Det må foreligge ”rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, eller det er nødvendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon.” Dersom disse vilkårene er oppfylt kan Konkurransetilsynet uanmeldt gjennomføre selskapets lokaler og privat eiendom for å oppdrive bevis til nærmere granskning. For å kreve adgang til bolig er det tilleggsvilkår at det er ”særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der.” Tilsynet kan også ta med all materiale som kan ha betydning for en etterforskning og de kan beholde bevisene så lenge dette er nødvendig. Dette vil også gjelde elektroniske lagringsmidler. Dette til tross for at Konkurransetilsynet i slike tilfeller risikerer å få med seg materiale som er unntatt fra beslag, noe som kan gå på bekostning av hensynet til rettsikkerheten til vedkommende under etterforskning (Dypvik 2005).

Bevissikringsprosedyren er i dag identisk med Konkurransetilsynets etterforskning på brudd på EØS – avtalen art. 53 og 54, men det er i dag kun Konkurransetilsynet som etter konkurranseloven har fullmakt til selv å ransake etter bevis (Kolstad et al. 2006:132).

Beviskrav

Lovens ordlyd innebærer ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt. Det kreves dermed ikke mistanke om en straffbar handling eller skjellig grunn til mistanke for sikring av bevis. Det vil være tilstrekkelig for bevissikring at Konkurransetilsynet har indikasjoner på ulovligheter i markedet (Kolstad et al. 2006:131). Dette vil derimot ikke gjelde for ransaking av private hjem, da dette vil kreve enn ”særlig grunn til mistanke.” Hvilke bevisgrunnlag man bør starte

en etterforskning på vil hvile på en avveining mellom en effektiv etterforskning og rettsikkerheten til de involverte aktørene. Et hovedsynspunkt er at et kartell stjeler resurser fra samfunnet og skader sunn konkurranse. Kravet til bevis bør dermed være lavt for å ilegge overtredelsesgebyr. På den andre siden kan det argumenteres for en klar sannsynlighetsovervekt for å beskytte selskap i å bli feilaktig bøtelagt. Et spørsmål vil her være om hvilke interesser som bør vektas tyngst, samfunnets eller selskapets?

Fra uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettskonvensjonen har vi at ”enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans/hendes skyld er bevist i overensstemmelse med loven.” (Kolstad et al. 2006:151). Bevisbyrden vil i overtredelsessaker alltid ligge på myndighetene. Dersom tilsynet må basere seg på hypoteser og antakelser om en overtredelse, må denne hypotesen være den eneste sannsynlige mulighet. Overtredelsesgebyr på bakgrunn av den mest sannsynlige hypotesen, er dermed ikke mulig (Kolstad et al. 2006:156). Dersom tilsynet legger frem opplysninger som sannsynliggjør at det foreligger en overtredelse, er det derimot opp til foretaket å legge frem bevis som tilsier at loven ikke er brutt. Bevisbyrden ligger også på foretaket når det gjelder å bevise positive utfall av et kartellsamarbeid (Kolstad et al. 2006:155).

3 Økonomisk teori

Den økonomiske definisjonen av et kartell er en situasjon der prisen er nær monopolpris selv om det er en oligopolstruktur i industrien (Friederiszick og Maier-Rigaud 2007). Et kartell er en økonomisk avtale mellom, eller en sammenslutning av næringsdrivende om felles priser og salgsvilkår, eventuelt også produksjonsregulering (www.caplex.no). To bedrifter kan også avtale å dele markeder mellom seg eller foreta anbudsregulering. Bedriftene vil da få en felles høyere markedsrett, og dermed kunne regulere produksjon og ta en høyere markedspris. Gjennom et slikt samarbeid oppnår partene høyere profitt og konsumentene kan ende opp med å måtte betale mer for samme mengde eller etterspørre mindre enn de ellers ville etterspurt. En slik markedsstilpassning er ikke optimal da konsumentene kommer dårligere ut og man får en pris som er høyere enn marginalkostnadene for produksjon, som igjen gir et samfunnsøkonomisk tap.

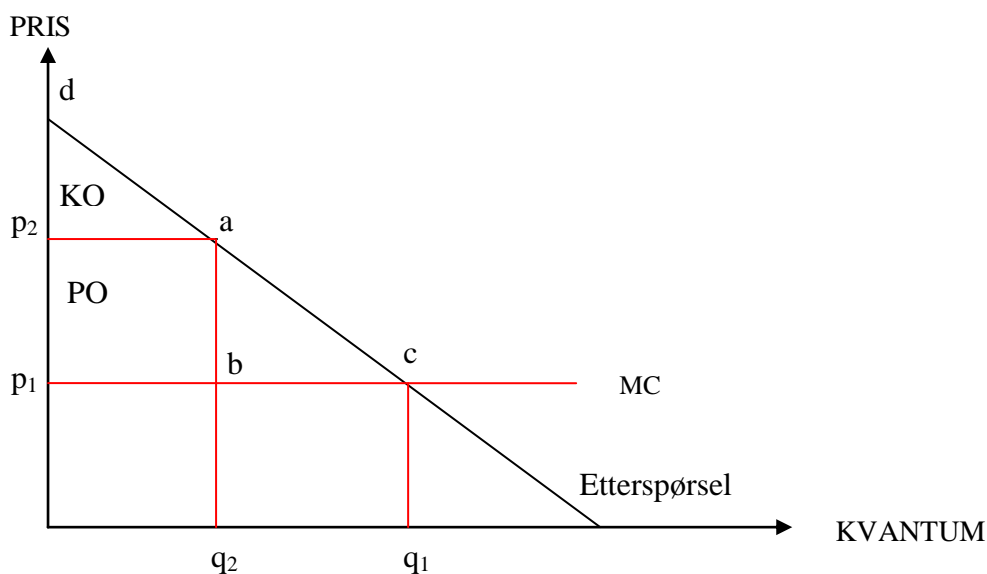
Markedsrett i seg selv er i dag ikke ulovlig ut i fra norsk rett, men hvordan man opptrer med denne makten er regulert, og samarbeid bedrifter i mellom for å oppnå markedsrett er ulovlig. Et problem for konkurransemyndighetene er derimot hvordan man skal skille mellom markedsrett oppnådd gjennom direkte kontakt og samarbeid, og markedsrett oppnådd gjennom stilltiende samarbeid. Stilltiende samarbeid vil ha de samme effektene som et kartell, men krever ingen direkte form for kommunikasjon. Samarbeidet er kun et produkt av forhold i markedet som legger til rette for at noen bedrifter sammen oppnår markedsrett. Stilltiende samarbeid er ikke forbudt da dette ikke er samordnet opptreden mellom bedrifter, men problemet er at de samme markedsforhold som legger til rette for stilltiende samarbeid også legger til rette, og sannsynliggjør, kartellsamarbeid. Med den grad av hemmelighet som vi ser rundt kartellsamarbeid, er konkurransemyndighetenes utfordring hvordan man skal skille mellom de to formene for samarbeid, og hvordan man kan avdekke et ulovlig kartell. Stilltiende samarbeid er heller ikke ønskelig da det medfører de samme negative samfunnsøkonomiske konsekvensene som ulovlig samarbeid. Myndighetene må derfor søke å begrense et markeds mulighet for både stilltiende samarbeid og karteller.

I dette kapittelet ønsker vi å fokusere på eksplisitte kartellavtaler og vi vil særlig se nærmere på hvorfor bedrifter ønsker å gå sammen i et ulovlig samarbeid. Vi vil se nærmere på hvordan et kartell påvirker samfunnets velferd, og bruke spillverktøy for å forklare dynamikken i det som skjer i markedet. Videre vil vi undersøke hvilke markeds karakteristikk som øker sannsynligheten for et ulovlig samarbeid.

3.1 Kartell og samfunnets velferd

”Kartell er kreft for den åpne markedsøkonomien”, sier Mario Monti, tidligere leder for Europakommisjonen (Monti 2001). Det er en av de mest alvorlige økonomiske forbrytelsene en bedrift kan begå da kartelladferd er svært skadelig for samfunnet som helhet. Kartell er forbudt fordi det hindrer sunn konkurranse. I et marked med konkurranse vil bedriftene utnytte råvarer, arbeidskraft og kapital på best mulig måte. Varene produseres her mest mulig effektivt, til lavest mulig kostnad og blir solgt til lavest mulig pris. Kun de mest effektive bedriftene vil nå overleve. Karteller resulterer derimot i høyere priser, mindre produksjon og færre valgmuligheter, og er dermed negativt for konsumentene og samfunnets velferd (www.kt.no).

Deltakelse i et kartell gir bedrifter mulighet til å utøve en felles markedsrett som de ikke hadde hatt dersom de konkurrerte mot hverandre. Markedsrett defineres som evnen en bedrift i et marked har til å påvirke priser og andre salgs- eller innkjøpsvilkår i sin egen interesse (Gabrielsen 2003). Bedriftene vil her kunne sette prisen over marginalkostanden, men i et marked med perfekt, eller tilnærmet perfekt, konkurranse vil de ikke ha en slik rett. I et marked med frikonkurranse, med homogene varer og uendelig antall aktører, vil bedriftene ha incentiver til å underkutte hverandres pris helt ned til marginalkostnaden til produktet. Dette gjør at man sitter igjen med null i profitt. Dersom to eller flere bedrifter går inn i et hemmelig samarbeid derimot, vil konkurransen på markedet bli svekket. Bedriftene vil oppnå profitt, men dette vil redusere samfunnets velferd. Effekten av en høyere pris vises i figur 1:



Figur 1: Markedstilpasning under konkurranse og samarbeid.

Figuren viser hvordan bedriftene tilpasser seg under konkurranse og under samarbeid med hensyn til pris. Etterspørselskurven viser sammenhengen mellom pris og etterspurt kvantum. Ved en høy pris vil konsumentene etterspørre et lavere kvantum av produktet enn dersom prisen var lavere. Etterspørselskurven er derfor en synkende funksjon av pris. I figuren antar vi også at selskapenes marginalkostnad (MC) er konstant lik p_1 .

Antar vi at produktene er homogene vil bedriftene konkurrere prisen helt ned til marginalkostnaden. En vil her alltid ha incentiver til å underkutte rivalens pris for å oppnå større markedsandel. Ved sterk konkurranse vil derfor en pris høyere enn marginalkostnad være vanskelig å opprettholde. Fra figuren vil man da ende opp med pris p_1 og kvantum q_1 , og få null i profitt. Klarer man derimot å samarbeide vil man ende opp med et betydelig lavere kvantum, q_2 , og en høyere pris, p_2 .

Hvordan påvirker så denne tilpassningen konsumentene og samfunnets velferd? Samfunnets velferd består av summen av markedets konsumentoverskudd (KO) og produsentoverskudd (PO). Konsumentoverskuddet reflekterer konsumentenes betalingsvilje over markedsprisen. Dersom markedsprisen er lavere enn det konsumentene faktisk har vilje til å betale, vil de oppnå et konsumentoverskudd. Produsentoverskuddet reflekterer markedsprisen over marginalkostnadene, hvor en pris satt over marginalkostnaden vil gi produsentene en positiv profitt.

Figur 1 illustrerer som nevnt et marked med fallende markedsetterspørsel. Her vil en markedstilpassning med konkurranse gi en pris lik marginalkostnaden og produsentoverskuddet vil være lik null. Konsumentoverskuddet vil være lik arealet dcp_1 . Ved en kartelltilpassning derimot kan det bli tilbudt et lavere kvantum for på den måten å presse prisen opp. Dette gjør at kartelldeltakerne oppnår en pris høyere enn marginalkostnaden og et positivt produsentoverskudd. Konsumentene på den andre siden, får et lavere konsumentoverskudd. Konsumentene står nå ovenfor en høyere pris og må betale mer for samme kvantum. Dette gjør at konsumentene kjøper mindre.

Ved en høyere markedspris vil de konsumentene med lavest betalingsvilje ikke lenger ha tilgang til markedet, dette skaper et samfunnsøkonomisk tap som følge av at det produseres for lite (Konkurransetilsynet 1/2001). Fra figuren ser vi at tapet tilsvarer arealet abc. Dette er

et samfunnsøkonomisk overskudd som ikke blir realisert fordi prisen er for høy, og det vil her være en potensiell "handelsgevinst"(Gabrielsen 2003).

Konsekvensene av kartelldannelse trenger ikke bare være avtalt pris. Karteller er av natur sårbare og denne sårbarheten skaper et behov for en aktiv samordning selskapene mellom for å stabilisere kartellet (Konkurransetilsynet 1/2001). En mulighet til å kompensere for en slik ustabilitet er å dele markedene mellom seg da dette senker verdien av å bryte ut. En bedrift kan da kunne oppnå å bli eneste tilbyder i markedet, og man har dermed mulighet til å ta monopolpris. Et annet alternativ er å avtale kvantum. Bedriftene vil dermed søke å presse opp prisen ved å redusere kvantum. Dersom etterspørselen er elastisk vil konsumentene betale en høyere pris for varen. Dette vil redusere konsumentoverskuddet til arealet p_1p_2 og øke produsentoverskuddet til arealet p_1p_2ab .

Et kartell kan også medføre at bedrifter utenfor samarbeidet blir presset ut av markedet. Dette vil resultere i færre valgmuligheter for konsumentene, noe som igjen vil gi et velferdstap. På den annen side vil de høye prisene som følge av et ulovlig samarbeid kunne øke incentivene til å etablere seg i det aktuelle markedet. Konsekvensen av flere konkurrenter kan være at nykommerne går inn i en fredelig sameksistens med kartelldeltakerne, og dermed at den høye prisen i markedet blir opprettholdt. En alternativ konsekvens kan være at nykommerne ønsker å konkurrere med de etablerte kartelldeltakerne og dermed setter en lavere pris for å kapre markedsandeler. Det siste alternativet er det samfunnsøkonomisk ønskelige resultatet. Spørsmålet er bare om en nykommer har råd til å innlede en priskrig mot en større og mer ressurssterk aktør.

3.2 Fangenes dilemma

For å illustrere rasjonaliteten bak avgjørelsen om kartellsamarbeid kan vi ta utgangspunkt i to bedrifter som konkurrerer og vise deres tilpassning i markedet. Vi vil bruke et *Fangenes Dilemma – spill* som eksempel hvor man som konkurrenter oppnår et utfall som er individuelt rasjonelt, men ikke kollektivt optimalt. Problemstillingen i dette spillet er hvordan man i fellesskap kan oppnå det utfall som gir høyest profitt, og om dette er et utfall som i det hele tatt er mulig å oppnå.

Vi tar utgangspunkt i en situasjon hvor vi har to bedrifter, A og B, som konkurrerer på pris og som kun møtes en gang i markedet. Disse bedriftene produserer like produkter, men ikke

perfekte substitutter. På denne måten vil man kunne oppnå profitt selv om man konkurrerer da man alltid har konsumenter som foretrekker et produkt over det andre. Bedriftene kan velge mellom å sette lav pris (70,-) eller høy pris (100,-) på produktet. Dersom de velger å sette lav pris blir etterspørselen 100 enheter, mens ved høy pris blir etterspørselen 80 enheter. Dersom de velger ulik pris, hvor en bedrift setter høy pris og den andre lav pris, får bedriften som setter høy pris en etterspørsel lik 60 enheter, mens den som setter lav pris får en etterspørsel lik 130 enheter. Vi antar i tillegg at de ikke har marginalkostnader slik at det ikke blir fradrag i profitten. Vi kan vise hvilke profitt de oppnår ved hjelp av en matrise:

Tabell 1: Matrise, Fangenes Dilemma

		B	
		Høy Pris	Lav Pris
A	Høy Pris	(8000, 8000)	(6000, <u>9100</u>)
	Lav Pris	(<u>9100</u> , 6000)	(<u>7000</u> , <u>7000</u>)

Fra matrisen ser vi at dersom begge bedriftene setter høy pris vil de begge oppnå 8000,- i profitt. Dette er derimot ikke en stabil likevekt da det eksisterer et økonomisk incentiv til å sette sin egen pris ned for å kapre en større markesandel. Dersom man setter ned sin egen pris mens rivalen fortsatt har høy pris, vil man kunne oppnå en høyere profitt lik 9100,- gjennom et høyere solgt kvantum. Man vil derfor alltid ønske å underby rivalens pris for å oppnå høyere etterspørsel. Dette er kjernen til problemet i *Fangenes Dilemma*. Utfallet hvor begge bedriftene setter høy pris er dermed ikke en Nash-likevekt da man vil angre sitt eget prisvalg når en observerer rivalens pris. Lav pris blir den prisen bedriftene vil velge uansett hvilken pris rivalen setter, og lav pris er dermed en dominerende strategi i dette spillet. Resultatet blir at begge bedriftene setter lav pris. (Lav pris, Lav pris) blir det stabile utfallet og eneste Nash-likevekt i dette statiske engangsspillet. Utfallet gir derimot den laveste samlede profitten i spillet, og vi ser at rasjonell adferd har ledet frem til et utfall som er det felles verste for de to bedriftene (Sørgard 2003a:36).

Vil det være mulig for bedriftene å nå utfallet hvor begge setter høy pris? En avtale mellom partene om å sette høy pris kan virke som en mulig løsning, men i et engangspill vil en slik

avtale være meget vanskelig å opprettholde. Man vil da ikke stå ovenfor en mulig fremtidig straff ved å avvike, og man vil derfor prøve å lure den andre part med å underkutte den avtalte prisen. Dette er derimot en åpenbar strategi og begge parter vil sette lav pris i den første perioden.

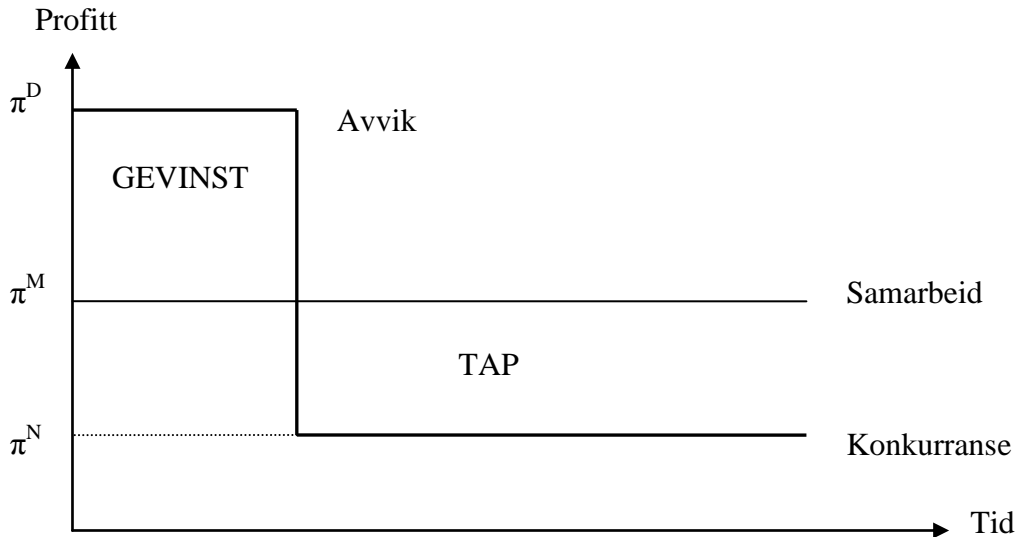
Hva skjer dersom vi åpner opp for flere perioder i spillet? Vi vil se at et endelig antall perioder heller ikke vil løse *Fangenes Dilemma*. Partene vil i et slikt spill ønske samarbeide så lenge det er mulig, men fristelsen for å avvike er meget stor. Det vil alltid være lønnsomt å avvike i siste periode da partene står overfor et spill med kun en periode slik som i eksempelet ovenfor. Frykten aktørene her står ovenfor er at rivalen skal avvike før en selv, kapre en større markedsandel og dermed en høyere profitt slik at man selv sitter igjen med Svarteper. Man oppnår da en profitt på 6000,- mens den andre part oppnår 9100,-. Ved bruk av baklengs induksjon kan bedriftene resonere seg fram til at det vil lønne seg å være den første som avviker. En prisavtale vil på denne måten være vanskelig å opprettholde, og vi vil oppleve utfallet med lav pris fra begge bedrifter tidlig i spillet.

3.3 Koordinert prissetting – en modell

Vi har nå sett at et spill som *Fangenes Dilemma* medfører at begge vil ta lav pris for å unngå at rivalen underkutter monopolprisen og stjeler profitt. Men hvordan klarer man å samarbeide om å nå høy pris som i et kartell? Ved å se på et spill med uendelig antall perioder hvor aktørene møtes gjentatte ganger i markedet, vil vi kunne illustrere hvordan prissamarbeid er mulig. Bedriftene står nå ovenfor et valg om å opprettholde høy pris eller å underkutter rivalens pris. Dersom en bedrift underkutter vinner den markedsandeler på kort sikt, men på lang sikt risikerer man også at rivalen svarer med en langvarig og kostbar priskrig for å straffe avviket. Faren for å utløse priskrig kan dermed disiplinere slik at høy pris nå blir en likevekt (Foros 2008a). Vi kan illustrere den økonomiske aveiningen bedriftene står ovenfor ved hjelp av en modell for koordinert prissetting som er hentet fra Lars Sørgards bok *Konkurransestrategi* fra 2003.

Modellen tar utgangspunkt i at begge bedriftene samarbeider og setter monopolpris i første periode. Da oppnår hver av dem monopolprofitt lik π^M . Dersom en av de to avviker, vil den andre part konkurrere hardt på pris i alle fremtidige perioder (statisk Nash-likevekt), og hver av dem vil da oppnå en profitt lik π^N . Dette er straffen for å avvike fra monopolpris. Den profitten man oppnår når man konkurrerer er betydelig lavere enn profitten ved samarbeid.

Avgjørelsen om å avvike vil avhenge av den gevinsten man oppnår i den perioden man avviker, π^D . Dersom den gevinsten man her oppnår er tilstrekkelig stor vil incentivet være tilstede for å avvike, men med tanke på at straffen er å konkurrere i alle fremtidige perioder vil dette langsiktige tapet ved å underkutte raskt bli større enn den kortsiktige gevinsten. Ved hjelp av figur 2 kan vi illustrere tilpassningen:



Figur 2: Profitt ved avvik, samarbeid og konkurranse⁴

Fra figuren ser vi at man ved å samarbeide kan oppnå en stabil profitt over tid, men ved å avvike vil den kortsiktige gevinsten kunne være betydelig. Man må imidlertid også vurdere faren for priskrig og det tapet man vil få, i forhold til monopolprisen, i alle fremtidige perioder.

For å vurdere dagens profitt opp mot fremtidig profitt må vi ta hensyn til diskonteringsfaktoren av den fremtidige profitten. Diskonteringsfaktoren angir hvor høyt en verdsetter en krone i fremtiden mot en krone i dag. Diskonteringsfaktoren er gitt ved δ har en verdi mellom 0 og 1. Dersom $\delta = 1$ vil dette bety at periodelengden er kort eller at aktørene i markedet er meget tålmodig og dersom $\delta = 0$ vil et fremtidig beløp ikke ha noen betydning i dag. For å finne nåverdien av profitten bruker vi δ hvor $1/(1 - \delta)$ gir nåverdien av en krone i dag og alle fremtidige perioder, og hvor $\delta/(1 - \delta)$ gir nåverdien av en krone i alle fremtidige

⁴ Foros (2008b)

perioder (Foros 2008b). Gitt dette kan vi illustrere problemstillingen en aktør står ovenfor når han skal avgjøre om han vil holde avtalt pris eller avvike og underkutte monopolprisen:

$$3.1) \quad \pi^M \left[\frac{1}{1-\delta} \right] \geq \pi^D + \pi^N \left[\frac{\delta}{1-\delta} \right]$$

Venstresiden av likningen tilsvarer her strategien om å opprettholde samarbeidet og sette monopolprisen. Høyresiden gir profitten ved å avvike som summen av gevinsten ved å underkutte monopolprisen og profitten ved konkurranse og statisk Nash-likevekt i alle fremtidige perioder. Hvilke av de to sidene som er størst vil da avgjøre om en ønsker å bryte ut. Vi kan omgjøre formel 3.1 for å se når det er rasjonelt å opprettholde samarbeidet:

$$3.2) \quad \delta \geq \frac{\pi^D - \pi^M}{\pi^D - \pi^N}$$

Dersom formel 3.2 holder vil det ikke være lønnsomt å avvike fra samarbeidet. Vi vet at profitten ved å bryte ut er større enn monopolprofitten og den profitten en oppnår ved statisk Nash-likevekt. Vi ser da fra formelen at både teller og nevner er positiv og betingelsen over vil da alltid være oppfylt når diskonteringsfaktoren er tilstrekkelig nær 1.

Dersom vi ser bort i fra stilltiende samarbeid vil en avtale mellom partene være nødvendig for at begge bedriftene skal kunne sette høy pris og oppnå 8000,- i profitt. En slik avtale vil være meget sårbar og vanskelig å holde på grunn av de økonomiske incentivene til å bryte avtalen og sette ned prisen. For at kartellet skal kunne være opprettholdbart må det eksistere egenskaper i markedet som gjør en avtale lettere å holde. Som vi har sett ved hjelp av modellen over vil tålmodige aktører, kort periodelengde og trussel om hard konkurranse i alle fremtidige perioder bidra til at man klarer å opprettholde monopolprisen i et marked. Men også andre markedsegenskaper vil kunne bidra til at monopolpris bli opprettholdt, og vi vil se nærmere på disse i kapittel 3.4.

3.4 Marked for et vellykket kartell

Fra *Fangenes Dilemma* vet vi at bedrifter i et marked har incentiver til å underkutte konkurrentenes pris, og at man derfor ender opp med lavere pris enn den som er optimal. Bedriftene ønsker heller å kunne ta høy pris, og for å få dette til må man opptre i et kartell.

Men det er ikke nok å ønske å oppnå denne likevekten, det er flere markeds karakteristikk som må være til stede for å få til et hemmelig samarbeid. Vi vil her se på noen av disse markeds karakteristikkene, og deres effekt på kartell stabilitet.

Tålmodige aktører

Tålmodige aktører er veldig viktig for at et kartell skal kunne fungere. Det betyr at bedriftene må legge større vekt på fremtidig profitt enn rask inntjening. Som vist tidligere vil dette si at δ er høy. Fra kapittel 3.3 så vi på hvordan den kortsiktige gevinsten ved utbrudd fra kartellet veies opp mot det langsiktige tapet som følge av priskrig etter at bedriftene finner ut om avviket. Dersom bedriften verdsetter penger i dag over penger i morgen vil kartellet bryte sammen. Eierne må altså være langsiktige investorer for at det skal være mulig å ta en koordinert høy pris.

Rask respons

Dersom det er muligheter for rask respons fra konkurrentene når et priskutt oppdages, vil dette redusere incentivene til å ta lavere pris. Med rask respons menes det at periodelengden hvor en oppnår utbryterprofitt blir kort. Rask respons fra rivalene vil medføre at avviksgevinsten vil bli redusert, og det vil bli mindre profitabelt å avvike. Incentivene for å opprettholde samarbeidet blir dermed styrket og på denne måten blir det lettere å opprettholde et kartell. Forutsetningen her er at rivalene raskt må kunne oppdage et avvik og at de samtidig har mulighet til å kunne reagere raskt (Sørgard 2003a:199). Avhengig av hvilke industri man opererer innenfor, vil periodelengdene variere og en har ikke alltid mulighet til å respondere når et avvik blir kjent. Den avvikende part kan da tjene mye på å underkutte avtalt pris.

Kartellet vil samlet sett ønske mest mulig gjennomsiktighet (Sørgard 2003a:204), og lett tilgjengelig informasjon om priser og solgt kvantum kan være et overvåkningsorgan for kartellmedlemmene. Informasjon som er ment for konsumentene kan virke uskyldig, men dersom informasjonen er bedriftsspesifikk og samles inn ofte, vil den kunne hjelpe til med å raskt oppdage et avvik fra samarbeidet. Slik tilgjengelig informasjon vil kunne bidra til at et kartell klarer å opprettholde avtalt pris, og det er derfor diskutert om slik gjennomsiktighet i markedet faktisk er til det beste for forbrukerne (Sørgard 2003b).

Mulighet for hard konkurranse etter avvik

I et marked med kartell kan det være utsikter til svært hard konkurranse om man avviker fra kartellprisen. Hard konkurranse kan her sees på som en straff ved å avvike og et avvik vil kunne medføre et stort tap, ikke bare for den avvikende bedriften, men for kartellet som helhet. Straff er derimot helt nødvendig for å kunne opprettholde kartellet, men hvor hard skal straffen være? Som forklart i Lars Sjørgards bok *Konkurransestrategi* fra 2003 er det tre kriterier som er viktig for at en straff skal fungere som den er ment: Straffen må være enkel og klar slik at konsekvensene av straffen lett kan kalkuleres. Den må også være en reell trussel om straff, og den må være hard nok til avskrekke en bedrift fra å avvike. Straffen må derimot ikke være for hard. En for hard straff vil ikke være troverdig da den straffende part vil tape for mye på å straffe. Et alternativ til tilpassning vil da være å akseptere en gratispassasjer fremfor en kostbar priskrig.

Antall aktører i markedet

Antall bedrifter i markedet er svært viktig for hvor stor sannsynlighet det er for dannelsen av et kartell. Det er høyere sannsynlighet for kartelldannelse dersom det er få bedrifter i markedet. Dersom det er mange bedrifter i markedet som samarbeider om å ta en høy pris, vil incentivene til å avvike være store. Dette skyldes at ved samarbeid får du en liten andel av profitten, men dersom du underkutter kartellprisen vil du kunne få hele markedet for deg selv. Forskjellen mellom profitt fra samarbeid og profitt fra avvik vil derfor være veldig stor, og en vil tjene mye på å bryte ut. Det er med andre ord vanskelig å opprettholde et kartell med mange bedrifter i et marked (Motta 2004:142).

Går vi tilbake til modellen fra kapittel 3.3 kan vi vise effekten av flere aktører i markedet. Vi utvider nå modellen slik at den gjelder for n antall tilbydere. Samtidig antar vi at den statiske Nash-likevekten hvor aktørene konkurrerer (π^N) er lik null. Dette gir følgende tilpasning:

$$3.3) \quad \pi^M \left[\frac{1}{1-\delta} \right] \geq \pi^M * n$$

Høyresiden av denne formelen gir monopolprofitten en oppnår ved å avvike og underkutte prisen. Venstresiden gir den neddiskonterte profitten en oppnår ved å samarbeide i alle fremtidige perioder. Dersom denne formelen holder vil en ikke ønske å avvike fra samarbeidet. Ved å gjøre om denne formelen får vi:

$$3.4) \quad \delta \geq \left[\frac{n-1}{n} \right] = 1 - \left[\frac{1}{n} \right]$$

Dersom formel 3.4 holder vil monopolprisen være opprettholdbar. Men med et høyre antall n vil diskonteringsfaktoren δ måtte bli større for at monopolprisen skal realiseres. Dette gjør at et høyt antall bedrifter vil svekke muligheten for å holde en avtalt høy pris.

Anta nå heller at det kun er to bedrifter i markedet. Ved samarbeid får de nå halvparten hver av profitten. Ved et avvik fra samarbeidet vil den ene bedriften få hele profitten, men forskjellen mellom avvik og samarbeid vil ikke være like stor som når det var mange bedrifter som delte kartellprofitten. Etter avviket vil det være en hard priskonkurranse, og den kortsiktige gevinsten målt opp mot det langvarige tapet vil ikke være like profitabel. Det er dermed høyere sannsynlighet for ulovlige kartell i markeder med få bedrifter. En annen fordel for kartelldeltakerne ved få bedrifter i markedet er at det er enklere å koordinere sin adferd (Motta 2004:143).

Etableringshindringer

En viktig faktor for at et kartell skal fungere er at det er høye etableringshindringer i markedet. En trussel om nyetablering kan avskrekke de etablerte fra å holde en høy pris og etableringshindringer er derfor viktige for å kunne sette en monopolpris.

Etableringshindringene kan for eksempel være at det er svært kostbart å gå inn i markedet eller at konkurrentene kan ekskludere nykommere fra å ta del i teknologi. Dersom det er lett å etablere seg i markedet vil det komme nye bedrifter til når de ser at det settes en pris som gir positiv profitt. De nye bedriftene vil ønske å underkutte prisen til kartellet, og stabiliteten til kartellet vil bli satt på prøve. Det blir dermed vanskeligere å samarbeide om høy pris, og man vil sannsynligvis gå ut i en kostbar priskrig. Ved høye etableringshindringer vil man kunne unngå nyetablering, og dermed ha større mulighet til å ta en høy pris, dele markedet mellom seg, sette kvantum og lignende.

Fra Motta (2004) har vi at en nykommer i markedet også kan ønske å ta høy pris, enten som medlem av kartellet eller i et stilltiende samarbeid. Men når flere kommer til vil det bli vanskeligere å opprettholde dette samarbeidet. Over så vi at dersom det er mange bedrifter i markedet vil incentivet til å avvike være svært høyt. Høye etableringshindringer er derfor viktig for å opprettholde et ulovlig samarbeid.

Priselastisitet og markedsrett:

Som beskrevet tidligere kan man se på markedsrett som evnen til å sette opp prisen uten at dette endrer etterspørsel eller omsatt kvantum merkbart. Og denne markedsretten vil påvirke hvor suksessfullt et kartell er. Men slik markedsrett er avhengig av ulike karakteristikk ved markedet og produktet som blir produsert (kvalitet, preferanser, substitutter), hvor priselastisitet kan brukes som et mål på slike karakteristikk. Priselastisiteten sier hvor mye etterspørselen endres (i %) når prisen endres med 1 %, og kan beregnes ved hjelp av følgende formel (Frank 2003:122):

$$\text{Etterspørselens priselastisitet} = \frac{\% \text{ - vis endring i etterspørsel}}{\% \text{ - vis endring i pris på varen}}$$

Så hva er sammenhengen mellom priselastisitet og kartellets markedsrett og suksess? En viktig grunn for at selskaper ønsker å danne et kartell kan være for å svekke konkurransen i markedet og på den måten heve prisen på det produserte produktet. Dersom det ikke finnes konkurrenter i markedet vil ikke konsumenten ha andre valg enn å kjøpe produktet til kartellpris. Lav elastisitet er da et tegn på markedsrett. Dersom elastisiteten er høy i markedet vil ikke kartellet kunne sette høye priser slik som forventet. Graden av markedsrett vil derfor bli påvirket av markedets priselastisitet. For konkurransemyndigheter som ønsker å sikre god konkurranse, gjennom regulering av samarbeid og fusjonskontroll, vil derfor priselastisiteten på markedet kunne gi viktig informasjon om effektene av slikt samarbeid. I markeder med høy elastisitet vil risikoen være mindre for at konsumentene bli skadelidende av stigende priser.

Symmetri og flermarkedsstruktur

Symmetri er også en faktor som kan øke sannsynligheten for at kartell oppstår i et marked. Med symmetri menes det at bedriftene er omtrent like store med hensyn til markedsandeler, at de har omtrent like mange produkter, lik teknologi, like stor kapasitet og lignende (Motta 2004:147). Dersom man er i samme situasjon vil dette øke incentivene til å samarbeide da man er konkurrenter på likt grunnlag, og ingen har bedre forutsetninger enn andre i konkurransen. Dersom produktene i tillegg er homogene, det vil si at bedriftene selger like produkter, vil dette muligens gi enda større incentiver til samarbeid da man i utgangspunktet er nære konkurrenter i markedet. Dersom produktene er differensierte vil det være

vanskeligere å sette et kvantum, bli enige om en pris og dele markedet da konsumentene har ulike preferanser overfor produktene. Når bedriftene er ulike på flere områder vil de også ha ulike interesser når det gjelder hvilke kartellpris som faktisk skal settes. Den pris som settes (monopolprisen) er gjerne til det felles beste for kartellet, men det er fullt mulig at noen selskaper vil sitte igjen med lav inntjening. Incentivene til å bryte ut blir da meget høye (Konkurransetilsynet 1/2001).

Symmetri er også viktig når det gjelder muligheten for å straffe en avvikende part. Dersom bedriftene er symmetrisk i kapasitet og markedsandeler vil dette skape en troverdig trussel om sanksjonering og dette vil disiplinere bedriftene fra å avvike. En liten bedrift vil ikke alltid ha ressurser eller nødvendig kapasitet til å straffe en avvikende part som er mye større enn seg selv, og bedriften vil ofte ikke overleve en kostbar priskrig mot en stor, ressursfull motstander.

En annen faktor som kan bidra til kartelldannelse er dersom firmaene møtes i flere markeder. Forklaringen på dette er at dersom man avviker i ett marked, kan man bli straffet med priskrig på alle markedene man møtes i. Motargumentet til dette er at incentivet til avvik vil være enda større da man kan avvike i flere markeder samtidig og på denne måten oppnå en meget stor kortsiktig gevinst. Det er usikkert hvilket argument som veier tyngst (Motta 2004:148).

Andre faktorer

Andre markeds karakteristikk som kan legge til rette for et ulovlig samarbeid er dersom det finnes krysseieskap eller andre linker mellom rivalene slik at det blir lettere å samarbeide. Dette kan for eksempel være dersom en fra den ene bedriften sitter i styret til den andre bedriften, eller man eier en del av den konkurrerende bedriften (Motta 2004:144). De nevnte faktorene kan redusere en bedrifts incentiver til å konkurrere i markedet. Eksempler på markeder som innehar disse egenskapene er stål, sement og kjemisk industri, og det er tidligere oppdaget ulovlig samarbeid i disse industriene (Monti 2001).

Det er ikke nødvendigvis slik at det finnes ulovlige karteller i markeder som har disse karakteristikkene, men det er en pekepinn for konkurransemyndighetene for hvor det kan være interessant å gjøre nærmere undersøkelser.

4 Lempning av straff

4.1 Formål og bakgrunn

I OECD sin rapport fra 2000 om hard – core karteller har man estimert at prisøkningen ved kartellsamarbeid er omtrent 10 %, mens reduksjonen i kvantum er opptil 20 % (OECD 2000). Dette viser tydelig hvor skadelig kartellvirksomhet er for samfunnet.

Konkurransemyndighetene ønsker å oppdage flest mulig karteller, men dette er vanskelig som følge av hemmeligholdelsen av samarbeid mellom bedrifter. På bakgrunn av dette har flere land innført lempningsprogram for å øke incentivene til kartellmedlemmer til å komme frem og samarbeide med myndighetene. Det første programmet kom i USA i 1978 (Harding og Joshua 2003:213), mens lempningsprogrammet i Norge ble innført i 2004.

Lempningsprogrammene er konstruert slik at det skal være fordelaktig å være den første som bryter ut av samarbeidet. Den første som avslutter kartellsamarbeidet og samarbeider med myndighetene får hel lempning. Med hel lempning, også kalt amnesti, mener man at firmaet blir fritatt all straff. De andre kartellmedlemmene får enten lavere strafferabatt enn den første som søker om lempning, eller ikke lempning i de hele tatt, slik som i USA.

Strafferabatten man får som følge av å innrømme kartelldeltakelse, blir ofte kalt ”the carrot”. Den reduserte straffen eller det at man kan unngå straffeforfølgelse i det hele tatt virker som en gulrot for firma som opererer i et kartell. Firmaet får økte incentiver til å rapportere sin kartelldeltakelse når det vet at de kan unngå store bøter og fengselsstraff for ledelsen og de ansatte (Hammond 2005).

Trusselen om at det kun er det første firmaet som mottar full lempning, blir kalt ”the stick”(ibid.). Dette medfører at man blir ”presset” til å søke om lempning. Dersom man ikke søker er sannsynligheten stor for at noen av de andre kartellmedlemmene gjør det. Lempningsprogrammet skaper dermed en usikkerhet innad i kartellet. Det blir nå vanskeligere å ha tillit til at de andre medlemmene vil fortsette kartelldeltakelsen siden incentivene til å bryte ut er store.

Bøtene i forbindelse med lempning kan være høye, og ansatte som har tatt del i samarbeidet kan i noen land få fengselsstraff. Dersom man ikke er den første bedriften som innrømmer kartelldeltakelse kan dette medføre alvorlige konsekvenser. Formålet med

lempningsprogrammet er således å øke sårbarheten til kartellet siden det medfører en økt risiko for oppdagelse av kartellvirksomheten. Myndighetene ønsker at det skal være så stor risiko forbundet med å opprettholde samarbeidet at man heller vil samarbeide i etterforskningen og unngå straff.

4.2 Teoretisk effekt av lempning

I dette kapittelet ønsker vi å se på teorien bak et lempningsprogram. Hvilken teoretisk effekt har et lempningsprogram på deltakelse og oppdagelsen av ulovlig samarbeid? Vi ønsker å se nærmere på en modell av Zhijun Chen og Patrick Rey fra artikkelen *On the Design of Leniency Programs* fra 2006, som kan brukes som en videreføring eller utvidelse av modellen presentert i kapittel 3.3. Modellen ser først på kartellbekjempelse der det ikke er et lempningsprogram. Videre ser den på hvilken effekt det har på ulovlig samarbeid at det kun er den første informant som får lempning, og deretter når flere informanter får lempning. Modellen ser også på lempning før og etter en etterforskning har startet og på optimale lempningsrater. Vi vil gå gjennom hovedtrekkene i modellen som er aktuell for vår analyse, og se på hvilke slutninger forfatterne kommer med ut ifra modellen.

4.2.1 Modellen uten et lempningsprogram

Modellen tar for seg to identiske bedrifter i et uendelig gjentatt spill. Fra formel 3.4 ser vi at med to bedrifter vil et samarbeid opprettholdes dersom diskonteringsfaktoren δ er større eller lik 0,5. I hver periode kan bedriftene velge om de ønsker å samarbeide eller konkurrere. Dersom de ikke ønsker å samarbeide vil det være Bertrand-konkurranse i markedet hvor de vil konkurrere pris helt ned til marginalkostnad. Bedriftene har samme diskonteringsfaktor $\delta \in (0,1)$. Begge bedriftene vil maksimere sin forventede profitt:

- 0 dersom begge bedriftene konkurrerer
- B dersom begge bedriftene samarbeider
- 2B dersom en bedrift avviker og den andre samarbeider

Dersom en av bedriftene bryter ut av samarbeidet trues den med hard konkurranse i all fremtid. Dette vil være en svært hard straff i et marked med Bertrand-konkurranse der profitten da vil bli null i all fremtid. Dersom konkurransemyndighetene ikke har et lempningsprogram vil et samarbeid opprettholdes dersom:

$$4.1) \quad \delta > \frac{1}{2}$$

Diskonteringsfaktoren må være større enn 0,5 for at det skal lønne seg å samarbeide. δ viser bedriftenes tålmodighet; til større δ , til mer tålmodig er bedriften. Det er størrelsen på samarbeidsprofitten B som avgjør hvor lønnsomt det er å samarbeide. Samtidig vil størrelsen på B også avgjøre størrelsen på den kortsiktige gevinsten ved avvik.

Modellen antar at samarbeid vil skape bevis som konkurransemyndighetene kan finne dersom det blir foretatt etterforskning av bedriftene. Sannsynligheten for at myndighetene finner bevis er gitt med parameteren ρ ($0 < \rho < 1$). Dersom en bedrift blir oppdaget, enten ved at myndighetene selv finner bevis, eller at andre kommer med bevis, må hver bedrift betale en bot F. Størrelsene ρ og F er eksogent gitt. Videre antar modellen at bevisene bare varer i en periode, og at karteller som ikke blir opprettholdt på grunn av at en eller begge bedriftene avviker, ikke vil få straff.

Det antas først at konkurransemyndighetene ikke har et lempningsprogram. Dette medfører at ingen av de to bedriftene har incentiver til å avsløre et kartell. Forventet verdi av samarbeidet er dermed diskontert verdi av samarbeidsprofitt redusert for straffen dersom man blir oppdaget:

$$4.2) \quad V = \frac{(B - \rho F)}{(1 - \delta)}$$

Det er kun mulig å opprettholde samarbeidet dersom diskontert verdi av samarbeidet, V, er større eller lik gevinsten man får ved å bryte ut av kartellet, 2B;

$$4.3) \quad V \geq 2B$$

eller

$$B \geq B^d \equiv \frac{\rho}{2\delta - 1}$$

Den kortsiktige gevinsten ved avvik kan defineres som $B + \rho F$. Dette skyldes at man får 2B i profitt ved å rapportere samarbeidet, men mister samtidig samarbeidsprofitten B. Videre unngår man straff fra myndighetene ved avvik, bedriften ”vinner” dermed ρF . Kostnaden ved avvik er neddiskontert fremtidig samarbeidsprofitt: $\delta B / (1 - \delta)$.

B^d karakteriserer hvor effektiv myndighetenes kartellbekjempelse er, da mer effektiv kartellbekjempelse vil gi flere avvik fra kartellsamarbeid. Kartellbekjempelsen blir mer effektiv når ρ og F øker. Det vil si at i fravær av et lempningsprogram vil høye bøter og stor sannsynlighet for at myndighetene vil oppdage kartellet medføre at antall karteller reduseres.

4.2.2 Modellen med et lempningsprogram

Amnesti for den første informanten

Modellen ser videre på et lempningsprogram der kun den første som informerer konkurransemyndighetene om kartellet som får strafferabatt. Dette lempningsprogrammet tilsvarer det amerikanske programmet som vi skal se på i kapittel 4.4.2. Modellen til Chen og Rey antar nå at de to bedriftene samarbeider. Bedriftene har da to strategier:

N: ikke rapportere kartelldeltakelsen

R: rapportere kartelldeltakelsen

Dersom man benytter seg av strategi R, blir den reduserte boten lik $(1 - q)F$, der q er strafferabatten. Dersom begge bedriftene velger strategi N, vil de fortsette samarbeidet som før og dermed oppnå diskontert profitt, V^N . I tilfellet der myndighetene har et lempningsprogram vil bedriftene være fristet til å rapportere kartellet da de får strafferabatt, q . Et samarbeid vil dermed kun være opprettholdbart dersom formel 4.3 holder, og i tillegg dersom:

$$4.4) \quad V^N \geq B - (1 - q)F$$

eller

$$B \geq B^r(q) \equiv \frac{(\rho - (1 - \delta)(1 - q))}{\delta} F$$

Fra formelen over ser vi at B^r , det vil si gevinst ved å rapportere samarbeid øker med q . Det betyr at økt strafferabatt medfører at flere karteller blir oppdaget ved at incentivene til å rapportere gjør kartellet mer sårbart. Samtidig vil en veldig høy strafferabatt kunne oppfordre bedrifter til å delta i kartell da det har små konsekvenser å bli oppdaget dersom man får lempning. Dette er en problemstilling som vi vil diskutere nærmere i kapittel 6.

Modellen antar at hver bedrift har like stor sannsynlighet til å være den første som søker om lempning. Verdien av å rapportere sin kartelldeltakelse til myndighetene, strategi R, er dermed gitt ved:

$$4.5) \quad \widehat{V}^R(q) = \frac{B - (1 - \frac{q}{2})F}{1 - \delta}$$

Dersom verdien av strategi R er høyere enn gevinsten ved å avvike, vil bedriftene velge å rapportere samarbeidet til myndighetene. Det er når:

$$4.6) \quad \widehat{V}^R(q) \geq 2B$$

eller

$$B \geq \widehat{B}^d(q) \equiv \frac{1 - \frac{q}{2}}{2\delta - 1} F$$

Fra formelen over ser vi at til mer lempning som blir gitt, q , til mer sannsynlig er det at bedriftene vil velge å rapportere samarbeidet. B^d avtar med lempning, mens B^f som sagt øker med lempning. Optimal lempningsrate er dermed gitt der $B^f = B^d$.

$$4.7) \quad B^r(q) = \frac{(\rho - (1 - \delta)(1 - q))}{\delta} F = \widehat{B}^d(q) \equiv \frac{1 - \frac{q}{2}}{2\delta - 1} F$$

Løser vi denne ligningen får vi at optimal lempning er gitt med formelen:

$$4.8) \quad q = \widehat{q}(\rho) \equiv \frac{(2\delta - 1)(1 - \delta - \rho) + \delta}{(2\delta - 1)(1 - \delta) + \frac{\delta}{2}}$$

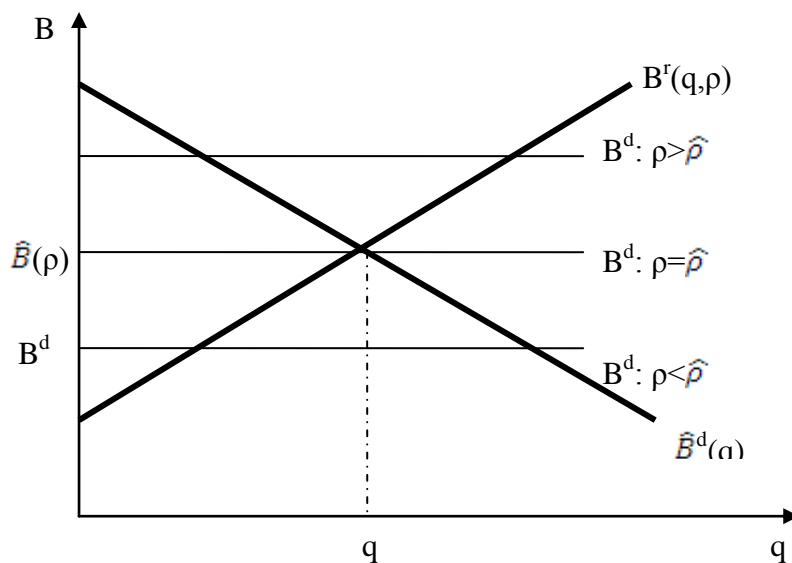
Parameteren \widehat{B} karakteriserer effektiviteten til lempningsprogrammet, og er lik:

$$4.9) \quad \widehat{B}(\rho) \equiv \frac{(1 - \delta) + \rho}{2(1 - \delta)(2\delta - 1) + \delta} F$$

Forfatterne kommer med en antakelse om at det finnes en terskelverdi $\widehat{\rho}$ mellom 0 og 1 slik at når ρ er lavere enn $\widehat{\rho}$ er optimal lempningsrate positiv og gitt av formel 4.8. En slik lempningsrate vil avskrekke kartell som ikke velger å rapportere. Lempningsraten vil da heller ikke oppfordre til kartelldeltakelse med rapportering. Dersom ρ er større eller lik $\widehat{\rho}$ vil det derimot ifølge modellen ikke være optimalt å tilby lempning. Dette skyldes at dersom

sannsynligheten for å bli oppdaget, ρ , er stor, vil det ikke være nødvendig å ha et lempningsprogram for å bekjempe kartell.

Dersom sannsynligheten for oppdagelse derimot er liten vil et lempningsprogram kunne medføre at flere karteller blir rapportert. Dette er fordi man nå vil tjene på å rapportere sin kartelldeltakelse som følge av redusert straff. Den optimale lempningsraten vil dermed være høy dersom sannsynligheten for oppdagelse uten et lempningsprogram er lav.



Figur 3: Optimal lempningsrate⁵

Fra figuren over ser vi at optimal lempningsrate q er der B^d krysser B^r , jf. formel 4.7. Dersom lempningsraten øker vil en industri som har samarbeidsprofitt $B = \hat{B}(\rho)$ kunne velge strategi R uten å øke faren for at en av kartelldeltakerne avviker. På den annen side vil en redusert q medføre at karteller som velger strategi N ikke trenger å frykte for å bli avslørt.

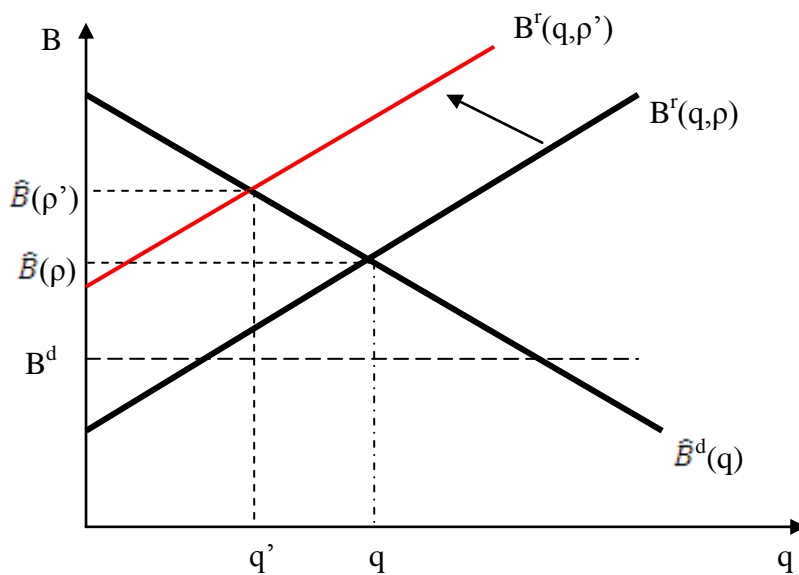
Fra formel 4.7 ser vi at en økt q medfører økt B^r , det vil si at en økt strafferabatt øker gevinsten ved å rapportere et samarbeid. Dersom q reduseres vil incentivene til å ikke rapportere øke. Dette skyldes at strafferabatten man får ved å rapportere er for liten til at man vil ønske rapportere samarbeidet for å slippe straff. Med lavere strafferabatt vil også et kartells indre sårbarhet være redusert. Kartelldeltakerne har da mindre grunn til å tro at en av dem vil velge å rapportere samarbeidet.

⁵ Chen og Rey (2006)

Fra figur 3 ser vi at myndighetenes effektivitet når det gjelder kartellbekjempelse er synkende ved økt strafferabatt. Dersom sannsynligheten for at myndighetene finner bevis, ρ , er lav, vil det være effektivt å ha en høy strafferabatt for at kartelldeltakerne skal rapportere sin deltakelse i ulovlige samarbeid. Dersom det er svært sannsynlig at myndighetene vil oppdage et kartell vil lempning være unødvendig, og dermed er strafferabatten da lav.

Videre ser forfatterne på hvilken effekt det vil ha å øke sannsynligheten for at kartellet blir oppdaget, ρ . Økt sannsynlighet for kartelloppdagelse reduserer optimal lempningsrate. Dette skyldes at det ikke er nødvendig å tilby en høy lempningsrate for å oppdage flere kartell da man allerede har gode metoder for kartelloppdagelse.

$B^r(q, \rho)$ vil skifte innover i diagrammet som følge av at gevinsten ved å rapportere blir redusert ved at strafferabatten reduseres. En redusert strafferabatt tilsier at myndighetene er blitt mer effektive i sin kartellbekjempelse, og vi har dermed at $\hat{B}(\rho)$ øker. Dette kan vises i figuren under:



Figur 4: Virkning på optimal lempningsrate ved økt ρ ⁶

⁶ Chen og Rey (2006)

Lempning for flere informanter

Modellen ser nå på en situasjon der konkurransemyndighetene tilbyr lempning til flere enn den første bedriften som rapporterer samarbeidet. Fra tidligere har vi at q tilsvarer lempning for den første informanten. Dersom begge firmaene søker om lempning vil de få en forventet bot på $(1-\tau q)$ der τ er lik $1/2$ dersom kun en bedrift kan få lempning, og 1 dersom begge bedriftene kan få lempning.

Dersom myndighetene tillater lempning for flere informanter vil dette ifølge modellen ikke ha noen innvirkning på type N karteller, det vil si bedrifter som samarbeider og velger å ikke rapportere. Derimot vil det ha en effekt på type R karteller som nå blir mer sårbart. Verdien av strategi R blir nå:

$$4.10) \quad \hat{V}(q; \tau) = \frac{B - (1 - \tau q)F}{1 - \delta}$$

Kartellet er opprettholdbart dersom formel 4.11 holder:

$$4.11) \quad B \geq \hat{B}^d(q, \tau) \equiv \frac{(1 - \tau q)F}{2\delta - 1}$$

Forfatterne konkluderer med at å gi lempning til flere aktører vil oppfordre til å benytte seg av en type R strategi, nemlig at man samarbeider for så å rapportere samarbeidet da man har mulighet til å få redusert bot. De hevder dermed at å gi lempning til flere gjør lempningsprogrammet mindre effektivt da konsekvensene ved kartell deltakelse blir mindre alvorlige og at man vil vente lenger med å rapportere samarbeidet. Optimal lempningsrate vil bli redusert. Det hevdes også at dersom alle informantene får samme lempningsrate vil det være optimalt å ikke tilby lempning i det hele tatt.

4.2.3 Optimale lempningsrater før og etter etterforskning

Modellen ser videre på optimale lempningsrater før og etter en etterforskning er begynt. Avveiningen konkurransemyndighetene står ovenfor er hvordan de skal allokere de begrensede ressursene de har til å etterforske og straffeforfølge et kartell. Utfordringene blir hvordan lempning skal kunne medføre at flest mulig kartell blir oppdaget, og finne ut om egne etterforskninger eller rapportering fra kartellmedlemmene er mest effektivt.

Forfatterne må redefinere sannsynligheten ved at et kartell blir avslørt, vist tidligere ved ρ . Chen og Rey antar nå at konkurransemyndighetene kan starte en etterforskning av et kartell

med en sannsynlighet α hvor $0 < \alpha < 1$. I tillegg vil vi se på suksessraten av en etterforskning gitt ved p , hvor $0 < p < 1$.

Ved et kartellsamarbeid kan medlemmene velge å samarbeide med myndighetene og levere inn bevis. Når en etterforskning er annonsert, kan medlemmene velge å levere inn bevis før eller etter etterforskningen er startet. I tillegg kan konkurransemyndighetene gi ulik lempning for når kartellmedlemmene velger å samarbeide. Vi har her at q_b er gitt som lempning gitt for bevis lagt frem før en etterforskning har startet, og q_a er tilsvarende lempning gitt etter en etterforskning er startet. En høy q_b vil medvirke til at bedriftene ønsker å rapportere sin deltakelse før en etterforskning er startet. Dersom denne er tilstrekkelig høy vil dette også hindre at en bedrift underkutter kartellprisen. En lavere q_b vil føre til at bedriftene vil rapportere etter at en etterforskning er startet og uten at man risikerer at kartellet blir avslørt på et tidligere tidspunkt. En høy q_a gjør at kartellet ønsker å rapportere etter at en etterforskning er startet og man vil ikke se kartellet avdekket tidligere. En lavere q_a gjør at kartellet ikke ønsker å avdekke kartellet på noe tidspunkt.

Lempning q_a og q_b vil gi ulike handlingsalternativer for kartellmedlemmene og tidsforløpet blir som følger:

Steg 0:

Hver bedrift tar avgjørelsen om de ønsker å delta i et kartell eller ikke. Dersom bare et selskap velger å ikke samarbeide, vil der være konkurranse og selskapene vil få 0 i profitt.

Steg 1:

Dersom alle selskaper samarbeider vil en avtale bli inngått og kartellet opprettet. Nå vil valget til hver av deltakerne være å fortsatt samarbeide eller å bryte ut fra kartellet og starte konkurranse.

Steg 2: (Før etterforskning)

Før en etterforskning har startet må hvert selskap velge om det ønsker å legge frem bevis til konkurransemyndighetene. Dersom et selskap legger frem bevis vil kartellet bli avslørt med en sannsynlighet lik 1 og den første informanten får en reduksjon i boten på $(1 - q_b)F$. De resterende selskapene må betale en bot lik F .

Steg 3:

Sannsynligheten for at konkurransemyndighetene starter en etterforskning er lik α .

Dersom ingen legger frem bevis vil sannsynligheten for at konkurransemyndighetene ikke starte en etterforskning være $(1 - \alpha)$.

Steg 4: (Etter etterforskning)

Dersom myndighetene starter en etterforskning vil hvert selskap her velge om de skal legge frem bevis til konkurransemyndighetene, etter at en etterforskning er begynt. Dersom et selskap legger frem bevis vil kartellet bli avslørt med sannsynlighet lik 1. Gitt at det kun er et selskap som får lempning vil første selskapet vil få en reduksjon i bot lik $(1 - q_a)F$, mens de andre selskapene må betale en bot lik F . Dersom ingen legger frem bevis vil kartellet bli avslørt med en sannsynlighet lik p , og alle må da betale en bot lik F .

Tre forskjellige strategier er mulig for kartellmedlemmene når konkurransemyndighetene åpner opp for lempning både før og etter en etterforskning er startet. Disse strategiene vil være:

N: ikke rapportere et samarbeid

A: rapportere samarbeidet etter en etterforskning er startet

B: rapportere samarbeidet før en etterforskning er startet

I tillegg må selskapene vurdere strategien med å underkutte den avtalte kartellprisen etter at kartellet er opprettet og på denne måten tvinge frem konkurranse og statisk Nash-likevekt i alle fremtidige perioder. Den neddiskonterte verdien av de gitte strategiene blir:

$$4.12) \quad V^N = \frac{B - \alpha p F}{1 - \delta}, \quad V^A = \frac{B - \alpha \left(1 - \frac{q_a}{2}\right) F}{1 - \delta}, \quad V^B = \frac{B - \left(1 - \frac{q_b}{2}\right) F}{1 - \delta}$$

Ikke rapportere et samarbeid (N):

For at en strategi hvor man ikke rapporterer skal være opprettholdbar, må verdien av denne strategien være høyere enn de resterende valgene selskapene står ovenfor. Det vil si at V^N må være større enn verdien ved å avdekke kartellet både før og etter en etterforskning er startet og større enn verdien ved å bryte ut av kartellet og underkutte kartellprisen. Under strategi N har vi dermed:

Før en etterforskning har startet vil det ikke være ønskelig å rapportere dersom:

$$4.13) \quad V^N \geq B - (1 - q_b)F$$

Etter en etterforskning er startet vil et selskap ikke ha incentiver til å rapportere dersom:

$$4.14) \quad B - pF + \delta V^N \geq B - (1 - q_a)F$$

Å bryte ut fra kartellet og underkutte kartellprisen er ikke ønskelig dersom:

$$4.15) \quad V^N \geq 2B$$

eller
$$B \geq B_1(q_b, q_a) \equiv \frac{\alpha p}{2\delta - 1} F$$

Strategi N er da opprettholdbar dersom nytten ved å samarbeide er større enn nytten ved å avsløre kartellet. Nyttene ved å avsløre kartellet avhenger av lempningen gitt før (q_b) og etter (q_a) en etterforskning er startet. B^d , B^b og B^a gir henholdsvis nytten av å bryte ut av kartellet, av å avsløre kartellet før og etter etterforskning. Strategi N vil da kun være opprettholdbar dersom B er større enn B^d , B^b og B^a :

$$4.16) \quad B \geq B_1(q_b, q_a) \equiv \max\{B_1^d, B_1^b(q_b), B_1^a(q_a)\}$$

Rapportere samarbeid etter etterforskning (A):

Ved steg 4 i tidsforløpet vil rapportering etter en etterforskning har startet alltid være opprettholdbar da dette vil redusere den forventede boten. For at strategi A skal være opprettholdbar, må verdien av denne strategien være større enn verdien ved å rapportere før en etterforskning har startet og større enn verdien av å bryte ut av kartellet.

Før en etterforskning har startet vil det ikke være ønskelig å rapportere dersom:

$$4.17) \quad V^A \geq B - (1 - q_b)F$$

eller

$$B \geq B_2^b(q_b, q_a) \equiv \frac{\alpha(1-\frac{q_a}{2}) - (1-\delta)(1-q_b)}{\delta} F$$

Å bryte ut fra kartellet og underkutte kartellprisen er ikke ønskelig dersom:

$$4.18) \quad V^A \geq 2B$$

eller

$$B \geq B_2(q_a) \equiv B_2^d(q_a) \equiv \frac{\alpha(1-\frac{q_a}{2})}{2\delta-1} F$$

Strategi A vil da kun være opprettholdbar dersom:

$$4.19) \quad B \geq B_2(q_b, q_a) \equiv \max\{B_2^d, B_2^b(q_b, q_a)\}$$

Rapportere før etterforskning (B):

Strategi B vil alltid være opprettholdbar både før og etter en etterforskning er startet. Dette vil her være det beste valget da rapportering vil gi en lavere bot dersom kartellet blir avdekket. En bedrift vil ønske å være den første som legger frem bevis og strategien med å rapportere før en etterforskning vil da kun være opprettholdbar dersom verdien er større enn verdien av å bryte ut av kartellet:

$$4.20) \quad V^B \geq 2B$$

eller

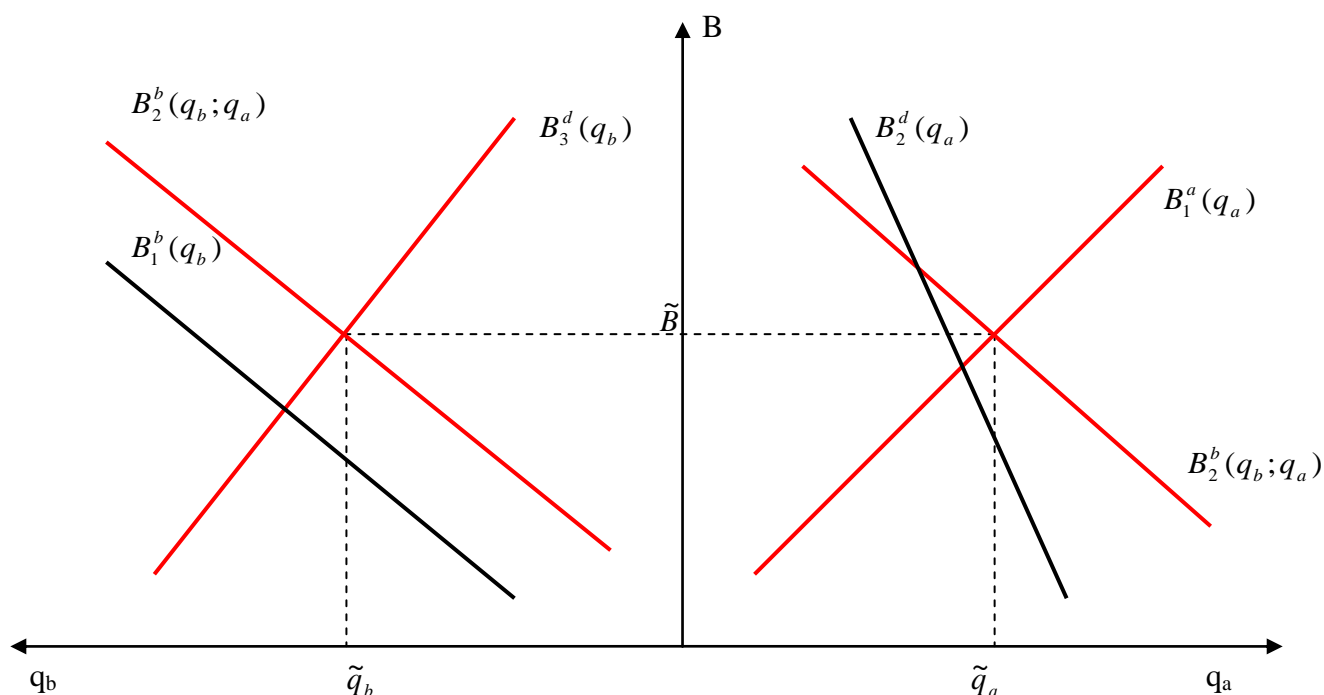
$$B \geq B_3(q_b) \equiv B_3^d(q_b) \equiv \frac{1-\frac{q_b}{2}}{2\delta-1} F$$

Optimale lempningsrater:

For å avskrekke kartell i så mange industrier som mulig må konkurransemyndighetene sette lempningsratene før og etter etterforskning har startet, q_b og q_a , slik at disse maksimerer avskrekking:

$$4.21) \quad \max_{q_b, q_a} \min \{B_1(q_b, q_a), B_2(q_b, q_a), B_3(q_b)\}$$

Fra figuren under ser vi optimale lempningsrater før og etter en etterforskning er startet.



Figur 5: Optimale lempningsrater⁷

Fra høyre side av figuren ser vi at å tilby en høyere lempningsrate etter at en etterforskning er startet, vil gjøre strategi N ustabil. Dette kommer av at nytten av å avsløre kartellet etter at en etterforskning er startet ($B_1^a(q_a)$) øker med lempningsraten. Å tilby mer lempning etter en etterforskning har startet vil gjøre at det blir mer fordelaktig å søke om lempning og strategi A blir dermed et mer sannsynlig valg. Strategien med å avvike fra kartellet og strategi B vil bli mindre sannsynlig med en høyere q_a . Dersom man vil få en større reduksjon i boten etter at en etterforskning har startet vil det være mer fordelaktig å vente. Dette gjør at $B_2^d(q_a)$ og $B_2^b(q_b, q_a)$ vil være synkende ved en høyere q_a . Den optimale lempningsraten etter at en etterforskning er startet vil dermed være:

$$4.22) \quad B_1^a(q_a) = B_2(q_b, q_a) = \max \{B_2^d(q_a), B_2^b(q_b, q_a)\}$$

Fra venstre siden i figuren ser vi at å tilby en høyere lempningsrate før en etterforskning er startet vil gjøre strategi A mer ustabil. Dette kommer av at nytten av å avsløre kartellet før en etterforskning ($B_2^b(q_b; q_a)$) øker med q_b . Dette vil gjøre strategi B mer sannsynlig, og dette

⁷ Chen og Rey (2006)

vil også gjøre at nytten ved å avvike fra kartellsamarbeidet ($B_3^d(q_b)$) synker da q_b øker. Optimal lempningsrate før en etterforskning har startet vil dermed være gitt ved:

$$4.23) \quad B_2^b(q_b, q_a) = B_3^d(q_b)$$

Forholdet til α og p :

Optimal lempning avhenger av sannsynligheten for at konkurransemyndighetene starter en etterforskning (α) og sannsynligheten for at en etterforskning er suksessfull (p). En økning i enten α eller p vil øke frykten blant kartellmedlemmene for at kartellet skal avdekkes. Dette vil også gjøre lempning mindre nødvendig da kartelldannelsen bli mindre sannsynlig. Dette gir at når α og p er tilstrekkelig store vil det være optimalt å ikke tilby lempning. Det er naturlig å anta at begge disse størrelsene er ganske lave. Dette kommer, i følge Chen og Rey, av at konkurransemyndighetene har begrensede ressurser til å avdekke kartell og vanskeligheter ved å finne bevis for samarbeid. Det vil derfor alltid være optimalt med en viss grad av lempning.

Når sannsynligheten for at en suksessfull etterforskning (p) er lav, vil det optimale lempningsprogrammet være formet slik at det beste avvik fra en strategi A vil være å rapportere kartellet før en etterforskning har begynt. Dette vil også inkludere avvik fra kartellavtalen.

$$4.24) \quad B_1^a(q_a) = B_2^b(q_b, q_a) = B_3^d(q_b)$$

Dersom sannsynligheten for suksess (p) er tilstrekkelig stor, vil den beste måten å avdekke karteller på være å påvirke kartellet til å rapportere før en etterforskning er startet. Det beste for konkurransemyndighetene er å slippe å starte en etterforskning og det vil derfor være optimalt å tilby lempning før etterforskning selv om det er sannsynlig at kartellet vil bli avdekket. Men etter en etterforskning allerede er startet vil det ikke være optimalt å tilby lempning, da sannsynligheten for suksess allerede er stor.

Når både α og p er lav vil det være optimalt å tilby lempning før en etterforskning er startet. Å tilby lempning etter en etterforskning er startet vil kun være optimalt dersom p er lavest, selv om $\alpha = 1$. Dette kommer av at en etterforskning som ikke vil avdekke et kartell ikke vil ha en reell effekt. Dersom dette er tilfelle vil den beste måten å avdekke karteller på være å gjøre

strategien å aldri rapportere (N) ustabil ved å gi selskaper incentiver til å avdekke kartellet etter en etterforskning har startet. Konkurransemyndighetene kan også gi lempning slik at selskaper som har valgt strategi A nå vil rapportere før etterforskningen har startet. Til sist kan konkurransemyndighetene gjøre strategi B ustabil ved å få kartellmedlemmene til å bryte ut fra kartellet.

4.2.4 Oppsummering og kommentarer til modellen

Vi har nå sett på hvilken effekt et lempningsprogram har på kartellets stabilitet og kartelldeltakernes incentiver til å rapportere et samarbeid. Dersom man ikke har et lempningsprogram vil kartelldeltakerne ikke ha noen incentiver til å rapportere et ulovlig samarbeid. Faren man da står overfor innad i kartellet er fristelsen til å bryte ut og ta en større andel av markedet. En reduksjon i antall kartell i fravær av et lempningsprogram vil avhenge av en streng straff og høy sannsynlighet for at et kartell oppdages.

Videre ser modellen på et lempningsprogram der det kun er den første informant som får strafferabatt. Det finnes her to strategier, ikke rapportere et samarbeid (N) og rapportere et samarbeid (R). En høy strafferabatt vil her medføre til økte incentiver til å rapportere et samarbeid, og dermed flere avslørte karteller. Det blir også sett på virkningen av sannsynligheten for kartelloppdagelse: dersom denne sannsynligheten er stor, vil et lempningsprogram være unødvendig.

Et lempningsprogram for flere informanter vil, etter forfatterens mening, gjøre karteller som tidligere ville ha rapportert under et ”winner takes all” – program enda mer sårbare. Chen og Rey mener at lempning til flere informanter vil oppfordre til å samarbeide for så å rapportere da man likevel har mulighet til å få innvilget strafferabatt. De konkluderer derfor med at et slikt lempningsprogram vil være mindre effektivt enn et program med lempning for første informant. Dette vil bli diskutert nærmere i kapittel 6.2.1.

Modellen ser videre på optimale lempningsrater under tre strategier; ikke rapportere (N), rapportere etter etterforskning (A) og rapportere før etterforskning (B). Forfatterne finner at optimal lempningsrate avhenger av sannsynligheten for at myndighetene vil starte en etterforskning og sannsynligheten for at etterforskningen er suksessfull. En høy verdi av en eller begge disse verdiene vil øke et ulovlig samarbeids sårbarhet.

Modellen til Chen og Rey er en enkel modell som kun ser på de første effektene av et lempningsprogram for en informant eller flere informanter. Det finnes naturligvis flere hensyn så må tas og flere konsekvenser av et lempningsprogram som ikke kommer fram her. Forfatterne mener at et lempningsprogram der kun den første informanten får strafferabatt er det beste alternativet, men da mister myndighetene blant annet mulighet til å motta informasjon fra de andre kartelldeltakerne. Denne informasjonen kan være avgjørende for å dømme og straffe et ulovlig samarbeid. Et lempningsprogram har flere aspekter som avgjør hvor effektivt det vil være. Vi vil i kapittel 6 diskutere hvordan vi mener det norske lempningsprogrammet kan bli best mulig.

4.3 Hva gjør et lempningsprogram effektivt?

Et lempningsprogram kan utformes på flere måter, med ulike forutsetninger for lempning, og kan derfor gi forskjellige resultater. Vi ser at utforming av et effektivt lempningsprogram er et resultat av prøving og feiling, og flere land har hatt behov for å revidere sine program da konkurransemyndighetene ikke har oppnådd de resultatene man ønsker. Vi ønsker derfor i dette kapitlet å se på hvilke kriterier som må til for at et lempningsprogram skal avsløre karteller på en mest mulig effektiv måte.

Hammonds tre kritiske forhold for et effektivt lempningsprogram

I Scott D. Hammonds artikkel *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program* fra 2000 påpeker han at forutsetningene som er nødvendig for effektivt å forhindre kartelldannelse er de samme som må være tilstede for å avsløre allerede eksisterende kartell. I den samme artikkelen beskriver han tre forhold som er kritiske for at et lempningsprogram skal gi maksimal uttelling. For det første må selskaper som samarbeider med konkurrenter stå ovenfor en hard straff dersom de blir avslørt. Her vil spesielt faren for personlig straff og fengsel være svært preventivt for individer mot å delta i et kartellsamarbeid. I tillegg må gevinsten ved kartellsamarbeidet ikke overstige den potensielle straffen da selskaper på den måten ikke vil ha noen økonomiske incentiver til avsløre kartellet. I følge Hammond vil en bot da bare bli ansett som en kostnad ved å drive virksomheten.

For det andre må sannsynligheten for å bli avslørt være høy slik at risikoen ved å fortsette samarbeidet øker. Det bør fremstilles klare holdninger fra konkurransemyndighetenes side, bygget på strenge retningslinjer og forpliktelse. Dette vil bidra til å styrke

konkurransemyndighetenes slagkraft. Dersom bedriftene ikke frykter å bli avslørt vil de heller ikke gå til myndighetene for å søke om lempning.

I det amerikanske lepningsprogrammet vil den første som kommer til konkurransemyndigheten kunne få full amnesti for en overtredelse av et kartellforbud. Den andre som søker om lempning får ingenting. Systemet bygger på "the winner takes all" og en har mye å tape på ikke å være først. Dette gjør at de økonomiske konsekvensene kartellmedlemmene står ovenfor kan være meget ulike. Resultatet blir her at selskapene ikke lenger har råd til å stole på hverandre (Hammond 2005). Mistanken om at de andre kartellmedlemmene vil avsløre kartellet for å sikre sin egen posisjon kan starte et kappløp for å nå konkurransemyndighetene. Er det derimot lite å vinne på å være først vil kartellmedlemmene ha en mer avventende holdning, særlig med tanke på den påkjenningen det vil være å avsløre at en har vært en del av en ulovelig kartellvirksomhet. Det kan derfor diskuteres om det virker mot sin hensikt å gi både andre, tredje og fjerde firma som kommer frem strafferabatt.

For det tredje må den straffen et selskap får dersom det blir oppdaget være forutsigbar og lett å kalkulere slik at selskapet vet hvilke økonomisk konsekvenser de vil møte. Det er viktig at utfallet ved å søke om lempning er bedre enn utfallet ved ikke å søke, og dette er årsaken til at utfallet må være kalkulerbart. Dersom en ikke med sikkerhet kan forutsi hvilke straff en vil få, vil man i mindre grad ønske å avsløre kartellet da risikoen er høyere. Hammond sier i sin artikkel at forutsigbarhet ikke bare er viktig i konkurransemyndighetens prosedyrer og retningslinjer, men også i håndhevelsen av slike prosedyrer. Videre må det være forutsigbarhet og transparens i etterforskningen, i avgjørelsen om å straffeforfølge et selskap, i forhandlinger, i utmåling av straff og i prioriteringer i straffeforfølgelsen. Hemmelighet og diskresjon rundt etterforskning og utmåling av bøter må avskaffes og erstattes med åpenhet for å gjøre et lepningsprogram mest mulig virkningsfullt.

Hammonds tre kritiske forhold stemmer godt overens med modellen til Chen og Rey i kapittel 4.2 da det også her ble lagt stor vekt på at straffen man får for å delta i ulovlige samarbeid, F , må være tilstrekkelig stor for å ha en avskrekkende effekt. Det ble også lagt vekt på høy sannsynlighet for at myndighetene finner bevis, p . Høy risiko for å bli tatt tilsier lav optimal lepningsrate ifølge modellen.

Et mer aktivt konkurransetilsyn?

Et lempningsprogram er effektivt når søknad om lempning er kartellets beste handlingsalternativ, og lempningsprogrammet vil på denne måte gjøre kartellet mer ustabil.

For å bidra til å øke antall søknader kan konkurransemyndighetene ta i bruk ulike verktøy for å påvirke selskapers forventninger og endre deres holdning til avsløring og samarbeid. I følge Joseph E. Harrington Jr., professor ved Johns Hopkins University, er timing og konkurransemyndighetenes tilstedeværelse på markedet viktig (Harrington 2006). Når det gjelder timing kan konkurransemyndighetene annonsere når de planlegger å starte en etterforskning. Dette vil kunne påvirke en avventende holdning blant kartellmedlemmer. I land som kun gir full lempning før en etterforskning har startet, og ingen eller kun delvis lempning etter, vil selskaper som opererer her innse at muligheten for å slippe straff er nå eller aldri. Bedriftene er også klar over at de andre kartellmedlemmene tenker likt, og dette vil føre til usikkerhet, nervøsitet og et kappløp for å oppnå amnesti.

Når det gjelder konkurransemyndighetenes tilstedeværelse påpeker Harrington at det er viktig at konkurransemyndighetene bruker ressurser på å skape kunnskap blant selskaper om lempning. Det er viktig at konkurransemyndighetene minner selskapene på at tilbudet om lempning eksisterer og er en trussel mot kartell, at konkurransemyndighetene overvåker selskapers markedsadferd og at faren, for at en samarbeidspartner kan komme før en i ”lempningskøen”, er reell. Dette vil gi selskaper en tankevekker og øke incentivene til å avsløre kartellet.

I Norge arbeider konkurransemyndighetene med å sette større søkelys på lempningsprogrammet. Dette gjøres ved opplysning om lempningsprogrammet gjennom film, brosjyrer og foredrag for bedrifter. Dette vil vi se nærmere på i kapittel 6.1.1.

4.4 Lempningsprogram i ulike land

4.4.1 Norge

Problemet konkurransemyndighetene står ovenfor i kartellsaker er hvordan man skal bevise at loven er brutt. Selv om det tilsynelatende kan virke som om et ulovlig samarbeid er inngått kan man ikke alltid utelukke stilltiende samarbeid. Skillet mellom hva som er lovlig og ulovlig kan i noen tilfeller være uklart. Straffelepning ble derfor innført i konkurranseloven i 2004 som en mer effektiv måte å avsløre ulovlig samarbeid. Fra straffeloven § 59 finnes det allerede en bestemmelse om strafferabatt for kjente lovbrudd, mens hovedformålet med § 31

fra konkurranseloven om lempning er å bidra til å avdekke ulovlig kartellvirksomhet (FAD 2008).

4.4.1.1 Utmåling av overtredelsesgebyr og lempning ved overtredelse

Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 % av foretakets omsetning dersom foretaket, eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettelig eller uaktsomt overtrer § 10 (FOR 2005:909).

Utgangspunktet for hvor stort gebyret blir, sammen med foretakets omsetning, er *grovhet * varighet*. Grovhet vil her særlig ta hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, foretakets gevinst, utvist skyld og om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen. Når det gjelder varighet kan gebyret som er gitt når grovhet er vurdert, økes med 50 % dersom overtredelsen har pågått mellom 1 og 5 år. Når overtredelsen har pågått i mer enn 5 år, kan det legges til inntil 10 % for hvert av de årene overtredelsen har pågått (ibid.).

Norge har i dag et tosporet system hvor brudd på § 10 kan gi overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 og straff i form av bøter eller fengsel etter konkurranseloven § 30.⁸ Skyldkravet er ulikt for § 29 og § 30 hvor skyldkravet etter § 30 er forsett eller grov uaktsomhet, mens overtredelsesgebyr etter § 29 kan gis ved simpel uaktsomhet (Konkurransetilsynet 2008b). Det kan derimot ikke, etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen, gis dobbelstraff. Det betyr at det ikke kan ilegges straff etter konkurranseloven § 30 for samme forhold og ovenfor samme foretak i en sak hvor Konkurransetilsynet har valgt å ilegge overtredelsesgebyr (ibid.).

Lempningsprogrammet ble innført for å gi selskaper økonomiske incentiver til å bistå konkurransemyndighetene i etterforskningen av kartellsamarbeid. Lempningsprogrammet vil derimot kun gjelde for overtredelsesgebyr og foretaksbøter, og ikke for fengselsstraff. Enkeltindivid vil fortsatt ha et personlig straffeansvar selv om foretaket har fått lempning av overtredelsesgebyret. Dette gjør at personer som søker om lempning på vegne av foretaket, selv kan bli straffeforfulgt dersom de har hatt en rolle i kartellet. Denne saken vil da bli ført som en ordinær straffesak om økonomisk kriminalitet. Det er blitt diskutert om dette gjør det norske lempningsprogrammet ineffektivt. Dette vil vi se nærmere på i kapittel 6.1.2.

⁸ Se utdrag av § 29 og § 30 i Appendix 1.

Ved det norske lempningsprogrammet kan en oppnå hel eller delvis lempning. Vilkårene for hel lempning er at selskapet er først ute med å fremlegge bevis som kan bidra til oppklaring av et kartell. Denne bestemmelsen tilsier at det kun er et selskap som kan oppnå full straffelepning i en sak. I tillegg må bevisene som legges frem ikke være kjent av Konkurransetilsynet fra før og Konkurransetilsynet kan ikke allerede være i besittelse av tilstrekkelig materiale for å bevise overtredelse av § 10. Selskapet må også, etter søknad om lempning, samarbeide fullt ut med Konkurransetilsynet, øyeblikkelig avslutte sin deltakelse i kartellet og legge frem alt bevismateriale det har tilgang til. Dersom selskapet ikke har mulighet til å legge frem bevis umiddelbart må det gis en klar beskrivelse av bevismaterialets art og form (FOR 2005:909). Selskapet kan heller ikke ha vært en initiativtaker i kartellet og på den måten tvunget andre selskapet til å delta (www.kt.no).

Delvis lempning kan gis når et selskap ikke oppfyller kravene til full lempning. Kravene for delvis lempning er at selskapet må fremlegge bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av § 10 i konkurranseloven. I tillegg må selskapet også opphøre deltakelsen i kartellet umiddelbart når bevisene fremlegges. Det første selskapet som oppfyller disse vilkårene vil motta en lempning på 30 til 50 %. Det neste selskapet vil motta lempning på 20 til 30 %. Øvrige selskaper som oppfyller vilkårene og tilstår vil motta inntil 20 % lempning (FOR 2005:909).

Tabell 2: Fordeling av lempning – Norge

	Første	Andre	Tredje	Fjerde
Fordeling av Lempning	100 %	30 – 50 %	20 – 30 %	≤ 20 %

4.4.2 USA

4.4.2.1 Bakgrunn og lovverk

Konkurransemyndighetene i USA består av the Department of Justice - Antitrust Division og the Federal Trade Commission. The Antitrust Division er myndighetene som håndhever konkurranseloven (www.usdoj.gov), mens the Federal Trade Commission ser etter at interessene til konsumentene blir overholdt (www.ftc.gov). Konkurranseloven i USA kalles

the Sherman Act av 1890. § 1⁹ forbyr kontrakter og konspirasjoner som svekker konkurransen. Loven dekker prisfiksing, markedsdeling og annen kartellvirksomhet. I tillegg tar the Clayton Act av 1914 for seg fusjoner og prisdiskriminering. Seksjon 4 av the Clayton Act tar også for seg erstatninger og sivile søksmål fra de skadelidende som følge av økonomisk kriminalitet, deriblant kartellvirksomhet (Motta 2004:5).

Det amerikanske lempningsprogrammet ble innført i 1978 og USA var dermed det første landet som fikk en slik ordning. Men lempningsprogrammet var ikke særlig suksessfullt, konkurransemyndighetene mottok få søknader og det førte ikke til noen oppdagelser av internasjonale karteller (Harding og Joshua 2003:213). Programmet ble derfor revidert med Corporate Leniency Program i 1993 og Leniency Policy for Individuals i 1994 (Hammond og Barnett 2008). Målet var å gjøre det mer attraktivt for firmaene å innrømme kartelldeltakelse og samarbeide med myndighetene (Griffin 2003)

Revisjonen av lempningsprogrammet medførte tre store endringer. For det første skulle amnesti bli gitt automatisk dersom det ikke var satt i gang noen etterforskning i saken. For det andre ville man fremdeles ha mulighet til å få amnesti dersom man samarbeidet selv om etterforskningen hadde begynt. I tillegg ville alle personer som samarbeidet også få lempning, det ville dermed ikke være noen individuell straff som bot eller fengsel dersom man hadde fått innvilget lempning (ibid.).

4.4.2.2 Lempningsprogrammet i dag

Corporate Leniency Program

Lempningsprogrammet for bedrifter består i dag av to deler, type A lempning og type B lempning. Type A kommer kun til bruk når konkurransemyndighetene ikke har noen informasjon om kartellvirksomheten. Slik lempning vil kun bli gitt til et firma før en etterforskningen har begynt, dersom visse krav er innfridd. Type A lempning er hel og automatisk, og dette sies å ha økt effektiviteten til det amerikanske lempningsprogrammet ved at det å være først ute automatisk gir amnesti (Harrington 2006).

Det er som sagt flere krav som allikevel må innfris for at et firma kan få innvilget type A lempning. For det første må myndighetene ikke ha mottatt informasjon om samarbeidet fra en annen kilde når firmaet søker om lempning. For det andre må firmaet som søker om lempning

⁹ Se utdrag av Sherman Act § 1 i Appendix 1.

besluttsomt gå inn for effektivt å avslutte kartelldeltakelsen. Det tredje kravet er at firmaet må gi fullstendig informasjon om samarbeidet, og at de fullt ut og gjennom hele saken samarbeider med myndighetene i etterforskningen. Det er også et krav at innrømmelsene er om firmaet, og ikke om individer. Firmaet må også, om mulig, gi oppreisning til de skadelidende partene. Det siste kravet for type A lempning er at firmaet ikke har tvunget et annet firma til å delta i samarbeidet og ikke har vært lederen eller den som startet kartellvirksomheten (Hammond og Barnett 2008).

Dersom myndighetene har mottatt informasjon om kartellvirksomheten, vil det ikke lenger være mulig å søke om type A lempning. Dersom det fremdeles ikke er noen av deltakerne som har søkt om lempning, vil det fortsatt være mulig å søke om hel lempning. Dette kalles type B lempning, og gjelder både før og etter at en etterforskning har startet. Et firma kan søke om type B lempning dersom det har bevis som fremmer etterforskningen i saken (Harrington 2006).

Det viktigste kravet for type B lempning er at firmaet er det første firmaet som innrømmer kartellvirksomheten. Et annet krav er at myndighetene ikke allerede har så sterke bevis at det er stor sannsynlighet for at firmaet blir dømt. Ellers gjelder samme krav som under type A, med unntak av at det ikke er nødvendig at myndighetene ikke har mottatt informasjon om samarbeidet fra en annen kilde. I tillegg er det et krav at departementet ikke mener at å gi type B lempning til firmaet vil være urettferdig for de andre partene, med hensyn til firmaets rolle i samarbeidet, type samarbeid og tidspunkt for søknad (Hammond og Barnett 2008). Dersom konkurransemyndighetene ikke har satt i gang en etterforskning vil kravene til det siste kriteriet være lave, mens til nærmere myndighetene er til en dom til strengere er man til oppfyllelsen av kriteriet (Nazzini 2004:416).

I både type A og type B lempning gjelder det altså å være først ute om å søke om lempning. Det andre firmaet som søker, får ingen strafferabatt. Det er dermed ingen delvis lempning i det amerikanske systemet, noe som gjør det svært viktig å være først ute om å søke om amnesti. Vi vil se senere at dette vil kunne øke usikkerheten dramatisk i et kartellsamarbeid. En oversikt over det amerikanske lempningsprogrammet kan vises i tabell 3:

Tabell 3: Fordeling av lempning – USA¹⁰

	Første firma	Andre firma	Tredje firma	Fjerde firma
Før etterforskning (Type A)	100 %	0	0	0
Etterforskning startet (Type B)	100 %	0	0	0

Fra tabellen over ser vi at det kun er det første firmaet som innrømmer kartellvirksomhet som mottar lempning, de andre må ta hele straffen. Det finnes derimot en annen mulighet for firma som ikke har mottatt lempning i en sak til å få amnesti, denne muligheten kalles Amnesty Plus. Amnesty Plus blir gjeldene dersom et firma ikke er det første til å søke om lempning, men kommer med informasjon om kartellvirksomhet i et annet marked. Dersom konkurransemyndighetene ikke har noe informasjon om at det foregikk kartellvirksomhet i dette andre markedet, vil firmaet få full type A lempning for både firmaet og firmaets ansatte som samarbeider i dette markedet. I tillegg vil bøtene for samarbeidet i det første markedet bli kraftig redusert (Nazzini 2004:417). Amnesty Plus er dermed et verktøy som effektivt øker incentivene til bedriftene til å innrømme samarbeid siden de får reduserte bøter i allerede oppdagede saker.

Reduksjonen i straffen som følge av Amnesty Plus avhenger blant annet av bevisene og informasjonen som det samarbeidende firmaet kommer med, hvor alvorlig kartellsamarbeidet har vært med hensyn til størrelse, geografisk spredning og antall deltakere, og sannsynligheten for at konkurransemyndighetene selv hadde oppdaget overtredelsen dersom firmaet ikke hadde innrømmet samarbeidet i markedet. Det blir lagt størst vekt på de to første faktorene (Hammond og Barnett 2008).

Dersom firmaet ikke tar i bruk muligheten om Amnesty Plus, og dermed lar være å fortelle myndighetene om kartellvirksomheten i andre markeder, kan det medføre svært hard straff dersom myndighetene oppdager samarbeidet. Dette kalles Penalty Plus programmet. Ved en slik oppdagelse vil myndighetene oppfordre retten til å gi firmaet og dets ansatte bøter og

¹⁰ Harrington (2006)

fengselsstraff som er over de høyeste straffene gitt av the US Sentencing Guidelines (Nazzini 2004:417). Penalty Plus er dermed et skremselsverktøy som vil øke bedriftenes incentiver til å innrømme samarbeid i andre markeder dersom de blir anklaget for kartellsamarbeid.

The Omnibus Question er et spørsmål amerikanske myndigheter bruker i vitneintervju i en lempningssak: ”Har du noe informasjon i det hele tatt, direkte eller indirekte, relatert til prisfiksing, anbudssamarbeid etc. til et produkt i denne industrien eller i noen andre industrier?” Dersom man ikke kan svare sant på dette spørsmålet, mister man retten til amnesti (Harrington 2006). Ved hjelp av dette spørsmålet vil myndighetene kunne få ny informasjon om ulovlig samarbeid.

Leniency Policy for Individuals

Lempningsprogrammet for individer i USA ble revidert i 1994. Programmet gjelder for individer som selv rapporterer om lempning, de er ikke en del av firmaets søknad om lempning. Ledelsen og de ansatte som søker om lempning på vegne av firmaet, kommer derimot under the Corporate Leniency Program (www.usdoj.gov). Lempningsprogrammet for individer blir også gjeldene dersom firmaet får innvilget lempning når myndighetene har mottatt informasjon fra en annen kilde, dersom firmaet tvang andre firma til å delta i kartellet, eller var lederen eller det firma som tok initiativ til kartellsamarbeidet (Nazzini 2004:416).

Dersom en person kommer frem og rapporterer om et ulovlig samarbeid før en etterforskning er startet, kan han eller hun få innvilget lempning dersom tre kriterier er innfridd. For det første må konkurransemyndighetene ikke ha mottatt informasjon om kartellvirksomheten fra en annen kilde. For det andre må personen gi fullstendig informasjon om samarbeidet, og fullt ut og gjennom hele saken samarbeide med myndighetene i etterforskningen. Det siste kriteriet for å få innvilget lempning er at personen ikke tvang andre til å ta del i kartellsamarbeidet, var lederen eller den som startet samarbeidet (www.usdoj.gov).

Dersom kriteriene overfor ikke blir innfridd, er det fremdeles mulig for en person å motta lempning i en kartellsak. Strafferabatt er mulig ved at man kan få innvilget immunitet mot straffeforfølgelse. En slik immunitet vil bli bestemt av the Antitrust Division fra sak til sak (ibid.).

4.4.3 EU

4.4.3.1 Bakgrunn og lovverk

Lov om kartellforbud innad i EU blir i dag dekket av artikkel 81 i Roma-traktaten. Traktaten ble satt i virke i 1958 for å oppnå tettere økonomisk integrasjon mellom de europeiske landene (www.europaveien.no) hvor fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft over landegrensene er fundament. Det er Generaldirektoratet for konkurranse som etterforsker overtredelser av konkurransereglene og som kan gi bøter dersom en overtredelse er begått (<http://ec.europa.eu>), ikke ulikt Konkurransetilsynet i Norge.

Kommisjonen for det europeiske fellesskap, eller Europakommisjonen, er det utøvende og overnasjonale organ innad i EU. Europakommisjonen har enerett på å fremme forslag om ny lovgiving (www.europakommisjonen.no) og har som primær oppgave å forsvare EUs generelle interesser (www.europaveien.no). Europakommisjonen jobber også tett sammen med EF – domstolen som er EUs dømmende organ. Saker som kommer opp i EF – domstolen er saker som vil påvirke samhandelen internt i EU (Hjelmeng 2008).

Hvert land innad i EU har også lokale konkurransemyndigheter som håndhever konkurranseloven, og sammen med Europakommisjonen danner de European Competition Network (ECN). Dersom et kartellsamarbeid påvirker handel og konkurranse i minst tre EU – land vil en lempningssøknad bli rettet til Europakommisjonen (<http://ec.europa.eu>). Dersom det er færre land som blir påvirket må hvert lands konkurransemyndigheter separat motta søknad om lempning (Ratliff 2004). Det er derimot ikke alle EU – land som har et lempningsprogram og en kartellovertredelse vil da bli behandlet i følge nasjonale konkurranseregler.

4.4.3.2 Utmåling av overtredelsesgebyr

I september 2006 innførte Europakommisjonen nye retningslinjer for utmåling av gebyr for overtredelse av artikkel 81 i Roma – traktaten (<http://ec.europa.eu>). Ved utmåling av overtredelsesgebyr bruker Kommisjonen en to-steps metode hvor det først settes et basisbeløp for gebyret (Motta 2007). I tillegg inkluderes salgsverdien av varer eller tjenester som har blitt påvirket under kartellsamarbeidet. Overtredelsesgebyret kan ikke overstige 10 % av total omsetning fra foregående år og overtredelsesgebyret kan bli satt ned dersom selskapet står i fare for konkurs etter betalt gebyr.

Til beregning av overtredelsesgebyret bruker Kommisjonen basisbeløpet *grovhet * varighet* som utgangspunkt. Til grunn for grovhet legges selskapets markedsomsetting av varer eller tjenester omsatt under kartellsamarbeidet. Av denne verdien brukes kun en prosentandel avhengig av hvilken overtredelse som er begått. Kartellsamarbeid blir ansett som en av de mest alvorlige og skadelige overtredelsene og vil derfor bli vektet høyt. Normalt vil da 30 % av omsetningsverdien ved kartellsamarbeid bli lagt til grunn for gebyrets basisbeløp. Dette beløpet vil igjen bli multiplisert med antall år kartellet har vart, som vil utgjøre varighet. Perioder kortere enn seks måneder teller som et halvt år og perioder lenger enn seks måneder, men kortere enn et år, teller som et fullt år (<http://ec.europa.eu>). I tillegg til denne beregningen vil det legges til et fast beløp mellom 15 og 25 % av markedsomsettingen under overtredelsen. Dette beløpet legges til for å virke preventivt og for å avskrekke selskaper fra å delta i økonomisk kriminalitet.

Steg to ved gebyrutmålingen innebærer at Kommisjonen ser på omstendigheter rundt overtredelsen som kan heve eller senke basisbeløpet. Ved fortsettelse eller gjentatt overtredelse av artikkel 81 etter at Kommisjonene eller nasjonale konkurransemyndigheter har oppdaget overtredelsen, kan gebyret satt bli hevet med 100 % for hver tidligere overtredelse. Dersom et selskap også nekter å samarbeide med konkurransemyndighetene i etterforskningen, eller dersom selskapet har vært initiativtaker i kartellet, vil dette heve overtredelsesgebyret (ibid.).

Legger selskapet frem bevis på at overtredelsen har oppstått på grunn av uaktsomhet, eller dersom selskapets rolle i kartellet har vært minimal, kan overtredelsesgebyret settes ned. Samarbeid med Kommisjonen utover informasjon som er nødvendig for en lempningssøknad vil også kunne senke gebyret, og dersom lokale myndigheter har vært pådriver for kartellet vil dette gi formildende omstendigheter (ibid.).

Det er viktig at overtredelsesgebyret settes på et slikt nivå at det har en tilstrekkelig avskrekkende effekt. Kommisjonens retningslinjer sier derfor at gebyret skal settes i rett proporsjon med selskapets totale omsetning, og overtredelsesgebyret bør settes høyere enn den gevinsten selskapene oppnår ved kartellsamarbeid. Gebyret som Kommisjonene setter kan derimot ikke overstige 10 % av selskapets omsetning fra foregående år, slik som det kommer frem av Kommisjonens retningslinjer for utmåling av gebyr.

4.4.3.3 Europakommisjonens lempningsprogram

19. februar 2002 la Europakommisjonen fram et revidert lempningsprogram (2002 Leniency Notice) hvor fokuset var rettet mot større forutsigbarhet og transparens for lempnings søkeren. Det nye lempningsprogrammet skulle gjøre det mer attraktivt for kartelldeltakerne å stå frem og på denne måten skulle Kommisjonens bekjempelse av kartell bli mer effektiv (Bloom 2006). En av hovedendringene i lempningsprogrammet fra 1996 (1996 Leniency Notice) var at kartelldeltakere kunne søke om full immunitet. I tillegg skulle lempningsprogrammet gi søkeren større rettsvern da søkeren raskere vil få vite hvilke grad av lempning en vil motta. En ytterligere revisjon av lempningsprogrammet ble lagt frem i 2006 hvor kravene til bevis skulle bli enda klarere. Det ble også innført et markørssystem som sikrer søkerens plass i køen og søkeren skal i større grad bli beskyttet mot sivile søksmål fra skadelidende under kartellsamarbeidet.

Fra Kommisjonens redegjørelse om immunitet og bøter i kartellsaker fra 2006 kan selskaper som opererer i karteller innad i EU søke Europakommisjonen om 100 % lempning (<http://ec.europa.eu>). Dette kan gjøres på to måter. Selskapet kan enten levere inn bevis til Kommisjonen som gjør det mulig å iverksette etterforskning og inspeksjon av kartellet. Dersom Kommisjonen allerede er i besittelse av slike bevis kan det legges frem tilstrekkelig materiale til å bevise en overtredelse av artikkel 81. Dette gjør at det kun er et selskap som kan oppnå full immunitet i en sak.

For å søke om immunitet kan selskaper sende inne en formell søknad hvor bevis, eller hypotetiske bevis, legges frem sammen med søknaden. Dersom selskapet ikke er i besittelse av slike bevis kan selskapet få utnevnt en markør for å sikre selskapet første plass i ”lempningskøen”. Denne markøren vil gjelde for en viss periode hvor søkeren da vil ha tid til å samle inne tilstrekkelig bevis til å oppnå full lempning. For å kvalifisere til en slik markør må selskapet legge frem en detaljert beskrivelse av kartellet, kartellets mål, hvilke aktiviteter det har ført og hvordan kartellet fungerte. Selskapet må også beskrive hvilke produktet og tjenester som har blir påvirket, og i hvilke markeder og geografiske områder kartellet har operert. I tillegg må navn, adresser og stillinger på alle involverte personer legges ved, såfremt den som søker har tilgang på slik informasjon.

For å oppnå 100 % lempning må søkeren avslutte deltakelsen i kartellet straks det har levert inn sin søknad om lempning, og selskapet kan ikke ha vært en initiativtaker i kartelldannelsen

eller tvunget andre selskaper til å delta. Selskapet må også levere inn all bevismateriale som det er i besittelse av og fullt ut samarbeid under hele etterforskningen.

Dersom selskapet ikke kvalifiserer til full immunitet er det mulig å søke om reduksjon i overtredelsesgebyret. Selskapet må da legge frem bevis til Kommisjonen som gir økt verdi til bevis som Kommisjonen allerede har. Dette betyr at bevisene i vesentlig grad må styrke Kommisjonens mulighet til å avdekke et kartell, og behovet for tilleggsopplysninger utover fremlagt bevis vil avgjøre størrelsen på gebyret. I tillegg må selskapet også samarbeide fullt ut med Kommisjonen, legge frem alle nye bevis og ikke ødelegge eller skjule relevant informasjon. Dersom man er først ute med å legge frem bevis som tilfredsstillt kravene over kan man oppnå en reduksjon i gebyret på 30 til 50 %. Dersom man er nummer to vil man kunne oppnå 20 til 30 % reduksjon, og alle øvrige kan oppnå en reduksjon opptil 20 %.

Tabell 4: Fordeling av lempning – EU¹¹

	Første	Andre	Tredje	Fjerde
Fordeling av Lempning	100 %	30 – 50 %	20 – 30 %	≤ 20 %

4.4.3.4 Problemstillinger rundt lempning i EU

Innad i EU opererer hvert land med sitt eget regelverk for straffelempning i kartellsaker. Dette gjør at en overtredelse i flere land vil bli etterforsket under ulike regelverk i ulike land. En lempningssøknad må da også leveres inn til alle land hvor kartellet har operert. Lempning i et land garanterer ikke lempning i et annet land eller under Kommisjonens lempningsprogram. Det er heller ikke alle land som har et lempningsprogram og det er kun Kommisjonen som kan gi lempning som vil gjelde i hele EU (Bloom 2006). Dette gjør lempningsprosessen for selskaper meget tidkrevende og det totale gebyret en må betale blir vanskelig å kalkulere. Systemets oppbygning gir liten forutsigbarhet for selskapene og kan gi mindre insentiver for å avsløre kartellet.

For å øke sjansene for å avdekke ulovelig kartell og for å gjøre kartellbekjempelsen mer effektiv er det derfor foreslått et ”one-stop-shop” system innad i EU. I 2006 startet ECN et Modell Leniency Programme hvor et regelverk ble lagt fram som alle EU – land kunne velge

¹¹ Harrington (2006)

å følge. For saker som involverer mer enn tre land ble det lagt frem et uniformt program som gir en felles søknad for alle landene. I dette programmet ble det også lagt frem retningslinjer som de ulike lands konkurransemyndigheter så som nødvendig for et effektivt lempningssystem. ECNs Modell Leniency Programme er ment til bruk i en overgangsfase før alle EU – lands lempningsprogram blir harmonisert. For de som enda ikke har et lempningsprogram vil denne modellen også oppfordre disse landene til å ta i bruk et slikt regelverk (<http://europa.eu>).

4.4.4 UK

4.4.4.1 Konkurransemyndighetene og loven

Konkurransemyndighetene i UK består av the Office of Fair Trading (OFT) og the Competition Commission. OFT har som mål å legge konkurransen til rette slik at det er til det beste for konsumentene. Det er i hovedsak OFT som håndhever konkurranselovgivningen, men det er i tillegg gitt visse industrier egne myndigheter som sørger for god konkurranse. Dette er blant annet i industrier som gass og elektronikk (www.oft.gov.uk).

The Competition Commission er en uavhengig offentlig instans som sikrer sunn konkurranse mellom bedrifter i Storbritannia. De søker å regulere konkurransen slik at det kommer til gode for konsumentene, bedriftene og landets økonomi (www.competition-commission.org.uk).

The Competition Act 1998 og artikkel 81 fra Roma – traktaten forbyr kartellvirksomhet i UK (www.oft.gov.uk). The Competition Act 1998 forbyr avtaler som skader konkurransen. Slike avtaler kan for eksempel være prisfiksing, kontrollering og reduksjon av produksjon, holde tilbake teknologi fra konkurrentene, dele marked mellom seg eller dele tilbud (www.opsi.gov.uk). The Enterprise Act 2002 forbyr en persons deltakelse i et kartell (www.oft.gov.uk).

Dersom en bedrift blir funnet skyldig i kartellsamarbeid kan man få bøter opp til 10 % av firmaets årlige, verdensomspennende omsetning. OFT har to mål ved utmåling av bøter for overtredelse av konkurranselovgivningen. For det første ønsker de at størrelsen på bøkene skal reflektere alvorret av overtredelsen. For det andre vil man at bøkene skal virke som en trussel som reduserer incentivene for firma til å delta i kartell (ibid.).

Det er også mulighet for individuell straff, gitt av the Enterprise Act 2002. Dersom en person har vært del av et kartell kan han eller hun bli straffet med opp til fem års fengsel. Det er også mulig for en person å bli straffet med bøter, og beløpet på disse bøtene har ingen begrensning i størrelse (ibid.)

4.4.4.2 Lempningsprogrammet

The OFT leniency programme

Lempningsprogrammet i UK gir full immunitet til selskaper og personer som har vært direkte involvert i et kartell dersom de er først ute med å rapportere kartellet til myndighetene. Det er også et krav at OFT ikke har startet en etterforskning av kartellvirksomhet i saken. For å få full lempning er det også et krav om fullstendig samarbeid med myndighetene gjennom hele etterforskningen (ibid.).

Dersom etterforskningen ikke har begynt, vil den første bedriften som innrømmer samarbeid få full lempning for seg og sine ansatte under *the OFT leniency programme*. Det er ikke et krav at myndighetene ikke har noe informasjon om samarbeidet fra en annen kilde. Det som er viktig er at det ikke foreligger nok informasjon til å kunne dømme bedriftene for samarbeid og at etterforskningen ikke har begynt enda (Nazzini 2004:412).

For å få full immunitet må bedriften tilfredsstillе visse kriterier. For det første må den framlegge all informasjon om kartellet til OFT som det er mulig å framdrive. Det er også viktig at bedriften fullt ut samarbeider med myndighetene gjennom hele etterforskningen. Et viktig kriterium er at bedriften ikke har tvunget en annen bedrift til å ta del i kartellet, eller har fungert som lederen eller vært den som tok initiativet til kartellet. Bedriften må også avslutte all deltakelse i kartellet (ibid.).

Dersom man ikke er først ute til å innrømme deltakelsen i et kartell eller ikke tilfredsstiller kravene til hel lempning, vil det fremdeles være mulig å oppnå strafferabatt. Loven i UK er således mildere enn den amerikanske, der man kun får full lempning eller ingenting (sett bort i fra Amnesty Plus). Det er også her noen kriterier for å få innvilget lempning. For det første må det ikke vært gitt en skriftlig beskjed om avgjørelsen i overtredelsen. Det er viktig at bedriften gir OFT all informasjon om kartellet og fullt ut samarbeider med myndighetene gjennom hele etterforskningen av saken. Det tredje kravet er at bedriften avslutter sitt samarbeid i kartellet (Nazzini 2004:413). Denne type lempning kan gi reduksjon i bøter opp

til 100 %. Det er kun mulig før det har blitt sendt ut et ”Statement of Objections”. Dette er et brev som sendes til firma som myndighetene har grunn til å tro har brutt konkurranseloven. Størrelsen på reduksjonen avgjøres av konkurransemyndighetene, hvor det blir tatt hensyn til når i etterforskningen firmaet har søkt om lempning, bevisene som allerede foreligger i saken og informasjon og bevis gitt av firmaet (www.oft.gov.uk).

Dersom man ikke er først ute til å søke om lempning eller ikke tilfredsstill alle kravene om full lempning, har man likevel mulighet til å få redusert bøtene med opp til 50 %. Det er viktig at man kommer frem før det blir sendt ut et ”Statement of Objections”, og at man tilfredsstill kravene for full lempning, bortsett fra kravet om at man ikke skal ha tvunget noen til å delta i samarbeidet. Størrelsen på boten vil bli kalkulert som ved lempning opp til 100 % (ibid.).

Lempning i UK består dermed av hel og delvis lempning av finansiell straff. Dette betyr imidlertid ikke at man er immun mot all straffeforfølgelse som følge av kartellvirksomheten. Det er for eksempel mulig at konkurrenter ønsker å anmelde firmaet som følge av at de har blitt økonomisk skadelidende av kartellvirksomheten. En dom i en slik sak vil ikke dekkes av innvilgelsen av lempning. Lempningen vil heller ikke gjelde utenfor UK, slik at det er mulig å bli straffet i blant annet EU (ibid.).

Immunity Plus er en del av lempningsprogrammet i UK. Det virker slik at dersom et firma som samarbeider med konkurransemyndighetene og har fått redusert bot har informasjon om deltakelse i et kartell i et annet marked, kan man få en reduksjon i boten fra det første markedet. Det er viktig at den nye informasjonen er fra et annet marked enn markedet som er under etterforskning (Nazzini 2004:413). Immunity Plus virker dermed som det amerikanske Amnesty Plus, og kan bidra til å øke oppdagelsene av karteller samt å øke incentivene for bedrifter til å samarbeide med myndighetene.

No-Action Letters

Fra Nazzini (2004) har vi at individers straffeforfølgelse av en kartellsak blir regulert av the Enterprise Act 2002 del 6. Dersom en person uærlig har deltatt i et kartell vil han eller hun bli stilt ansvarlig og dømt for overtredelse av konkurranselovgivningen. Seksjon 190(4)¹² sier at OFT kan gi en person full lempning slik at han eller hun ikke vil bli straffeforfulgt i England,

¹² Se utdrag av Seksjon 190 i Appendix 1.

Wales eller Nord-Irland. Spesielle regler gjelder for Skottland. Lempning for individer blir kalt "no-actions letters".

Det er the Office of Fair Trading som innvilger amnesti til personer. Myndigheten stiller visse krav til at en person skal få innvilget lempning: For det første må personen innrømme at han eller hun har deltatt i kartellet. For det andre må han fremlegge all informasjon han har tilgjengelig om kartellets eksistens og aktivitet. Det er et krav om fullstendig samarbeid med myndighetene frem til det har kommet en beslutning i saken. Det er også viktig at personen ikke har tvunget andre inn i samarbeidet og at han avslutter sin deltakelse i kartellet (Nazzini 2004:414).

Dersom myndighetene har nok informasjon til å kunne bygge en sak og straffe en person, vil denne personen ikke få innvilget en søknad om lempning og vil dermed ikke få et "no-action letter" (ibid.). Det er dermed viktig at personen har ny informasjon å komme med og at saken imot han eller hun ikke står veldig sterkt.

Når en bedrift søker om lempning har den også mulighet til å søke om "no-action letters" på vegne av sine ansatte. Dersom firmaet får innvilget full lempning, vil OFT vanligvis også gi de ansatte immunitet mot straffeforfølgelse (www.of.gov.uk).

Finansiell belønning

Et annet virkemiddel OFT bruker i kampen mot karteller er finansiell belønning. Fra OFTs hjemmeside ser vi at en person som sitter med informasjon om karteller kan få belønning på opp til £100 000, men dette blir kun brukt i ekstraordinære tilfeller. Dersom personen har hatt en aktiv rolle i kartellet, vil han i utgangspunktet ikke få en belønning og bør heller søke om lempning. Det er imidlertid mulig å få en finansiell belønning selv om man er involvert i et kartell. Dette er dersom man kun har hatt en liten og ikke sentral rolle som deltaker i kartellet.

Størrelsen på belønningen vil avhenge av flere faktorer. For det første vil den avhenge av verdien av informasjonen som kommer frem i form av hva myndighetene får ut av det og hvilken verdi det har for økonomien og konsumentene at samarbeidet blir avsluttet. Det blir også tatt hensyn til innsatsen og risikoen som personen har blitt utsatt for når han har innhentet informasjonen (www.of.gov.uk).

5 Fra teori til praksis

Det er i dag USA som klart har lengst erfaring med straffelempling som verktøy i kartellbekjempelsen. Etter 31 år er det amerikanske lempningsprogrammet meget effektivt og velkjent både i amerikansk og internasjonalt næringsliv. I EU er også lempningsprogrammet suksessfullt hvor Europakommisjonen årlig mottar titals søknader om immunitet og reduksjon i overtredelsesgebyr. Både USA og EU har gjennomgått flere revideringer av lempningsprogrammet, og den effektiviteten programmene har oppnådd kan antas å være et produkt av flere års finjusteringer. Norge og UK er i dag nybegynnere i bruken av lempningsprogram, og vi ser konkurransemyndighetene her mottar betydelig færre søknader om lempning. Mindre ”fartstid” og færre tilpassninger til den individuelle økonomi kan være en årsak til dette, og det vil kanskje være behov for flere revideringer av disse lempningsprogrammene for å oppnå høyere effektivitet i fremtiden.

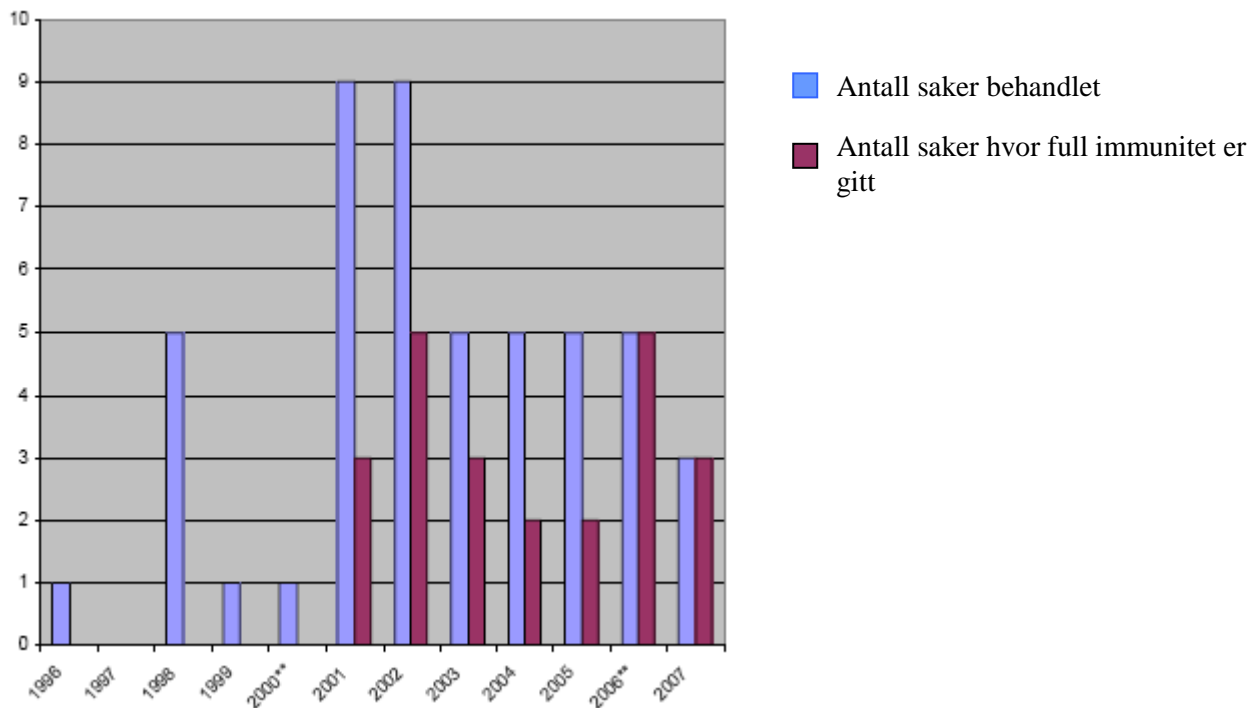
Vi har følgelig valgt å se på erfaringer fra USA og EU i dette kapittelet. Dette fordi det har vært svært få lempningssaker i Norge og UK, noe som gjør sammenligningsgrunnlaget mellom land dårlig. Det er også vanskelig å finne gode tall på faktisk lempning og utmålt gebyr, og disse tallene vil ikke kunne bidra til å vurdere effektiviteten av lempningsprogrammet. I kapittel 5.2 har vi derfor også valgt å trekke frem to case-studier fra henholdsvis USA og EU som meget godt illustrerer dannelsen av et kartell og hvordan et lempningsprogram har bidratt til å avsløre disse kartellene.

5.1 Erfaringer

5.1.1 EU

Det europeiske lempningsprogrammet har vært svært suksessfullt etter at det ble implementert i 1996. Under 1996 Leniency Notice mottok Europakommisjonen over 80 søknader om lempning, hvorav kun tre selskaper ble innvilget full lempning (<http://europa.eu>). Etter revideringen av lempningsprogrammet i 2002 økte derimot antall søknader, og det nye lempningsprogrammet viste seg å være mer effektivt enn sin forgjenger. Programmet bidro ikke bare til at flere karteller ble avslørt, men også at til store internasjonale, og komplekse, karteller opplevde større ustabilitet og usikkerhet. I perioden fra februar 2002 til desember 2006 mottok Kommisjonen 104 søknader om immunitet og innvilget 56 av disse (Motta 2007). Fra innføringen av 2006 Leniency Notice og frem til slutten av 2007 mottok Kommisjonen 20 søknader for immunitet og 11 søknader om reduserte overtredelsesgebyr. Et problem under 2002 Leniency Notice var at retningslinjene for hvilke informasjon som

krevdes for å oppnå full immunitet var mangelfulle og dette skapte usikkerhet blant søkerne. Et av hovedformålene med Leniency Notice 2006 var da å forbedre denne informasjonen og man forventer nå at større klarhet rundt kravene kan gi enda flere søknader om immunitet enn man mottok under 2002 Leniency Notice (<http://europa.eu>). Figuren under viser antall kartellsaker behandlet i EU siden 1996 og antall saker hvor full immunitet er gitt.



Figur 6: Antall kartellsaker og immunitet¹³

Fra figuren ser vi at antall kartellsaker har økt noe siden 1996, og hold seg stabilt de siste årene. I tillegg ser vi at det først fra 2001 har blitt gitt full immunitet til selskaper som har hjulpet konkurransemyndighetene og hvert år etter det har det blitt innvilget immunitet til flere selskaper. Dette kan indikere at lempningsprogrammet har spilt en betydelig rolle for avsløring av karteller de siste årene. Vi ser også at revideringen av det europeiske lempningsprogrammet i 2002 har hatt en betydelig effekt på avdekkingen av karteller i forhold til lempningsprogrammet av 1996.

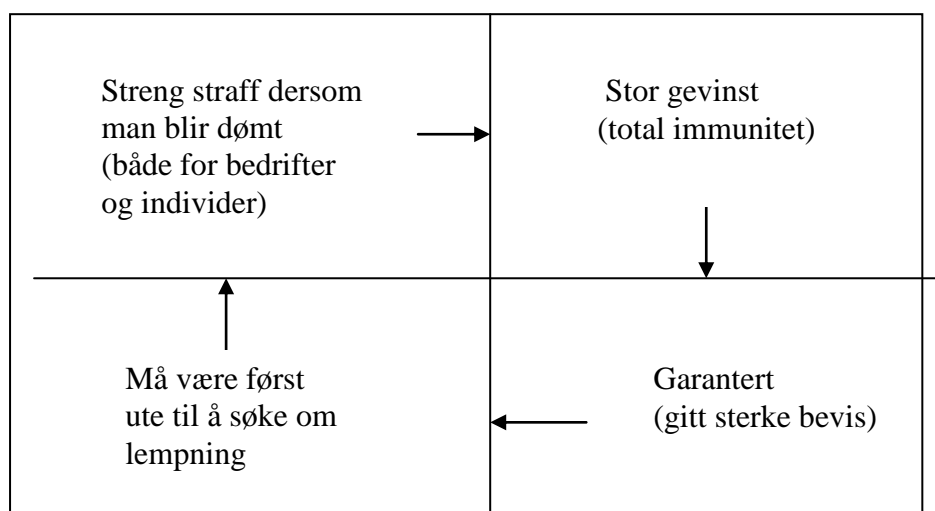
5.1.2 USA

Det blir sagt at revideringen av det amerikanske programmet i 1993 og 1994 har vært en suksess. Det er svært vanskelig å måle suksessen til et lempningsprogram som følge av

¹³ Motta (2007)

hemmeligholdelsen i kartellets natur. Likevel mener man at det amerikanske lempningsprogrammet er forbedret da man har opplevd en signifikant økning i antall søknader om lempning etter 1993. Før 1993 mottok myndighetene kun en søknad per år, etter revideringen økte antallet til to søknader per måned (Harrington 2006). I 2002 hevdet the Department of Justice at de siste fem årene har samarbeid med konkurransemyndighetene som følge av amnestisøknader medført dommer og bøter på over \$1,5 milliarder (Harding og Joshua 2003:214).

Harding og Joshua (2003) mener at denne suksessen kommer av at den første som innrømmer samarbeid får total immunitet, mens de andre kartellmedlemmene får streng straff. De hevder også at programmet medfører en usikkerhet i kartellet siden alle medlemmene er fristet til å være først til å innrømme samarbeidet og dermed få amnesti. Dette blir kalt "the race to the courtroom door", og kan vises i figur 7:



Figur 7: The race to the courtroom door¹⁴

Figuren illustrerer det amerikanske systemets styrke, nemlig at det er svært viktig å være først ute med å søke om lempning. Den første søkeren er garantert amnesti, mens de andre kartelldeltakerne risikerer store bøter og fengselsstraffer.

¹⁴ Harding og Joshua (2003:216)

5.2 Case

5.2.1 Prissamarbeidet mellom Sotheby's og Christie's (1993 - 2000)

Et kartell blir til

Sotheby's og Christie's er verdens to ledende auksjonshus for kunst og de har sammen omtrent 90 % markedsandel. Konkurransen mellom de to selskapene har tidligere vært svært hard. Markedet opplevde en boom på 80-tallet, mens på begynnelsen av 90-tallet fikk man en nedgangskonjunktur. Dette kan illustreres med at Sotheby's nettoprofitt i 1989 var \$113 millioner, mens nettoprofitten i 1991 var kraftig redusert til \$3,9 millioner (Ashenfelter og Graddy 2004). I følge forfatterne av artikkelen *Anatomy of the Rise and Fall of a Price-Fixing Conspiracy: Auctions at Sotheby's and Christie's* fra 2004, Orley Ashenfelter og Kathryn Graddy, ble ulike tiltak gjort for å vinne kunder, hvor finansielle garantier ble utvidet, det ble gitt donasjoner til veldedige formål som selgerne likte og selgernes kommisjonsrater ble kraftig redusert.

I 1995 stoppet den harde konkurransen i markedet opp. I mars kunngjorde Christie's at de ville ta en fast pris av salgsprisen da det ikke lenger skulle være mulig for selgerne å forhandle om pris. En måned senere gikk Sotheby's ut med samme kunngjøring, og prisene til de to auksjonshusene ble svært like (ibid.). Prisene vises i tabellene under:

Tabell 5: Priser, Christie's¹⁵

CHRISTIE'S COMMISSION CHARGES FOR SELLERS

Effective September 1, 1995

ANNUAL SALES ACHIEVED	COMMISSION (% of final bid price)
Up to \$99,999	As now*
\$100,000-\$249,999	9%
\$250,000-\$499,999	8%
\$500,000-\$999,999	6%
\$1,000,000-\$2,499,999	5%
\$2,500,000-\$4,999,999	4%
\$5,000,000 and above	2%

*That is, 10% for most consignments, but retaining existing higher rates for lots selling for less than \$75,000.

¹⁵ Ashenfelter og Graddy (2004)

Tabell 6: Priser, Sotheby's¹⁶

SOTHEBY'S COMMISSION CHARGES FOR SELLERS			
<i>Effective September 5, 1995</i>			
DOLLAR AMOUNT	PRIVATE	DEALER	MUSEUM
0- \$99,999	Current commission rates		
\$100,000-\$249,999	9%	6%	5%
\$250,000-\$499,999	8%	6%	5%
\$500,000-\$999,999	6%	6%	5%
\$1,000,000-\$2,499,999	5%	5%	3%
\$2,500,000-\$4,999,999	4%	4%	2%
\$5,000,000-\$9,999,999	2%	2%	2%
\$10,000,000-\$24,999,999	lower of 2% or 50% of expenses		
\$25,000,000+	lower of 2% up to \$25 million and 1% on any amount of \$25 million or 50% of expenses		

Consignment-related expenses, such as those for insurance and illustrations, will continue to be charged to sellers at the current rates.

Da Sotheby's la fram disse prisene endret Christie's prisene for museum. De like prisene var et resultat av flere hemmelige møter mellom toppledelsen i Christie's og Sotheby's. Samarbeidet skal ha inkludert Christopher Davidge (tidligere direktør i Christie's), Diana Brooks (direktør i Sotheby's), Sir Anthony Tennant (formann i Christie's) og Alfred Taubman (formann i Sotheby's). På de hemmelige møtene ble man blant annet enige om å gå vekk ifra å gi rentefrie forskudd og ikke lenger donere til veldedige formål (ibid.).

Et prissamarbeid mellom de to auksjonshusene var nå inngått og de samarbeidet helt til 1997. I 1997 var markedet for kunst begynt å ta seg opp igjen og fristelsene ved å avvike ble større for kartelldeltakerne da avviksprofitten ville være veldig stor. Sotheby's klarte ikke å stå imot fristelsen. Auksjonshuset tilbød seg å ikke ta kommisjon på salget av noen impresjonistiske bilder. Selgerne tok dermed kontakt med Christie's og spurte om de kunne gi et bedre tilbud. Dermed fikk Christie's rede på at Sotheby's hadde avviket fra samarbeidet. Christie's valgte å gi en stor donasjon til et veldedig formål som selgerne sto for (ibid.). Kartellsamarbeidet mellom Sotheby's og Christie's brøt dermed sammen

¹⁶ ibid. pkt. 15

Rettsaken: En blir dømt, den andre går fri

De like prisene til de to auksjonshusene vekket mistanke hos the Office of Fair Trading i UK. I juni 1996 satte de i gang undersøkelser med bakgrunn i mistanke om at det foregikk samarbeid som var skadelig for konkurransen og i strid med konkurranselovgevingen. I slutten av 1999 fant advokatene til Christie's bevis for at det har foregått et ulovlig samarbeid, og de søkte dermed om amnesti for Christie's hos det amerikanske Department of Justice i januar 2000. Christie's fikk innvilget amnesti, men dette var med forbehold om at Christopher Davidge, direktør i selskapet og aktiv deltaker i kartellet, samarbeidet med myndighetene. Davidge lovet å samarbeide mot en større pengesum (ibid.).

Det ble rettssaker i både USA og EU. I september 2001 tilsto Sotheby's at det hadde foregått et prissamarbeid mellom de to auksjonshusene. Som følge av tett samarbeid med myndighetene fikk Christie's full lempning i både USA og EU. Sotheby's søkte også om lempning i EU, der man ikke må være den første som søker om lempning for å få strafferabatt. Nye beviser i saken medførte at Christie's fikk en strafferabatt på 40 %. Rettssakene medførte at auksjonshusene ble dømt for prissamarbeid i tidsrommet 1993 til 2000. Resultatet av rettsaken i USA ble at Sotheby's måtte betale en bot på \$45 millioner over fem år (ibid), mens boten fra EU domstolen lød på €20,4 millioner som tilsvarer 6 % av Sotheby's omsetning på verdensbasis (<http://europa.eu>).

Rettsaken i USA medførte også straff for noen av personene som var deltakere i samarbeidet. Davidge mottok ikke straff da han samarbeidet med myndighetene og dermed mottok amnesti. Tennant nektet å reise til USA for rettsaken, og ble dermed ikke straffet siden individer ikke ble straffet for prissamarbeid i UK på den tiden. Brooks sa seg skyldig i prissamarbeid. Hun ble i april 2002 dømt til tre års prøvetid med 6 måneders hjemmesoning, 1000 timer samfunnsstraff og en bot på \$350 000. Taubman ble dømt til å sone ett år i fengsel og betale en bot på \$7,5 millioner (Ashenfelter og Graddy 2004).

Da det ble offentliggjort at auksjonshusene hadde innrømmet prissamarbeid, begynte kundene å anmelde dem. Dette medførte til en sivil rettssak som resulterte i at de to auksjonshusene ble enige om hver å betale \$256 millioner hver til de skadelidende av kartellet. Bedriftene ble dømt til å kompensere kunder av selskapet som hadde kjøpt kunst i tidsrommet 1. januar 1993 til 7. februar 2000, og selgere av kunst i tidsrommet 1. september 1995 til 7. februar 2000. Dette resultatet var gjeldende kun for kjøpere og selger i USA (ibid.).

Lempningsreglenes rolle i saken

I saken om prissamarbeidet mellom Sotheby's og Christie's har vi sett at selskapene fikk ulik behandling i USA og EU. Dette kommer av at lempningsreglene er ulike i de to jurisdiksjonene. Fra kapittel 4.4.2 vet vi at det i USA er et "første mann til mølla" – prinsipp, hvor kun den første som søker om lempning og innfrir visse krav mottar amnesti. Den neste som søker får ingen strafferabatt. Dette medførte at det kun var Christie's som mottok amnesti i USA, mens Sotheby's måtte betale hele boten på \$45 millioner. Forskjellen blir dermed stor i forhold til utfallet i rettsaken i EU der man også får innvilget lempning selv om man ikke er den første til å innrømme samarbeidet og legge fram bevis for myndighetene. Dette medførte at selv om Christie's var den første til å søke om lempning, fikk også Sotheby's strafferabatt i EU. Sotheby's strafferabatt var som tidligere nevnt på 40 % og utgjorde dermed en stor del av den opprinnelige boten.

Ashenfelter og Graddy (2004) spør seg om kartellet mellom Sotheby's og Christie's ville blitt oppdaget dersom man ikke hadde hatt lempning i kartellsaker. De hevder at prissamarbeidet sannsynligvis ikke ville vært oppdaget uten mulighet for et lempningsprogram. Dette kan begrunnes med at OFT begynte sin etterforskning av markedet i 1996, men at det ikke ble en sak før Christie's advokater fant bevis for kartelldeltakelse i slutten av 1999 og dermed søkte om lempning på vegne av selskapet. Dersom man ikke hadde hatt et lempningsprogram ville kartellet sannsynligvis ikke vært oppdaget da det hadde gått over tre år siden OFT fattet mistanke om at det kunne være et prissamarbeid i markedet uten at det ble funnet særlige beviser som kunne brukes mot de to auksjonshusene. I tillegg forteller artikkelen til Ashenfelter og Graddy (2004) at det for det meste var dokumenter fra Christopher Davidge i Christie's som ga grunnlag for at det var mulig å bevise et prissamarbeid hadde funnet sted. Davidge fikk som sagt også amnesti for sitt bidrag i etterforskningen. Det er dermed svært sannsynlig at det at både EU og USA har et lempningsprogram har spilt en viktig rolle for at samarbeidet mellom Christie's og Sotheby's ble oppdaget og selskapene dømt.

5.2.2 Det internasjonale Lysine – kartellet (1992 – 1995)

27. juni 1995 var slutten på kartellet som i tre år hadde påvirket globale priser og markedsandeler i markedet for aminosyren Lysine. Det amerikanske byrået FBI ransaket denne dagen hovedkontorene til det amerikanske selskapet Archer Daniels Midland (ADM) og intervjuet flere av selskapets ansatte (Connor 2002). ADM var et av de ledende selskapene

i markedet og en hovedaktør i kartellet, og bevisene FBI fant under ransakelsen skulle vise seg å være avgjørende for kartellmedlemmenes skjebne.

Saken mot Lysine – kartellet var historisk for de amerikanske konkurransemyndighetene av flere grunner: Oppdagelsen og rettsaken medførte til den første suksessfulle domfellelsen av et internasjonalt kartell for de amerikanske myndighetene på mer en førti år (ibid.). Saken viste også en endring i kompetansen og viljen hos nasjonale myndigheter til å etterforske og felle store, internasjonale kartell. Konkurransemyndighetene var nå klare til å ta i bruk tøffere etterforskningsmetoder og strengere straffer for å avskrekke slike karteller. Etter Lysine – saken ble prissamarbeid straffet med meget høye bøter, fengselsstraff og livsvarig utestengelse fra amerikanske landområder (ibid.).

Gunstige markedsforhold for et samarbeid

Lysine er en aminosyre som øker dannelsen av muskelvev hos mennesker og dyr (ibid.) Mennesker får i seg denne syren gjennom kjøtt og sjømat, men hos dyr tilsettes Lysine i maten for å få en ønsket utvikling og vekst. Lysine er et homogent produkt, uten naturlige substitutter, og markedet produserer Lysine for \$600 millioner hvert år på verdensbasis. Tidlig på 90-tallet var markedet karakterisert med få og store aktører som til sammen kontrollerte 95 % av verdens produksjon. I tillegg var det vanskelig for nye bedrifter å etablere seg i markedet da dette krevde store investeringer, noe som gjorde etablering svært kostbart. En ny fabrikk ville ta over tre år å bygge og ville koste ca. \$150 millioner (www.unibo.it). Etterspørselssiden i markedet er også preget av mange, små aktører som kjøper store kvanta, men da sjeldent (Connor 2000). Kjøpermakten i markedet er meget lav og makten vil ligge på tilbudssiden.

I 1956 oppdaget japanske forskere at Lysine kunne fremstilles med bioteknologi fremfor kjemisk fremstilling, slik som tidligere. Dette gjorde at kostnadene ved å produsere Lysine falt dramatisk, og fra 1960 utnyttet to japanske selskaper, Ajinomoto og Kyowa Hakko, denne teknologien til å selge Lysine kommersielt til dyrefôrproduksjon (Connor 2002). Disse to selskapene ville suksessfullt danne et duopol i markedet helt frem til 1980, da det Sør-Koreanske selskapet Sewon entret markedet. Duopolet møtte etterspørselen fra sine fabrikker i hjemlandet, og ekspanderte ikke utover landegrensene før 1974. Dette var et svar på den økende etterspørselen i markedet, særlig økt etterspørsel fra Europa og Nord Amerika.

Lysine – markedet var i stor grad preget av hemmelighold rundt teknologi, og patenter gjorde tilgang til markedet vanskelig. Dette, sammen med at produktet er meget homogent, gjorde at duopolet i markedet klarte å bestemme pris og markedsandeler også før det kjente Lysine – kartellet startet i 1992. Det sies at samarbeid i stor grad var normen fremfor unntaket i Lysine – markedet. I 1991 entret det amerikanske selskapet ADM og det Sør Koreanske selskapet Cheil Sugar Co. markedet. ADMs mål var å oppnå like stor markedsandel som markedslederen Ajinomoto og innen 1993 stod ADMs produksjon for 1/3 av verdensproduksjonen (ibid.). Nådeløse priskutt og stor, overflødig produksjon gjorde at Lysine – prisene falt med 45 % de første 18 månedene ADM produserte Lysine (Connor 2002).

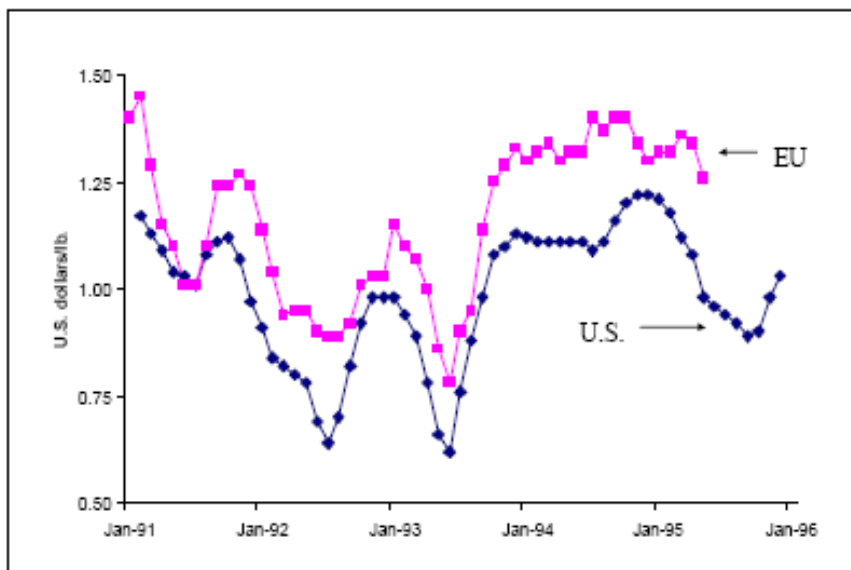
“Our competitors are our friends, our customers are the enemy”

Innen midten av 1992 hadde ADM klart å tilegne seg 80 % av det totale salget i USA og eksporterte mer en halvparten av produksjonen. ADMs etablering i markedet var en av hovedårsakene til at aktørene ønsket å starte et kartell i 1992. De fallende prisene gjorde at Ajinomoto og Kyowa Hakko opplevde store inntektstap. ADM presset prisene ned til \$0,86 per engelsk pund i 1992, en pris som var under ADMs langsiktige marginale kostnad. Dette var et meget stort fall fra prisen på \$3 per engelsk pund, som Ajinomoto og Kyowa Hakko opererte med i 1990. Ajinomoto og Kyowa Hakko prøvde flere ganger å signalisere at de ønsket en høyere pris, men uten respons fra ADM (ibid.).

Det var ikke før april 1992 at kartellet begynte å ta form. ADMs direktør reiste da til Tokyo for å diskutere opprettelsen av en bransjeorganisasjon i markedet. En slik organisasjon ville senere gi selskapene et skalkeskjul for å avtale priser, markedsandeler og kostnadsdata. Møter ble holdt, ikke bare på toppnivå, men også på regionalt nivå og over telefonen, og priser ble avtalt i 13 land og regioner (ibid.). Kartellet sies å ha påvirket \$650 millioner i salg i USA og over \$1,5 milliarder i salg på verdensbasis. Prisene på Lysine økte med 70 % de første seks månedene av samarbeidet og fordoblet seg over hele avtaleperioden (Griffin 2001).

Kartellet var meget solid og suksessfullt. Det fantes en troverdig trussel om å straffe et selskap dersom det brøt ut fra kartellet. ADM hadde effektiviteten og kapasiteten til å oversvømme markedet med Lysine og på den måten presse prisene ned med et etterfølgende tap for konkurrentene. Dette ga disiplin, noe som førte til stabile priser og meget høy profitt

for deltakerne. I tillegg gav en slik trussel svake incentiver til å entre markedet, da man kunne risikere at de allerede etablerte selskapene ville svare med priskrig.



Figur 8: Salgspris for Lysine på det amerikanske marked og innad i EU. 1991 - 1996¹⁷
(Prisen fra USA er salgsprisen for de fire største produsentene)

Fra figuren ser vi at prisen på Lysine både på det amerikanske markedet og på det europeiske markedet har vært stigende siden midten av 1992. Før dette var prisene svært lave, noe som var et resultat av ADMs etablering. Vi ser også at prisene falt i 1993, da det oppstod en priskrig mellom kartelldeltakerne som følge av uenighet over markedsdeling. Etter at denne uoverensstemmelsen ble løst gjennom kompromiss gjort av Ajinomoto og ADM (Connor 2000), steg derimot prisene og holdt seg høy og stabil frem til 1995.

Kartellet blir oppdaget

FBI startet etterforskning av kartellet allerede i 1992, og med god hjelp fra ADMs Mark Whitacre, sikret FBI seg sterke bevis mot kartellet og selskapene som deltok. Mark Whitacre var ansatt som direktør for Lysine – produksjonen hos ADM, men fra november 1992 til juni 1995 jobbet Whitacre som informant for FBI. På denne måten sikret Whitacre seg immunitet fra straff for prissamarbeid i perioden 1992 til 1995. Whitacre tok flere video- og lydopptak fra kartellets møter, og disse opptakene ga FBI gode bevis for at kartellet avtalte priser, markedsandeler, produksjonskvoter og kompensasjonsavtaler selskapene i mellom. Nedenfor følger et eksempel på slike opptak. Dette eksempelet viser hvordan deltakerne i Lysine –

¹⁷ Connor (2002)

kartellet hadde makt til å sette de prisene de selv ønsker. Lysine – kartellet brukte de amerikanske prisene som utgangspunkt for verdensprisen, og avtalte prisene i andre land på egne møter (Griffin 2001):

Whitacre: \$ 1.20 a pound.
Vetter: Minimum.
Unknown male: (ui)
Yun: Absolute minimum.
Mimoto: Delivered truckload price.
Yamamoto: (ui)
Mimoto: But anyway.
Yamamoto: Yes
Mimoto: That's it: Fo-for Canada, 1.45.
Whitacre: I gave you the price what it is today, this is what we ought to push for. I mean it's 3.15, 3.20 right now.
Mimoto: Uhm.
Whitacre: I think to go to 3.55 is a little heavy right now...
Mimoto: From now.
Whitacre: in my opinion.
Mimoto: From now.
Whitacre: Right. From tomorrow, from tomorrow.
Mimoto: Oh.
Whitacre: It's already nighttime in Canada.
Yamamoto: (Laughs)
Chaudret: Uh, not on the West Coast.

Whitacre: Well instead of pitpointin a lot of examples, why don't we?...Well like I told you, we made some mistakes, too, in U.S.A. 3, uh-uh, and we took care of it. The guy that was doin' that. U.S.A., I think we ought to go back, you know our target was a \$1.20. We ought to get back on target.
Wilson: How far below are ya?
Whitacre: At least ten cents.
Wilson: Then it wouldn't go to a \$1.20.
Vetter: No, uh, uh, I think that's a little bit, uh, you were mentioning for Europe, I think.
Whitacre: Well this is a \$1.16 right there in Canada.
Vetter: We should have Canda about, eh...
Whitacre: (ui)
Vetter: 1.15, 1.16. At the same price in the States and Canada. And going back to 1.20, 10 cents up.
Whitacre: Delivered price, full truckload.
Vetter: 1.16
Whitacre: 1.16, you agree?
Wilson: A \$1.16
Vetter: A \$1.16...
Mimoto: A \$1.16 (laughs) huh?

Whitacre: Effective tomorrow?
Mimoto: minimum

Avsløringen av Lysine – kartellet gav domfellelse av mer enn 30 multinasjonale selskaper som samarbeidet som priser i markedet for Lysine, sitronsyre og vitaminer (Connor 2002). Under den amerikanske rettsaken mot kartellet sa alle de fem selskapene seg skyldig, men kun de tre største valgte å tilby erstatninger til de skadelidende under kartellet. De asiatiske selskapene som sa seg skyldig fikk lempning av den opprinnelige straffen og ble dømt til å betale \$21,25 millioner i bot. Under det amerikanske lempningsprogrammet vet vi at det kun er den første som får lempning og dette gjorde at selv om ADM sa seg også skyldig, måtte selskapet betale \$70 millioner i bot for prisjuks i Lysine – markedet. I tillegg ble ADM dømt til å betale ytterligere \$30 millioner i bot for prissamarbeid i sitronsyremarkedet (www.unibo.it). Dette var til nå en rekordhøy bot i kartellsammenheng.

To av ADMs fremste formenn, Michael Andreas og Terrence Wilson, ble dømt til to års fengsel og til å betale \$350.000 i bot. Mark Whitacre som bistod FBI, ble dømt til 30 måneders fengsel for deltakelse i prisfiksing. I tillegg fikk han 9 års fengselsstraff for underslag. Whitacre mistet sin immunitet fordi han ble ansett som en av hovedmennene bak kartellet og fordi han valgte å underslå penger. På denne måten mistet han sin troverdighet da det ble tydelig at han ikke hadde lagt den kriminelle aktiviteten bak seg (Eichenwald 1999).

Rettsak mot deltakerne i Lysine – kartellet ble også ført i EU, Canada, Mexico og Brasil. I EU fikk de to ledende aktørene, ADM og Ajinomoto, en bot på henholdsvis €47,3 millioner og €28,3 millioner. Cheil Sugar Co. måtte betale €12,2 millioner, Kyowa Hakko €13,2 og Sewon €8,9 millioner (<http://europa.eu>).

Ajinomoto valgte å stå frem og samarbeide med Europakommisjonen og la frem bevis for sin kartelldeltakelse. Ajinomoto fikk dermed en reduksjon i boten på 50 %. Sewon fikk også 50 % lempning av sin opprinnelige straff, tiltross for at selskapet ikke var den første som samarbeidet med Kommisjonen. Dette fordi Sewon valgte å legge frem bevis for tidligere prissamarbeid, før 1992, noe Ajinomoto ikke gjorde. Cheil Sugar Co. og Kyowa Hakko fikk en reduksjon på 30 % hver (ibid.).

6 utfordringer i det norske lempningsprogrammet

6.1 Det norske lempningsprogrammet – en fiasko?

I Norge ble lempningsprogram for kartellsaker innført i 2004. Fem år senere har Konkurransetilsynet bare mottatt tre lempningssøknader, hvor kun en av disse lempningssøknadene har blitt innvilget (<http://e24.no>). Vi vet at sannsynligheten for at det finnes mange ulovlige samarbeid i det norske næringslivet er stor, samtidig har få blitt oppdaget på tross av full lempning dersom man er den første til å innrømme samarbeidet. I tillegg får også søkere bak i køen tilbud om lempning dersom de innfrir visse krav. Hva er da årsaken til at myndighetene ikke har mottatt flere søknader om amnesti fra kartelldeltakere? Vi vil nå se nærmere på mulige forklaringene på dette og komme med forslag på hva vi mener vil gjøre det norske lempningsprogrammet mer effektivt i bekjempelsen mot karteller.

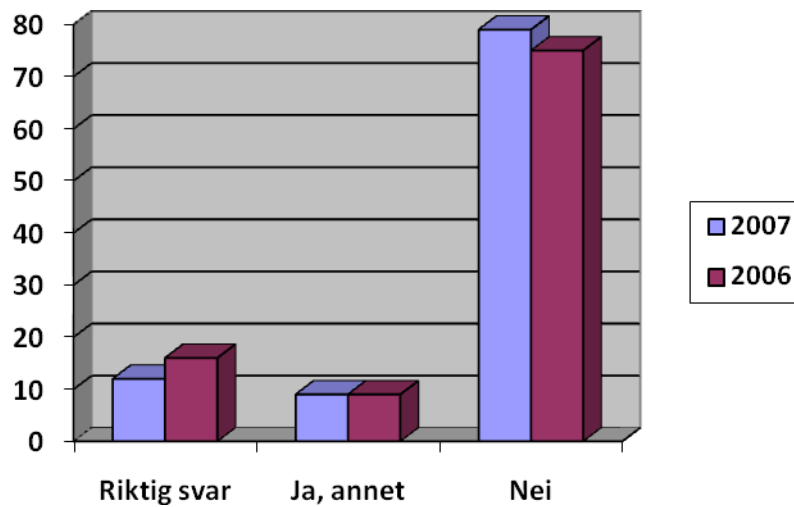
6.1.1 En ny lov

Dagens konkurranselov er en relativt ny lov. Loven ble tatt i bruk 1. mai 2004, og er dermed kun fem år gammel. Lemping i kartellsaker ble for første gang tatt i bruk ved innføringen av den nye loven og er dermed et nytt fenomen i den norske konkurranselovgivningen. Vi mener at konsekvensen av at den norske konkurranseloven er så ny er at bedriftene har for liten kjennskap til reglene for å få innvilget lempning i en kartellsak. Da det har vært svært få tilfeller av kartellsaker hvor en eller flere av deltakerne har fått strafferabatt, mener vi at det har vært vanskelig for andre mulige søkere å se hvilke muligheter et lempningsprogram medfører, og resultatet av en slik søknad kan derfor virke uklart.

Fra kapittel 4.3 vet vi at et mer effektivt konkurransetilsyn beror på å bruke ressurser på å øke bedriftenes kunnskaper rundt lempningsprogrammet. Konkurransetilsynet i Norge jobber aktivt med å gjøre bedriftene mer oppmerksomme på hvilke muligheter de har dersom de deltar i et ulovlig samarbeid, samt hvilke alvorlige konsekvenser et slikt samarbeid vil medføre dersom de ikke rapporterer sin deltakelse til myndighetene. Vi mener at tiltak som foredrag og kampanjer som omhandler lempningsprogrammet er et svært viktig bidrag i bekjempelsen mot ulovlig samarbeid, da dette vil bidra til å åpne øynene til mange bedrifter samt å gjøre dem oppmerksom på trusselen om hard straff og muligheten for at samarbeidspartneren din vil komme før deg i ”lempningskøen”.

Konkurransetilsynet foretar en årlig undersøkelse om kjennskap til forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Ulike selskaper og næringslivsorganisasjoner deltar og et av spørsmålene

som blir stilt er *Vet du hva ordningen med bøterabatt eller reduksjon av lovbruddsgebyr går ut på?* Grafen nedenfor viser resultatene fra 2006 og 2007.



Figur 9: Vet du hva ordningen med bøterabatt eller reduksjon av lovbruddsgebyr går ut på?¹⁸

Fra figuren ser vi at 79 % av de spurte i 2007 ikke var klar over mulighetene for en reduksjon i utmålt overtredelsesgebyr for kartellsamarbeid. Av de spurte i 2007 svarte bare 12 % riktig på spørsmålet om strafferabatt. Dårligst kjennskap til ordningen finnes blant ledere for små og mellomstore bedrifter (Konkurransetilsynet 2007). Undersøkelsen viser klart at kjennskapen til lempningsprogrammet blant norske selskaper i dag er for dårlig.

En annen årsak til at Norge har sett så få lempningssøknader er at loven ikke har tilbakevirkende effekt (www.na24.no). Dette gjør at kartellovertredelser begått før 1. mai 2004 ikke gjelder under den nye loven, og kartelldeltakerne kan dermed ikke få lempning for disse overtredelsene. Karteller etter 1. mai 2004 kan kun få lempning for overtredelser begått etter den nye loven tredde i kraft. Ulovlig samarbeid foregår gjerne over flere år, og lovens mangel på tilbakevirkende effekt kan medvirke til at man ikke ønsker å søke om lempning på grunn av frykten for å bli straffet for tidligere overtredelser. Etter hvert vil dette bli et mindre problem da færre karteller vil ha vært operative før 1. mai 2004, og vi vil dermed trolig se flere lempningssøknader i fremtiden.

¹⁸ Konkurransetilsynet (2007)

6.1.2 Lempning av individstraff

Et problem med dagens norske lempningsprogram er at lempningsforeskriften gjelder kun for overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 29 (Konkurransetilsynet 2008b) og at lempning kun gjelder for selskaper. Dette gjør at selv om selskapet får lempning, vil individer som har vært sentrale i kartelldeltakelsen risikere høye bøter. I tillegg er konkurransebegrensende samarbeid straffbart og påtalemyndighetene kan straffeforfølge enkeltpersoner som har deltatt i kartellet (Østbye 2008:120). Når et individ søker om lempning på vegne av selskapet, kan dette individet da selv risikere fengselsstraff opp til seks år (Konkurranseloven § 30).

Lempningsprogrammene i USA og UK har vært mer suksessfulle enn det norske. Vi mener at en av grunnene til dette er det amerikanske "Leniency Policy for Individuals" og UKs "no-action letters". Lovgivningen her tillater at individer som ikke er en del av selskapets lempningssøknad, selv kan søke om lempning. Risikoen for personlig straffeforfølgning i Norge etter konkurranselovens § 30 kan være en av de viktigste grunnene for at Konkurransetilsynet har mottatt svært få søknader om straffelempling. Hvilke straff en faktisk vil få dersom en søker om lempning er meget uforutsigbart. En person som har deltatt aktivt i et kartell, og som deretter har samarbeidet med myndighetene i etterforskningen, vil da fremdeles kunne bli straffet fullt ut med fengsel.

Hammonds tre kritiske forhold for et effektivt lempningsprogram som vi omtalte i kapittel 4.3 legger sterk vekt på at personlig straff og fengsel vil gjøre det mindre attraktivt for individer å delta aktivt i et kartell. Muligheten for streng straff vil virke avskrekkende på kartelldannelsen og vil være en moteffekt på de fordeler man får i et slikt samarbeid. På den andre side mener vi at streng straff for individer vil ha motsatt effekt når kartellet allerede er dannet. Færre vil da ønske å avsløre kartellet og dette vil da ha en negativ effekt på samfunnets velferd. Vi mener at det er kritisk at lovgivningen implementerer straffelempling for individer, både for bøter og fengsel, i tillegg til dagens lempning for foretak, slik at det blir mer attraktivt å komme med opplysninger som kan være med på å avsløre et kartell.

Vi er derimot enige med Hammond om at det er viktig med streng straff for individer på grunn av dets avskrekkende effekt på å inngå et ulovlig samarbeid. Streng straffer i tillegg til lempning for individer som kommer med sterke bevis som bidrar til at karteller blir oppdaget eller dømt, vil etter vår mening kunne øke antallet oppdagede kartell i Norge. Dersom

personer som vet de har deltatt i et kartell står i fare for å få en høy bot eller fengselsstraff vil man trolig vurdere sterkere å gå til myndighetene med bevis. Dette øker usikkerheten og stabiliteten innad i kartellet, noe som er avgjørende for å oppdage flere kartell.

Forslag til endring av konkurranseloven § 31 – lemping for personstraff

Fornyings- og administrasjonsdepartementet kom i slutten av desember 2008 ut med et høringsforslag om endringer i konkurranseloven. Bakgrunnen for endringene er å styrke bekjempelsen av karteller samt å samordne lovgivningen med andre land da kartelldeltakerne ofte er internasjonale selskaper (Konkurransetilsynet 2009). En av hovedendringene som er foreslått ved § 31¹⁹ er at lempning også skal gjelde for personstraff. Dette skal fjerne usikkerheten til søkere og samtidig hjelpe konkurransemyndighetene til å oppdrive nok bevis til å felle kartellvirksomheten. I tillegg skal styremedlemmer og ansatte i bedriften automatisk bli inkludert i lempningssøknaden. Dette forutsetter at de ansatte bidrar i Konkurransetilsynets etterforskning. Det åpnes her opp for at styremedlemmer og ansatte skal ha muligheten til å få full lempning av personstraff i saker hvor selskapet kvalifiserer til full lempning av overtredelsesgebyr. En søknad vil derimot ikke gjelde for tidligere ansatte og styremedlemmer, men disse kan søke individuelt på vegne av seg selv (FAD 2008).

Det foreligger i dag ikke noen paragraf i det norske lempningsprogrammet, eller i den norske konkurranseloven, som sier at søkere om lempning ikke blir anmeldt til Økokrim. Påtalemyndigheten er i dag fordelt over flere instanser og kan på grunn av dette virke uoversiktlig og uforutsigbar. I tillegg bidrar dette til at det er svært usikkert hvilke straff en faktisk står ovenfor. Vi mener at det her er mulighet for en endring i det norske systemet. Konkurransetilsynet har tidligere uttalt at de normalt sett ikke vil anmelde enkeltpersoner til Økokrim for samme overtredelse som deres arbeidsgiver har søkt lemping for. Men denne uttalelsen gir ingen garantier. I tillegg kan Økokrim kunne motta opplysninger om en overtredelse av § 10 fra andre enn Konkurransetilsynet, noe som også gjør dem i stand til å ilegge personstraff etter § 30 uten en direkte anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Dette bidrar til å svekke lempningssystemet. Vi mener at dette aspektet ved lempningsprogrammet kan forbedres ved at en søker med sikkerhet ikke risikerer å bli anmeldt for en overtredelse når en søknad om lempning innvilges. I tillegg kan problemet bli løst ved at det blir tilbudt lempning av fengselsstraff slik som ved bøter. Vi tror at en lempningsregel for individer vil øke

¹⁹ Se § 31 og forslag til endring av § 31 i Appendix 1.

rapporteringen av ulovlig samarbeid da man dermed har mulighet til å slippe eller få redusert straff.

Høye bøter kan gi store økonomiske konsekvenser for et individ, men fengselsstraff vil kunne medføre flere negative effekter utover det økonomiske. Vi mener derfor at mulighetene for fengselsstraff vil virke mer preventivt i forhold til kartelldannelsen. Dersom et kartell allerede er opprettet vil muligheten for fengselsstraff derimot ikke medføre til flere oppdagelser av kartell da risikoen av oppdagelsen blir her for høy. Men dersom lempning av personstraff innføres vil dette derimot være et meget godt alternativ for en person som har vært aktiv i kartellet. En vil her som individ ha mye å tape på ikke å rapportere.

En bot vil sannsynligvis ha større konsekvens for et individ enn for et selskap da et individ som regel ikke har like store kapitalreserver å ta av som et selskap har. Et annet aspekt her er derimot at selskapet ofte går inn og indirekte betaler denne boten for individet (Østbye 2008:163). Fengselsstraff kan da synes å være den eneste preventive sanksjonen. Fengselsstraff har både negative og positive sider som effektiv sanksjon for overtredelse av konkurranseloven § 10. I den sammenheng bør vi nok også nevne at individuelle sanksjoner kan ha en positiv effekt for konsumentene, fremfor foretaksstraff. Dette kommer av at foretaksstraff kan bli overført til konsumentene i større grad enn individstraff (ibid.). Sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er dette et positivt aspekt ved personstraff. Men som vi har diskutert kan effektene også være negative, spesielt i forhold til et lempningsprogram effektivitet, og hvilke sanksjoner som skal gjelde vil her bli en avveining av de ulike effektene.

6.1.3 For lave bøter?

Fra modellen i kapittel 4.2 ser vi at en høyere bot, F , åpner opp for svekket kartellstabilitet og økt usikkerhet blant kartelldeltakerne. Fra formel 4.2 ser vi at en høyere F gir en svekket forventet samarbeidsprofitt. Uten et lempningsprogram vil høyere bøter derfor bidra til økt risiko ved å opprettholde kartellet, og en har da mer å tape på å ikke avsløre. Dette vil følgelig bidra til at flere karteller blir avslørt. Dersom man inkluderer et lempningsprogram i modellen ser vi at nytten av å avvike fra kartellet og nytten av å rapportere kartellet begge øker med en høyere bot. Nyttens av å ikke rapportere er derimot fallende med økende bøter og dette indikerer at en høyere bot vil gi flere oppdagelser av ulovlig samarbeid.

Et problem ved den norske kartellbekjempelsen er at bøtenivået er meget lavt. Da den nye norske konkurranseloven ble implementert i 2004 var det forventet at sanksjonsnivået i norske kartellsaker drastisk skulle skjerpes og sanksjoneringen bli mer effektiv. Konkurransetilsynet skulle med den nye loven få myndighet til å ilegge et overtredelsesgebyr på opptil 10 % av selskapets omsetning og beviskravet for å kunne ilegge et slikt gebyr skulle være lavere enn kravet til strafferettslige sanksjoner. I tillegg ble lempningsprogrammet innført. Dette skulle gjøre at reaksjonen mot en overtredelse ville komme raskere og med større sikkerhet (www.projure.no).

Men det er i dag klart at det norske lempningsprogrammet ikke har vært like effektivt og avslørt like mange karteller som lempningsprogrammet i EU og USA. Sammenlikner vi det norske lempningsprogrammet fra 2004 med lempningsprogrammet i EU er en slik ulik effektivitet uventet da konkurranseloven av 2004 i stor grad ble harmonisert med de materielle reglene i EU/EØS – regelverket (Evensen 2004). Konkurranseloven og EU/EØS – regelverket bygger på de samme utmålingsmomentene hvor grovhet og varighet blir vurdert. I tillegg vektlegges foretakets økonomiske mulighet til å betale den utmålte boten og hvor stor skyld et selskap har i et kartell under begge lovverk. Hovedprisnippene for bøteutmålingen i EU avviker ikke vesentlig fra det som har vært vektlagt i norsk straffepraksis for overtredelse av prisloven og konkurranseloven (ibid.). En skulle derfor ikke forvente at det er bøtenivået som er årsak til at en ser flere oppdagelser av karteller i EU enn i Norge.

Under regelverket i EU/EØS og i Norge er botens maksimale nivå satt til 10 % av selskapets samlede omsetning (bøte – ratio). Samlet sett har bøte – ratioen i de største norske sakene likevel normalt ikke vært høyere enn 1 % av selskapets siste års omsetning. Før lempning ble innført i 2004 var bølgepapp – kartellet fra 1990 en av de største sakene i Norge, når det gjelder bøter. Bøtene utgjorde ca. 15 millioner kroner fordelt på 4 selskaper. Gjennomsnittlig utgjorde bøte – ratioen 0,58 % (ibid.). En undersøkelse utført av Konkurransetilsynet i 2003 viser derimot at gjennomsnittet for bøtene i EU i de til da fem største kartellsakene utgjorde 2,73 % av omsetningen. De største sakene her varierer fra ca. 8,5 % ned til ca. 0,2 %. Dette viser at bøtenivået i EU tidligere var mye høyere enn bøtenivået i Norge, gjerne på et nivå som tilsvarte 4 til 5 ganger nivået i Norge (ibid.). Fra dette kan vi trekke konklusjonen at praksisen i bøtefastsettelsen i EU og Norge tidligere var meget ulik. Men har bøtenivået i Norge blitt skjerpet under konkurranseloven av 2004?

Fra Harald Evensens artikkel *Konkurransetilsynet håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven 2004 – de første fem år* fra 2009 vet vi at Norge etter 2004 kun har hatt tre store kartellsaker. Borregaard Industires Ltd. og Brenntag Nordic ble i 2008 pålagt å betale henholdsvis 1,6 millioner og 1,3 millioner kroner i overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10 og art. 53. Samme år måtte Oslo VVS Service AS og Håkonrune Rør AS betale henholdsvis 500 000 og 250 000 kroner i overtredelsesgebyr for anbudssamarbeid. I mars 2009 ble Taxi Midt-Norge AS pålagt å betale 300 000 kroner i overtredelsesgebyr, også dette selskapet for anbudssamarbeid. Ut i fra overtredelsesgebyret finner Evensen (2009) at den gjennomsnittlige bøte – ratioen for disse tre sakene ligger på 2,41 %. Dette kan indikere at det norske bøtenivået har blitt skjerpet, men ligger fortsatt lang fra den maksimale mulige bot på 10 % av omsetningen fra foregående år. Men få saker og store individuelle forskjeller mellom sakene gjør en sammenlikning vanskelig og en konklusjon på basis av dette tallmaterialet blir svært upålitelig. Vi mener derimot at det faktum at vi ikke har hatt mer enn tre kartellsaker i Norge etter at lempningsprogrammet ble innført i 2004 kan indikere at bøtende enda ikke har blitt høye nok. For lave bøter vil føre til at en har mer å tjene på å bli i kartellet enn å avsløre det. Er bøkene for lave vil dette ikke virke avskrekkende på kartellsamarbeidet da en bot ikke vil overstige samarbeidsprofitten. Selskapene som deltar i kartellet vil da velge å betale den lave boten da de uansett vil komme ut med overskudd. En bot vil ofte være en kalkulert risiko for selskapene, en risiko de velger å ta, og boten vil følgelig ikke være en trussel for kartellet. Blir boten derimot høyere har selskapene mer å tape.

Dersom et fortsatt lavt bøtenivå er årsaken til at Norge ikke har hatt flere lempningssøknader, hvorfor settes bøkene lavt? Og kan man gjøre noe med den lave bøketepraksisen? Et argument som er brukt i den norske debatten om sanksjonsnivå i kartellsaker er muligheten for altfor høye bøter. Blir straffen for høy vil et selskap kunne oppleve problemer med å betale inn hele straffebeløpet. Det en faktisk betaler inn vil da være mindre enn den faktiske satte boten. Dette gjør også at botens avskrekkende effekt blir mindre. Et selskap risikerer da ikke noe ved ytterligere lovbrudd. Et annet argument er at en for høy bot vil også kunne sette samfunnsøkonomisk effektive bedrifter i fare. Nedleggelse av slike bedrifter vil gi samfunnsøkonomiske tap. Bedrifter kan også bruke trusselen om konkurs til å få redusert boten, gjennom å gi inntrykk av at selskapets økonomiske situasjon er verre enn den faktisk er (Konkurransetilsynet 1/2001). En forklaring på hvorfor bøkene er satt lavt kan derfor være redselen for å sette for høye bøter, som igjen kan ha negative effekter. Norske myndigheter har liten erfaring med å fastsette bøter i store kartellsaker og derfor finnes det lite veiledning

til hvordan bøtene skal settes. Det er også begrenset hvilke undersøkelser som er gjort på de faktiske økonomiske effektene av bøter og kanskje man velger å sette boten lavt fremfor å risikere de negative effektene ved at den blir satt for høyt?

Et annet aspekt ved bøter som er mye diskutert er om bøter i seg selv er tilstrekkelig som sanksjon. Som nevnt tidligere er ilagte bøter ofte bare kalkuleerte utgifter hos en bedrift. I tillegg har en bedrift ofte begrenset ansvar og begrensede midler. Dette gjør at en bot ikke i seg selv vil ha preventiv effekt på konkurransebegrensende samarbeid (Østbye 2008:163). Peder Østbye illustrerer dette poenget i sin bok *Konkurranserett – en strategisk og rettsøkonomisk tilnærming* fra 2008. Han antar at en bedrifts aktiva og forventede inntjening er 100 millioner dersom virksomheten driver lovlig. Det vil si at bedriften har et ansvar på 100 millioner. Videre antar Østbye at et konkurransebergrensende samarbeid øker aktivaene og den forventede inntjeningen med 300 millioner, og sannsynligheten for å bli oppdaget er 50 %. For at kartellet ikke skal lønne seg, må sanksjonen være over 400 millioner. Dette gjør at forventet sanksjon blir over 200 millioner. Problemet her er at selskapets samlede ansvar kun er 100 millioner, noe som gjør en slik høy bot lite troverdig. Argumentet til dette eksempelet blir da at bedriftens ansvar må utvides til å også inkludere personstraff for overtredelsen. Kun da vil straffen ha preventiv effekt. Personstraff har derimot også negative effekter på effektiviteten i arbeidet mot ulovlig samarbeid, noe som vi har sett på i kapittel 6.1.2.

I alle kartellsaker er det forhold som må vurderes individuelt og få saker er like. Dette gjør det vanskelig å fastsette en mal for bøtenivå. I ulike land er det også ulike utmålingsmomenter som vektlegges ulikt. Norge og norske konkurransemyndigheter kommer derimot ikke unna at andre lands lempningsprogrammer er mer effektive og har en strengere bøtepraksis. Gjennom større samarbeid med disse landenes konkurransemyndigheter kan Norge derimot høste større kunnskap om fastsettelsen av bøtenivå. Et slikt samarbeid kan føre til at innsikten om bøtefastsettelse blir større og at en med større sikkerhet ser effekten av ulike bøtenivå. Vi mener at dette kan være en måte å heve det lave norske bøtenivået på.

6.1.4 Anonymitet og innskrenket innsyn i søknadsdokumenter

Forslag til endring av konkurranseloven § 27a, 1. ledd – vern av kilder

Et av hovedproblemene med dagens konkurranselovverk er at tipserens identitet er ikke beskyttet og alle parter i en sak har tilgang til tipsets innhold, inkludert hvor tipset kommer

fra. Slike tips er svært verdifulle for konkurransemyndighetene, men å rapportere til konkurransemyndighetene om økonomisk kriminalitet kan være en stor påkjenning for den som tipser. Å stå frem og avsløre et samarbeid kan medføre en mental belastning, og man kan risikere sjikane, utfrysning og oppsigelse. Konkurransetilsynet ønsker derfor å legge regelverket til rette for å verne tipserens identitet og på denne måten øke mulighetene for å motta tips.

Høringsforslaget fra FAD som er lagt frem foreslår å endre § 27a, 1. ledd i konkurranseloven.²⁰ Denne endringen vil gi en utvidet taushetsplikt ovenfor tipserens arbeidsgiver og parter i en sak om lovbrudd. Taushetsplikten vil her gjelde opplysninger som for eksempel tipserens navn, arbeidsplass og stilling. Partene i en sak vil fortsatt få tilgang til innholdet i et tips, såfremt innholdet ikke kan avsløre tipserens identitet. Taushetsplikten som innføres ved ny § 27a, 1. ledd vil ikke bare gjelde det første tipset, men også informasjon som tilføres på et senere tidspunkt og som kan ytterligere hjelpe konkurransemyndighetene. Taushetsplikten vil derimot ikke gjelde dersom det er politi eller påtalemyndighetene som mottar tipset (FAD 2008).

Vi mener at en slik endring vil ta bort en del usikkerhet rundt det å tipse om økonomisk kriminalitet og vil øke motivasjonen til å tipse. Anonymitet vil gjøre at en tipser i større grad slipper være bekymret for risiko for nåværende og fremtidige ansettelsesforhold. Dersom endringen blir vedtatt vil dette kunne medføre at flere karteller blir avdekket og effektiviteten til det norske lempningsprogrammet vil øke.

Forslag til endring av konkurranseloven § 27a, 2. ledd – innskrenket innsyn i søknader

Selskaper og personer som søker om straffelempning risikerer å stå ovenfor sivilrettslige erstatningskrav hvor lempningssøknaden kan brukes som bevis. Private aktører med interesse i privat håndheving kan få utlevert konkurransemyndighetenes taushetsbelagte informasjon i saken, jf. konkurranseloven § 27 (Østbye 2008:122). En lempningssøknad kan derfor øke sjansen for å bli saksøkt av skadelidende kunder, og selskapet vil ha et dårligere utgangspunkt enn de andre kartelldeltakerne under et eventuelt søksmål. Dette følger av at søknadsdokumentene vil inneholde en egenerklæring om deltakelse i kartellet (FAD 2008). Konkurransetilsynets mulighet for å motta lempningssøknader vil på denne måten bli svekket,

²⁰ Se § 27 og forslag til endring av § 27a, 1. ledd i Appendix 1.

da en tipser øker sjansen for å måtte betale sivil erstatning. Dette vil igjen påvirke sannsynligheten for å oppdage kartell.

FAD har også lagt frem et forslag om endringen av § 27a, 2. ledd.²¹ Denne endringen vil innebære innskrenket innsyn i dokumenter utarbeidet i sammenheng med søknad om lempning, i tillegg til at parter i en sak om lovbrudd har taushetsplikt om opplysninger i slike dokumenter. Partene eller deres partrepresentanter kan bare benytte opplysningene i den grad det er nødvendig for å ivareta egne interesser i saken (FAD 2008). Vi mener at en slik endring av loven vil føre til et mer effektivt lempningsprogram. Søkeren kan nå tørre å legge ved flere og mer utfyllende detaljer om kartellsamarbeidet, hvem som samarbeider, hvilke områder det samarbeides på, hvor lenge samarbeidet har pågått og lignende. Dette gjør Konkurransetilsynets arbeid enklere og etterforskningsprosessen vil kunne bli betraktelig kortet ned.

Høringsforslaget fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet inneholder også et forslag til endring av § 26, 2. ledd som vil styrke effekten av § 27a. I dag vil det, etter en vurdering av rimelighet, kunne gis innsyn i opplysninger undergitt lovfestet taushetsplikt. Dersom forslaget om lovendring blir vedtatt vil dette medføre at opplysninger underlagt taushetsplikt under § 27a ikke kan oppgis.

6.2 Hva kan vi lære av andre land?

Muligheten for strafferabatt har ikke fristet norske kartelldeltakere til å komme med informasjon til myndighetene. Lempningsprogrammet har dermed ikke hatt de ønskede effekter, og er nå oppe til revidering. I kapittel 6.1 tok vi opp ulike årsaker til den manglende suksessen i Norge. Vi vil nå se nærmere på hva vi kan lære av andre land som har oppnådd større suksess med sine lempningsprogram.

Det er tilnærmet umulig å måle om et lempningsprogram har medført flere oppdagede karteller da man ikke vet det totale antallet ulovlige samarbeid til enhver tid. Likevel vil man med en viss sikkerhet kunne si at en signifikant økning i antall oppdagede kartell etter at lempning er innført vil være et resultat av økt usikkerhet innad i kartellet. Både USA og EU opplevde en signifikant økning i antall oppdagede karteller etter innføring eller revidering av sine lempningsprogram.

²¹ Se § 27 og forslag til endring av § 27a, 2. ledd i Appendix 1.

Lempningsprogrammene i UK, USA, EU og Norge har flere likhetstrekk, men har likevel oppnådd ulik suksess. Vi har blant annet sett at lempning av individstraff muligens kan øke effektiviteten til det norske programmet slik det gjorde for det amerikanske etter revideringen i 1994. Vi har også sett at høyere bøter kan medføre økt kartelloppdagelse, og at dette er en mulig årsak til EUs mange lempningssøknader og kartelloppdagelser.

Vi har her valgt å se nærmere på to lempningsregler fra USA og UK som muligens kan effektivisere det norske lempningsprogrammet. Vi skal i kapittel 6.2.1 diskutere det amerikanske lempningsprogrammets ”winner takes all”, der man gir hel lempning til den første informant, og det ikke finnes noe delvis lempning. Vil dette øke sårbarheten og stabiliteten i kartellet eller vil det redusere tilgangen til viktig informasjon i etterforskningen? Videre vil kapittel 6.2.2 tar for seg et belønningssystem som brukes av konkurransemyndighetene i UK. Belønning til kartelldeltakere kan virke umoralsk, men også bidra til økt oppdagelse av kartell og dermed en sunn og effektiv konkurranse.

6.2.1 Winner takes all

Den største forskjellen mellom det amerikanske og det norske lempningsprogrammet er at man i USA ikke har delvis lempning av straff i kartellsaker. Det betyr at det kun er den første informanten som slipper straffeforfølgelse som følge av deltakelse i et ulovlig samarbeid, jf. kapittel 4.4.2. Vi ønsker nå å se nærmere på om en omlegging til en lovgivning der kun den første søkeren får innvilget lempning vil kunne bidra til å øke effektiviteten til det norske systemet og dermed føre til en sunnere konkurranse.

Det amerikanske lempningsprogrammet virket ikke til skrekk og advarsel for kartelldeltakere før etter revideringen i 1993 og 1994. En av endringene var at det ble innført automatisk lempning til den første kartelldeltakeren som kom til myndighetene med informasjon om et ulovlig samarbeid. Den neste søkeren i køen får ingen lempning. Resultatet av denne lovendringen var at antall søknader ble tidoblet og størrelsen på bøkene økte enormt (Buccirossi 2008:266).

En automatisk strafferabatt medfører at kartelldeltakerne kan være sikre på at dersom de er de første til å rapportere samarbeidet vil de motta hel lempning. På den annen side er de også sikre på å måtte ta hele straffen dersom en av deres samarbeidspartnere kommer dem i

forkjøpet. En automatisk lempning sammen med en lovgivning der kun et selskap får lempning vil etter vår mening bidra til å øke usikkerheten innad i kartellet samt å øke en kartelldeltakers incentiv til å rapportere sin deltakelse til myndighetene.

I kapittel 5.1.2 viser figur 7 ”the race to the courtroom door”. Norge mangler et slikt kappløp om å være den første til å rapportere kartellet til myndighetene. Dette skyldes at også det andre, tredje og til og med det fjerde selskapet som søker lempning kan få strafferabatt. Det fjerde selskapet som søker om lempning i Norge kan få en strafferabatt opp til 20 %, jf. kapittel 4.4.1. Det er dermed naturlig at konkurransen blant kartellmedlemmene om å være det første selskapet som rapporterer ikke er like sterk i Norge som i USA. Vi mener at muligheten for delvis lempning for så mange av kartelldeltakerne har en sterk negativ effekt på effektiviteten til et lempningsprogram. Myndighetene er avhengige av økt sårbarhet innad i kartellet for å oppdage flest mulig kartell. Denne sårbarheten er ikke like utpreget i Norge da man vet at man uansett har mulighet til å motta straffelem্পning selv om man ikke er den første i køen.

På den andre siden kan et lempningssystem med hel og delvis lempning også ha en positiv innvirkning på myndighetenes bekjempelse mot kartelladferd. Muligheten for delvis lempning vil medføre at andre selskaper enn den første informant vil være villige til å samarbeide med myndighetene i en etterforskning. Myndighetene har da mulighet til å motta informasjon om det ulovlige samarbeidet fra flere kilder. Dette vil igjen kunne lette etterforskningen slik at det er mulig å bruke mindre ressurser og tid på en sak enn dersom myndighetene kun hadde hatt en informant og de andre selskapene ikke ville bidra i etterforskningen.

Vår oppfatning er at det er mulig å lage et kappløp til myndighetene med viktig informasjon uten å redusere effektiviteten i etterforskningen betraktelig. En mulig endring av dagens system kan være å gi første informant full lempning, og deretter kun ha delvis lempning for det andre firmaet som kommer med relevant informasjon. Denne delvise lempningen bør være lavere enn dagens nivå, da man ønsker at kartelldeltakerne skal ha sterke incentiver til å være den første i ”lempningskøen”. En lav strafferabatt for det andre firmaet vil bidra til at firmaet er behjelpelig med informasjon om det ulovlige samarbeidet, slik at man sparer tid og ressurser på etterforskningen. Dersom det ulovlige samarbeidet allerede er oppdaget og sannsynligheten for en dom er stor, vil selskapet trolig ønske å komme med informasjon og bevis i bytte mot en strafferabatt. Det er derimot etter vår oppfatning viktig at strafferabatten

for andre informant er så lav at den har liten innvirkning på en kartelldeltakers incentiver til å være den første til å rapportere samarbeidet.

6.2.2 Belønning – umoralsk eller et effektivt virkemiddel i kampen mot karteller?

Et mye diskutert virkemiddel for å oppdage flere kartell er å gi selskaper eller individer som kommer med viktige opplysninger en finansiell belønning i tillegg til lempning av straff. Mange spør seg om det er moralsk riktig å gi belønning til deltakere av ulovlige samarbeid. Vil belønning øke sannsynligheten for kartelldeltakelse, eller vil det virke mot sin hensikt som et incentiv til å starte et samarbeid for så å rapportere det og oppnå profit?

Fra kapittel 4.4.4, som omhandler UKs lempningsprogram, vet vi at OFT i ekstraordinære saker bruker finansielle belønninger som et virkemiddel for å oppdage flere kartell. Belønning blir i dag ikke brukt av norske konkurransemyndigheter. Vi mener at det finnes både fordeler og ulemper med et slikt virkemiddel, men at det er noe som myndighetene bør vurdere i forhold til å øke oppdagelsen av kartell. Vi vil nå se nærmere på hvilke konsekvenser belønning kan få for kartellet og samfunnet.

Fra artikkelen *The Impact of Leniency Programs on Cartels* av Aubert, Rey og Kovacic fra 2003 vet vi at det er viktig å øke de ansattes incentiver til å rapportere kartelldeltakelse til myndighetene. De ansatte sitter ofte med detaljert informasjon som kan skade kartellet dersom opplysningene kommer i myndighetenes hender. Dersom de ansatte kan få en finansiell belønning for å rapportere kartellet vil usikkerheten i kartellet øke. Selskapet må da betale ansatte i sentrale posisjoner med kunnskap om kartellvirksomheten en bonus for å ikke gå til myndighetene. Dette vil bli svært kostbart for selskapene, og det vil dermed ikke være like lønnsomt å opprettholde et samarbeid. Belønning har dermed to positive effekter; det øker incentiver til rapportering, samt at det gjør samarbeidet mindre lønnsomt.

Mange mener at det vil være umoralsk å gi belønning til selskaper og individer som er skyldige i kartelldeltakelse. Det virker ikke rettferdig at man i tillegg til å motta straffelepning, skal kunne tjene på å ha gjort noe som er straffbart i følge norsk lov. Denne belønningen vil også komme i tillegg til det selskapene har tjent på samarbeidet. Den mulige fortjenesten som følge av samarbeidet fryktes å virke som et incentiv til å inngå et samarbeid. Dannelsen av flere karteller er dermed en mulig negativ effekt av belønning til informanter.

Aubert, Rey og Kovacic (2003) hevder at dannelsen av flere karteller med hensikt å rapportere etter kort tid og dermed motta belønning også vil kunne ha en positiv innvirkning på bekjempelsen mot kartell. De mener at vissheten om at mange kartelldeltakere har til hensikt å rapportere samarbeidet vil øke usikkerheten i kartellet, og at flere dermed vil være mer motvillig til å delta i et slikt samarbeid.

I tillegg til faren for økte incentiver til å inngå hemmelige samarbeid, peker forfatterne på andre mulige negative effekter av belønning. De frykter blant annet at lovlig og effektivt samarbeid kan ta skade, da selskaper vil vegre seg for å samarbeide i frykt for å bli tatt for ulovlig samarbeid. Lovlig samarbeid kan medføre økt effektiv bruk av samfunnets ressurser, noe som har en sterk innvirkning på samfunnets velferd. Et system med belønning må derfor utformes slik at det ikke har en negativ innvirkning på lovlig samarbeid. Andre negative effekter forfatterne nevner er at det kan medføre en restriksjon av informasjonsflyt mellom ansatte og påvirke selskapers beslutninger.

Dersom norske myndigheter skulle ta i bruk belønning som et virkemiddel i kampen mot karteller, ville neste spørsmål blitt hvor store disse belønningene skal være. Aubert, Rey og Kovacic (2003) hevder at det er viktig at belønningen ikke er større enn boten man får som deltaker i et kartell, da en høy belønning vil kunne medføre at kartelldeltakerne rapporterte samarbeidet på rundgang og dermed kom ut med et overskudd. Artikkelen inneholder en modell som ser på hvor stor en belønning, R , må være for at det skal være attraktivt for en kartelldeltaker å rapportere et samarbeid. Belønningen R må overskride kostnaden av å gå fra samarbeidsprofitt til å konkurrere som i et *Fangenes Dilemma* i alle fremtidige perioder. Modellen fokuserer på rapportering før en etterforskning har funnet sted i det aktuelle markedet.

Et firma vil velge å angi et ulovlig samarbeid dersom belønningen er større enn den forventede boten den får som følge av deltakelsen:

$$6.1) \quad R > -\rho F$$

Dette kan skrives som:

$$6.2) \quad (\pi^D + R) - (\pi^M - \rho F) \geq \frac{\delta}{1-\delta} [(\pi^M - \rho F) - \pi^C]$$

$$6.3) \quad R \equiv (\pi^M - \pi^D) + \frac{\delta}{1-\delta} [(\pi^M - \rho F) - \pi^C] - \rho F$$

π^D angir profitt for det firmaet som avviker dersom den andre samarbeider, π^M angir samarbeidsprofitt og π^C angir profitt dersom selskapene konkurrerer mot hverandre. F symboliserer maksimum bot som blir gitt med en sannsynlighet ρ (ibid.).

Formel 6.3 gir oss størrelsen på R for at et firma skal velge å angi et samarbeid (ibid.). Den neste problemstillingen konkurransemyndighetene da står overfor er hvordan man skal finansiere et system med belønning. Det mest naturlige vil da være å bruke midler fra de andre kartelldeltakernes innbetalte bøter. Dette kan resultere i at myndighetene får mindre midler i jakten på andre karteller, men vi mener at belønning som virkemiddel vil medføre økt samarbeid med myndighetene slik at man har mulighet til å bruke færre ressurser på analyser av markeder med sannsynlighet for kartellvirksomhet. Redusert inntjening må vurderes i forhold til reduserte kostnader og økt effektivitet.

Vi er enige i kritikken om at å belønne kriminelle kan virke umoralsk. Likevel vil vi anbefale et slikt virkemiddel da det kan ha svært positiv innvikning på oppdagelsen av kartell. Vi mener at hensynet må ligge på samfunnets velferd, og da spesielt på konsumentenes velferd. Dersom effekten av å gi belønning er å øke antall oppdagede kartell, uten at antall hemmelige samarbeid økes, vil vi anbefale et slikt virkemiddel. Vi vil dermed hevde at norske myndigheter bør vurdere å implementere et slikt virkemiddel i tillegg til lempning av kartelldeltakere. For at belønning skal få en effekt, mener vi det er sentralt at individer også får straffelempning, jf. kapittel 6.1.2. Dette begrunner vi med at en belønning ikke vil øke incentivene til å komme med opplysninger til myndighetene dersom man kan få en bot eller fengselsstraff som følge av å innrømme samarbeid.

7 Oppsummering og konklusjon

7.1 Oppsummering

Karteller skaper et samfunnsøkonomisk velferdstap og gjør at samfunnets ressurser ikke blir utnyttet mest mulig effektivt. Høye priser, lavere kvantum, markedsdeling og anbudsregulering skader både konkurrerende bedrifter og konsumentene. Myndighetene ønsker derfor å oppdage og straffe flest mulig karteller.

Vi har i vår utredning sett nærmere på et av konkurransemyndighetenes viktigste verktøy i kampen mot kartell, nemlig lempning. Utredningen har fokusert på hvorfor det norske lepningsprogrammet ikke har hatt ønsket effekt og bidratt til at flere karteller har blitt oppdaget.

Sannsynligheten for at det finnes mange karteller i norsk næringsvirksomhet er stor, utfordringen ligger i å øke kartelldeltakernes incentiver til å komme til myndighetene med beviser om ulovlig samarbeid. Dagens lepningsprogram, som ble implementert i den nye konkurranseloven av 5. mars 2004, har ikke lyktes med å bidra til økt oppdagelse av ulovlige samarbeid. Vi har sett at lempning har hatt større suksess i EU og USA. Vi har derfor fokusert på hvilke revideringer som kan øke effektiviteten til det norske lepningsprogrammet og hva vi kan lære av andre lands lepningsprogram.

For å besvare vår problemstilling har vi først sett nærmere på konkurranselovgivningen i Norge og økonomisk teori for ulovlig samarbeid. Vi har sett at det er flere egenskaper ved et marked som legger til rette for et ulovlig samarbeid mellom bedrifter, og det er kritisk at slike markeder undersøkes og det gjennomføres tiltak for å hindre at det legges opp til ulovlig samarbeid. Modellen til Chen og Rey viste de teoretiske effektene av lempning, og vi så videre på lepningsprogrammene i Norge, USA, EU og UK. Det viste seg at selv om det er mange likhetstrekk mellom lepningsprogrammene, er det også noen ulikheter som kan være årsakene til landenes forskjellige erfaringer. Casene fra USA og EU illustrerte hvordan lepningsprogrammene fungerer i praksis.

Utredningens kapittel 6 tar for seg mulige årsaker til at norske myndigheter kun har mottatt tre søknader om lempning. En grunnleggende årsak kan være at lepningsregelen i den norske konkurranselovgivningen kun er fem år gammel, en kort "fartstid" kan ha medført at bedriftene ikke har gode nok kunnskaper om muligheten for lempning. Uvissheten om hvilke

konsekvenser en lempningssøknad medfører, kan gjøre at bedrifter velger å fortsette samarbeidet. Konkurransetilsynet jobber i dag med å øke bedrifters kunnskaper om lempningsprogrammet. I tillegg har ikke lempningsregelen hatt tilbakevirkende kraft.

En annen kritisk årsak til at lempningsprogrammet ikke har resultert i flere oppdagede karteller er trolig at det i dag ikke tilbys lempning av fengselsstraff for individer. Dersom man kan risikere personstraff selv om bedriften får lempning, vil man ikke ha incentiver til å bidra i myndighetenes etterforskning av kartellet. Det foreligger i dag et forslag fra FAD om endring av § 31 som innebærer å tilby lempning til individer. En revidering av det amerikanske programmet i 1994 som medførte lempning for individer er sannsynligvis en grunnleggende årsak til økt kartelloppdagelse i USA. Vi finner det svært viktig at det innføres lempning for individer i tillegg til anonymitet for tipseren slik at man ikke blir personlig straffet dersom man kommer til myndighetene med beviser om ulovlig samarbeid.

For lave bøter nevnes også som en av årsakene til få lempningssøknader. Dersom straffen for kartelladferd er for lav vil bedrifter ikke bli avskrekket fra å delta i ulovlige samarbeid. Den økonomiske konsekvensen bør være merkbar, og større enn gevinsten ved et slikt samarbeid. Vissheten om strenge straffer vil sannsynligvis øke incentivene til å være først ute med å søke om lempning.

Vi diskuterte videre hva vi kan lære av andre lands lempningsprogram. I dag har Norge lempning for flere informanter. En mulig revidering av programmet kan være å legge om til en ”winner takes all” – strategi der kun den første informant får lempning. Vi diskuterte at dette trolig vil øke lempningsprogrammets effekt da man får et kappløp kartelldeltakerne imellom om å være først ute med å søke om lempning, og dette øker usikkerheten innad i kartellet. På den annen side ser vi at myndighetene kan miste verdifull informasjon, og at det kan være hensiktsmessig å tilby lempning til søker nummer to dersom bedriften har viktige og fellende bevis. En innstramming av regelverket fra i dag, der man er strengere i henhold til hvor mange som får lempning kan ha en positiv effekt på oppdagelsen av flere karteller.

Belønning i tillegg til lempning vil også trolig kunne øke antall oppdagede kartell i Norge. Finansiell belønning brukes i ekstraordinære saker i UK. Det kan virke umoralsk å gi belønning til en bedrift som har begått en kriminell handling, men myndighetenes hovedfokus

er samfunnets og konsumentenes velferd. Vurderingen av finansiell belønning vil her avhenge av hva som har størst skadevirkning for samfunnet som helhet.

7.2 Konklusjon

Vi konkluderer med at en revidering av det norske lempningsprogrammet slik det er i dag vil være nødvendig for å øke programmets avsløringsrate. Innføring av straffelempling for individer, økt anonymitet, lempning for færre informanter enn dagens system og et høyere bøtenivå vil bidra til at flere karteller oppdages og straffes. I tillegg vil økt informasjon og synlighet av lempningsregelen i næringslivet medføre at flere bedrifter blir oppmerksom på mulighetene og konsekvensene av lempning. Selskaper vil da se på kartellbekjempelsen som en troverdig trussel og færre vil delta i ulovlige samarbeid.

Dersom det norske lempningsprogram blir utformet slik at det virker avskrekkende på selskaper som ønsker å starte, eller som har startet, et kartellsamarbeid, vil programmet være et meget effektivt verktøy i kampen mot karteller. Norge er i dag på rett spor, men med innspill og veiledning fra andre land med større suksess fra lempning, og med noen finjusteringer i programmets utforming, vil nok Norge også oppleve en lengre kø av angrende kartellsyndere.

Referanseliste

Ashenfelter, Orley og Kathryn Graddy (2004); *Anatomy of the Rise and Fall of a Price-Fixing Conspiracy: Auctions at Sotheby's and Christie's*. Journal of Competition Law and Economics 1(1), 3-20. Oxford: Oxford University Press

Aubert, Cécile, Patrick Rey og William Kovacic (2003); *The Impact of Leniency Programs on Cartels*. Ed. 18th November 2003.

URL: http://idei.fr/doc/by/rey/impact_leniency.pdf

Bloom, Margaret (2006); *Despite its great success, the EC leniency program faces great challenges*.

URL: [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Bloom.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Bloom.pdf)

Buccirossi, Paolo (2008); *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press.

Chen, Zhijun og Patrick Rey (2006); *On the Design of Leniency Programs*. Ed.; December 2006.

URL: <http://www.gsm.pku.edu.cn/userfiles/0607-14.pdf>

Connor, John M (2000); *Archer Daniels Midland; Price fixer to the world*. 4th edition. Staff Paper 00-11, Purdue University. (December 2000)

Connor, John M. (2002); *Global cartel redux; The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation (1996)*

URL: http://courses.ttu.edu/econ3320-kdesilva/global_cartels_redux4.pdf

Dypvik, Andreas (2005); *Bevissikring av Konkurransetilsynet*. (16.12.2005)

URL: <http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=57&ArtKey=346>

Eichenwald, Kurt (1999); *Clues to Sentencing Mystery In the Archer Daniels Case*. The New York Times (13.07.1999)

URL: <http://www.nytimes.com/1999/07/13/business/clues-to-sentencing-mystery-in-the-archer-daniels-case.html>

Evensen, Harald (2004); *Fra straff til overtredelsesgebyr – ny lov, tøffere tider?* Publisert i Konkurransetilsynets Jubileumskrift 2004. Konkurransetilsynet 3/2004.

URL: http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/395598/04_03_JUBILEUMSSKRIFT.PDF

Evensen, Harald (2009); *Konkurransetilsynets håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven 2004 – de første fem årene*. Næringslivets Hovedorganisasjon, Konkurranseloven fem år; Erfaringer og reformbehov 06.05.09.

URL: <http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/Kompetanse/Evensen.pdf>

EØS-konkurranseloven. Lov av 5. mars 2004, nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

FOR 2005-08-22 nr. 909; Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD); Høringsnotat (12.12.2008): *Forslag om endringer i konkurranselova for å styrkje handhevinga av lova.*

URL: http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Konklov/Hoyring_snotat_kartell_tiltakspakke.pdf

Foros, Øystein (2008a); Forelesningsnotat Norges Handelshøyskole: MIE 421 Konkurranserett (24. januar 2008); *Karteller og andre samarbeidsformer.*

Foros, Øystein (2008b); Forelesningsnotat Norges Handelshøyskole: MIE 401 Konkurransanalyse (5. og 7. februar 2008); *Koordinert prising.*

Frank, Robert H. (2003); *Microeconomics and behavior.* 5th ed. New York: McGraw – Hill.

Friederiszick, Hans W. og Frank P. Maier-Rigaud (2007); *Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy.* Journal of Competition Law and Economics, 2007.

Gabrielsen, Tommy Staahl (2003); *Referansemarkeder: Monopol og frikonkurranse.* Institutt for økonomi, Universitetet i Bergen, 25.09.2003.

Griffin, James M. (2001); *An inside look at a cartel at work: Common characteristics of international cartels.* Konkurrenceverket (2001); *Fighting cartels – why and how?* Kap. 3. Stockholm.

Griffin, James M. (2003); *The modern leniency program after ten years.* US Department of Justice. California 12.08.2003.

URL: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm>

Hammond, Scott D. (2000); *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program.* US Department of Justice. Brighton 21-22.11.2000.

URL: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>

Hammond, Scott D. (2005); *Cracking cartels with leniency programs.* Working Party No. 3, Prosecutors Program. Paris, 18.10.2005.

URL: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/212269.htm>

Hammond, Scott D. og Belinda A. Barnett (2008); *Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters.* US Department of Justice, 19.11.2008

URL: <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm>

Harding, Christopher og Julian Joshua (2003); *Regulating Cartels in Europe - A study of Legal Control of Corporate Delinquency.* Oxford: Oxford University Press

Harrington Jr., Joseph E. (2006); *Corporate leniency programs and the role of the antitrust authority in detecting collusion.* 31.01.2006

URL: <http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>

Hjelmeng, Erling (2008); Forelesningsnotat Norges Handelshøyskole: MIE 421 Konkurranserett (31.01.2008); *Institusjoner og oversikt over regelverk.*

Johansen, Knut Eggum (2005); *Norsk konkurransepolitikk. Hvor var vi, hvor er vi – og hvor går vi?* Kristofer Lehmkuhl Forelesning 2005, Norges Handelshøyskole, Bergen, 26.09.2005. URL:www.nhh.no/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2FFiles%2FFiler%2Fom+NH%2FLehmkuhlforelesning%2FLehmkuhl_2005.pdf

Konkurranseloven. Lov av 5. mars 2004, nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. (krll.)

Konkurransetilsynet (1/2001); *Sanksjonering – Er det verdt prisen? Om sanksjonering under konkurranseloven.* Skrifter fra Konkurransetilsynet, Oslo, 25.03.2001. URL:http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/395648/01_01_SANKSJONSRAPPORT.PDF

Konkurransetilsynet (2007); Årsmelding. Bergen URL:http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429518/ARSMELDING_2007.PDF

Konkurransetilsynet (2008a); *Vedtak V2008-5; Brenntag Nordic AS – konkurranseloven §§ 12 og 29 jf. § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 jf. EØS-konkurranseloven § 6 – vedtak om pålegg om opphør og overtredelsesgebyr.* Bergen, 14.03.2008. URL: <http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429326/V2008-5%20BRENNTAG%20-%20OFFENTLIG%20VERSJON.PDF>

Konkurransetilsynet (2008b); *Uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning.* Bergen, 06.03.2008. URL:http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429251/080306_UTTALELSE_ANMELDELSE_LEMPNING.PDF

Konkurransetilsynet (2009); Høringsuttalelse: *Forslag til lovendring for å styrke håndhevelsen av konkurranseloven.* Bergen, 23.02.2009. URL:http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVault/Images/id_1822/ImageVaultHandler.aspx

Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2006); *Norsk konkurranse rett – bind II; Prosess og sanksjoner.* Oslo: Universitetsforlaget.

Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng (2007); *Norsk konkurranse rett – bind I; Atferdsregler og strukturkontroll.* Oslo: Universitetsforlaget.

Monti, Mario (2001); *Why should we be concerned with cartels and collusive behavior?* Konkurrenseverket (2001); *Fighting cartels – why and how?* Kap. 1. Stockholm.

Motta, Massimo (2004); *Competition Policy – Theory and Practice.* New York: Cambridge University Press.

Motta, Massimo (2007); *On cartel deterrence and fines in the EU.* European University Institute, 12.10.2007.

Nazzini, Renato (2004); *Concurrent proceedings in competition law – Procedure, evidence and remedies*. Oxford: Oxford University Press.

NHO (2008); *Håndbok Konkurranseloven*. 2. utgave. Oslo: Næringslivets Hovedorganisasjon.
URL: <http://www.nho.no/getfile.php/bilder/RootNY/Kompetanse/Konkurranseloven%20handbok%20rev%202008.pdf>

OECD (2000); *Hard Core Cartels*. OECD Reports. Paris: OECD Publication Service.
URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>

Ratliff, John (2004); *EC cartel leniency programme*. November 2004, Brussel: WilmerHale.
URL: http://www.wilmerhale.com/files/Publication/515f785c-9663-44d7-bf82-45c19f099fd9/Presentation/PublicationAttachment/465fc5e4-addb-4a49-8bd7-4c4c179962cb/ECLeniency_Ratliff_Nov2004.pdf

Sørgard, Lars (2003a); *Konkurransestrategi - eksempler på anvendt mikroøkonomi*. 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget.

Sørgard, Lars (2003b); *Kartelladferd – hva er lov?* Bergen: Fagbokforlaget.
URL: www.fagbokforlaget.no/filarkiv/kartelladferd.ppt

Østbye, Peder (2008); *Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming*. Bergen: Fagbokforlaget.

Internett:

Cappelen forlag:

(www.caplex.no)

s. 15:

<http://www.caplex.no/Web/ArticleView.aspx?id=9317813>

Dipartimento Scienze Economiche – Univesità Bologna:

(www.unibo.it)

s. 67, 71:

<http://www2.dse.unibo.it/barigozzi/corsi/antitrust/lysine%20cartel%2008.pdf>

E24.no:

s. 72:

<http://e24.no/makro-og-politikk/article2274815.ece>

Europa:

(http://europa.eu)

s. 54:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/356&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=fr>

s. 60:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/02/23&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

s. 61:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/470&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

s. 65:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/02/1585&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

s. 71:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/589&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Europaveien:

(www.europaveien.no)

s. 52:

http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=130&Itemid=94

s. 52:

http://www.europaveien.no/index.php?option=com_content&task=view&id=121&Itemid=181

Europakommisjonen:

(http://ec.europa.eu)

s. 52:

http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

s. 52:

http://www.europakommisjonen.no/eu_guide/index.htm

s. 52:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(02\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(02):EN:NOT)

s. 52, 53:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):EN:NOT)

s. 54:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT)

Federal Trade Commission:

(www.ftc.gov)

s. 47:

<http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>

Fornyings- og administrasjonsdepartementet:

(www.regjeringen.no)

s. 9:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dep/ansvarsomraader.html?id=364>

Konkurransetilsynet:

(www.kt.no)

s.9:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/om/>

s. 9:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Konkurranseregler/EOS-regler/>

s. 10:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Konkurranseregler/Konkurranseregler/>

s. 16:

http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429815/LEMPNINGSBROSJYRE_2008.PDF

s. 47:

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Ulovlig-atferd/lempning/>

Lovdata:

(www.lovdata.no)

NA24.no:

s. 73:

<http://www.bt.no/na24/article342942.ece>

Office of Public Sector Information:

(www.opsi.gov.uk)

s. 56:

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_2#pt1

ProJure Advokatfirma DA:

(www.projure.no)

s. 8, 77:

<http://www.projure.no/nyheter/forslagtilnykonkurranselov2/>

The Competition Commission:

(www.competition-commission.org.uk)

s. 56:

http://www.competition-commission.org.uk/about_us/index.htm

The Office of Fair Trading (OFT):

(www.offt.gov.uk)

s. 56:

<http://www.offt.gov.uk/about/>

s. 56:

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf

s. 56, 58, 59:

http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_mini_guides/oft436.pdf

s. 57:

http://www.offt.gov.uk/oft_at_work/enforcement_regulation/Cartels/

s. 57, 59:

http://www.offt.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards

US Department of Justice:

(www.usdoj.gov)

s. 47:

<http://www.usdoj.gov/atr/overview.html>

s. 51:

<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>

Appendix 1: Lovverk

Norge:

Konkurranseloven av 5. Mars 2004:

§ 10, 1. ledd: Konkurransbegrensende avtaler mellom foretak

Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vrikk konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende ovenfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og dermed stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelser av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelsene som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

§ 10, 3. ledd: Konkurransbegrensende avtaler mellom foretak

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordelene som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

§ 27: Innsyn i overtredelsessaker under behandling

Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann.

Forvaltningsloven § 19 får tilsvarende anvendelse. Blir begjæringen avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.

§ 29: Overtredelsesgebyr

Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt

- a) overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b) overtrer vedtak etter §§ 12, 16, 19 tredje ledd eller 23,
- c) unnlater å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25,
- d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25,
- f) overtrer forskrift i medhold av § 14 eller § 23, eller
- g) medvirker til overtredelser av bokstav a til f.

Gebyr kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av pålegg etter § 18 trede ledd.

Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 31.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder så langt den passer.

Adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter 10 år ved overtredelse av § 10 eller § 11 i denne loven. Andre overtredelser foreldes etter 5 år. Fristen avbrytes ved at Konkurransetilsynet tar skritt i sikring av bevis etter lovens § 25 eller meddeler et foretak at det er mistenkt for overtredelse av loven eller vedtak truffet i medhold av loven.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr.

§ 30: Straff

Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettelig eller grovt uaktsomt

- a) overtrer §§10, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b) overtrer vedtak etter §§12,16 eller 19 tredje ledd,
- c) unnlater å etterkomme pålegg etter § 24 eller § 25,
- d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25, eller
- f) overtrer forskrift i medhold av § 14.

Er en overtredelse av § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 6 år anvendes. Ved avgjørelse av om særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, skal det legges vekt på om overtredelsen har vært søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig.

Medvirkning til overtredelse som nevnt i første og annet ledd straffes på samme måte.

§ 31: Lempning

Ved utmåling av gebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30 for overtredelse av § 10, skal det ta i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om lempning ved utmåling av gebyr.

Forslag til endringer av konkurranseloven:

§ 27a. 1. ledd: Beskyttelse av kilder

Konkurransetilsynet har taushetsplikt om identiteten til foretak eller personer som gir tips om overtredelse av § 10 eller § 11. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter. Anmodningen om påbud om opphør etter konkurranselovens § 12 omfattes ikke av taushetsplikten.

§ 27a. 2. ledd: Beskyttelse av kilder

Dokumenter vedrørende et foretak eller person sin viten om en overtredelse av § 10 og foretaket eller personen sin delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet i forbindelse med søknader om lempning etter § 31, er unntatt offentlighet. Konkurransemyndighetene og andre offentlige organ har taushetsplikt om opplysninger som bare fremkommer av slike dokumenter. Part som blir gjort kjent med opplysninger i dokumenter etter første punktum, har taushetsplikt om disse, og kan bare bruke opplysningene i den utstrekning der er nødvendig for å vareta partenes interesse i saken.

§ 31: Lempning

Ved utmålingen av gebyr etter § 29 eller straff etter § 30 for overtredelse av § 10, skal de tas i betraktning om foretaket eller personen har bistått konkurransemyndighetene med oppklaring av egen eller andres overtredelse.

Dersom et foretak bistår etter første ledd, skal dette tas i betraktning ved utmåling av straff etter § 30 for styremedlemmer og ansatte i foretaket dersom disse medvirker til foretakets bistand til oppklaringen. Første punktum gjelder ikke for tidligere styremedlemmer og tidligere ansatte i foretaket.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om lempning.

EU, UK:

Romtraktaten/EØS-avtalen

Artikkel 81/Artikkel 53

1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i
 - a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
 - b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
 - c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
 - d) å anvende ovenfor handelspartnerne ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
 - e) å gjøre inngåelsen av kontrakten avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.
2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.
3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr. 1 ikke skal anvendes på
 - avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak
 - beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og
 - samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten
 - a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
 - b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

UK:

The Enterprise Act del 6:

190: Cartel offence: penalty and prosecution

(1) A person guilty of an offence under section 188 is liable—

(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both;

(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both.

(2) In England and Wales and Northern Ireland, proceedings for an offence under section 188 may be instituted only—

(a) by the Director of the Serious Fraud Office, or

(b) by or with the consent of the OFT.

(3) No proceedings may be brought for an offence under section 188 in respect of an agreement outside the United Kingdom, unless it has been implemented in whole or in part in the United Kingdom.

(4) Where, for the purpose of the investigation or prosecution of offences under section 188, the OFT gives a person written notice under this subsection, no proceedings for an offence under section 188 that falls within a description specified in the notice may be brought against that person in England and Wales or Northern Ireland except in circumstances specified in the notice.

USA:

Sherman Act:

§ 1 Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.