



Lempning for kartellvirksomhet og korrupsjon?

Tina Søreide og Birthe Taraldset

Bergen senter for konkurransepolitikk

13.12.2011

Koblinger mellom korrupsjon og konkurranse utfordrer lempningsordningen

- Hvorfor lempning bidrar til å avdekke kartellvirksomhet
- Implementering av lempningsordningen i norsk rett
- Markedsaktører kan være involvert i flere typer lovbrudd
 - Et 'Catch 22' for Økokrim?
 - Særlig om risikoen for korrupsjon knyttet til kartellvirksomhet
- Det tosporede sanksjonssystemet og forholdet mellom Konkurransetilsynet og Økokrim
- Mot et rent straffespor i strafferetten
- Lempning for korrupsjon?
- Diskusjon

Hvorfor lempning bidrar til å avdekke kartellvirksomhet



Hvorfor lempning bidrar til å avdekke og forebygge kartellvirksomhet

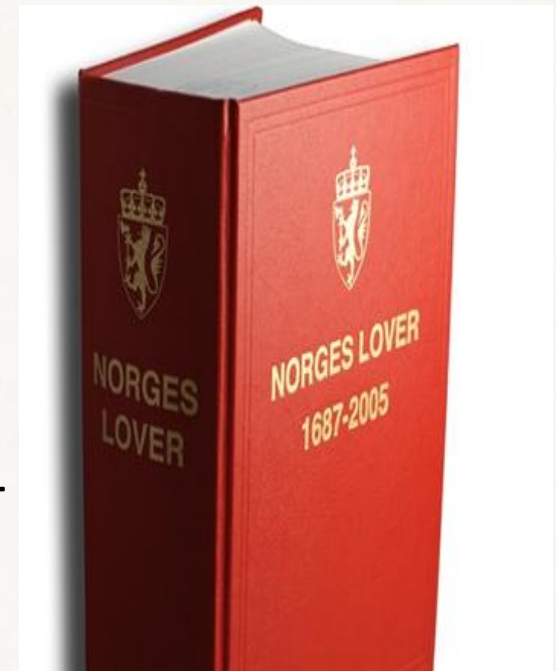
- Kartellvirksomhet; lønnsomt, men ustabil (basert på tillit)
- Muligheten for lempning ved å avsløre kartellet *først*; reduserer tilliten ytterligere (mer ustabil)
- Hvert kartellmedlem må velge:
 - fortsatt tillit til kartellsamarbeidet (og høyere inntekt)
 - søke lempning hos KT (reduert kostnad i form av risiko/straff)
- Flere karteller blir nå avslørt fordi foretak foretrekker å søke lempning (svikter kartellet)
- Forebyggende: Økt risiko for å bli avslørt av medlemsvorne
- Avgjørende: at ordningen er forutsigbar!

Positiv nettogevinst?

- Etterforskning av kartellsaker – mindre tidkrevende (Brenner, 2009)
- Svekket etterforskning av kartellsaker som *ikke* er basert på lempning (Chang & Harrington, 2010)
- Reduserer risiko/kostnad ved kartelldeltakelse – økt tilbøyelighet til samarbeid? (Motta & Polo, 2003)
- Betyr dette oppfatning om redusert risiko for i utgangspunktet stabile karteller? Og redusert risiko for nye karteller?
- Litteraturen – jevnt over positiv til lempning, men diskusjon om nyanser, 'bivirkninger' og mulige forbedringer
- Netto-gevinst for samfunnet; må vurdere prisutvikling i flere sektorer over lengre tid

Implementering av lempningsordningen i norsk rett

- Opphavelig fra USA → EU
- Forskrift om lempning fra 2005.
- Relativt lite diskutert i konk.lovens forarbeider.
 - Omfattende satsning på informasjon.
- Få saker før 2008.
- 2008: Policynotat («avtale») mellom KT og Økokrim.
 - Uklar rekkevidde/grunnlag
- Økning i antall saker fra 2008



Avtalen utfordres først når foretakene er involvert i flere typer lovbrudd



Hva dersom foretak er involvert i flere typer lovbrudd?

Et 'Catch 22' for Økokrim?

Avtalen mellom KT og Økokrim skal sikre forutsigbarhet for potensielle lempningssøkere?

1. Avtalen respekteres

- Vil foretak unngå å komme i Økokrims søkelys for annen kriminalitet?
- *De facto* amnesti?
- Vil KT be om Økokrims inngripen hvis annen kriminalitet avsløres?
- I så fall, hvilke konsekvenser kan det ha for andre potensielle lempningssøkere sin syn på forutsigbarheten i lempningstilbudet?
- Hvis avtalen holdes vil det lønne seg (ekstra mye) å koble kartellvirksomhet med annen (strafferettslig) økonomisk kriminalitet, og jo mer profitt for kartellmedlemmene (sammenlignet med konkurranse) desto mer stabilt kartell

*Hvis avtalen holdes, kan kartellsamarbeid (der medlemmene ikke svikter) bli mer lønnsomt på grunn av annen økonomisk kriminalitet. **Kartellsamarbeidet kan stabiliseres.***

Hva dersom foretak er involvert i flere typer lovbrudd?

Et 'Catch 22' for Økokrim?

Avtalen mellom KT og Økokrim skal sikre forutsigbarhet for potensielle lempningssøkere?

2. Avtalen respekteres IKKE

- Avtalen innebærer ikke formell binding for Økokrim
- Et valg om å etterforske kan sette lempningsordningen ut av spill dersom det medfører redusert tillit til lempningsordningen
- En etterforskning i én kartellsak kan virke stabiliserende på *andre* kartellsamarbeid

*Hvis avtalen ikke holdes, reduseres tilliten til lempningsordningen og **kartellsamarbeid kan stabiliseres***

Fra Tinas forelesning for Konkurransetilsynet i 2007:

Utilbørlig påvirkning på konkurranse

Direkte markedsmakt (KT/byråkrati/politisk nivå)	Transaksjonskostnader (repr for ulike etater, finans)	Politisk innblanding (politisk nivå, hjemme eller ute)
Kartellvirksomhet/markedsdeling	Byråkrati	Tilleggs-kriterier i anbudsrunder/konsesjonstildelinger
Fusjoner	Infrastruktur	Populistiske innfall – sent i prosessen
Absolutte etablerings- eller handelsbarrierer	Finans/tilgang til kreditt	Diplomatisk press – utenl. myndigheter
Leverandøravtaler	Juridisk system, grad av pålitelighet	Alltid et argument tilgjengelig for å skjule korrupsjon



Fra Tinas forelesning for Konkurransetilsynet i 2007:

Uetilbørlig påvirkning på konkurranse

<i>LEGAL</i>				<i>LEGAL GREYZONES</i>				<i>ILLEGAL</i>
--------------	--	--	--	------------------------	--	--	--	----------------

Honest and professional business conduct

Ordinary marketing

Marketing targeted at specific individuals: exclusive excursions, sports tickets, gourmet evenings, etc.

Unsolicited proposals, with all details of an unplanned project prepared

Middlemen and agents, 'personal relationship is what counts'

Gifts to political parties – by condition of a certain benefit

Quid pro quos – a way of covering corruption?

'Facilitation payments' – 'to get the procedures going'

Bargaining on opportunities for reconcessioning (profitable solutions for the firm)

Violations of rules of communication (as if they were not important)

Persuade politicians at home to put pressure on local gyms. (difficult to prosecute)

Acquire secret information about evaluation, use of 'fronts'

Misuse of 'facilitation payments' (makes corruption 'less illegal')

Expensive gifts to people involved in the tender procedure

Buy secret information about competitors' bids

Local partnership with relatives of people with authority

Bribes to individuals with influence on the procedure

Markedsaktører kan være involvert i flere typer lovbrudd

Hvorfor fokusere på korrupsjon? (Ariane Lambert-Mogiliansky, 2011)

Korrupsjon henger sammen med kartellvirksomhet

Det å involvere en representant på kjøpersiden stabiliserer kartellet og gjør det mer lønnsomt

- **Kjøper-representanten** tjener mer på korrupsjon ved å tillate kartell (høyere avkastning å trekke på), og like fullt, til å *oppfordre* til kartellsamarbeid
- Egeninteresse i å
 - straffe utbrytere (får ikke kontrakter til tross for lavere pris)
 - utveksle informasjon kartellmedlemmer i mellom
 - tilrettelegge for kartellsamarbeid i komplekse prosjekter (f eks dersom en rekke kriterier i tillegg til pris)
- Kan være lavere risiko for korrupt kjøper-representant:
 - manipulere et marked heller enn å gi alle kontrakter til (én) bedrift (som bestikker)

Karteller med offentlige byråkrati som kunder – mer stabile?

Det tosporede sanksjonssystemet og forholdet mellom Konkurransetilsynet og Økokrim

- Bakgrunn:
 - Harmonisering med EU
 - Effektivitet og fleksibilitet
- Utfordring:
 - Systemet er etablert for håndtering av *allerede kjente* saker!
- Lempningsordningen:
 - Formål: *Avdekking* av mulige lovbrudd.

Det tosporede sanksjonssystemet og forholdet mellom Konkurransetilsynet og Økokrim forts...

- **Rettskilder:**
 - Forarbeidene: Forutsatte at sanksjonssystemet ville kunne fungere ulikt fra sak til sak.
 - Påtaleinstruksen § 7-3: Først til KT.
- **Konkurransetilsynet:**
 - Best kompetanse, lavere beviskrav
 - Svake insentiv til å overføre saken til Økokrim.
- **Resultat:**
 - De facto: Administrativ håndhevelse/ KT hovedansvaret.

Det tosporede sanksjonssystemet og forholdet mellom Konkurransetilsynet og Økokrim forts...

- **Policynotatet / «avtalen» mellom KT og Økokrim**
 - Ingen rettslig bindende garanti
 - Men medført økning i antall søknader
 - Opplevd økt forutberegnelighet/kunnskap?
 - Likevel: Ingen garanti mot straffeforfølgning.
- **Regjeringens forslag:**
 - Endring av Konkurransel. § 31: Lempning skal omfatte begge sanksjonsspor og for enkeltindivider.
 - Isolert sett: Vil styrke den tiltenkte effektiviteten av lempning.
 - (Ny § 27 a) om kildevern : Redusere risikoen for sivile søksmål, noe KT selv har uttalt er en viktig mekanisme for å bekjempe konkurranselovbrudd)

Mot et rent straffespor i konkurranseretten?

- Lempningsreglene kan ikke vurderes isolert for konkurranselovbudd.
 - Spørsmål: Hvordan fungerer reglene ift å bekjempe konkurranseskadelig økonomisk kriminalitet generelt?
- Diskusjonen om det tosporede sanksjonssystemet har i stor grad funnet sted *uavhengig* av diskusjonen om lempningsreglene.
- Departementets forslag: Bygget på en forutsetning om å opprettholde det tosporet sanksjonssystem et.
- Mange gode argumenter i favør av et administrativt spor (Høivik 2006).
 - Mest effektivt ift behandling av allerede oppdagede saker!
 - Spesielt dersom det åpnes opp for å binde begge sanksjonsspor slik departementet foreslo
 - Eneste problematiske: EMK
- MEN:
 - Hensyntar ikke situasjonen der foretakene er involvert i annen økonomisk kriminalitet som korrupsjon
 - Ett straffespor: Vil medføre fokus på annen kriminalitet enn konkurranselovbruddet, men vil tvinge frem den større debatten om straffelempling i strafferetten!

Lempning for korrupsjon?

- **Tradisjonelt:**
 - Straffelempling er i strid med grunnleggende verdiger og prinsipper i strafferetten.
 - Off. påtale, uavhengig påtalemyndighet, likhet og motvilje mot å gjøre informasjon om kriminalitet til «handelsvare» med kriminelle
- **Åpning i rettspraksis: Rt. 2007 side 616**
 - Mindretall og (Strandbakken 2008): I strid med norsk rett.....og RETTSKULTUR?
- **Lempningsforskriften i konkurranseretten:**
 - Reelt brudd med den prinsipielle motstanden?
- Både ved valg av et rent straffespor eller opprettholder det tosporete systemet:
 - Tvinger frem en prinsipiell debatt om anvendelsesområdet ift annen økonomisk kriminalitet som korrupsjon

Diskusjon

- Uformell løsning for samarbeid mellom KT og Økokrim er ikke god nok ved kombinasjon av lovbrudd
- Trenger å sikre effektivitetsfortrinn som eksisterer ved dagens ordning
- Hvor langt er vår rettskultur klar til å gå i forhold til å åpne opp for lempning i strafferetten?
- Uansett bør forholdet mellom KT og Økokrim formaliseres klarere

Takk for oppmerksomheten!

Birthe Taraldset: Birthe.Taraldset@jur.uib.no

Tina Søreide: Tina.Soreide@cmi.no

