

HVORDAN BEKJEMPE PRISKARTELLER? F



SISSEL JENSEN er førsteamanuensis i samfunnsøkonomi ved Institutt for samfunnsøkonomi, Norges Handelshøyskole (NHH). Hun er ph.d. fra NHH (2002).



LARS SØRGARD er siviløkonom og dr.oecon. fra Norges Handelshøyskole. Han har hovedsakelig vært tilknyttet NHH-miljøet, først som forsker ved SAF og senere SNF og så som professor i samfunnsøkonomi ved Institutt for samfunnsøkonomi ved NHH. Han var i perioden september 2004 til september 2007 sjeføkonom i Konkurransetilsynet. Han har også vært rådgiver for en rekke private og offentlige bedrifter, samt offentlige myndigheter.

1 BAKGRUNN OG INTRODUKSJON

De fleste bedrifter har som målsetting å oppnå størst mulig fortjeneste. Dette er helt utmerket så lenge det skjer ved at de utvikler bedre produkter og reduserer kostnadene. Men dersom der skjer ved at konkurranter koordinerer sin adferd og for eksempel avtaler høye priser, er det (i de aller fleste tilfeller) ugunstig både for kundene og for samfunnet. Av den grunn er det i de fleste lands konkurranselovgivning, inkludert Norge, regler som forbyr bedrifter å ha direkte kontakt angående konkurransesensitive spørsmål. Dette kalles kartellforbudet og forbyr bedrifter å snakke om priser, markedsdeling og lignende forhold. I denne artikkelen drøfter vi hvordan en kan utforme sanksjoner i form av bøter som effektivt kan (1) bekjempe dannelsen av nye priskarteller og (2) destabilisere eksisterende priskarteller.

Bøter for kartelladferd vil åpenbart gjøre det mindre lønnsomt å opprette et kartell. Hvis den forventede boten er tilstrekkelig stor, vil det avskrekke bedrifter fra å danne karteller. Høyere bøter vil imidlertid ikke bidra til å avdekke eksisterende priskarteller. Tvert imot har den enkelte kartell deltaker større grunn enn før til å holde samarbeidet skjult for å unngå en høy bot.

Det siste problemet kan løses ved å innføre amnesti for den som gir opplysninger om at en selv deltar i et priskartell. Dette kalles lempningsordning. Av frykt for at

andre skal komme først og få amnesti i stedet for deg, kan ordningen utløse en konkurranse mellom kartell deltakerne om å løpe til myndighetene med opplysninger.

I likhet med de fleste andre land har norsk sanksjonspolitikk mot priskarteller utviklet seg i en retning som prinsippene over antyder. Bøtene for priskartell har økt betydelig i både USA og EU det siste tiåret, og Norge synes nå å bevege seg i samme retning. Lempningsordning har eksistert i USA siden 90-tallet og EU noe senere, og ble innført i Norge da vi fikk ny konkurranselov i 2004. De overordnede prinsippene synes dermed å være fornuftig utformet. Det er allikevel grunner til å være kritisk til sentrale elementer i dagens praksis. Formålet med denne artikkelen er å drøfte bøteutmålingen på prinsipielt grunnlag, og med det som bakteppe rette et kritisk søkelys mot dagens praksis hva angår bøter mot priskarteller.

Artikkelen er organisert som følger: I avsnitt 2 forklarer vi prinsippene for utformingen av bøter som skal bekjempe karteller. Med det som bakteppe vil vi i avsnitt 3 drøfte hvordan sanksjonspolitikken mot priskarteller faktisk er, og peke på mulige problemer. Til slutt, i avsnitt 4, vil vi oppsummere vår drøfting.

2 PRINSIPPER FOR KARTELLAVDEKKING

La oss betrakte et marked som betjenes av to eller flere bedrifter. Bedriftene vet at hard konkurranse vil lede

til lave priser og lav profitt. Alternativet er at de snakker sammen og avtaler høye priser. Det er imidlertid to mulige grunner til at et priskartell ikke realiseres:

- **Ulønnsomt:** Direkte kontakt kan lede til bot for brudd på konkurranseloven, hvilket kan gjøre slikt samarbeid ulønnsomt.
- **Ustabil:** Høy pris kan gjøre det fristende for hver enkel bedrift å bryte ut og tjene enda mer i perioden de avviker, og dermed undergrave priskartellet.

For at de skal lykkes med priskartell, må begge vilkår være oppfylt, det vil si det må være lønnsomt og stabilt.¹ Som vi skal vise, er det i noen markeder ikke priskartell fordi det er ulønnsomt, mens det i andre markeder ikke er priskartell fordi det er ustabil. Å forstå denne distinksjonen er av stor betydning for utformingen av kartellpolitikken.

La oss første betrakte lønnsomheten av et kartell. For å illustrere poenget, la oss betrakte to bedrifter som vurderer å inngå et samarbeid om et anbud i en gitt periode. Hvis de gir bud hver for seg, leder det til en knallhard konkurranse der ingen av dem oppnår fortjeneste. Alternativet er at de inngår et samarbeid og dermed unngår slik knallhard konkurranse. Det kan for eksempel skje ved at de avtaler at den ene blir underleverandør til den andre, og dermed at de begge oppnår fortjeneste på oppdraget. La oss anta at hver av dem da vil oppnå en fortjeneste lik π . På den annen side vil hver av dem da risikere å måtte betale en bot F . La p angi sannsynligheten for at samarbeidet oppdages og straffes. I så fall vil samarbeidet ikke være lønnsomt dersom $\pi - Fp < 0$. Ved å omforme dette uttrykket finner vi at det ikke er lønnsomt å danne kartell dersom:

$$F > \frac{\pi}{p}$$

Hvis boten er tilstrekkelig stor, vil de følgelig ikke finne det lønnsomt å danne kartell. Det er ikke overraskende. Det interessante er at boten som er nødvendig for å avskrekke, må øke hvis gevinsten ved å samarbeide øker, men den kan være lavere hvis sannsynligheten for å bli

.....

1. Dette er nærmere beskrevet i blant annet Buccirosi og Spagnolo (2007). For en utdypning og formalisering av den fremstilling vi gir her, se Jensen og Sørgard (2013).

SAMMENDRAG

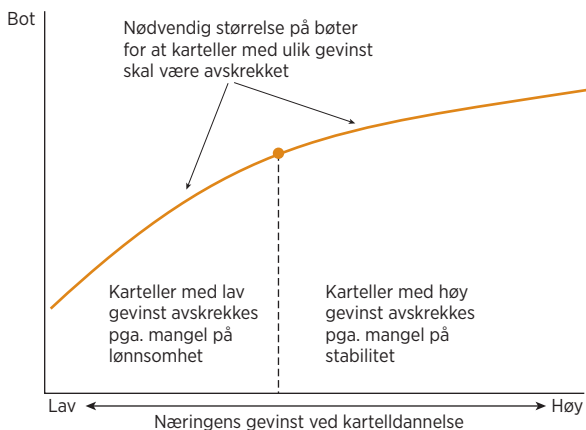
I denne artikkelen drøftes det hvordan en kan utforme en bøtepolitikk som bidrar til å bekjempe priskarteller. Det forklares hvordan bøter og lempningsordning (amnesti) kan utformes slik at en enten gjør dannelse av karteller ulønnsomt eller destabiliserer karteller. Prinsippene for bøteutmåling sammenholdes med praksis, og det argumenteres for at det er fare for at en ikke lykkes med å bekjempe de mest skadelige kartellene. Det skyldes blant annet at bøtene ikke er nok differensierte etter hvor skadelig det enkelte kartellet er, samtidig som bøtene i liten grad avspeiler at det er liten sannsynlighet for å bli oppdaget. Det argumenteres for at mer private søksmål, som konkurransemyndighetene oppmuntrer til, kan gjøre det enda vanskeligere å bekjempe de mest skadelige kartellene såfremt man ikke også gir lempning for erstatning.

avslørt og bøtelagt øker. Dette synes og åpenbart. Men som vi skal komme tilbake til, er dette ikke i tråd med hvordan bøtene utformes i praksis.

La oss nå betrakte stabiliteten til et kartell. I eksempelet vi viste over, vil kartellet strengt tatt ikke være stabilt. Etter å ha blitt enige om å samarbeide, for eksempel ved å dele fortjenesten likt (slik at de oppnår π hver i fortjeneste), vil det være fristende for hver av dem å lure den andre parten. Ved å komme med et eget bud, med en pris marginalt under det de har avtalt, vil den ene parten kunne vinne anbudet og få dobbelt så stor fortjeneste som det den ville oppnådd ved kartell (får 2π i stedet for π i fortjeneste).

Men grunnen til at karteller allikevel kan være stabile, er at et eventuelt avvik fra det de har avtalt, vil kunne straffes. Dersom det er slik at bedriftene møtes gang på gang i markedet, vil avvik i innværende periode kunne lede til represalier i fremtidige perioder og dermed i realiteten en straff. Det skyldes at dersom en avviker fra det en har avtalt, vil det ødelegge for mulig kartellsamarbeid i fremtidige perioder. Dette er illustrert i en utvidelse av eksempelet over. Vi antar at dette samarbeidet vil gjelde også for anbud i fremtidige perioder, for eksempel anbud som lyses ut hvert år.

FIGUR 1 Optimal utforming av bøter for bekjempelse av karteller i ulike næringer



I så fall er det ikke sikkert at kartellavtalen vi beskrev over, vil bryte sammen. Hvis en avviker i dag, vil en som forklart oppnå en kortsiktig gevinst. På den annen side vil en kunne ødelegge for kartellsamarbeid i neste og fremtidige perioder. Hensynet til at en fortsetter med kartellsamarbeidet også i fremtidige perioder og dermed sikrer fremtidig profitt, vil kunne gi insentiver til ikke å avvike. Hvis det hensynet er tungtveiende nok, vil kartellet være stabilt.

Hvordan kan en i så fall bruke bøter til å destabilisere kartellet? En bot vil i utgangspunktet kunne bidra til å stabilisere kartellet, da en ved å avvike risikerer at kartellet blir oppdaget og dermed risikerer at en blir ilagt en stor bot. Hvis det innføres et lempningsprogram der den første som legger alle kort på bordet, slipper å betale boten, vil imidlertid det bidra til å destabilisere kartellet. Det blir mer attraktivt å avvike og samtidig søke lempning, da man ikke lenger trenger å frykte at man skal bli ilagt en bot. En lempningsordning vil også innebære at en blir usikker på om noen av de andre kartellmedlemmene vil søke om lempning. I en slik situasjon kan det lett oppstå en 'race to the courthouse'-konkurranse, der en ønsker å be om lempning før rivalen ber om lempning.

Gitt en lempningsordning, vil en bot bidra til å destabilisere kartellet. Jo høyere bot, desto mer må en betale hvis kartellet blir oppdaget. Følgelig vil en lempningsordning kombinert med høy bot bidra til å destabilisere karteller. Det vil i neste omgang hindre

at karteller dannes, da de innser at de ikke vil lykkes med å opprettholde kartellet.

Ut fra disse betraktningene kan vi danne oss et bilde av hvordan en aktiv kartellpolitikk i form av bøter kan bidra til å bekjempe karteller. Det er åpenbart at dersom botene er tilstrekkelig høye, vil ingen priskarteller bli dannet. Bøter skal imidlertid være proporsjonale ut fra en juridisk tankegang, nærmere bestemt ikke være uforholdsmessig høye. Det gjør det naturlig å betrakte de botene som er nøyaktig så høye at karteller enten er ulønnsomme eller destabiliseres.

I figur 1 har vi illustrert de minste botene som bidrar til at karteller enten ikke er lønnsomme eller destabiliseres. For det første er det slik at jo større prispåslag et potensielt kartell vil kunne ha, desto større må boten være for at kartellet skal bekjempes. Dette er vist i figur 1 ved at boten er stigende i prispåslaget som det potensielle kartellet er i stand til å realisere.

For det andre kan det være en systematisk forskjell mellom potensielle karteller med små og store prispåslag hva angår hvordan de kan bekjempes ved hjelp av en bot. For potensielle priskarteller som fører til kun små prispåslag, kan det benyttes en bot som er så høy at priskartellet blir ulønnsomt, og dermed dannes ikke kartellet. For potensielle priskarteller som leder til store prispåslag, kan det utformes en bot som er slik at kartelldeltakerne finner det fristende å bryte med kartellet, og dermed destabiliseres kartellet. I det siste tilfellet kan det tenkes at kartelldeltakerne forutser dette og aldri danner kartellet, da det er stor sannsynlighet for at det raskt bryter sammen. Dette er illustrert i figur 1, hvor vi skiller mellom karteller som er ulønnsomme, og karteller som er ustabile.

Gjennomgangen over viser oss at det er potensielle kartelldannelser i næringer der prisøkningen kartellet kan få i stand, er liten eller moderat, som vil kunne virke avskrekkende på grunn av mangel på lønnsomhet. I næringer der potensialet for prisøkninger er større, spiller lempningsordningen kombinert med bøter en viktig rolle, og potensielle kartelldannelser vil være avskrekket på grunn av manglende stabilitet.

Så langt har vi ikke tatt høyde for at det kan forekomme private søksmål, i den forstand at kunder krever erstatning for tapet de har lidt som følge av kartellets prispåslag. Ved erstatningssøksmål vil en typisk være opptatt av å beregne kartellets skade, og følgelig er det grunn til å forvente at karteller med høye prispåslag

må betale større erstatninger enn karteller med lave prispåslag. Dette vil åpenbart bidra til at priskarteller blir mindre lønnsomme, og sett i et slikt perspektiv er det gunstig at potensielt mer skadelige karteller har utsikter til å måtte betale høyere erstatninger. Men vi må samtidig huske på at det som gjør kartellene mindre stabile, er nettopp at de slipper å betale en bot dersom de bryter ut av kartellet. Et foretak som innrømmer lovbruddet, vil samtidig være spesielt utsatt for erstatnings-søksmål, noe som undergraver lempningsordningen og derfor heller bidrar til å stabilisere de mest skadelige kartellene.

Vi ser dermed at private søksmål har en tvetydig effekt på kartellbekjempelsen. På den ene siden er det gunstig sett ut fra bekjempelse av de kartellene som har lavest prispåslag, da de avskrekkes ytterligere fra å danne karteller. På den annen side er det ugunstig ut fra bekjempelsen av de kartellene som har størst prispåslag, da det gir mindre insentiv til å bryte ut av kartellet. Dette siste kan imidlertid motvirke ved at den som melder fra, ikke bare oppnår lempning av boten, men også for erstatningen til kunder.

3 KARTELLPOLITIKK I PRAKSIS

Som nevnt innledningsvis har kartellpolitikken i Norge og de fleste land tilsynelatende beveget seg i en riktig retning ut fra prinsippene vi har beskrevet. Bøtene har gradvis blitt høyere, og det er innført lempning for kartelldeltakere som varsler om brudd på kartellforbudet.

I den såkalte asfaltsaken, der Veidekke og NCC samarbeidet om anbud på asfaltkontrakter i Trøndelag til Trondheim kommune og Statens vegvesen, vedtok Konkurransetilsynet i mars 2013 bøter som er historisk høye i norsk sammenheng. Veidekke fikk et gebyr på 220 millioner kroner og NCC et gebyr på 140 millioner kroner for ulovlig samarbeid i perioden 2005–2008.² Veidekke, som innrømmer forholdene og sørget for at samarbeidet opphørte, slipper å betale boten. EU har de siste årene ilagt svært høye bøter, og det høyeste til et enkelt selskap så langt for brudd på kartellforbudet er 880 millioner euro.³ Lempningsprogrammet har medført at EU-kommisjonen har fått informasjon om

2. Se Konkurransetilsynets vedtak V2013-3 av 5. mars 2013.

3. Denne boten er gitt til selskapet Saint Goban for priskartell i markedet for bilglass. For en oversikt over antallet saker og bøter i EU, se <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

mer enn 50 ulike priskarteller siden 2000.⁴ Det var få lempnings-søknader i Norge i de første årene etter at det ble innført i 2004, men i løpet av de siste årene er det etter det vi kjenner til, kommet om lag ti søknader, og så langt har det i to tilfeller ført til bøter.⁵

Til tross for at utviklingen ser ut til å gå i riktig retning, er bøtepolitikken i praksis fortsatt ikke i stand til å hindre karteller verken i å dannes eller å opprettholdes. En rekke studier har funnet at bøkene både i EU og USA jevnt over fortsatt er for lave til å avskrekke karteller.⁶ De peker på at boten må avspeile at det er en lav sannsynlighet for å bli oppdaget og bøtelagt, hvilket vi har vist betyr at boten må være svært høy for å avskrekke karteller.⁷

En relativt ny kartellsak i Norge kan illustrere hvordan bøkene burde vært utformet for å ta høyde for at det er en relativt lav sannsynlighet for å bli oppdaget og dømt. To selskaper samarbeidet ulovlig om anbud på vedlikehold av broer i Steinkjer-området.⁸ Det ble anslått at kostnaden ved å utføre oppdraget var tre millioner norske kroner (MNOK), mens tilbudet lå på ti MNOK. De to som ble dømt for samarbeidet, fikk til sammen bøter på sju MNOK. La oss nå anta at det var kun 20 prosent sannsynlig at de to selskapene ble oppdaget og dømt. Videre antar vi at gevinsten ved samarbeidet er lik sju MNOK (ti MNOK fratrukket tre MNOK). I så fall er samarbeidet, i tråd med det vi viste over, lønnsomt i forventning dersom $F < 7/0,2 = 35$ MNOK. For at boten

4. Se Marvao (2012), som har kommet frem til dette tallet etter en gjennomgang av kartellsaker i EU.

5. Det ene tilfellet er i asfaltsaken, som allerede er nevnt. Det andre tilfellet er i taktekkermarkedet i Bergen, der to selskaper ble idømt bøter for ulovlig prissamarbeid om et anbud (se vedtak V2011-11). De fikk henholdsvis 350 000 NOK (Fløysand Tak) og 1 200 000 NOK (Icopal Tak) i bøter, men ene selskapet (Icopal Tak) fikk innvilget lempning og slapp å betale boten.

6. Se for eksempel Connor og Lande (2006) angående både EU og USA, og Schinkel (2006), Veljanovski (2007) og OFT (2009) for studier vedrørende EU.

7. Bryant og Eckard (1991) fant at sannsynligheten for at et kartell avsløres i løpet av et år, er lavere enn 13–17 prosent. Hvis en bedrift tjener ti MNOK på for eksempel å ha et ulovlig samarbeid om et anbud og vi legger til grunn det høyeste anslaget for å bli oppdaget, vil det bety at dette ulovlige samarbeidet er lønnsomt ex ante dersom boten er under 59 MNOK.

8. Se Konkurransetilsynets vedtak V2009-17. Det var tilsynelatende konkurranse om å vinne anbudet, da de to selskapene begge la inn anbud. Men det viste seg at de i forkant av anbudet hadde hatt kontakt, og at det ene selskapet skulle bli underleverandør til det andre selskapet. Saken ble prøvd både i tingrett, lagmannsrett og høyesterett. Høyesterett ga Konkurransetilsynet medhold og opprettholdt bøtenivået fra Konkurransetilsynets vedtak.

skulle ha avskrekket dem fra å samarbeide, måtte den altså i det eksempelet vært fem ganger større enn gevinsten de ville oppnådd hvis de ikke ble oppdaget. Den faktiske boten som ble ilagt de to selskapene til sammen, var nøyaktig lik det de hadde tjent på samarbeidet, det vil si sju MNOK. Da er tilsynelatende all potensiell gevinst inndradd. Men det er langt fra nok til å gjøre det ulovlige samarbeidet ulønnsomt i utgangspunktet.

Utformingen av boten som avskrekker, er sannsynligvis logisk for en økonom. Ut fra juridiske prinsipper er det ikke nødvendigvis så logisk å la boten avhenge av sannsynligheten for å bli oppdaget. Det kan være minst like naturlig å gjøre en ex post- som en ex ante-vurdering av størrelsen på boten, og da kan en fort ende med en bot som tilsvare det de ville tjent, som i dette tilfellet var sju MNOK. En kan endog hevde at dette er en betydelig straff, da de må betale alt de potensielt kunne tjent uten at de faktisk tjente dette. Videre er det grunn til å sette spørsmålstegn ved en bot som påvirkes av sannsynligheten for å bli oppdaget. Det betyr for eksempel at dersom konkurransemyndighetene gjør en dårlig jobb, hvilket gir lav sannsynlighet for å bli tatt, skal bedriften straffes for det ved å betale en høyere bot. Bedriften som ilegges en slik bot, vil selvsagt argumentere for at det er høyst urimelig.

Hvis bøtenivået er for lavt i EU, er det uten tvil for lavt i Norge også. En studie fra 2004 fant at EU ila bøter som i prosent av omsetning typisk var fire til fem ganger høyere enn de bøkene som ble ilagt i Norge.⁹ Etter den tid har det, med unntak av en kartellsak i asfaltmarkedet, ikke vært noen store kartellsaker i Norge som eventuelt kunne bidratt til å endre dette inntrykket. Tvert imot har inngåelse av forlik med betydelig bøt nedsettelse bidratt ytterligere til å svekke inntrykket av høye bøter.¹⁰ Det er imidlertid tegn som tyder på at det er i ferd med å skje en endring. Nye retningslinjer for bøkutmåling i EU betyr at det i prinsippet er rom for høyere bøter, og i Norge er det foreslått retningslinjer for bøkutmåling som er harmonisert med disse:

9. Dette er vist i Evensen (2004), som gir en gjennomgang av bøtenivået i norske kartellsaker.

10. Norges Turbileierforbund ble ilagt en bot på 400 000 for å ha oppmuntret sine medlemmer til å øke prisen, se Konkurransetilsynets vedtak V2009-15. Saken ble brakt inn for Oslo tingrett, som opprettholdt vedtaket i mars 2011. Norges Turbileierforbund anket til lagmannsretten, men trakk anken etter et forlik med Konkurransetilsynet i januar 2012 der boten ble satt ned til 75 000 kroner.

Ved utmålingen vil Konkurransetilsynet ta særlig hensyn til at overtredelsesgebyret fastsettes til et nivå som ivaretar hensynet til at gebyret skal ha en tilstrekkelig avskrekkende virkning, både for det enkelte foretak som er involvert i overtredelsen, og for andre utenforstående foretak.¹¹

Det er mulig å tolke utsagnet over dithen at man i en viss grad skal ta høyde for at sannsynligheten for å bli oppdaget er lav – ellers vil bøkene ikke ha noen avskrekkende virkning. Retningslinjene virker derfor fornuftig ut i fra ønsket om å avskrekke bedrifter fra å danne kartell.

Problemet er imidlertid at bøter i liten grad er differensiert etter hvor stor gevinst kartellene har oppnådd som følge av det ulovlige samarbeidet. Etter det vi kjenner til, er det ingen konkurransemyndigheter som i bøkutmålingen har foretatt estimerer på hvor stort prispåslag kartellet har lyktes med å oppnå. Siden det er et faktisk forbud mot kartellvirksomhet, er det heller ikke er noe krav om en virkningsanalyse som viser for eksempel hvor stort prispåslaget er, men tilstrekkelig å bevise at bedriftene har hatt kontakt vedrørende konkurransesensitiv informasjon. EUs retningslinjer åpner imidlertid for at bøkene kan differensieres ut fra hvor mye partene har tjent på samarbeidet.¹²

The commission will also take into account the need to increase the fine in order to exceed the amount of gain improperly made as a result of the infringement where it is possible to estimate that amount. (paragraf 31)

Det er i praksis vanskelig å sette en bot som inndrar forventet mergevinst, når det ikke gjøres noe forsøk på å anslå overpris og mergevinst. Et ønske om at beregningen skal være enkel, synes å være viktigere enn å fastslå kartellens gevinst eller skaden det har påført samfunnet i hvert enkelt tilfelle. Utmålingen tar utgangspunkt i bedriftenes omsetning i de markeder hvor prisene har økt på grunn av kartellet, med en gjennomsnittsbetrak-

11. Se Konkurransetilsynets 'Utkast til veiledning om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr' av 6. juni 2012, punkt 8.

12. Se Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, 2006/C 210/02. I en del kartellsaker i EU de siste årene har boten vært nær eller lik den maksimale som kan ilegges. I tiden etter at nye retningslinjer for bøkutmåling ble innført i EU, har over ti prosent av selskapene fått en bot på ni-ti prosent av årlig omsetning (se <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, tabell 1.11).

ting hva angår antatt prisøkning. Boten man da kommer frem til, kan videre økes eller reduseres ettersom hvor alvorlig bruddet anses å være, for eksempel hvilke rolle den enkelte bedriften har hatt i samarbeidet, om selskapet har deltatt i kartell tidligere, eller om bedriften har samarbeidet med myndighetene. Boten kan derfor bli høy i enkelte tilfeller, men trenger allikevel ikke å stå i forhold til medlemmenes gevinst ved å delta i kartellet. Det skyldes at gevinsten ved å danne et kartell ikke nødvendigvis kan beregnes ut fra omsetningen i de berørte markedene eller andre skjerpene omstendigheter.

Hvis en allikevel lykkes med å differensiere bøtene, vil det fremdeles kunne oppstå et problem fordi EUs retningslinjer slår fast at boten ikke under noen omstendigheter kan utgjøre mer enn ti prosent av siste års omsetning.¹³ Videre er det satt et basisbeløp for bøteutmålingen, med mulighet for visse justeringer enten opp eller ned. Dette antyder at det også langt på vei er en nedre grense for boten.

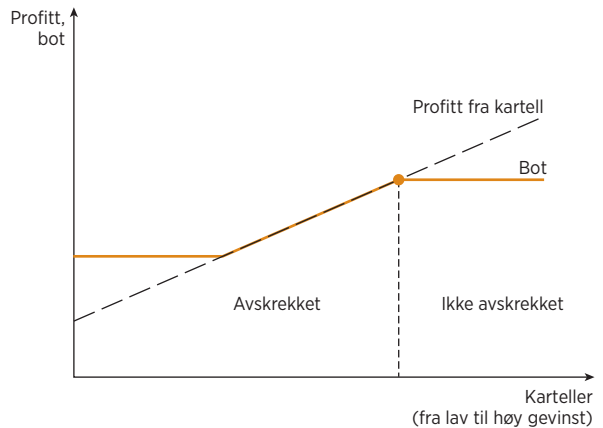
La oss nå anta at det er et slikt nedre og øvre tak på boten, men at boten i mellomtilfellene skaleres i forhold til gevinsten kartelldeltakerne har oppnådd. Dette kan føre til et systematisk skjevt utvalg av hvilke potensielle karteller som dannes, og hvilke som avskrekkes. Det er illustrert i figur 2. For de mest lønnsomme kartellene vil det fortsatt være lønnsomt med kartell, da den maksimale boten er lavere enn deres forventede merprofitt for kartellet. Det bidrar til å forklare hvorfor en finner at mange av priskartellene som avsløres, har hatt et betydelig prispåslag, i visse tilfeller opp til 60–70 prosent prispåslag.¹⁴

EU-kommisjonen har oppmuntret til mer private søksmål, det vil si at kunder oppmuntres til å søke kartelldeltakerne om erstatning for tapet de er påført som følge av prispåslaget. Dette er ment som et supplement til håndhevingen som konkurransemyndighetene utøver. Gitt at erstatningskravet står i forhold til størrelsen på prispåslaget, vil en slik utvikling bidra til en større differensiering av de samlede økonomiske sanksjonene karteller stilles overfor. Det er et utmerket supplement til bøter, men vel og merke kun overfor

13. Se Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, 2006/C 210/02, paragraf 33.

14. Se Oxera/Kominos mfl. (2009), s. 91, som gjengir tall basert på opplysninger om prispåslag i 114 ulike kartellsaker i ulike land, og opplysningene er samlet fra en rekke ulike kilder.

FIGUR 2 Avskrekking av de minst skadelige kartellene?



potensielle karteller med lavere lønnsomhet. For priskarteller der ustabilitet er et problem, vil større frykt for private søksmål bidra til å stabilisere dem fordi utsikter til store private søksmål gjør det mindre fristende å søke om lempning.

En mulig løsning på dette problemet er å gi lempning også for erstatningssøksmål. USA har innført begrensninger i muligheten for å søke erstatning fra selskaper som innvilges lempning, og det kan synes som at det har bidratt til en økning i antallet lempningssøknader.¹⁵ I Norge ble det foreslått full lempning for erstatning og at de gjenværende kartelldeltakerne var ansvarlige for erstatningen, slik at kundene som søkte erstatning, ikke skulle bli skadelidende.¹⁶ Forslaget ble imidlertid avvist av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet i dettes forslag til Stortinget med følgende begrunnelse:

En slik regel vil gå for langt i retning av å effektivisere lempningsordningen på bekostning av andre beskyt-

15. Dersom en bedrift fikk lempning, ble erstatningen som selskapet ble ansvarlig for overfor kundene, i 2004 redusert fra *treble damage* til *single damage*. Det betyr at den som har fått innvilget lempning, maksimalt må betale det kunden har tapt, mens andre bedrifter som har deltatt i kartellet, maksimalt må betale tre ganger det kunden har tapt (*treble damage*). Etter omleggingen kom det flere lempningssøknader. En bør imidlertid være varsom med tolkningen, da bøtenivået samtidig ble økt. For en nærmere beskrivelse av ordningen, se Hjelmeng og Sørgard (2012).

16. Dette ble foreslått av et mindretall i utvalget som kom med forslag til en revidering av konkurranseloven (se NOU 2012:7), bestående av medlemmene Hjelmeng, Skaar og Sørgard. Forslaget er nærmere begrunnet i Hjelmeng og Sørgard (2012).

telsesverdige hensyn. En så effektiv lempningsordning er ingen ønsket løsning på konkurranseretens område.¹⁷

Det kan rett nok være andre beskyttelsesverdige hensyn, men vanskelig å se at det at en slik ordning er effektiv, er et godt argument for å avvise den.

Det er eksempler på at bedrifter som har deltatt i kartellvirksomhet, har blitt utelukket fra fremtidige oppdrag i det samme markedet. Dette skjedde for eksempel med Veidekke og NCC etter det ulovlige samarbeidet i asfaltmarkedet. De ble utelukket fra å delta i noen anbudskonkurranser. På samme måte som utsikter til erstatning kan undergrave lempningsprogrammet, kan også et slikt virkemiddel bidra til å undergrave lempningsprogrammer hvis også den som søker lempning, blir utelukket fra å delta i noen fremtidige oppdrag.

4 NOEN AVSLUTTENDE KOMMENTARER

Priskarteller er i de aller fleste tilfeller skadelig både for kunder og for samfunnet, da det er god grunn til å tro at den type handling leder til høyere priser. Det generelle forbudet mot priskarteller samt at det ikke kreves noen virkningsanalyse for å fastslå overtredelse av konkurranseloven, er i det perspektivet forståelig. Utfordringene er at dette skaper problemer for arbeidet med å bekjempe de mest skadelige priskartellene, de som leder til de største prispåslagene. Når en ikke kjenner virkningene av et priskartell, er det også vanskelig for konkurransemyndighetene å gi høyere bøter til de mest skadelige priskartellene. I så fall vil samarbeidet være mer lønnsomt og fristende for de mest skadelige enn de minst skadelige kartellene.

En mulig løsning på dette er at det oppmuntres til mer privat håndheving. Dersom skadelidte kunder søker erstatning for det de faktisk har tapt, vil dette svi mer for de mest skadelige kartellene. De samlede økonomiske sanksjonene blir stigende i prispåslaget – mer skadelige karteller betaler ikke nødvendigvis høyere bøter, men stilles overfor desto høyere erstatningskrav. Som vi har forklart, bidrar dette til å bekjempe de minst skadelige kartellene fordi de ikke lenger er lønnsomme å danne. Samtidig påpeker vi på at dette bidrar til å gjøre de mest skadelige kartellene mer stabile, i den forstand

at hvert enkelt kartellmedlem kan finne det mindre fristende å bryte med kartellet og søke om lempning.

En åpenbar løsning på dette er å gi hel eller delvis lempning også for erstatning, slik tilfellet er i USA, der den som har fått innvilget lempning, i mindre grad må dekke kunders tap. Dette har vært foreslått også i Norge, men avvist. Dette innebærer at økt bruk av private søksmål i Norge neppe vil løse problemet med manglende innsats mot de mest skadelige kartellene, snarere tvert imot.

Lempningsordningen er tilsynelatende en suksess i USA og EU, og i det siste også i Norge, målt ut fra økningen i antallet lempningssøknader. Men spørsmålet er om dette faktisk er et mål på at utviklingen går i riktig retning. Det kan i tråd med det som er forklart foran, tenkes at det ikke er medlemmer i de mest skadelige kartellene som søker om lempning. Vi vet heller ikke om det faktisk er slik at antallet karteller faktisk har økt. Det er tross alt ikke antallet avslørte karteller som er målet på god kartellpolitikk, men at populasjonen av priskarteller har gått ned, og at særlig de mest skadelige kartellene ikke blir dannet. Kan det tenkes at taket på bot i EU kombinert med oppmuntring til mer private søksmål har gjort priskartellene med størst prispåslag mer stabile, og dermed snarere oppmuntret enn avskrekket dem fra å bli dannet? Større fokus på lempningssøknader vil dessuten dra ressurser bort fra regulær etterforskning for å avdekke karteller, hvilket gjør det enda mer fristende å danne priskartell så lenge en er i stand til å hindre ustabilitet.

Dette siste er et sterkt argument for konkurransemyndighetene om ikke å bli ensidig fokusert på lempningssøknadene. De bør ha ressurser til selv å undersøke om det finnes priskarteller. Det vil øke sannsynligheten for at et priskartell blir oppdaget selv uten lempning. Som forklart foran vil det bidra til både å avskrekke nye priskarteller fra å bli dannet og til å avdekke eksisterende priskarteller. En lav sannsynlighet for å bli oppdaget er noe som vanskelig fullt ut kan tas høyde for i bøteutmålingen, og innsats som øker sannsynligheten for å bli oppdaget, er i så fall en effektiv måte å bekjempe karteller på.

Sist, men ikke minst, er det også grunn til å vurdere andre former for sanksjoner mot kartell deltakere. Eventuelle lovbrudd iverksettes av enkeltindivider, og personlig straff er derfor aktuelt. Utsikt til fengselsstraff i de mest alvorlige tilfellene, slik det er mulighet for i Norge og blant annet USA, vil kanskje

17. Se Prop 75L (2012–13), avsnitt 4.4.1.

Det er mange fordeler ved å være økonom

hindre noen individer fra å delta i slike handlinger. Fremdeles er det et åpent spørsmål om en lykkes med å ramme de mest alvorlige tilfellene. Fordi man er mindre opptatt av å foreta virkningsanalyser, synes det å være en tendens til at man fokuserer mer på måten lovbruddet er gjennomført på, enn på hvor stor skade det har medført. **M**

REFERANSER

- Buccirossi, P. og G. Spagnolo. 2007. Optimal fines in the era of whistleblowers: Should price fixers still go to prison? Kapittel 4 i: *Contributions to Economic Analysis*, Vol. 282. Bingley: Emerald Group Publishing.
- Bryant, P.G. og E.W. Eckard. 1991. Price fixing: The probability of getting caught. *The Review of Economics and Statistics*, 73: 531–536.
- Connor, J.M. og R.H. Lande. 2006. The size of cartel overcharge: Implications for US and EU fining policies. *The Antitrust Bulletin*, 51: 984–1022.
- Evensen, H. 2004. Fra straff til overtredelsesgebyr – ny lov, tøfere tider? Kapittel i *Konkurransetilsynets jubileumstidsskrift*, s. 41–54.
- Hjelmeng, E. og L. Sørgard. 2012. En mer effektiv konkurranselov. *Samfunnsøkonomen*, 7: 16–25.
- Jensen, S. og L. Sørgard. 2013. *Deterrence versus desistence: Fine schedule with heterogeneous cartels*. Mimeo, Norges Handelshøyskole.
- Marvao, C. 2012. *Incentives to self-reporting: The EU leniency programme*. Mimeo, Trinity College.
- NOU. 2012. En mer effektiv konkurranselov, NOU (2012:7), Oslo, februar 2012.
- OFT. 2009. An assessment of discretionary penalty regimes, Final report, Office of Fair Trading, London.
- Oxera/Komninos mfl. (2009): *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, Studie skrevet på oppdrag av EU-kommisjonen, desember 2009.
- Prop 75L. 2012–13. Endringer i konkurranseloven. Proposisjon til Stortinget fra Fornøyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 15. mars 2013.
- Schinkel, M.P. 2006. Effective cartel enforcement in Europe. ACLE working paper no 2006–14, Amsterdam.
- Veljanovski, C. 2007. Cartel fines in Europe: Law, practice and deterrence. *World Competition*, 29: 65–86.



Econa har en avtale med Esso MasterCard – noe som betyr at du får fordeler andre bare kan drømme om:

- * 40 ø/l i drivstoffrabatt hos Esso
- * 20 % rabatt på bilvask hos Esso
- * Inntil 2 familiekort til familiemedlemmer
- * Ingen årsavgift eller gebyr ved kjøp
- * Valgfri PIN-kode

Søk om kort på:

www.essomastercard.no/econa



essomastercard.no
Drivstoffrabatt og mye, mye mer