

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ÕIGUSINSTITUUT
Avaliku õiguse instituut

Sille Ruubel

TÕHUSA LEEBUSPROGRAMMI LOOMISE MEETODID EUROOPA LIIDU
LIIKMESRIIKIDE JA AMEERIKA ÜHENDRIIKIDE NÄITEL

Bakalaureusetöö

Juhendaja: lektor Carri Ginter

Tallinn 2009

Olen koostanud bakalaureusetöö iseseisvalt.

Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite tööd, olulised seisukohad, kirjandusallikad ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

.....(töö autori allkiri ja kuupäev)

Töö vastab bakalaureusetööle esitatud nõuetele

.....(juhendaja allkiri ja kuupäev)

.....

Kaitsmisele lubatud..... (kuupäev)

Kaitsmiskomisjoni esimees..... (allkiri)

SISUKORD

Sissejuhatus.....	4
1 Meethodid, tekitamaks ohtu range karistuse ees.....	8
1.1 Võrdluskriteeriumite valik	8
1.2 Meethodite võrdlus	9
1.3 Valitud meethodid	21
2 Meethodid, tekitamaks hirmu vahelejäämise ees.....	24
2.1 Meethodite võrdlus	24
2.2 Valitud meethodid	30
3 Meethodid, loomaks läbipaistvat programmi	32
3.1 Meethodite võrdlus	32
3.2 Valitud meethodid	39
Kokkuvõte.....	41
Summary.....	44
Kasutatud materjalide loetelu	47
Kasutatud kirjandus.....	47
Kasutatud normatiivmaterjal.....	51
Kasutatud kohtupraktika.....	52
Lisad	53
Kriteeriumid, millele võrdlus põhineb	53

Sissejuhatus

Leebusprogramm on kartellide avastamise režiim, mis toimib põhimõttel, et kartellis osalenud või osalevaid ettevõtjaid kompenseeritakse nende koostöö eest ametivõimudega.¹ Kartellid on kahe või enama konkurendi vahel sõlmitud kokkulepped ja/või kooskõlastatud tegevus, mille eesmärgiks on koordineerida turul oma konkureerivat käitumist ja/või mõjutada asjakohaseid konkurentsiparameetreid sellise tegevuse kaudu nagu ostu- ja müügihindade fikseerimine või muude kauplemistingimuste kehtestamine, tootmis- või müügikvootide määramine või turgude jagamine, sealhulgas pakkumismahhinatsioonide kaudu, impordi või ekspordipiirangute seadmine ja/või konkurentsivastane tegevus teiste konkurentide suhtes.

Leebusprogrammi kaudu kartelliosalistelt saadud info aitab oluliselt kaasa kartellide olemasolu tuvastamisele ja lõpetamisele. Lisaks abistab programm kaitsta:

- a) innovatsiooni, sest kui ettevõtjad väldivad loomulikku konkurentsi, seda kõikvõimalikel viisidel kunstlikult piirates, siis hoiudvad nad ühtlasi survest uuenduste tegemiseks nii tootearenduses kui ka tõhusamate tootmismeetodite kasutuselevõtmisel;
- b) lõplikke tootjaid ehk äriühinguid, kes neilt varustajatelt toorainet ja komponente ostavad, mis on kallid, sest innovatsioon ning konkurents algtootjate/varustajate vahel puudub;
- c) tarbijaid, kes kaotavad enim, sest turul on valida kunstlikud hinnad ning väheste eri toodete vahel.² Bolotova 2006. aasta uurimuses, kus analüüsiti 406 kartelli üle maailma, tuvastati, et hindade kokkuleppimise tagajärjeks on turul umbes 22 % ülehindamine.³ OECD hinnangul võivad kartellid hindu kergitada isegi kuni 50 %.⁴ ;
- d) avalikku sektorit, eriti riikides nagu Rootsi, kus riigihanked on olulised ja moodustavad 20% SKP-st.⁵

Leebusprogramm võeti kasutusele 1978. aastal Ameerika Ühendriikides (edaspidi USA) ja 1996. aastal Euroopa Liidus (edaspidi EL). EL-is on programm aktuaalne, kuna aastaks 2008 oodati liikmesriikidelt leebusrežiimide ühtlustamist Euroopa Konkurentsivõrgustiku (edaspidi

¹ Commission Notice 96/C 207/04 of 18 July 1996 on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 207, 18.7.1996, P. 0004 – 0006, Section 3.

² Komisjoni teatis C 298/11, 8. detsember 2006, mis käsitleb kaitset trahvide eest ja trahvide vähendamist kartellide puhul, ELT 2006/C 298/11, 8.12.2006, lõige 1-4.

³ Claes Norgren, “Leniency and Criminalisation“, presentation at Baker McKenzie’s (2007), p. 2.

⁴ Neelie Kroes, “Key developments in European competition policy over the past two years” (2007), <europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/2&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguange=en > (9.1.2009).

⁵ Norgren, “Leniency and Criminalisation“, *supra nota* 3, p. 3.

konkurentsivõrgustik) esitatud leebema kohtlemise näidisprogrammiga (edaspidi mudel), lisades selgust ja õiguskindlust võitluseks kartellide ning piiriüleste probleemide vastu.⁶ Enne mudeli koostamist erinesid liikmesriikide leebusrežiimid oluliselt, mis tekitas ebavõrdse ning -kindla olukorra potentsiaalsetele avaldajatele⁷ nende kartellidel puhul, mille mõju ulatus mitmesse liikmesriiki; sest avaldajatel puudus teave kõigist eri jurisdiktsioonide nõudeist ja riskidest.⁸ Eeldatavalt on paljud avaldajad loobunud teatamisest kõikidesse puudutatud riikidesse, sest see on koormav ning kulukas ettevõtmine. EL-i riikide süsteemide mudeliga ühtlustamine muudab protsessi oluliselt selgemaks nii avaldajatele kui ka pädevatele asutustele, kes kartellide menetlemisega tegelevad.

Igapäevases praktikas esineb märke, et USA ja EL-i süsteemid hakkavad enam ühtlustuma, võttes teineteise programmide üle eri meetodeid. Näiteks Euroopa Komisjon (edaspidi komisjon) võttis 2008. aastal kasutusele uue menetluse: kokkuleppemenetluse, mis sarnaneb mõneti USA karistuse läbirääkimisega. Ühendkuningriik (edaspidi ÜK) on USA-lt üle võtnud "immuunsus pluss" süsteemi, mida tõenäoliselt rakendatakse tulevikus kogu EL-is. USA on EL-ile sarnaselt hakanud leebemalt kohtlema nn. teisena avaldajaid, keda varem ootas täiskaristus. Eestis on leebusprogramm aktuaalne, sest Eesti Vabariigi Justiitsministeerium töötab hetkel välja uut programmi. Siiani on Eestis nn. leebust kohaldatud kriminaalmenetluse seadustiku (edaspidi KrMS) paragrahvi 202 alusel,⁹ mis praktiseerijate arvamusel ei ole tulemuslik vahend raskestiavastatavate konkurentsirikumuste avastamiseks. Advokaat Kaja Leiger on väitnud: „Eestis on praegu kriminaalmenetluse seadustikus üks hädine paragrahv, mis annab prokuröridele õiguse vabastada kartellist teataja vastatusest. Aga see paragrahv on ebakindel, seda pole kordagi kasutatud.“¹⁰ Riigi peaprokurör Norman Aas sõnas eelnõu kohta: „Leebusprogramm on seejuures loogiliseks jätkuks kartellikuritegude vastases võitluses, millest seni on teravalt puudust tuntud.“¹¹ Need eri valdkondade indiviidide sõnavõttud näitlikustavad rahulolematust Eesti praeguse süsteemiga ning teravat vajadust uue režiimi järele, mis tooks siinsesse õigussüsteemi „täieliku“ leebusprogrammi. Leon Glikman on avaldanud lootust uue

⁶ MEMO/06/356 of 29 September 2006 on Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – frequently asked questions, 29.9.2006, p. 1.

⁷ Avaldaja mõiste all mõeldakse töös leebusavalduse esitajat, vastavalt kontekstile, kas ettevõtjat või eraisikut või mõlemat.

⁸ European Competition Network, “Model Leniency Program. Explanatory Notes”, 2006, Section 2.

⁹ Kriminaalmenetluse seadustik. 12.veebbruar 2003. – RT I 2003, 27, 166; RT I 2008, 52, 288, § 202; Väljavõte Riigi Peaprokuröri juhisest 12.04.2007. a. nr. RP-1-4/07/3, <www.konkurentsiamet.ee/public/valjavote_12.04.07_juhisest.pdf> (28.04.2009).

¹⁰ Andrus Karnau, „Kartellileppest teataja võib tulevikus kuriteost terve nahaga pääseda“, *Postimees*, 6.1.2009, lk. 5.

¹¹ Eesti Justiitsministeerium, „Diana Kõmmus: Eelnõu tõhustab võitlust kartellidega“, <www.just.ee/39922> (9.1.2009).

programmi tõhususe osas: „Eesti konkurentsijärelevalves on algamas uus ajajärk. Kui 2008. aastal alustati kartellikahtlustel kriminaalmenetlust kuuel korral, siis 2009. aasta võib tuua kaasa kriminaalmenetluste olulise kasvu.“¹²

Eeldusel, et Eestis võiks leebusprogrammi kasutuselevõtuga alata uus ajajärk konkurentsijärelevalves, või lähtudes mainitud asjaolust, et EL suunab liikmesriike leebusprogramme nn. ideaalmudeli alusel ühtlustama, või arvestades, et USA ja EL-i leebusrežiimid üksteisele lähenevad, on antud bakalaureusetöö eesmärgiks, võrreldes ning analüüsides eri EL-i liikmesriikide ning USA leebussüsteeme, leida programmidest need elemendid, millega realiseerida tõhusa programmi kolm põhieeldust: oht rangete trahvide ees, hirm vahelejäämise ees ning süsteemi läbipaistvus. Need üldised eeldused on toonud sarnaselt välja konkurentsivaldkonnas pädevad allikad nagu OECD¹³, komisjoni direktor kartellide valdkonnas K. Mehta,¹⁴ Rootsi konkurentsiameti eelmine peadirektor C. Norgren¹⁵ ja USA Justiitsdepartemangu konkurentsiosakonna juht S. Hammond.¹⁶

Riikidest valiti võrdluseks aktiivsed konkurentsivõrgustiku kui ka ICN-i liikmed ÜK ja Rootsi. USA on ICN-i liige ning ühtlasi sealse kartellide töögrupi üks juhtriik.¹⁷ Valikul lähtuti nende ühisest tunnusest: kõik kolm on, tuginedes kogemusele ja praktikale, oma programme reforminud ehk on nõ. teisel ringil. USA-s võeti programm kasutusele 1978. aastal, aga tõhusalt hakkas see tööle alles peale 1993. aasta reforme, mil rakendati: esimesele avaldajale automaatset immuunsust; võimalust, et immuunsust kohaldatakse ka siis, kui uurimine käimas ning kui ettevõtja saab immuunsuse, siis hõlmab see ka ta töötajaid.¹⁸ ÜK-s kehtestati programm 2000. aastal, kui jõustus konkurentsiseadus, ja uuendati 2004. aastal.¹⁹ ÜK-s kohaldataval programmil on mitmeid ühiseid jooni USA omaga, aga samas ka mudeliga, mille väljatöötamise juhtriigiks ÜK oli.²⁰ Rootsis rakendatakse programmi 2002. aastast²¹ ning 2008. aasta novembris jõustus uus konkurentsiseadus, millega programmi oluliselt muudeti.

¹² Leon Glikman, Risto Rüütel, „Leebusprogramm - uus ajajärk konkurentsijärelevalves”, *Postimees*, 2.2.2009, lk. 11.

¹³ Organisation of Economic Co-operation and Development (OECD), “Using Leniency to Fight Hard Core Cartels”, *Policy Brief* (2001), p. 2, passim.

¹⁴ Kevin Arqit, Jaques Buhart & Olivier Antoine, *Leniency Regimes: Jurisdictional Comparisons* (2nd edn, United Kingdom, The European Lawyer Reference, 2007), p. xvii.

¹⁵ Norgren, “Leniency and Criminalisation”, *supra nota* 3, p. 6.

¹⁶ Scott Hammond, “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, ICN Workshop on Leniency Programs (2004), p. 5.

¹⁷ International Competition Network (ICN), “Cartels” <www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/cartels> (3.1.2009).

¹⁸ Scott Hammond, “Detecting and Detering Cartel Activity through an Effective Leniency Policy”, International Workshop on Cartels in Brighton (2000), p. 2.

¹⁹ Arqit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 247.

²⁰ MEMO/06/356 of 29 September 2006 on Competition, *supra nota* 6, p. 2.

Leebusprogrammist pole Eestis varem põhjalikult kirjutatud. Tartu Ülikooli Õigusteaduskonna ajakirjas „Juridica“ leidub mitmeid artikleid konkurentsioigusest ja selle rikkumisest: koondumistest, ebaõiglasest hinnast, aga otseselt leebusprogrammi teemal artikleid peale T. Silla ning R. Frolovi artikli „Leebusprogramm Eestis- illusioon või reaalsus?“ pole kirjutatud. Varem pole leebusprogrammist ka üliõpilastöid kirjutatud, on vaid töid kartelli- ja muudest konkurentsi kahjustavatest kokkulepetest üldisemalt, nagu nt. M. Sepa magistritöö „Konkurentsirikkumistega seonduvaid küsimusi Euroopa Liidu konkurentsioiguses“, milles ühtlasi mainitakse, et leebusprogramm on üheks viisiks, kuidas avastada kartellikokkuleppeid.²²

Antud töös kasutatakse teoreetiliste andmete kogumist ja tulemuste tõlgendamisel võrdlevat tehnikat, analüüsi ning sünteesi,²³ leidmaks meetodid, mille toel täita eelpool mainitud kolm põhieeldust ja nende abil anda suuniseid tõhusa programmi ülesehitamiseks. Võrdluse ning töö üldtulemused esitatakse tekstina.²⁴

Töös kasutatud allikateks on „Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsioiguse õpik“, „Leniency Regimes“ ning erinevate rahvusvaheliste õiguspraktikute ja -teoreetikute, näiteks G. J. Werden, S. Brenner, S. Hammond analüüsivad artiklid. Lisaks tarvitatakse töös EÜ asutamislepingut ja komisjoni määrust, teatisi, memosid ning USA, ÜK, Rootsi ja Eesti asjakohast seadusandlust ning nõ. pehmet õigust (*soft law*). Täiendavalt rakendatakse erinevaid Euroopa Kohtu otsuseid ja ülalloeletud riikide pädevate konkurentsiasutuste statistikat.

Töö esimeses peatükis põhjendatakse võrdlusmeetodi valikut ning meetodeid programmi loomiseks, mis tekitab ohu range karistuse ees. Teises peatükis esitatakse meetodid selle kohta, kuidas luua režiimi, mis tekitab hirmu vahelejäämise ees. Kolmandas peatükis leitakse meetodid läbipaistva süsteemi loomiseks.

²¹ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 227.

²² Marek Sepp, „Konkurentsirikkumistega seonduvaid küsimusi Euroopa Liidu konkurentsioiguses“, magistritöö, Tartu Ülikooli Õigusinstituut (2006), lk. 78-79.

²³ Ants Kõverjalg, *Üliõpilastööde metoodiline juhend* (Tallinn, Sisekaitseakadeemia, 1999), lk. 17.

²⁴ Op. Cit., lk. 17.

1 Meetodid, tekitamaks ohtu range karistuse ees

1.1 Võrdluskriteeriumite valik

Võrdluse aluseks võib võtta, kas empiirilised või teoreetilised andmed. Antud töö lähtepunktiks on teoreetilised andmed, sest adekvaatne empiiriline info kõigi riikide programmide kohta puudub. Nimelt on USA-s ettevõtjate ning eraisikute (edaspidi isik) kaitseks loodud süsteem, et kartelliosakond ei avalikustagi leebusavaldajaid ja -avalduste sisu, kui just avaldaja ei ole selleks andnud nõusolekut. Seega pole teada, kui palju kartelle on otseselt avastatud tänu programmile. Samas on osakond väitnud, et kui enne 1993. aasta reforme esitati aastas üks avaldus, siis peale reforme paar avaldust kuus. Teatud statistika eksisteerib kriminaaltrahvide summade osas: 1997-2008. aastani on kogutud tänu leebusavaldajate koostööle üle 4 miljardi dollari väärtuses kriminaaltrahve, kusjuures trahve üle 10 miljoni dollari on tehtud 56 korda ja üle 100 miljoni dollari 11 korral.²⁵ Kuivõrd trahvid ning nende arv on suurenenud iga aastaga, võib arvata, et USA programm toimib tõhusalt. Siiski pole piisavalt täpseid andmeid, millele võrdluses tugineda. Samuti pole ÜK-l ega Rootsil täpset sellealast statistikat. Avaldatud on info, et ajavahemikus 1. mai 2004-30. aprill 2009 on konkurentsivõrgustikule teatanud: Rootsi 29 uuest kartelli uurimisest ja 12 tehtud kartelliotsusest; ÜK 45 uuest kartelli uurimistest ning 8 tehtud otsusest; Eesti 7 uurimisest ja 3 tehtud otsusest.²⁶ Millised neist olid seotud leebusprogrammiga, seda pole täpsustatud.²⁷ Lisaks puudulikule empiirilisele teabele, peab arvestama, et ainult avastatud kartellide arvu järgi ei saakski leida tõhusat programmi, sest režiim võib tulemuslik olla just seetõttu, et ennetab kartellide loomise täielikult. Näiteks on mitmed rahvusvaheliste kartellide osalised öelnud, et põhjus, miks nad kartelli tegevust kunagi USA-sse, mis on suurim turg maailmas, ei laiendanud, oli see, et keegi ei soovinud riskida vangistusega. Järelikult on programm, mis tekitab reaalselt hirmu karistuse ees, ka kartelle ennetav.²⁸ Samuti on mõnes riigis enam kartelle kui teises, mis on tingitud näiteks rahvaarvust, majanduskeskkonnast, õigussüsteemist, kultuurilisest taustast. Pealegi on keeruline hinnata tõhusust vaid ametitele tehtud avalduste järgi, sest tihti ei lõpetata menetlusi otsusega, kuna rikkumist ei avastata või ei

²⁵ Scott Hammond, "Recent Developments, Trends and Milestones in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", ABA Section of Antitrust Law (2008), p. 10.

²⁶ European Commission cartel statistics, <ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html#1> (20.5.2009).

²⁷ Ametliku statistika saamiseks pöördusin Euroopa Komisjoni poole, kust vastati, et neil puudub statistika, palju kartelle on avastatud tänu leebusprogrammile. Seejärel pöördusin Rootsi Konkurentsiameti poole, kust vastati, et neil selline statistika puudub. Pöördusin ka ÜK ausa kaubanduse ameti poole, kust vastust ei saanud.

²⁸ Hammond, "Cornerstones of an Effective Leniency Program", *supra nota* 16, p. 9.

suudeta tõestada. Avalduste statistikat ei saa ka süsteemiti võrrelda, sest need on programmipõhised tulemused ja omased konkreetsele juriidilisele ning institutsionaalsele kontekstile.²⁹ Samuti ei saa tugineda ainult otsuste arvule, sest erinevate ühiskondade majanduslikud, poliitilised tunnused ja ajajärgud mõjutavad kartellide avastamist. Näiteks mingil perioodil tekib majanduslike või poliitiliste mõjutuste tõttu enam kartelle ning kuna nende eluiga on keskmiselt umbes 6-7 aastat, siis teatud ajajärgul need kõik avastatakse. Kartellid leitakse, sest need on lõppema hakanud, kas struktuurilistel, käitumuslikel või mittemajanduslikel põhjustel,³⁰ aga see pole alati seotud programmi tõhususega.³¹

Nimetatud kaalutlustel tuginetakse töös eelpool mainitud kolmele teoreetilisele üldtunnustatud eeldusele: oht range karistuse ees, hirm vahelejäämise ees ja süsteemi läbipaistvus.³² Nendele põhieeldustele ning mudelile tuginedes uuriti kolme riigi programmide ülesehitust ja avastati, et kõigil või vähemalt kahel kolmest esines viisteist põhitunnust/kriteeriumi (Lisa 1), mida oli ülesehituses kasutatud. Need tunnused olid aga sisustatud ning ellu viidud eri meetodite abil. Seega võeti need viisteist kriteeriumi aluseks, mille järgi kolme leebusprogrammi hinnata ja võrrelda, leidmaks iga kriteeriumi puhul need meetodid, mis parimal viisil ühte kolmest põhieeldusest täidavad. Selleks jaotati kriteeriumid põhieelduste alusel kolmeks vastavalt sellele, mis eesmärki iga kriteerium/tunnus endas peamiselt kannab, sest iga tunnus on algupäraselt programmide ülesehitusse võetud, et mingil viisil programmi selle üldeesmärgile - soodustada kaebamist, et avastada kartelle - lähemale viia. Töös jaotati kriteeriumid kolmeks, vastavalt sellele millist kolmest üldeesmärgini viivast põhieelduse eesmärgist kriteerium endas sisaldas. Töös tuuakse iga kriteeriumi puhul välja programmide põhierinevused ja iga peatüki lõpus esitatakse võrdlusest järeldatud meetodid, millega vastava peatüki põhieeldus täita. Lisaks soovitatakse, milliseid meetodeid neist tuleks Eesti uues leebusprogrammis rakendada.

1.2 Meetodite võrdlus

Esimese tõhusa leebusprogrammi üldise eelduse täitmiseks on vaja tekitada kartelliosalistes oht range karistuse ees. Ohu tekitamisel on ennetav mõju, samuti, muudab potentsiaalne range karistus juba kartellis osalejad altimaks kartelli ebastabiilsuse korral kiiresti ametisse teatama.

²⁹ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. xix.

³⁰ Yulia Bolotova, John M. Connor & Douglas J. Miller, "Cartel Stability: an Empirical Analysis", analysis (2006), p. 7.

³¹ Steffen Brenner, "An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program", Humboldt-University Berlin (2005), p. 35.

³² Hammond "Detecting and Deterring Cartel Activity through an Effective Leniency Program", *supra nota* 18, p. 1.

Esimese kriteeriumi alusel uuritakse võrdluses, milline leebusprogrammi ülesehitus tagab ohu range karistuse ees. Üldstruktuur on ÜK-l ja Rootsil sarnane mudeliga, kus rakendatakse kolme leebusvarianti: A immuunsust, juhul, kui avaldaja esitas tõendeid, mis lasi konkurentsiametil (edaspidi amet³³) teostada sihipärase kontrolli või B immuunsust, juhul kui paljastas tõendeid, mis lasi ametil avastada artikkel 81 rikkumise. Kolmas alternatiiv on trahvide vähendamine, juhul kui avaldaja annab ametile kartelli kohta olulist lisainformatsiooni.³⁴ ÜK-s on keerulisem süsteem, sest kohaldatakse kahte trahvialandamise varianti (B ja C) ning eristatakse ettevõtja tsiviilimmuunsust, mis vabastab ainult selle kõigist trahvidest; eraisiku kriminaalimmuunsust, mis vabastab ta kriminaalkaristusest ning nn. blanketset immuunsust, mis antakse ettevõtjale, aga hõlmab ka töötajaid.³⁵ A immuunsuse (blanketse) jaoks peab ettevõtja, olema esimene avaldaja ja omama siirast soovi rikkumine üles tunnistada, aga ta esitatud info ei pea otseselt tagama ametil sihipärase kontrolli teostamist. B immuunsus antakse ettevõtja immuunsusena, kui ta on küll esimene, aga tsiviil- või kriminaaluurimine juba käib. See on diskretsiooniotsus, kus kaalutakse, mis on enam avalikkuse huvides, kas uue lisainfo saamine, uurimise arendamine ja osaliste süüdimõistmine. Või et immuunsust ei kohaldata, sest: menetlus kaua kestnud, info olemas, kulutusi tehtud ning ilmselt suudetakse rikkumine tõestada.³⁶ USA-s kaalub amet B immuunsus puhul, kas kohaldamine on teiste suhtes ebaaus, arvestades selle ebaseadusliku tegevuse olemust, ülestunnistaja rolli selles, miks tema omab otsustavaid tõendeid ja aega, mil ta üles tunnistab.³⁷ Rootsi on erandiks, sest B (*erilist*) immuunsust saab taotleda ükskõik mitmes avaldaja, osutades ametile olulist abi ehk esitades nn. otsustava tõendi, mille abil saab rikkumise tõestada.³⁸ Erinevus on teatamist julgustav, kuna annab kõigile osalejatele, kel olulist infot, lootust saada täiskaitset, isegi kui nad pole esimesed. B leebust ehk kuni 100 % trahvivähendamist antakse ÜK-s erandina neile, kes B immuunsust ei saanud: avaldaja on esimene, tsiviil- või kriminaalmenetlus käib, aga ta ei vasta immuunsustingimustele. C leebust ehk kuni 50 % trahvivähendamist kohaldatakse teisena avaldajale.³⁹ USA programmi erisuseks, võrreldes ÜK ning Rootsiiga, on, et kohaldatakse vaid A ja B immuunsust ning puudub trahvi

³³ Ameti mõiste all on töös mõeldud vastavalt, kas: Rootsi Konkurentsiametit, ÜK ausa kaubanduse ametit või USA Justiitsdepartemangu Kartelliosakonda.

³⁴ European Competition Network, "Model Leniency Program", *supra nota* 8, Section 5-12.

³⁵ Office of Fair Trading, "Leniency and No-action. OFT's Guidance Note on the Handling of Applications", UK's Guidance on Leniency (2008), p. 10.

³⁶ Op. Cit., p. 14, 17, 22.

³⁷ U.S. Department of Justice, "Corporate Leniency Policy," (1993), <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm> (17.2.2009).

³⁸ Swedish Competition Act, 2005, Article 28a § 2. (Tegu on Rootsi Konkurentsiameti mitteametliku tõlkega).

³⁹ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 27.

vähendamine programmi osana, mis oluliselt suurendab võidujooksu esimesena teatamisele. See eripära tasakaalustatakse, pakkudes teisena teatajale „immuunsus pluss“ meetodit või läbirääkimisi karistuse suhtes, millest tuleb juttu allpool.

ÜK-s ning USA-s on välja töötatud standardsed leebuslepingud ettevõtjatele ja eraisikutele, kusjuures esmalt sõlmitakse avaldajaga tingimuslik ning kui ta täidab kõik nõuded, siis lõplik leping. Tingimusliku lepingu sätestusest peetakse täpselt kinni, nagu tavalise kirjaliku lepingu puhulgi, mida rõhutati allpool kirjeldatavas Stolt-Nielsen juhtumis.⁴⁰ Tingimused, mida tuleb täita ÜK-s⁴¹, USA-s⁴² lepingu järgi ning Rootsis⁴³ ilma lepinguta, on üldjoontes sarnased: esitada kõik olemasolevad tõendid; teha ametiga koostööd kuni menetluse lõpuni, paljastamata seda kellelegi; kõik menetluse jooksul ilmnenuid uued andmed vabatahtlikult ametile anda; puhtsüdamlikult üles tunnista kartellis osalemine; tegema kõik, et töötajad ametiga koostööd teeks: ametile sobival ajal ülekuulamistele ilmuksid, ei võltsiks tõendeid ega valetaks ametile. ÜK-s on lisatingimus, et ettevõtja peab ametile IT süsteemid avama, et viimane saaks neid analüüsida, kas IT infot pole hävitatud, muudetud enne või uurimise ajal.⁴⁴ Rootsis peab avaldaja veel esitama, mida on iga osaleja konkreetselt teinud, et kergendada kartelli elluviimist. Lisaks on nõutav, et avaldaja oleks osaluse kartellis lõpetanud.⁴⁵ ÜK-s⁴⁶ ning USA-s⁴⁷ aga jäetakse ametile võimalus nõuda, et koostöö varjamiseks peab avaldaja veel kartellis osalemist jätkama. USA-s peab avaldaja juba taotlemise järgus võimaluse korral hüvitama kannatanutele kahju.⁴⁸ See erandlik tingimus on loodud avaldaja olukorra leevendamiseks. Nimelt on leebusleping kolmandate isikute eest kaitstud: nad ei saa seda kohtusse tõendiks. See annab avaldajale võimaluse ise läheneda kannatanutele, üritamaks nendega jõuda kokkulepetele, et maksta hüvitised ilma kohtukäiguta. Tingimus hoiab avaldajale raha kokku ja vähendab aja- ning närvikulu kannatanutele. Samas ei pea kahju hüvitama ettevõtja, kui ta on pankrotis või maksmine ähvardaks ta likviidsust või kui kohus ei luba tal enam täiendavat kohustust võtta.⁴⁹

⁴⁰ Donald C. Klawiter, J. Clayton Everett, “The Legacy of Stolt-Nielsen: A New Approach to the Corporate Leniency Program?” *6, The Antitrust Source* (2006), Issue 2, p. 2.

⁴¹ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications”, *supra nota* 35, p. 75-78.

⁴² DOJ, “Model Corporate Conditional Leniency Letter,” (2008), <www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239524.htm>, (13.1.2009).

⁴³ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 229-230.

⁴⁴ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications”, *supra nota* 35, p. 76.

⁴⁵ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 229-230.

⁴⁶ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications”, *supra nota* 35, p. 47.

⁴⁷ Belinda A. Barnett, Scott Hammond, “Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters”, Department of Justice Antitrust Division Guidance (2008), p. 15.

⁴⁸ U.S. Department of Justice, “Corporate Leniency Policy”, *supra nota* 37.

⁴⁹ Barnett, Hammond, “Frequently asked questions”, *supra nota* 47, p. 18.

Veel on USA-s rõhutatud, et eraisik, kes koostööd teeb ja ametile infot annab, ei pea selleks loobuma oma advokaat-kliendi ega advokaadi või enda poolt kohtuvaidluseks koostatud dokumentide jms. konfidentsiaalsusest.⁵⁰ ÜK-s jällegi võib amet paluda advokaadilt, et viimane sellest konfidentsiaalsusest teatud teabe puhul loobuks, et amet saaks menetlust jätkata.⁵¹

Nii ÜK-s⁵² kui USA-s⁵³ on reegel, et kui avaldaja rikub ja/või ei täida lepingu tingimusi, võib amet selle tagasi võtta ning tema esitatud tõendeid kasutades talle karistuse määrata. Kui avaldus võetakse tagasi isiku poolt või käitatakse pahatahtlikult: tõendite hävitamine, muutmine, koostöönõude rikkumine, võib amet lepingu tühistada ning kasutada teavet tema ja teiste osaliste vastu. Enne seda sammu teavitab amet isikut kirjalikult, andes võimaluse rikkumist põhjendada ning kui amet peab seda asjaolusid arvestades sobivaks, siis lastes rikkumise ka heastada.⁵⁴ Ainus teadaolev juhtum ameti katsest lepingut tühistada, on Stolt-Nielsen asi, milles Stolt ei lõpetanud osalust kartellis, pärast seda kui ettevõtja juriidiline nõustaja (edaspidi nõustaja) osaluse avastas ega võtnud vajalikke samme selle lõpetamiseks. Stolt hoopis määras oma sisejuurdlust läbi viima ühe kartelli eestvedaja; ühtegi kartellis osalenud juhti ei vallandatud, kõrvaldatud töölt ega määratud neile distsiplinaarkaristust ega kästud süüdlastel isegi lõpetada koostööd teiste kartelliosalistega.⁵⁵ Seega lepingu tingimustega luuakse ÜK-s ja USA-s olukord, kus avaldaja vastutab kõigi ning kõige eest menetluse lõpuni ja talt eeldatakse suuri pingutusi, kui soovib kindlustada endale lõpliku immuunsuslepingu.

ÜK-st ühe mõjuka juhtumi näitena võib tuua nn. asfaldi kartelli, mille menetluses kasutati esmakordselt kahte tõhusat meetodit: esiteks, eelpool mainitud digitaalset tõendite otsimismeetodit, kontrollimaks, et infot ei varjata, moonutata. Teiseks, öeldi teatud hetkel menetluses ehitusfirmadele, et amet omab piisavalt infot ja leebusavaldusi enam vastu ei võeta. Seejärel kuulutati välja ajavahemik, mil osalised, kes veel leebust taotlenud ei olnud, said enda süüd tunnistada ning teatud leevenduse trahvi osas.⁵⁶ See osutus efektiivseks meetodiks ulatusliku ja keeruka kartelli lahendamiseks.

Teise kriteeriumi alusel leitakse, mis meetoditega lahendada kartelli algataja ja/või juhi leebusküsimus, et suurendada ohtu range karistuse ees. Mudel välistab kartelli juhile ja/või

⁵⁰ DOJ, "Model Corporate Conditional Leniency Letter", *supra nota* 42.

⁵¹ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 56.

⁵² Op. Cit., p. 79.

⁵³ DOJ, "Model Corporate Conditional Leniency Letter", *supra nota* 42.

⁵⁴ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 49, 54, 79.

⁵⁵ Scott Hammond, "Scott Hammond on Stolt-Nielsen", 11 *Global Competition Review* (2008), 5, p. 13-14.

⁵⁶ Office of Fair Trading, "Annual Report and Resource Accounts 2006-2007", report (2007), p. 42.

algatajale immuunsuse kohaldamise, küll aga võimaldab trahvi vähendamist,⁵⁷ sest eeldatavalt omavad need isikud otsustavaid tõendeid, mis võivad olla menetluses kriitilise tähtsusega. Kõigis kolmes riigis on nüüdseks kartelli juhile immuunsuse kohaldamine välistatud, küll aga erinevad riigiti meetodid, kuidas tehakse kindlaks, kes on juht ja/või algataja. ÜK-s on kartelli juhi mõiste asemel kasutusel sundija mõiste, mida pole defineeritud. Käibel on nn. sundija test: peab esitama tõendid, et avaldaja on teisi nende tahte vastaselt sundinud kartellis osalema. Sundimiseks loetakse muuhulgas: füüsilise vägivalla kasutamist või sellega ähvardamist; väljapressimist või majandusliku surve osutamist. Sunniga pole tegu, kui osutatakse küll osalisele majanduslikku survet ja viimase kasum väheneb, aga puudub risk turult välja langemiseks.⁵⁸ Seega on ÜK-s lävend, et isikule immuunsus välistatakse, kõrge. Lihtsalt faktist, et kedagi või mitut isikut nimetatakse kartellis juhiks, selleks ei piisa. See mõneti vähendab ohtu range karistuse ees, sest juhil on võimalus saada immuunsust, tingimusel, et teised osalevad vabatahtlikult. Samas on oht võrreldes mudeliga nagunii kõrgem, sest ÜK-s rakendatakse eraisikutele kriminaalkaristust ehk sundija puhul on ka ta töötajatel oht immuunsus kaotada. Sundijale on siiski garanteeritud kuni 50 % trahvivähendamist ning ta koostööd tegevad töötajad, võivad kriminaalimmuunsuse kinnitada.⁵⁹ Rootsi programm oli enne uue seaduse jõustumist EL-is ainulaadne, sest süsteemis ei peetud asjaolu, kus isik on kartellis juhtfiguuriks automaatselt immuunsust välistavaks asjaoluks. Immuunsust keelduti andmast alles siis, kui see oli asjaolusid arvestades tõeliselt ebamõistlik; samas seda ei välistatud,⁶⁰ mis vähendas ohtu karistuse ees. Uues seaduses ei kohaldata immuunsust isikule, kes on teisi sundinud kartellis osalema.⁶¹ USA-s on asjaolu, et kartelli juhile või organisaatorile immuunsust ei kohaldata, kirjas tingimusena nii ettevõtja kui eraisiku immuunsuslepingus. Seal rakendub avaldajasõbralik meetod: immuunsusest ilmajäämiseks peab isik olema tõeliselt ainus juht antud kartellis. Näiteks kui viieliikmelises kartellis on kaks juhti, siis saavad mõlemad immuunsust taotleda või kui on kaheliikmeline kartell, kus mõlemal oluline roll, siis neilegi kohaldatakse immuunsust. USA-s on välistatud võimalus, et ettevõtjat peetakse juhiks, kui ta on suurim, laiema turuosaga, kui selgelt ei tõendata, et tema on ainus.⁶² USA ja ÜK programmi eesmärk on osalisi avaldama julgustada ning mitte takistada neid, kel ehk oli kartellis

⁵⁷ European Competition Network, "Model Leniency Program", *supra nota* 8, Section 8.

⁵⁸ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 29.

⁵⁹ Op. Cit., p. 30.

⁶⁰ Swedish Competition Act, *supra nota* 38, Article 28b Section 2.

⁶¹ The Swedish Competition Authority, "Introduction of the new competition act", <www.konkurrensverket.se/t/Page___4394.aspx> (18.1.2009).

⁶² Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p.16.

tugevam roll. Eesmärk on mitte sulgeda ust tugevamatele osalejatele, sest nende poolt esitatud väärtuslike tõenditega võib kartelli avastada.

Kolmanda kriteeriumi alusel leitakse, milline peaks olema trahvi suurus, et tekitada ohtu range karistuse ees. Programmide eesmärgiks on, et karistus oleks kartellist teenitud tulust suurem: mida kauem on kartell kestnud, mida ulatuslikum, seda kõrgem trahv osalistele määratakse. Nii tekitatakse oht range karistuse ees, mis omab ennetavat mõju kartelliosalistele ja on esmane põhjus, miks tullakse kartellist teatama. Komisjon määrab trahvi kuni 10 % ettevõtja⁶³ eelmise majandusaasta ülemaailmsest kogukäibest. Korduvatele rikkujatele tõstetakse trahvi 100 % võrra ning korrutatakse vastavalt selle kestuse aastatele.⁶⁴ Komisjonil ja ÜK-l on täpne juhis, kuidas põhitrhiv arvutatakse, millised raskendavad ning kergendavad asjaolud seda summat mõjutavad. Sellega on avaldajale tagatud süsteemi läbipaistvus: tekib ettekujutus, millise trahviga riskitakse, kui programmi ei astuta, sest iga osaline oskab enamvähem oma kartelli mõju ja kestvust hinnata.⁶⁵ Seega on programmi astumine tulude/kulude analüüsil põhinev strateegiline otsus. EL-is on trahvid väga kõrged, sest kriminaalkaristusi ei kohaldata. Samas on praktiseerijad nentunud, et tegelikkuses on kõige mõjusamaks oht, mis sunnib osalisi kartellist teatama, just hirm vangistuse ees.⁶⁶ Siiski on vähetõenäoline, et siiani kartellide osalistele määratud hiigeltrahvid, ei tekita ohtu range karistuse ees teiste kartellide osalistele. Teisalt vahel osutuvad kõrged trahvid hoopis kuluks, kuna põhjustavad ettevõtja pankroti, vähendavad vastaval turul konkurentsi, jätavad paljud töötuks ning samal ajal säilivad ettevõtja maksmata võlad.⁶⁷

ÜK-s⁶⁸ ning Rootsis⁶⁹, uue seaduse järgi, on trahv kuni 10 % ettevõtja eelmise aasta majanduskäibest. Rootsi eelmises seaduses oli trahv piiritletud 5000-5 miljonit SEK või kõrgem, tingimusel, et see lõplikult ei ületanud 10 % käibest.⁷⁰ Meetod, kuidas ÜK-s⁷¹ ja Rootsis⁷² trahvi arvutatakse: kõigepealt määratakse nn. alguspunkt, mille arvutamisel arvestatakse ettevõtja ülemaailmse käibega ning rikkumise tõsidusega: kartellile asjakohase toote olemuse, selle turu

⁶³ Case C-41/90 Höfner and Elser v Macratron GmbH (1991) ECR I-1979, paragraph 21.

⁶⁴ Kroes, "Key Developments in European Competition Policy over the Past Two Years", *supra nota* 4.

⁶⁵ Suunised määruse (EÜ) nr 1/2003, 1. september 2006, artikli 23 lõike 2 punkti a kohaselt määratavate trahvide arvutamise meetodi kohta -ELT C 210, 1.9.2006, lõige 2.

⁶⁶ Gregory J. Werden, "Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime", *European Competition Journal* (2009), p. 15.

⁶⁷ Op. Cit., p. 15.

⁶⁸ Office of Fair Trading, "Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty", UK's Guidance on Penalty (2004), p. 3. – Definition of an undertaking; Competition Act 1998, United Kingdom, Article 36 (1) and (8).

⁶⁹ Swedish Competition Act, *supra nota* 38, Article 3 - definition of an undertaking, Article 27.

⁷⁰ Op. Cit., Article 27 § 1.

⁷¹ Office of Fair Trading, "Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty", *supra nota* 68, p. 6.

⁷² Swedish Competition Act, *supra nota* 38, Article 28; Helene Andersson, Elisabeth Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *European Competition Law Review* (2008), 10, p. 565.

struktuuri, osaliste turuosaga, sisenemistingimused sellele turule ning mõju konkurentidele, kolmandatele isikutele, tarbijatele. Lisaks arvestatakse ÜK-s vahel kartelli mõju ka teistes liikmesriikides ja trahvisumma korrutatakse vastavalt kartelli kestuse aastatega. Raskendavateks asjaoludeks loetakse ÜK-s, kui: ettevõtja on eestvedaja (ka Rootsis); juhtkond on seotud; on võetud sundivaid meetmeid, et teisi firmasid kartellis hoida; jätkatakse kartelli isegi peale menetluse algamist; esinevad korduvad rikkumised ettevõtja poolt (ka Rootsis⁷³); on kätte makstud sellele, kes leebusavalduse tegi.⁷⁴ Kergendavateks asjaoludeks loetakse ÜK-s: kui ettevõtja tegutseb sunni või ähvarduse mõju all; kui tal on siiras kahtlus asjaolus, kas tema enda käitumine on kartell; kas on võetud adekvaatseid samme kindlustamiseks kooskõla artikliga 81 ja 82. Lisaks selleks, et osaline ei saaks kaks korda sama asja eest karistust, arvestatakse, kas kartelli kohta on komisjon või teine amet trahvi teinud.⁷⁵ Rootsis arvestatakse kergendava asjaoluna näiteks, kui ettevõtja on limiteeritult osalenud kartellis.⁷⁶ ÜK üks kõrgeimaid määratud trahve on British Airways juhtum, mil viimane maksis 121.5 miljonit naela, peale tunnistamist, et oli Virgin Atlanticuga kokku leppinud lisamaksudes hindadele bensiinihinna tõusu tõttu 2004-2006 aastatel.⁷⁷

Rootsi erineb nii komisjonist kui ÜK-st, sest ametil puudub trahvi otsustamise õigus. Selleks omab pädevust Stockholmi linnakohus. Tegu on kahe institutsiooni süsteemiga: üks määrab maksimumtrahvi ulatuse, millest teine kõrgemat, küll aga väiksemat, trahvi ei või rakendada.⁷⁸ Mõneti on sel, et mitu asutust otsustavad, läbipaistvust vähendav mõju, sest tekib ebakindlus lõpptulemuse suhtes. Samas, kuna kohus ei saa ameti esitatust kõrgemat trahvi kohaldada, on see osalisele kasulik ebakindlus. Teiste kartellide osalistele on see aga ennetust vähendav asjaolu - teadmine, et kuigi rakendatakse kõrgeid trahve, siis ilmselt kaht institutsiooni läbiva menetluse käigus neid vähendatakse. Näiteks sellest, et kohus enamasti ameti poolt määratud trahvisummasid vähendab, kuna hindab asjaolusid leebemalt või kuna amet ei suuda trahve tõendada,⁷⁹ on nn. Volvo kartell, kus amet nõudis kohtus 8 osalisele trahve 71.3 miljoni SEK ulatuses, millest kohus määras lõpuks vaid kolmandiku.⁸⁰

⁷³ Swedish Competition Act, *supra nota* 38, Article 28a § 3.

⁷⁴ Office of Fair Trading, "Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty", *supra nota* 68, p. 7-9.

⁷⁵ Op. Cit., p. 9, 11.

⁷⁶ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 72, p. 565.

⁷⁷ Office of Fair Trading, "Annual Report and Resource Accounts 2007-2008", report (2008), p. 40.

⁷⁸ OECD, "Competition Law and Policy in Sweden", *Policy Brief* (2007), p. 3-4.

⁷⁹ Op. Cit., p. 5.

⁸⁰ Elisabeth Legnerfält, "Retailers guilty of price-fixing in Volvo Cartel", <www.legal500.com/c/sweden/developments/5568> (5.1.2009).

USA süsteem erineb eelnevatest, kuna trahvidena on sätestatud kindlad summad, mida on aastate lõikes oluliselt suurendatud. USA-s võib ettevõtja⁸¹ saada trahvi kuni 100 miljonit dollarit, kusjuures enne 2004. aasta reformi oli see vaid 10 miljonit dollarit. Samas võib kohus määrata maksimummäärast kõrgema trahvi, kui isik sai rikkumisest kas rahalist kasu või tekitas kannatanutele rahalist kahju. Sel juhul ei või määratav trahv ületada rikkumisest saadud kahekordset brutokasu või tekitatud brutokahju.⁸² Kõrgeim määratud trahv on Hoffmann-La Roche'ile vitamiini kartelli eest 500 miljonit dollarit.⁸³ Uuem näide on British Airways ja Korean Air Lines kartell, kus mõlemad said trahvi 300 miljonit dollarit.⁸⁴ Enne 2005. aastat kehtis USA-s nagu ÜK-ki kohustuslik trahvimääramise juhend, mida peale *Booker* juhtumit siiski veel rakendatakse, kuid soovituslikult. Nimelt ei võinud juhendi kohaselt kohtunik enda tuvastatud fakti alusel karistust kõrgendada, kuna see riivaks eraisiku konstitutsioonilist õigust vandekohtule. Karistuse tõstmiseks pidi kaitsja fakti omaks võtma või vandekohus selle väljaspool mõistlikku kahtlust olevaks tunnistama, mistõttu pidi kohus tihti leppima kergema karistusega.⁸⁵ Juhendi järgi määratakse ettevõtjale esmalt baastrahv, milleks kartelli puhul on 20 000 dollarit, mida suurendatakse vastavalt tema asjakohasele käibele. Siis tehakse kindlaks ta rikkumise raskusaste, arvestades: kas juhtkond oli seotud kartelliga või talus selles osalust, kas ta andis end üles, tegi uurimisel koostööd ja leitakse maksimum/miinum korrutaja, millega baastrahvi korrutades moodustub lõplik summa. Lõpliku summa arvestamisel kaalutakse ka: kas karistus peaks ennetama, peegeldama selle tõsidust; mis oli ettevõtja roll kuriteos; kas tekitati või ähvardati tekitada mitterahalist kahju.⁸⁶ Enamik trahve määratakse aga karistuse läbirääkimistel, millest tuleb juttu allpool.

Neljanda kriteeriumi alusel uuritakse, milliste meetoditega karistada kartellis osalemise eest eraisikut, et tekitada ohtu range karistuse ees. EL-i tasandil puuduvad isikutele kriminaalkaristused. USA-s ja ÜK-s kohaldatakse eraisikutele kriminaalkaristust. ÜK-s lisakaristusena ning Rootsis rakendatakse ärikeeldu. Leebusprogrammides on üldiselt eraisikule karistusest immuunsuse kohaldamiseks kaks võimalust: koos ettevõtjaga või eraavaldusega. ÜK-s

⁸¹ U.S. Federal Sentencing Guidelines, 2003, § 8A1.1.

⁸² Sherman Act, 1890, 209, 15.U.S.C. § 1; United States Code - January 3, 2007, Title 18, Part II, Chapter 227, Subchapter C, § 3571 (d).

⁸³ James M. Griffin, "A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", ABA Section of Antitrust Annual Meeting (2003), p. 7.

⁸⁴ U.S. Department of Justice, British Airways PLC and Korean Air Lines CO. LTD, <washingtondc.fbi.gov/dojpressrel/pressrel07/wfo080107.htm> (9.2.2009)

⁸⁵ Scott Hammond, "Antitrust Sentencing In The Post-*Booker* Era: Risks Remain High For Non-Cooperating Defendants", ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting (2005), p. 5.

⁸⁶ U.S. Federal Sentencing Guidelines, *supra nota* 81, § 2R1.1., § 8C2.4., § 8C2.5., § 8C2.7., § 8C2.8.

kohaldatakse kriminaalkaristust vaid horisontaalses kartellis osalemise eest: vangistus kuni 5 aastat ja/või trahv või kokkuvõtlik karistus, kus vangistus ulatub kuni 6 kuud pluss trahv.⁸⁷ Ettevõtja kartellimenetluses eraisiku kohta kriminaaluurimise alustamine on ameti kaalutusotsus, mis lähtub sellest, kas on tõendeid, et üks või mitu eraisikut on ebaausalt käitunud. Kohaldatakse nn. ebaaususe testi: tavainimesed peavad ta tegu ebaausaks ja süüdlane teadis, et tavainimesed peaksid seda ebaausaks.⁸⁸ Oluline on asjaolu, et kuritegu loetakse sooritatuks, isegi kui kartelli, kokkuleppeid ei jõustatud.⁸⁹ Programm soodustab eraisikut, sest ta nõustaja saab ametilt anonüümselt uurida, kas teatud kartelli puhul on võimalik, et kriminaaluurimist üldse alustatakse. Kui amet leidnud, et puuduvad tõendid eraisiku kartelliga seostamiseks, saadetakse talle, ilma et ta peaks ebaausat käitumist omaks võtma, nn. lohutusõiend selle kohta et puudub risk, et amet talle süüdistuse esitaks.⁹⁰ Kui aga eraisik vastab kriminaalimmuunsuse tingimustele, siis pakutakse talle õiendit, millega kindlustatakse, et menetlust ei alustata,⁹¹ tingimusel, et ta kartellis osaluse ja ebaausa käitumise kinnitab.⁹² Uuritakse veel, kas ettevõtja oli sundija rollis, sest ka siis võivad töötajad kriminaalimmuunsuse saada. Kui ei olnud, siis kontrollitakse ega eraisikul endal sundija võimu ei olnud. Ettevõtja A immuunsuse ja B immuunsuse tsiviiluurimise puhul kohaldub automaatne kriminaalimmuunsus kõigile endistele, praegustele töötajatele; B immuunsuse kriminaaluurimisel ning trahvivähendamisel aga kaalutakse immuunsust avalikust huvist lähtuvalt iga eraisiku puhul eraldi.

Kui eraisik ise taotleb A immuunsust, siis tagatakse see automaatselt, kui ükski teine isik pole avaldust teinud ja pole käimasolevat tsiviil- või kriminaalmenetlust. Kui käib menetlus, aga eraisik on esimene, võib ta saada B immuunsuse, kui esitab väärtuslikku lisainfot. Nagu ettevõtja puhulgi, sõlmib amet eraisikuga tingimusliku õiendi, milles kõik nõuded, mida järgida. Kui töötaja pöördub ametisse enne ettevõtjat, siis on ametil diskretsioon, kas anda immuunsus ettevõtjale või töötajale.⁹³ Lisaks kriminaalkaristusele võib kohus eraisikule määrata äritegevuse keelu, kui ta on olnud ettevõtte juht, mis on rikkunud konkurentsioigust ja kohtu arvates tema käitumine juhi rollis teeb ta ebasobivaks ettevõtte juhatuses jätkamiseks. Keelu võib määrata kuni 15 aastaks, mil eraisik ei või: olla ettevõtte juht, võtta vastu selle vara, otseselt või kaudselt

⁸⁷ Enterprise Act 2002, United Kingdom, 2002 c.40, Article 190.

⁸⁸ Caron Y. Beaton-Wells et al., "Criminalization of antitrust", ABA Section of International Law Fall Meeting (2008), p. 13.

⁸⁹ Office of Fair Trading, "Guidance on the Issue of No-action Letters for Individuals", UK's Guidance (2003), p. 3.

⁹⁰ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 32.

⁹¹ Enterprise Act 2002, *supra nota* 87, Article 190 (4).

⁹² Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 32.

⁹³ Op. Cit., p. 37-38.

osaleda selle loomises, edendamises, juhtimises.⁹⁴ Samas eraisikule kinnitatud immuunsus vabastab ta ka äritegevuse keelust.⁹⁵

USA meetodid erinevad ÜK-st: esmalt puudub ebaaususe test: eraisik loetakse süüdi *per se*, kui kartell on olemas.⁹⁶ Programm lubab eraisikul eraldi immuunsusavalduse teha, eeldusel, et ta ettevõtja pole seda juba teinud, sest muidu arvestatakse viimast.⁹⁷ Teiseks erinevuseks on, et kuigi ettevõtja A immuunsus hõlmab kõiki töötajaid, siis kaitsmaks ka endisi töötajaid, peab ettevõtja seda eraldi paluma.⁹⁸ Üldiselt sarnaneb süsteem ettevõtja immuunsusavalduse omale, aga B immuunsust eraldi eraisikule reguleeritud pole, seda otsustatakse iga kord eraldi. Eraisiku avaldusel kohaldatakse A immuunsust, kui ta teeb selle enne kartellimenetluse algatamist: a) hetkel kui tema teavitab kartellist, ei ole amet teadlik sellest ühestki allikast, b) ta teatab rikkumisest täielikult ja teeb põhjalikult koostööd kogu uurimise aja, c) ta ei sundinud kedagi jääma kartelli ning polnud selle eestvedaja.⁹⁹ Eraisik peab tõendama, et polnud kartelli ainujuht, sest mitme juhi puhul kvalifitseeruks ta siiski. Oluline on veel, et ta ei valetaks, vastaks kõigele täielikult, hoidmata infot tagasi ning süüdistamata kedagi teist.¹⁰⁰ Kolmanda erinevusena sõlmitakse eraisikuga, kes on veel mõne süüteo suhtes uurimise all, kahekordse menetluse leebusleping, et ta mõistaks, et immuunsus seda ei hõlma. Siiski kaitseb immuunsus nende süütegude eest, mis selle kartelliga seonduvad, nt. altkäemaks ametnikele, vandenõu, pettus.¹⁰¹ Ka ÜK-s kaitseb immuunsus sellise kuriteo eest, mis on olemuselt kartelliga seotud.¹⁰² Neljas erinevus on, et vangistusaja kestvus on ÜK-st pikem, nimelt 2004. aasta reformiga tõsteti vangistuse määra 3 aastalt 10 aastale; lisaks kõrgendati trahvi 350 tuhandelt 1 miljoni dollarini.¹⁰³ Üldiselt on USA-s kasvav tendents määrata reaalseid vangistusi, mis mõjub programmile positiivselt, kuna suureneb oht rangele karistusele. Vangistust oli 2002.-2003. aastal määratud kokku 10 000 päeva, keskmine aeg 18 kuud;¹⁰⁴ 2005. aastal 13 157 päeva ja 2007. aastal juba 31 391 päeva, kusjuures sel aastal 87 % süüdi mõistetud eraisikutest, said ka vanglakaristuse.

⁹⁴ Enterprise Act 2002, *supra nota* 87, Article 204 9A, 9B.

⁹⁵ Office of Fair Trading, "Guidance on the Issue of No-action Letters for Individuals", *supra nota* 89, p. 8.

⁹⁶ Beaton-Wells et al., "Criminalization of antitrust", *supra nota* 88, p. 13.

⁹⁷ Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p. 21.

⁹⁸ Op. Cit., p. 18.

⁹⁹ U.S. Department of Justice, "Leniency policy for individuals," (1994), <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm> (14.1.2009).

¹⁰⁰ DOJ, "Model Individual Conditional Leniency Letter", (2008), <www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239526.htm> (15.1.2009).

¹⁰¹ Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p. 7.

¹⁰² Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 65.

¹⁰³ Sherman Act, *supra nota* 82, § 1; Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Section 215 (a).

¹⁰⁴ Griffin, "A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", *supra nota* 83, p. 2.

Keskmine vangistuse pikkus on tõusnud 31 kuuni.¹⁰⁵ ÜK-s mõisteti alles 2007. aastal esimest korda kolm ärimeest kartelliosaluse eest kriminaalkorras süüdi.¹⁰⁶ USA-s on mõistetud vangi ka mitmeid välismaa ärijuhte, mille hõlbustamiseks on loodud INTERPOL-i punase märgistuse süsteem. Sellega liitunud riigid peavad tagaotsitava arreteerima ja USA-le süüdimõistmiseks välja andma.¹⁰⁷ Karistuse karmistamiseks kaotati kartelli välisriikidest osalistele nn. vangistusest vabastamise kokkulepe.¹⁰⁸

Rootsi on kolmest riigist ainuke, kel puudub ka uues seaduses kriminaalkaristus, kuigi seda kaaluti. Vastuargumentidena toodi esmalt, et väheneks leebusavaldajate arv, kuna ettevõtete juhid ei oleks vangistuse hirmus nõus enam avaldusi esitama.¹⁰⁹ Teiseks, kuna Rootsis on absoluutne kohustus karistada kriminaalkuritegusid siis, kui eraisik annab avalduses infot kartelliosaluse kohta, saavutades ettevõttele immuunsuse haldusmenetluses, siis see ei anna talle immuunsust kriminaalmenetlusest.¹¹⁰ Uues seaduses sätestati eraisikutele pikkades ning rasketes kartellides osalemise eest karistuseks ärikeeld: 3-10 aastat, millega loodetakse kartelle ennetada. Samas garanteeritakse, et kui eraisik aitab uurimisele põhjalikult kaasa, siis ärikeeldu ei kohaldata. Ärikeeld kehtib vaid juhtrollis eraisikutele, nagu nõukogu asendus-/liikmed, tegevjuht, asepresident ja *de facto* juhtpositsiooni hoidjad. Ärikeeld tähendab, et ta ei või omada ega juhtida äri, ei või olla nõukogu liige, asetäitja ega omada allakirja õigust. Veel ei või ta töötada või konsulteerida ettevõtet, mille juht ta oli või mõne sugulase omatud ettevõtet. Amet peab suutma keelu kohaldamiseks tõestada, et juhatus mitte vaid ei teadnud rikkumisest, aga ei võtnud ka selle lõpetamiseks midagi ette. Praktiseerijad kardavad siinkohal ebaõigluse tekkimist. Nimelt on kartellides enamasti suured korporatsioonid, kel kartellikontaktiks töötajad, algatajad/eestvedajad ning väikesed, kel kontaktiks juhid, osalevad hirmust, et nad muidu turult välja surutakse. Ebaõiglus tekiks kui suurte korporatsioonide juhid jääksid karistusest, aga väikesed saaksid ärikeelud.¹¹¹

Viimase kriteeriumi alusel uuritakse, mis meetodite abil peaks kahju hüvitamine kolmandatele isikutele olema üles ehitatud, et tekitada ohtu range karistuse ees. EL-is valitseb

¹⁰⁵ Hammond, "Recent Developments, Trends and Milestones", *supra nota* 25, p. 4-6.

¹⁰⁶ Office of Fair Trading, "Annual Report and Resource Accounts 2007-2008", *supra nota* 77, p. 43.

¹⁰⁷ Hammond, "Recent Developments, Trends and Milestones", *supra nota* 25, p. 7; International Criminal Police Organisation (INTERPOL).

¹⁰⁸ Gerald F. Masoudi, "Cartel Enforcement in the United States (and beyond)", Cartel Conference in Budapest (2007), p. 5. Varem garanteeris amet, selleks et saada välisriigi tunnistajatelt infot või välisriigis asuvaid dokumente, välisriigi kartelliosalistele, kes end süüdi tunnistasid, et neile vangistust ei kohaldata.

¹⁰⁹ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 72, p. 566.

¹¹⁰ Norgren, "Leniency and Criminalization", *supra nota* 3, p. 5.

¹¹¹ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 73, p. 566-567.

üldine eesmärk tõhustada hüvitamismenetlust kannatanute seisukohast, sest sellega aidatakse kaasa tulevaste rikkumiste ennetamisele.¹¹² Komisjon ning kõik kolm riiki tagavad kahjuhüvitisi nii konkurentidele, lepingu osapooltele (otsene ostja) kui ka tarbijatele (kaudne ostja). USA-s,¹¹³ ÜK-s¹¹⁴ ja Rootsis¹¹⁵ on aktsepteeritud klassihagid ning EL-is¹¹⁶ on see arutelu all. EL-is ning ÜKs¹¹⁷ kehtib põhimõte, et kui amet on mõne ettevõtja artikkel 81 või 82 alusel süüdi mõistnud, siis on see siduv tõend kahju hüvitamisel tsiviilasjas. Kahju hüvitamisel saab EL-is nõuda täielikku hüvitist, mis hõlmab nii hinnatõusust tekkinud kahju, läbimüügi vähenemise tõttu saamata jäänud tulu kui õigust intressile.¹¹⁸ ÜK-s on hüvitismeetmeteks: kahjutasu, rikkumisest saadud kasu väljaandmine; kohaldatakse (enamasti lepingu) täitmise nõuet; aga karistuslikke hüvitisi äriasjade puhul ei rakendata.¹¹⁹ Rootsis on lepinguvälise kahju eest artikkel 81 puhul erandina rahaline hüvitis, mida teiste rikkumiste korral kohaldatakse vaid juhul, kui kahju on tekitatud kriminaalse käitumisega. Hüvitatakse otsene kahju, saamata jäänud tulu ning vara kahjustamisest tulenev kahju; puuduvad karistuslikud hüvitised.¹²⁰ USA-s saab nõuda karistuslikku ehk kolmekordset hüvitist, kohtukulude hüvitamist ja intressi tegeliku kahju eest.¹²¹ Kohtutee alternatiivina kasutatakse ÜK-s¹²² ning USA-s¹²³ tihti pooltevahelist kokkulepet, sest kohtukulud on väga suured, mistõttu ÜK-s pole palju kahjuhüvitamise otsuseid tehtud. Komisjon soovib kõigile liikmesriikidele praktikat, et leebusavaldusi kaitstaks kolmandate isikute eest nii siis, kui amet avalduse rahuldab ning otsuse teeb või kui ka selle tagasi lükkab. Kaitset tuleks kohaldada, kui kohus selle avalikustamist nõuab, nii enne kui pärast ameti poolset otsust.¹²⁴ Rootsis pärast 2002. aasta reformi tagataksegi avaldajatele konfidentsiaalsus, mis kestab kuni hagi esitamiseni Stockholmi linnakohtusse, kui osapooled ning ametile esitatud info saavad avalikuks.¹²⁵ USA-s kehtib põhimõte, et kui kartelliosaline on süüdi mõistetud ameti poolt, siis

¹¹² Euroopa Ühenduse Komisjoni Valge Raamat, 2. aprill 2008, EÜ konkurentsieskirjade rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise kohta, KOM(2008) 165, 2.4.2008, lk. 4.

¹¹³ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 271.

¹¹⁴ United Kingdom, Civil Procedure Rules Part 19, Rule 19.11.

¹¹⁵ Denise Waelbroeck, et al., "Executive summary and overview of the national report for Sweden", (2004), p. 2.

¹¹⁶ Cohen Milstein Sellers & Toll PLLC, Collective Redress for Competition Law, *The European Antitrust Review* (2009), Section 2, Chapter 2.

¹¹⁷ Enterprise Act 2002, *supra nota* 87, Article 20.

¹¹⁸ Euroopa Ühenduse Komisjoni Valge Raamat, *supra nota* 112, lk. 8.

¹¹⁹ Denise Waelbroeck, et al., "Executive summary and overview of the national report for the United Kingdom", (2004), p. 4.

¹²⁰ Waelbroeck, et al., "Executive summary for Sweden", *supra nota* 115, p. 2-3.

¹²¹ Clayton Act, 1914, 730, § 4, § 15. U.S.C.

¹²² Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 13.

¹²³ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 271.

¹²⁴ Euroopa Ühenduse Komisjoni Valge Raamat, *supra nota* 112, lk. 11.

¹²⁵ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 233.

see on *prima facie* tõend järgnevatele tsiviilhagidele.¹²⁶ Immuunsusavaldajad on selle eest kaitstud, sest immuunsus vabastab neid süüdimõistmisest. Samas kuigi tõendit avaldajate vastu ei teki, siis enamasti nende nimed kuidagi, nt. vastava tegevusala allikate kaudu, avalikkuseni jõuavad.¹²⁷ Selle asjaolu leevenduseks ei pea avaldajad tasuma kolmekordseid hüvitisi, vaid ainult tegeliku kahju hüvitisi, mida boonuseks vähendatakse, kui avaldaja teeb koostööd tsiviilhagejatega. See tähendab, et avaldaja annab: hagejale kõik olemasolevad asjakohased dokumendid; tsiviilhagi seisukohalt olulised faktid ning ausa tunnistuse ülekuulamistel. Kas avaldaja tegi piisavalt koostööd, et tagada talle hüvitiste vähendamist, otsustab kohus,¹²⁸ mis on tänuväärne meetod, kuna annab stiimuli pingutada, et protsess kiiremini lõpetada, hoides seeläbi ka ressursse kokku.

1.3 Valitud meetodid

Järelikult, ennetamaks osalemist kartellis või motiveerimaks isiku esimesena teatama, tuleb alljärgnevate meetoditega esile kutsuda olukord, kus isik riskib kartellis osaledes kõigega. Võrdlusest valiti ning kombineeriti omavahel need meetodid, mis tõenäoliselt maksimaalselt esimese põhieelduse - oht range karistuse ees - täidavad. Antakse ka soovitusi Eesti eelnõule.

1. Programm tuleb üles ehitada „võidujooks esimesele kohale“ põhimõttel: automaatsele A immuunsusele on madal tõendamislävi, B immuunsusele ja trahvivähendamisele on aga juba kõrge. Lisaks on võidujooksu tekitamiseks suurendatud avaldajate vahelist konkurentsi, sest viimased kaks leebusvarianti on võimalikud kõigile avaldajatele. Trahvivähendust saab vaid kuni 50 % ning mõlemal viimasel juhul on tegu ameti diskretsiooniotsusega esitatud info väärtuse põhjal. Kusjuures ühiskondlikust huvist, et süüdlasi piisavalt karistada, arvestab amet kaalumisel veel avalikku huvi ja ebaõiglust teiste suhtes. See kõik kokku tagab, et isegi kui otsustatakse end üles anda, peab kiirustama esimeseks, sest vastasel juhul on leebuse kinnitamine ebakindel ning riskitakse enesepaljastusest hoolimata range karistusega. Eesti programmi eelnõule siit soovitusena kaotada B immuunsuse puhul nõue, et ainuüksi avaldaja esitatud tõendite põhjal peab

¹²⁶ Clayton Act, *supra nota* 121, § 5 (Tunney Act), 15U.S.C. §16 (a).

¹²⁷ Donald C. Klawiter, “U.S. corporate leniency after blockbuster cartels: Are we entering a new era?” EU Cartel Enforcement: Practice and Policy (2006), p. 21.

¹²⁸ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Section 213.

prokuratuur jõudma süüdistuse esitamiseni ning trahvivähendamise piirmääraks tuleks sätestada 50 %, sest kui säilib praegune kuni 100 %-ni alandamine, siis võitlus esimesele kohale puudub.¹²⁹

2. Tagamaks ohu säilimine terve menetluse vältel ning sellega programmi tõhus toimimine, tuleb avaldajaga sõlmida tingimuslik standardleebusleping, mille võib tühistada, kui ta peaks lepingunõudeid rikkuma. See tähendaks avaldajale end karistamiseks vabatahtlikult ülesandmist. Nõuetena tuleb lisaks levinud tingimustele panna kirja kõigi IT süsteemide avamine, tulenevalt kaasaja kõrge infotehnoloogia tasemest, k.a. pettusvõimalustest, ja kannatanutele kahju hüvitamine, vähemalt neis jurisdiktsioonides, kus kahjunõuete esitamine levinud, sest nii saab nõuded kohtuväliselt rahuldatud. Tühistades leebuslepingu, võib amet kõiki esitatud tõendeid avaldaja ning teiste vastu kasutada. Lisaks võib amet võidujooksu tekitamiseks jätta endale võimaluse menetluse kestel teatada, et enam info piisavuse tõttu leebusavaldusi vastu ei võeta. Eesti programmi tuleks standardlepingu süsteem üle võtta, tagamaks kindluse, et prokuratuur ei saa oma suvast lähtudes otsustada, millal leebust määrusega kohaldada ja siis taas määrust muuta.¹³⁰ Eestis kui nn. IT-riigis oleks kasulik nõuda leebustingimusena ka IT süsteemide avamist.

3. Karistamaks avalikust huvist lähtudes suurimat süüdlast ja samas loomaks ennetus ning oht, et ei soovita üldse uusi kartelle algatada või toimivas kartellis juhtpositsiooni võtta, seeläbi seda destabiliseerides, tuleb kartelli juhile ja/või algatajale immuunsus välistada. Siiski tuleb talle leebust kohaldada kuni 50 %. Juhil ja/või algatajal peab olema tõestatud ühe järgnevat meetodi abil, kas et ta on ainuke tõendatud juht ses kartellis või sundija testi abil, et ta on sundijaga. Tuleb vältida iga domineerivama ettevõtja juhiks pidamist, tagamaks, et programmi ei hakataks vältima ja omandatakse ta väärtuslik info. Eesti eelnõus peaks määratlema, et vaid tõestatud üks ainujuht, -kallutaja, mitte iga juhtfiguur, jääb immuunsuseta.¹³¹

4. Ohu tekitamiseks, peab ettevõtjatele kohaldama sellist trahvi, mis ületab igasuguse tulu, mida kartellist loodetakse saavutada. Trahv peab olema kuni 10 % ettevõtja eelmise majandusaasta ülemaailmsest käibest. Selle arvutamisel juhise järgi, tuleb arvestada kõikvõimalike asjaoludega, saavutamaks maksimumilähedane karistus, mis võib tekitada ettevõtjale koos äripartnerite, pankade usalduse ning maine kaotusega tõsiseid likviidsushäireid. Trahvisumma määramisel tuleb arvestada: kartelli mõju tarbijatele, konkurentidele, teiste

¹²⁹ Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja konkurentsiseaduse muutmise seaduse eelnõu, ajalise seisuga 9.märts 2009, nr 1-6/09-01314, § 2 lg 2, muutes KrM§ 205¹ lg 2-3; Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja konkurentsiseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri, 2009, lk. 10.

¹³⁰ Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 9; Eelnõu, *supra nota* 129, § 2, muutes KrMS § 205¹ lg 5.

¹³¹ Eelnõu, *supra nota* 129, § 3, muutes KonkS § 78¹ lg 5 p 5.

liikmesriikide turgudele; kas juhtkond osales, kas oldi juhtrollis või kas on tegu korduva rikkumisega. Trahv tuleb korrutada kartelli kestvuse aastate arvuga. Kahe institutsiooni süsteemiga riikides, tuleb trahvi määramine jätta ettenähtavuse tagamiseks ühele asutusele. Eestis tuleks rahalise karistuse määrad ümber vaadata, sealjuures, peaks summaarse karistuse maksimummäära kaotama, kuna protsentuaalne on olemas. Veel tuleks luua kolme riigi näitel täpne juhend, kuidas trahvisummat iga juhtumi korral arvutada. Trahv tuleks arvutada EL-i tähenduses ettevõtja, mitte juriidilise isiku käibest.¹³²

5. Kuna eraisik alati ennekõike kaitseb enda vabadust ja heaolu, tuleb kartellis või selles osalemise katses *per se* eest määrata eraisikule vangistus kuni 10 aastat, mis tähendaks pere mittenägemist, üleelamisi vanglas; ja/või trahv kuni 1 miljon dollarit. Ettevõtte juhtidele tuleb kohaldada pika ning raske kartelli puhul ärikeeldu kuni 15 aastat, mis tähendab ulatuslike tegevuspiirangute tõttu sisuliselt töötä jäämist. Tuleb sätestada kõrged maksimummäärad, kuna see tekitab osalejas psühholoogiliselt enam ohtu, praktikas on määratav reaalne karistus sel juhul enamasti kõrgem ja nii järgitakse kaasaja üldist tendentsi majanduskuritegude karistusi rangemaks muuta. Eraisikuga tuleb sõlmida tingimuslik leping, mis kaitseb ka kartelliga seotud muude süütegude ning ärikeelu eest, aga mille nõuete rikkumisel, leping tühistatakse ja kasutatakse infot tema vastu. Ettevõtja avalduse puhul tuleks eraisikutele automaatselt tagada kaitse vaid A immuunsuse kohaldamisel, muudel juhtudel vastavalt eraavalduse regulatsioonile. Leping tagab ohu säilimise terve menetluse kestel ja viimane meetod ohu töötajatele, kelle ettevõtte on menetluse all. Eestis võiks kaaluda eraisikute karistuste: vangistus kuni 3 aastat¹³³ ja ettevõtluskeeld 1-5 aastat¹³⁴ kolme riigi näitel rangemaks muutmist ning tuleks kasutada tingimusliku standardlepingu sõlmimist. Ettevõtluskeelu puhul tuleks määrata, milliste kartellide puhul ja kellele see kehtib ning sätestada, et leebus kaitseb selle eest. Ohu suurendamiseks võiks mitte anda automaatselt¹³⁵ ettevõtja kõigi leebuste puhul eraisikutele kaitset.

6. Lisaohu ja võidujooksu tekitamiseks tuleb luua kahjuhüvitamise protseduur, mis on avaldajaid soodustav, aga teistele osalejatele range. Osalejal tuleb otsestele ja kaudsetele ostjatele hüvitada kolmekordsed kahjutasud ning käia kohut klassihagide vastu. Avaldaja aga peab hüvitama vaid tegeliku kahju ning boonusena seda vähendatakse, kui ta teeb hagejaga koostööd.

¹³² Eelnõu, *supra nota* 129, § 1 lg 3, muutes KarS § 400 lg 3; Ettevõtte KonkS § 2 tähenduses, mitte juriidiline isik tsiviilseadustiku üldosa seaduse, 27. märts 2002. - RT I 2002, 35, 216, § 24 mõttes; Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 10.

¹³³ Karistuseseadustik. 6. juuni 2001 - RT I 2001, 61, 364; RT I 2009, 19, 114, § 399 lg 1.

¹³⁴ Eelnõu, *supra nota* 129, § 1 lg 1, muutes KarS § 49¹ lg 1.

¹³⁵ Op. Cit., § 3, muutes KonkS § 78¹ lg 2 p 3.

See loob lisaks range karistuse ohule lisakriteeriumi, mida osaleja peab programmi astumist kui strateegilist otsust tehes kaaluma, sest kahjunõuded on suur aja- ning rahakulu. Ameti otsus kartelli kohta on *prima facie* aluseks kahjunõuetele ja kuna avaldajate kohta otsust ei tehta, siis nende puhul alus hagidele puudub. Eestis võiks kaaluda klassihagide lubamist, suurendamaks ohtu osalistele ja julgustamaks kannatanuid, arvestades asjaolu, et isegi EL-i tasandil seda praktikat arutatakse. Avaldajale tuleks luua võimalus, et tehes koostööd hagejatega tsiviilmenetluses, siis ta hüvitisi vähendatakse. Veel tuleks alternatiivina kirjaliku taasesitamist võimaldavale vormile kasutada suulise avalduse meetodit,¹³⁶ et vältida tõendite loomist hagideks.¹³⁷

Kokkuvõtteks, kui isik riskib kõige loetletuga, siis ohu tõttu ta pigem ei liitu kartelliga või tuleb sellest teatama. Ning kui ta ise ei taju ohtu, siis tema võimalikud partnerid, kellel võib olla pere, kelle ettevõtte võib olla perepärand, kellele on maine oluline, tunnetavad ohtu, ja nendega kartelli luua, selles osaleda, tähendaks kohe kartelli ebastabiilsust ning seega topeltriski.

2 Meetodid, tekitamiseks hirmu vahelejäämise ees

2.1 Meetodite võrdlus

Teise tõhusa leebusprogrammi üldise eelduse täitmiseks on vaja tekitada kartelliosalistes hirm vahelejäämise ees. Programmiväliselt tekitavad seda asjaolud, kui riigis on: hästirahastatud amet, tugev uuriv meedia ja väikeriigis iseenesest, sest kui kõik tunnevad kõiki, on saladust raskem hoida. Programmisiseselt tekitatud hirm tagab kahe eesmärgi täitmist: ennetamine, sest kui esineb hirm vahele jääda, ei tasu lühiajaline kartelli astumine end ära; riski vähendamine, et amet kartelli avastaks.

Esimese kriteeriumi alusel uuritakse, milliseid rikkumisi peaks programm hõlmama, et tekitada hirmu vahelejäämise ees. Kas programm peaks lubama vaid keelatud kokkulepetest (artikkel 81¹³⁸) või ka turgu valitseva seisundi kuritarvitamisest (artikkel 82¹³⁹) teatamist? Nende mõlema rikkumise eesmärgiks on konkurentsi kahjustades, nt. hindade kindlaksmääramisega ja piirates, nt. tootmist kärpides, kasu teenida. Erinevus on vaid, et esimese puhul on tegu mingis vormis tahtliku koostööga, teise puhul ühepoolse rikkumisega või vaikiva kooskõlastamisega.

¹³⁶ Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 12; Eelnõu, *supra nota* 129, § 3 muutes KonkS § 78¹ lg 1.

¹³⁷ Denise Waelbroeck, et al., "Executive summary and overview of the national report for Estonia", Estonia's summary, (2004), p. 3.

¹³⁸ European Union Consolidate Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community, C 321 E/1, 29.12.2006, Article 81.

¹³⁹ Op. Cit., Article 82; *United Brands*, paragraph 65 on selgitatud turgu valitsev seisundi mõiste.

Artikkel 81 hõlmab lisaks kartellidele ka teisi horisontaalseid ja vertikaalseid kokkuleppeid, aga esimesed on iseloomult konkurentsi enam kahjustavamad.¹⁴⁰ Võrreldes artikkel 82 rikkumistega, peetakse artikkel 81 rikkumisi salajasuse ja tahtliku rikkumise tõttu raskestiavastatavaks, seega tõsisteks kuritegudeks. Need on tahtlikud, sest osalised teadlikult kohtuvad salajastes asupaikades, peidavad dokumente kodudes ning tegutsevad põhjalikele skeemidele tuginedes aastaid. Artikkel 82 rikkumisi on lihtsam avastada, sest need tegevused on turul nähtavad, nt. liiga kõrgete hindade näol. Mudel, nagu komisjoni programmi, hõlmab artikkel 81 rikkumistest vaid kartelle, sest ei soovita, et programm teiseneks lihtsalt üheks *de facto* teatamissüsteemiks, muutes ametid ülekoormuse tõttu ebaefektiivseteks.¹⁴¹ Komisjon võtab vastu ainult kartellidest teatamisavaldusi, sest ta on ülekoormatud juba vaid nende avastamise, menetlemisega ja otsuste tegemisega.¹⁴² ÜK programm kehtib peamiselt artikkel 81 horisontaalsetele rikkumistele.¹⁴³ Erandina hõlmab see artikkel 82 rikkumistest hinna kindlaksmääramist ning selliseid vertikaalseid kokkuleppeid, kus vertikaalne osapool on horisontaalse kartelli lihtsustajaks, kusjuures viimasel on programmis kõrgem tõendamislävi, kui horisontaalse kartelli puhul.¹⁴⁴ Rootsi programm oli uue seaduse vastuvõtmiseni erinev, sest B immuunsust ja trahvialandamist kohaldati nii artikli 81 kui ka artikli 82 rikkumistele. A (*kartelli*) immuunsust sai vaid artikkel 81 rikkumiste eest, aga samas nii vertikaalsete kui horisontaalsete rikkumiste puhul.¹⁴⁵ Uus programm ei laiene enam artikkel 82 rikkumistele.¹⁴⁶ USA-s hõlmab programm Sherman seaduse § 1 sätestatud rikkumisi, vastavalt et iga leping, ühendus kas trusti või muul viisil, või vandenõu, mis piirab kaubandust või kauplemist mitmete osariikide või välisriikidega, on illegaalne; mitte aga turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis neil tuntud monopoliseerimise all.¹⁴⁷

Teise kriteeriumi alusel leitakse, kellel tuleks lubada avaldust esitada, et tekiks hirm vahelejäämise ees. ÜK-s¹⁴⁸ ning USA-s¹⁴⁹ üldreeglina võib avalduse teha ettevõtja või eraisik ise enda kaitseks või siis nende nõustaja, mis on levinuim komme. Mõlemas programmis on loodud

¹⁴⁰ Kaarli H. Eichhorn, Carri Ginter, *Euroopa Liidu ja Eesti konkurentsõigus* (Kirjastus Juura, 2007), lk. 47-48, 75-79, 54.

¹⁴¹ European Competition Network, "Model Leniency Program, *supra nota* 8, Section 14.

¹⁴² Neelie Kroes, "Settlements in Cartel Cases" (2008), <europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/445&format=HTML&aged=0&language=EN&guilanguage=en> (19.2.2009).

¹⁴³ Enterprise Act 2002, *supra nota* 87, Article 188; Competition Act 1998, Article 2. (Analoogne sõnastus art. 81)

¹⁴⁴ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 70.

¹⁴⁵ Swedish Competition Act, *supra nota* 38, §§ 6, 19 (Analoogne sõnastus artikli 81 ja 82-ga) 26, 28a, 28b.

¹⁴⁶ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 72, p. 565.

¹⁴⁷ Sherman Act, *supra nota* 82, 15 U.S.C., § 1, § 3; § 2 - Monopolizing trade a felony; penalty.

¹⁴⁸ Office of Fair Trading, "Guidance on the Issue of No-action Letters for Individuals", *supra nota* 89, p. 6.

¹⁴⁹ U.S. Department of Justice, "Leniency policy for individuals", *supra nota* 99.

ettevõtja ja ta töötajate vahel võistlus esimese koha pärast ehk tekitatud ettevõtjale ebameeldiv olukord: kui töötaja jõuab ametile enne kartellist teatada, siis ettevõtjale enam immuunsust ei kohaldata. Samas kui ettevõtja teatab enne, siis immuunsus hõlmab ka töötajaid. See meetod raskendab ettevõtja olukorda: ta peab igapäevaselt muretsema, et ta rahulolematud või nt. endised töötajad kaebama ei läheks. Rootsis saab ettevõtja avalduse teha nõuetekohase volitusega esindaja kaudu,¹⁵⁰ mitte aga iga töötaja enda eest, milleks pole ka vajadust, sest eraisikule puudub kriminaalkaristus kartellis osalemise eest. Oluline nüanss programmides on, kas lubatakse ettevõtjatel esitada ühisavaldust. Programmi idee on info saamiseks ettevõtjad üksteise peale kaebama panna, aga kui esitatakse avaldus ja info ühiselt, siis pole ametil enam midagi avastada. Pealegi kui ühisavalduse puhul saaks mitu osalejat immuunsuse, siis trahvi maksaks ebaõiglaselt vaid mõni ülejäänud. ÜK-s pole keelatud ühisavalduste tegemine, aga see on mittesoovitav ning selle korral ei kohaldata amet immuunsust, sest mitme peale ei saa seda rakendada: puudub võimalus selgitada, kes oli esimene avaldaja. Lisaks sellele riskitakse, et amet peab ühisavaldajaid pahatahtlikeks, eeldades, et üks neist vihjas kaasosalistele mõttest ametile avaldus esitada.¹⁵¹ Seega riskivad nad kaitseta jäämisega ja enda paljastamisega. Rootsis ei täida ühisavalduse puhul automaatselt ükski avaldaja immuunsuse tingimusi.¹⁵² Rootsi ettevõtjate jaoks see nii tõsine kaotus pole, sest nende töötajaid, erinevalt ÜK-st, ei ohusta kriminaalkaristus.

Kolmanda kriteeriumi alusel leitakse, kuidas ja miks kasutada kokkuvõtlikku avaldust, tekitamaks hirmu vahelejäämise ees. Meetodit kasutatakse EL-is, kui komisjon on sobiv teatud kartelli uurimiseks ehk kui see puudutab enam kui kolme liikmesriiki. Sel juhul peab täieliku avalduse esitama komisjonile ja kokkuvõtlikud avaldused, kus nõutav infomaht nagu tähise kinnitamiseks: nimi, aadress, teised osalised, kestvus jne., teiste riikide ametitele.¹⁵³ Seda on oluline teha, kuna esitades avalduse ühe riigi ametile või komisjonile, ei kaitse see avaldajat teistes riikides. Süsteem loodi lihtsustamiseks avaldamist eri riigi ametitele, sest tähiste saamiseks on ajastamine olulisim, probleemne on kõigi dokumentide tõlkimine eri keeltesse ja kõigile korraga originaalide esitamisega, ning raske on arvestada eri programmide ulatusega.¹⁵⁴ Samamoodi kergendatakse ametite tööd: neile esitatakse konkreetne kokkuvõtlik ülevaade kartellist, mille põhjal otsustatakse, kas asja menetleda või ei. Kiire otsustuse võimalus tõhustab

¹⁵⁰ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 229.

¹⁵¹ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 18.

¹⁵² Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 229.

¹⁵³ European Competition Network, "Model Leniency Program", *supra nota* 8, Section 22. (Tähise selgitus käesoleva töö III ptk, lk. 32).

¹⁵⁴ Astrid Ablasser–Neuher, „Introduction and Special Cross-Border Aspects“, UIA Competition Law Round Table (2008).

ameti tööd. Kokkuvõtlik avaldus tagab igas puudutatud riigis, et loetakse, et avaldaja on seal esimene, aga ei garanteerita automaatselt immuunsust. Avaldust võib vaid kasutada, taotlede A immuunsust, sest teiste leebustüüpide puhul on menetlev amet juba teada.¹⁵⁵ Kokkuvõtlikke avaldusi menetletakse sarnaselt nii ÜK-s kui Rootsisis.¹⁵⁶ ÜK-s võtab amet avalduse vastu, kinnitades kirjalikult avaldajale, et ta on esimene, kes immuunsust taotleb. Avaldus on lubatud, kui komisjon on sobiv antud kartelli uurimiseks, avaldaja on esitanud või esitamas immuunsusavaldust komisjonile ja ÜK-s on avaldaja A immuunsuse olukorras. Amet võib küsida avaldajalt lisaküsimusi ÜK turu kohta: selle suurust, kes on osapooled ning seotud eraisikud. Neile lisaküsimustele peab avaldaja olema valmis vastama, kuna amet otsustab selle tulemusena, kas tal on huvi uurimist alustada või ei.¹⁵⁷ Kui on huvi, määratakse tähtaeg, mille jooksul avaldaja peab täieliku avalduse esitama; kui pole huvi, siis teatatakse, et hoitakse talle immuunsuse taotlemise võimalust. USA-s sellist meetodit ei tunta, kuna ametile tehtav avaldus kehtib kõigis osariikides ning rahvusvaheliste kartellide puhul, mis mõjutavad EL-i, Jaapanit jt. tehakse nende olulisuse tõttu täielikud leebusavaldused.¹⁵⁸ Pealegi kokkuvõtlikud avaldused ülemaailmsete kartellide puhul oleks võimatud, sest riikide süsteemid erinevad rohkem kui EL-i liikmesriikide omad ja puudub keskne institutsioon, kes suudaks kõiki programme hoomata.

Neljanda kriteeriumi alusel leitakse, millise kokkuleppemenetluse olemasolu tagab hirmu vahelejäämise ees sellega, et muudab ameti oma töös efektiivsemaks. Komisjoni kokkuleppemenetlus pole suunatud osalisega läbirääkimisele ega kauplemisele, vaid menetlusaja ja -kulu kokkuhoiule, sest komisjon ning kohtud on ülekoormatud. Menetlused võtavad aastaid, isegi kümneid,¹⁵⁹ sest keskmine kartellitoimik on mitmeid kümneid tuhandeid lehekülgi pikk, millest vaid mõnda protsenti kasutatakse tõenditena; toimikud peavad olema tõlgitud eri keeltesse, seega süüdistuste esitamise tähtajad venivad ning pealegi kõik otsused apelleeritakse eri Euroopa kohtutes.¹⁶⁰ Komisjoni alternatiivne menetlus võimaldab koostada lühemaid süüdistusi, lõplikke otsuseid ning hoida kokku tõlkekulusid, aega kirjavahetuse ja suuliste ärakuulamiste pealt. Teisalt on see kasulik osalistele, kes saavad kiiresti nõ. patu lunastada, trahvi

¹⁵⁵ European Competition Network, “Model Leniency Program“, *supra nota* 8, Sections 42, 46.

¹⁵⁶ “List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Leniency model programme in Type 1A cases,” <ec.europa.eu/competition/ecn/accepting_nca.pdf> (1.2.2009).

¹⁵⁷ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications“, *supra nota* 35, p. 20.

¹⁵⁸ Klawiter, “US corporate leniency after the blockbuster cartels: are we entering a new era?“, *supra nota* 127, p. 25.

¹⁵⁹ John Ratliff, “Plea Bargaining in EC Anti-Cartel Enforcement – A System of Change?” (2006), p. 3.

¹⁶⁰ Julian Joshua, Ief Daems & Kristian Hugmark, “What’s the Deal? Navigating the European Commission’s 2008 Settlement Notice”, *The European Antitrust Review* (2009), Section 2, Chapter 1.

ära maksta, vältides aastatepikkust kulukat mainetrikkuvat menetlust.¹⁶¹ Lühidalt menetlusest: selle algatab komisjon, olles enne läbi viinud põhjaliku uurimise; siis avaldab osalejale plaanitava süüdistuse ning annab kaks nädalat aega otsustada, kas too võtab vastutuse rikkumise eest. Kas ta kinnitab, et talle on rahuldaval määral süüdistust esitletud, ta on ära kuulatud ning et ei soovi toimikut näha ega suulist ärakuulamist. Komisjonil on menetluses ulatuslik diskretsioon otsustada, kellega alustada menetlust, arvestades, kas tõenäoliselt jõutakse faktide suhtes kokkuleppele ja kas see oleks menetluslikult efektiivne.¹⁶² Veelgi võib ta igal hetkel menetluse lõpetada, nt. kõigile, kui üks nende kartelli osalistest ei soovi osaleda.¹⁶³ Kui jõutakse kokkuleppele, võib komisjon trahvi vähendada kuni 10 %, mis on väike määr, vältimaks ettevõtjate leebusavalduste esitamise initsiatiivi vähenemist.¹⁶⁴ Kui otsusega ei olda rahul, võib selle apelleerida esimese astme kohtus, mille õnnestumine on aga ebatõenäoline, sest osaline on nii süü kui ka trahvi aluseks oleva kartelli kestuse ning raskuse omaks võtnud.¹⁶⁵ Kui kokkuleppeni ei jõuta, muutub protsess tavamenetluseks, kus esitatud tõendeid ei kasutata. Menetluse väljatöötamise konsultatsiooni perioodil, viitasid ÜK praktiseerijad selle ebakohtadele: vaid 10 % trahvivähendamist on ülesandmiseks liiga väike boonus ja 2 nädalat liiga lühike aeg otsustamiseks, kas astuda menetlusse või mitte.¹⁶⁶ USA-st mainiti nõrkusena komisjoni märkimisväärset diskretsiooni ning rõhutati, et kui loobutakse menetlusest, siis peaks komisjon tagama, et selle kartelliga hakkab uus meeskond tegelema.¹⁶⁷

Rootsis loodi uue seadusega kokkuleppemenetluse sarnane võimalus, et amet kes muidu ei või karistusi määrata ega jõustada tohib halduskaristusena trahvi määrata, kui osaline süü omaks võtab ega vaidle trahvi suuruse üle. Kokkulepet kasutatakse väga selgete rikkumiste korral, kus ei vaielda asjaolude üle ning pooled nõustuvad kõigega. Enne kokkuleppe sõlmimist uurib amet rikkumist, koostab süüdistuse eelnõu ning saadab selle osalisele tutvumiseks, kes siis otsustab, kas nõustub eelnõuga ja lepib ametiga kokku.¹⁶⁸

¹⁶¹ Kroes, "Settlements in Cartel Cases", *supra nota* 142.

¹⁶² Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003, 2 July 2008, in cartel cases, 2008/C 167/01, 2.7.2008, Section 20; 5.

¹⁶³ Joshua, Daems & Hugmark, "What's the Deal?" *supra nota* 160.

¹⁶⁴ Commission Notice on the conduct of settlement procedures, *supra nota* 162, Section 32.

¹⁶⁵ Joshua, Daems & Hugmark, "What's the Deal?" *supra nota* 160.

¹⁶⁶ Joint working party of the bars and law societies of the United Kingdom, "Comments on the Commission's Draft Settlement Package", *OJ* 27 October 2007, C255/51, p. 1, 3.

¹⁶⁷ American Chamber of Commerce to the European Union, "Position Paper on Commission Proposals on the Conduct of settlement procedures in cartel cases", (2008), p. 4-5.

¹⁶⁸ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 72, p. 566.

USA-s umbes 90 % kartellis süüdistatavaid tunnistab süüd ning teeb koostööd karistuse läbirääkimisel.¹⁶⁹ Enamik lepivad kokku, sest kartellimenetlused on pikad (4-6 aastat) ja kulukad (ainult juriidilised kulud 3-6 miljoni dollarit aastas), seega lepitakse kokku, isegi kui süü pole kindel.¹⁷⁰ USA-s pole karistuse läbirääkimine sarnaselt kokkuleppemenetlusega seotud leebusprogrammiga. Erinevalt komisjonist on USA menetluses prokuröri kindel juhis, mida ta läbirääkimisi kaaludes arvestab: kui tõsine on kuritegu; kui suur on osaleja soov koostööd teha; osaleja varasemad kriminaaltegevused; avalik huvi asi istungil lahendada; tõenäosus, et istungil mõistetakse isik süüdi; istungi ja apellatsioonikulud.¹⁷¹ USA-s võivad nii prokurör kui osaleja algatada läbirääkimisi.¹⁷² Menetluses peab osaleja süü omaks võtma ning kui kohus nõustub kokkuleppega, loobuma teatud õigustest, mis tal oleks istungil, nt. edasikaebamisest. Kokkulepped tehakse avalikuks, ajendamaks teisi koostööle, vältimaks salajasi kokkuleppeid prokuröri ja infoks ettevõtjatele, juristidele. Osaleja esitatud tõendeid läbirääkimiste katkemisel ei arvestata, v.a. kui ta rikub kokkulepet, ja menetlus jätkub istungina.¹⁷³ USA-s on eri tüüpi kokkuleppeid, milledest üks siduv kaitsjale (B) ning teine ka kohtunikule (C).¹⁷⁴ Tagamaks läbipaistvust, on ka kokkuleppelepingutele tehtud nii eraisiku kui ka ettevõtja jaoks oma mudel. Kokkuvõtteks oleks ilma kokkuleppemenetluseta protsessid aastatepikkused, mis kulutaks nii kohtute, ametite, ettevõtjate kui kannatanute aega, vähendades ametite ja kohtute töö efektiivsust. Seega on menetlusel ennetav mõju, sest kui selle abil lahendatakse kartelle kiiresti, on aega ka enam otsida ning avastada uusi.¹⁷⁵

Viimase kriteeriumi alusel leitakse, kuidas ja miks kasutada „immuunsus pluss“ meetodit, avastamiseks kartelle kiiremini, suurendades nii hirmu vahelejäämise ees. USA-s 1999. aastal loodud ja ka ÜK-s esinev meetod on mõeldud avaldajale, kes ei kinnita immuunsust esimese kartelli puhul, aga sisejuurdaluse tulemusena avastab, et osaleb teiseski. Sellest teavitamise eest kohaldatakse teise kartelli eest immuunsust ning esimese eest trahvi määrates vähendatakse seda topelt. USA-s¹⁷⁶ ja ÜK-s¹⁷⁷ vähendatakse trahvi arvestades: a) tõendite tugevust, mis ettevõtja teise kartelli toote kohta andis; b) kartelli potentsiaalset tähtsust, mida otsustatakse vastavalt, kui

¹⁶⁹ Scott Hammond, "The US System of Negotiated Plea Agreements. A Good Deal with Benefits for All", (2006), p. 8.

¹⁷⁰ Daniel M. Wall, "U.S. Developments in Civil Cartel Litigation", Presentation in Tokyo (2004), p. 13.

¹⁷¹ Antitrust Division Grand Jury Manual of the Department of Justice of the United States, Chapter 9, Section 3.

¹⁷² Hammond, "The US System of Negotiated Plea Agreements", *supra nota* 169, p. 9.

¹⁷³ Op.Cit., p. 6-7.

¹⁷⁴ Antitrust Division Grand Jury Manual, *supra nota* 173, 11(e) (1)(A), 11(e)(1)(B), 11(e)(1)(C) agreements.

¹⁷⁵ Hammond, "The US System of Negotiated Plea Agreements", *supra nota* 169 p. 10, 19-20.

¹⁷⁶ Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p. 9.

¹⁷⁷ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 69.

suurt turgu see hõlmas, palju on osalisi ning selle geograafilist ulatust; c) tõenäosust, et amet selle kartelli ise oleks avastanud, ilma ettevõtja enesepaljastuseta. ÜK-s arvestatakse veel tarbijatele tekitatud kahju ja teise kartelli uurimisel nähtud vaeva.¹⁷⁸ USA-s avastatakse vähemalt pooled kartellid selle meetodiga just seetõttu, et see on ainuvõimalus ettevõtjale vabaneda korraga kõigist ebaseaduslikest tegevustest ning alustada nõ. puhtalt lehelt.¹⁷⁹ USA-s on antud meetodiga seotud „karistus pluss“ ja „omnibussi küsimused“, milledega survestatakse avaldajat teisi kartelle üles tunnistama, sest vastasel korral riskib ta kõrgendatud trahviga. „Karistus pluss“ rakendub, kui menetluse all olev ettevõtja otsustab vabatahtlikult varjata osalust teises kartellis, aga amet selle avastab ja ta süüdi mõistab. Seda käsitletakse raskendava asjaoluna, mis võib ettevõtjale tähendada trahvi kuni 80 % või enamgi käibest. Leebem ollakse juhul, kui ettevõtja ei olnud teadlik teisest kartellist.¹⁸⁰ „Omnibussi küsimuste“ puhul usutleb amet kõiki kartelliosalisi, ka avaldajaid, survestamaks neid teisi kartelle üles tunnistama. Enne küsitlemist uurib amet menetluse all olevat kartelli, selle osalisi ning avastades, et samad ettevõtjad konkureerivad mõnel muul turul ja veel teistegagi, siis teeb ta kindlaks, kas sealgi võiks olla kartelli kahtlus. Küsitlemise ajal, enamasti vande all, pärib amet osalistelt, kas neil on infot mõne teise kartelli kohta mõnel teisel turul, vihjates, et tal on. Kuna ameti küsitlus on osalistele teada, siis uurivad nad ettevõtteid põhjalikult läbi, ennetamaks ametit milleski ja teatamaks kiiresti sellest, et mitte näida pahatahtlikuna.¹⁸¹ ÜK-s pole aga kohustust infot väljaspool leebusavaldust anda ehk amet ei küsi avaldajalt „omnibussi küsimusi.“¹⁸²

2.2 Valitud meetodid

Järelikult, teise põhieelduse täitmiseks - vahelejäämise hirmu loomiseks, karistamatuse tunde kaotamiseks, tuleb esiteks ameti töö maksimaalselt tõhusaks muuta, sest mida kiiremini see kartelle menetleb, otsuseid teeb ning uusi algatab, seda suurem on vahelejäämise oht. Teiseks, tuleb tekitada osaliste endi vahel võistlust, millega suurendatakse kartelli ebastabiilsust ning hirmu, et kui ise ei lähe teatama, läheb kohe keegi teine. Selle eelduse kõige tõenäolisemaks teostamiseks valiti ja kombineeriti võrdlusest järgmised meetodid. Antakse ka soovitusi Eestile.

1. Ameti töö tõhustamiseks peab programm lubama vaid horisontaalsetest kartellidest teatamist. Nii ei muutu programm iga konkurentsirikkumise teatamissüsteemiks, vaid keskendub

¹⁷⁸ Office of Fair Trading, „Guidance Note on the Handling of Applications“, *supra nota* 35, p. 69.

¹⁷⁹ Klawiter, „US corporate leniency after the blockbuster cartels: are we entering a new era?“ *supra nota* 127, p. 8.

¹⁸⁰ Hammond, „Recent Developments, Trends and Milestones“, *supra nota* 25, p. 16.

¹⁸¹ Hammond, „Cornerstones of an Effective Leniency Program“, *supra nota* 16, p. 16.

¹⁸² Office of Fair Trading, „Guidance Note on the Handling of Applications“, *supra nota* 35, p. 68.

ja suunab oma ressursid võitlusele raskemate rikkumistega. Seeläbi on kartellimenetlused kiiremad, mis tagab üha uute uurimiste alustamise. Eestis tuleks sama piirangut kohaldada.¹⁸³

2. EL-i liikmesriigi amet peab vastu võtma kokkuvõtlikke avaldusi, julgustama nende kasutust, sest need annavad talle kiire ülevaate erinevate piiriüleste kartellide kohta, otsustamaks, kas menetlust alustada. See efektiivne meetod hoiab ameti ressursse kokku, mida rakendada uute kartellide avastamiseks. Samas suurendab meetod piiriülestest kartellidest teatamist, kuna varem oli see avaldajatele liiga keerukas protsess. Veel tekitab see osalejatele võidujooksu teatamisele, sest esineb oht, et üks osaleja võib kõikides riikides korruga immuunsuse nõ. broneerida. Avaldust peab lubama A immuunsuse puhul, kui komisjonile avaldus tehtud/tegemisel ja on ületatud tõendamislävi. Avaldus peab garanteerima koha immuunsusjärjekorras. Eesti meetodi¹⁸⁴ kohta peaks eelnõu selgitama, mis nõuded sellele avaldusele on ja kuidas amet piiriüleste kartellide avaldustega toimima peaks, kas soovib lisaküsimusi oma jurisdiktsiooni turu kohta küsida jne.

3. Amet peab looma isikule soodsa kokkuleppemenetluse, et kõik tahaks nõ. kiirmenetlusena juhtumi lõpetada. Selleks, peab lubama nii ametil kui ka osalejal seda algatada. Kusjuures amet peab seda tegema kindla juhendi järgi, vältimaks diskretsiooni. Trahvivähendamine kumulatiivselt leebusega peab olema piisavalt suur, et osaleja tahaks end vähete kaitsevõimalustega menetluses üles anda. Menetluse katkemisel, v.a. osaleja rikkumise tõttu, jätkub tavamenetlus, kus esitatud tõendeid ei arvestata. Peab looma standardsed kokkuleppemenetluslepingud, mida nõ. täida lüngad meetodil sõlmitakse, et lisada menetlusse läbipaistvust ning ettenähtavust. Ameti töö tõhustamiseks peab isik loobuma edasikaebamiseõigusest ja otsuste tegemiseks antakse lühikesed tähtajad. Mida enam kokkuleppeid, seda efektiivsem on amet uute kartellimenetluste algatamises. Eesti võiks analoogse meetodi üle võtta, kuna tõenäoliselt oleks palju osalejaid, kes tahaksid mainetrikkuva menetluse kiirelt lõpetada ja see kergendaks ameti ning prokuratuuri töökoormust.

4. Igas riigis, kus kohaldatakse kartelliosaluse eest mingitki karistust eraisikule, tuleb tekitada võistlus ettevõtja ja ta töötajate vahel: mõlemad saavad sama kartelli eest immuunsust taotleda ning peavad selle võrra kiiremini tegutsema. Kusjuures ohu suurendamiseks on vähese teatamise ajavahemiku korral ametil diskretsioon, kummale kohaldada immuunsust. Ei tuleks eelistada automaatselt ettevõtjat, tagamaks, et too ei oota programmi astumisega. Samas tuleb

¹⁸³ Eelnõu, *supra nota* 129, § 2 lg 2, muutes KrMS § 205 lg 1; KarS § 400.

¹⁸⁴ "List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Leniency model programme in Type 1A cases", *supra nota* 156.

jälgida, et töötaja pahatahtlikult avaldust ei tee, teades, et ettevõtte avaldust plaanib, aga ennetades teda nt. ühe päevaga. Ühisavaldused peavad keelatud olema, et säilitada programmi üldidee. Eesti programmis peaks täpsustama, kuidas amet otsustab väikese ajavahemikuga avalduste puhul, kellele kaitset kohaldada ning et ühisavaldused on keelatud.

5. Kaasosalejate vahel võistluse tekitamiseks tuleb rakendada „immuunsus pluss“ meetodit, et mitu kartelli korraga avastada ja vältida kogu avaldamise, menetlusprotsessi uuesti läbimist, tõhustades sellega ameti tööd. Samas ka tekitades hirmu, ärgitades teatama neid, kes pole veel uurimise all, aga kelle kartellipartner on. Avaldaja ülestunnistamisele survestamiseks ning hirmu suurendamiseks tuleks ka „karistus pluss“ ja „omnibussi küsimuste“ meetodeid kasutada. Eesti võiks selle meetodi üle võtta, et kiiremini kartelle avastada, kuigi on kaheldav, et pigem väikemastaabiga ettevõtjad korraga mitmes kartellis tegutsevad.

Kokkuvõtteks, need loetletud meetodid tagavad ameti töö tõhususe ja põhjustavad võistluse teatamisele, mistõttu peaks tärkama reaalne hirm vahelejäämise ees. Samas kui osalejal endal ei teki hirmu, siis ta partneritel võib tekkida: kas oma töötajate tõttu või kuna mõni nende teise kartelli partner on tabatud. Seetõttu peab alati pigem kiirustama teatama, vältimaks vahelejäämist.

3 Meetodid, loomaks läbipaistvat programmi

3.1 Meetodite võrdlus

Kolmanda tõhusa leebusprogrammi üldise eelduse täitmiseks on vaja luua läbipaistev programm. Kui eelnevad kaks eeldust olid osaleja survestamiseks kartellist teatama tulla, siis viimane eeldus on mõeldud tema julgustamiseks. Programmiväliselt peab iga riik tagama, et amet on sõltumatu institutsioon; kehtestama sanktsioonid ametnikele, kes lekitavad infot, ning looma juhendid, kuidas ära tunda valekaebusi. Kuna nii tavainimesel kui osalejal tekib programmi kohta palju küsimusi: millal peaks avalduse esitama, kellele ning kuidas; mis tõendid peab avaldama; mis garantiid on tagatud; mis riskid esinevad, kui midagi läheb valesti. Siis programmisisene läbipaistvus tagab kindluse ja usalduse süsteemi vastu: isik näeb ette, milline saab menetlus olema, mis lõpptulemus teda ootab ning tekib usk, et ta ei satu halvemasse olukorda kui mitteavaldaja.

Esimese kriteeriumi alusel leitakse, mis meetoditega üles ehitada tähise süsteem, mis tooks programmi läbipaistvust. Tähise süsteem annab avaldajale võimaluse vaid esialgse infoga kindlustada koht avaldusjärjekorras. Tähis loodi, vältimaks varem esinenud usaldust vähendavat

probleemi, kus esimesele avaldajale ei kohaldatud infopuudulikkuse tõttu immuunsust ning sel ajal kui ta teavet täiustada püüdis, võttis teine osaleja tema eest immuunsuse. Mudelis ja komisjonil on tähise kinnitamiseks kõrge tõendamislävi, tuleb esitada rohkelt teavet: nimi, aadress; põhjendada, mis tingis ettevõtjale soovi leebust taotleda; kes on väidetava kartelli osalejad; millised on puudutatud tooted; territoorium; kartelli kestvus, olemus ning info minevikus või tulevikus sellest kartellist esitatavate avalduste kohta teistele ametitele EL-is või väljaspool.¹⁸⁵ Kui mudelis, komisjonilt saab tähist taotleda vaid immuunsuse, siis ÜK-s kõigi leebusvariantide jaoks. ÜK süsteem on avaldajasõbralikum, sest immuunsuse tõendamislävi on madalam, samas võidujooksu suurendamiseks, trahvivähendamisel juba kõrgem. Immuunsuse tähist taotledes peab omama kahtlust, et osaletakse kartellis, avalduses olema kirjas arvatav rikkumine, siiani paljastatud tõendid ja seejärel lepitakse kokku tähtaeg, milleks tähis täiustatakse. Trahvivähendamise tähise puhul peab olema kindel, et kartellis osaletakse, tahe üles tunnistada ning tuleb esitada kogu asjakohase informatsiooni, mis uurimist märkimisväärselt edendaks.¹⁸⁶ ÜK on põhjendanud madalat lävendit sellega, et ei soovita, et ettevõtjad viiksid enne teatamist kontorites läbi põhjalikke sisejuurdlust, sest nii võib raskendada, isegi rikkuda ameti tulevasi läbiotsimisi. Nimelt kui ettevõtja teostab juurdluste ja küsitleb töötajaid, siis paratamatult tekib olukord, kus keegi võib teistele osalejatele vihjata, et läbiotsimine on tõenäoline. ÜK amet soovib, et osalejad teeksid tähiseavaldused ning arutaksid ametiga, kuidas juurdlust läbi viia, tõendeid varjatult koguda, nt. küsitledes vältida „kõrgema riski“ töötajaid ja seda läbi viia muu teema saladuskatte all.¹⁸⁷ USA-s on pigem nõutud, et enne tähise taotlemist oleks ettevõtja põhjaliku sisejuurdluste läbi viinud, et oleks piisavalt tõendid esitada, ning ettevõtte juhtkond peab toetama otsust leebust taotleda,¹⁸⁸ mis mõneti tähendab nn. „kõrge riskiga“ eraisikute nõusolekut.

Rootsis erandina ka uues seaduses tähise süsteem puudub, kuigi see oli arutlusel. Rootsi praktiseerijate ringis tekitas asjaolu pahameelt, sest arvatakse, et seadusloojate poolt tehti vale otsus ning tähise süsteemi puudumine vähendab olulisel määral õiguskindlust.¹⁸⁹ Asjakohaseks võrdluseks on siin, et komisjonilt tähise saamiseks ja Rootsis immuunse kinnitamiseks on lävend sama kõrge, aga ühel juhul saab kindlustada koha järjekorras, teisel juhul seda ei garanteerita.

¹⁸⁵ European Competition Network, “Model Leniency Program“, *supra nota* 8, Section 18.

¹⁸⁶ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications“, *supra nota* 35, p. 15-16; 26.

¹⁸⁷ Op. Cit., p. 52-54.

¹⁸⁸ Klawiter, “U.S. corporate leniency after blockbuster cartels: Are we entering a new era?“, *supra nota* 127, p. 13-14.

¹⁸⁹ Andersson, Legnerfält, “The New Swedish Competition Act“, *supra nota* 72, p.566.

Pealegi peab selliseks avalduseks põhjaliku sisejuurdluse teostama, riskides info lekkimisega. Rootsi valitsus väitis, et neil polnud piisavalt fakte, mida hinnata, et otsustada tähise süsteemi jõustamist.¹⁹⁰ See on tagasikäik uuele programmile, kus juhttöötajatele kehtestati ärikeeld, sest asjaolu, et tähisega ei saa kindlustada esimest kohta, võib vähendada avalduste arvukust. Samas teatud kindluse annab esimesele avaldajale immuunsusavalduse korral õigus ametilt nõuda otsust, kinnitamaks, et ta on täitnud immuunsuse nõuded. See otsus on nii ametile kui kohtutele siduv.¹⁹¹

USA-l on ÜK-ga sarnaselt immuunsuse tähise saamiseks madal tõendamislävi. Kui avaldus tehakse enne ameti menetlust, siis piisab isegi, kui avaldaja nõustaja väidab, et üks töötaja kuulis pealt tööandja vestlust hindade kindlaksmääramisest. Kui amet juba menetleb kartelli, siis peab enam tõendeid esitama. Üldiselt peab osaleja nõustaja teatama ametile: et ta on avastanud kliendi osaluse kartellis, avalikustama tegevuse olemuse; identifitseerima selle toote või teenuse või geograafilise ala, et amet saaks kindlaks teha, kas immuunsus on veel olemas ses valdkonnas ning lõpuks identifitseerima kliendi. Avaldaja ei pea tähise taotlemise faasis kinnitama rikkumist ja süüd omaks võtma, vaid võib väita kuni täiustamise lõpuni, et olemas on võimalik kartell.¹⁹² See on vangistusohu tõttu julgustav meetod just eraisikutele. USA-s antakse tähtaeg tähise täiustamiseks vastavalt asjaoludele: kui palju on avaldajal kontoreid, töötajaid ning nende asukoht, et neid kõiki intervjueerida ja kus asuvad dokumendid. Üldiselt kui menetlus ei käi, antakse 30 päeva aega ning lubatakse seda pikendada, kui avaldaja kinnitab, et tegeleb tõendite kogumisega. Kui aga teine avaldaja ootab järjekorras, võidakse anda lühem aeg. Kui tähise täiustamise jaoks läbi viidud sisejuurdlusel avastatakse, et kartell on ulatuselt laiem, nt. geograafiliselt, siis hõlmab tähis ka seda.¹⁹³ Eelmainitud Stolt-Nielsen juhtumi tingis tegelikult asjaolu, et ametil polnud tähise kinnitamisel piisavalt tõendeid, hindamaks, kas Stolt vastab immuunsusnõuetele. Kuigi ilmnis, et ta ei vastanud neile, et tähis anti liiga kergelt, siis üldist tähise tõendamislävi siiski ei tõstetud, kuna peetakse ainuoluliseks, et programm töötaks ja avaldajatel oleks usk sellesse. Seega pigem tehakse kõik, et aidata neid, kes soovivad teatama tulla, kui otsitakse vabandusi, et neid programmist eemal hoida.¹⁹⁴ Ka ÜK amet töötab põhimõttel, et juhul kui isik on leebuse kohaldamisele lähedal, siis kaldutakse juhistest pigem avaldaja kasuks kõrvale.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Andersson, Legnerfält, "The New Swedish Competition Act", *supra nota* 72, p. 566.

¹⁹¹ Swedish Competition Act, *supra nota* 38, Article 28c.

¹⁹² Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p. 3-4.

¹⁹³ Op.Cit., p. 4, 8.

¹⁹⁴ Hammond, Scott Hammond on Stolt-Nielsen, *supra nota* 55, p. 14.

¹⁹⁵ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 12.

Teise kriteeriumi alusel leitakse, millal lubada hüpoteetilise avalduse esitamist, et programmi läbipaistvust lisada. Hüpoteetiline avaldus on mõeldud neile, kes pole kindlad: kas nende tegevus kvalifitseerub programmi alla, kas saab veel immuunsust taotleda või kas nende infost piisab, et lävend ületada.¹⁹⁶ Praktikas ettevõtja nõustaja uurib ametilt anonüümselt, nt. kas teatud tegevus, teatud turul, teatud toote/teenusega seonduvalt on kartell; kas menetlus alanud; kas tegu võiks sundimisega olla, kas immuunsus on veel saadaval. Kui amet on vastanud, otsustakse, kas infot esitades taotleda tähist või mitte. Komisjon lubab hüpoteetilist avaldust vaid immuunsuse puhul ja anonüümselt ei saa tähist taotleda.¹⁹⁷ ÜK-s kasutatakse hüpoteetilist avaldust enamasti selleks, et osaleja nõustaja saaks enne ta nime avaldamist kindlustada vastava kartelli immuunsuse olemasolu. Vahel ei saa amet kohe küsijale garanteerida, et immuunsus veel kohaldatav, sest ei teata, kas kartell on uus või seda juba uuritakse. Sel juhul pakub ta nõustajale, et antakse trahvivähendamise tähis, mida võib hiljem, ilmnedes, et tegemist uue kartelliga, immuunsuse tähiseks ümber muuta. ÜK amet garanteerib, et kui immuunsus pole enam saadaval, ei ürita ta omakorda leida nõustaja küsimuste kaudu seda ettevõtjat või eraisikut, kes ametiga ühendust võttis. Veelgi, amet peab vastusena antud infot siduvaks, kui sellele hüpoteetilisele küsitlemisele järgneb mõistliku aja jooksul avaldus ning ei esitatud vale teavet.¹⁹⁸ Avaldajasõbralik ÜK lubab A immuunsuse puhul ka anonüümselt tähist taotleda, kui põhiavaldus tehakse komisjonile ja teine ÜK ametile. Sellise taotluse esitab nõustaja, kes avaldab oma nime, ettevõtte, kus ta töötab, ning esitab piisavalt andmeid selle puudutatud sektori kohta, et amet saaks selgitada, kas pole menetlust juba alustatud või ühtegi teist avaldajat. Seejärel lühikese tähtaja möödudes peab nõustaja ametile kinnitama, et komisjonilt on positiivne vastus saadud; misjärel paljastama ettevõtja nime, rikkumise olemuse ja muud tõendid. Kui komisjoni immuunsus pole saadaval, siis võib avaldaja nime avalikustamata ÜK ametilt tähise avalduse tagasi võtta.¹⁹⁹ Seda meetodit lubab amet just komisjonile avalduse tegemiseks, kindlustamaks avaldaja töötajatele ja juhtidele kaitse kriminaalkaristusest, mis võib neid vaid komisjonile avaldades koduriigis oodata. USA-s hüpoteetilist avaldust *per se* ei tunta, aga praktikas võimaldab amet nõustajal mitteametlikult uurida, kas immuunsus teatud kartellile on veel olemas.²⁰⁰ Erandkorras on ka lubatud anonüümselt tähist taotleda, aga sedagi vaid lühiajaliselt: nõustaja võib avaldajale tähist taotledes

¹⁹⁶ European Competition Network, “Model Leniency Program“, *supra nota* 8, Section 34.

¹⁹⁷ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 75.

¹⁹⁸ Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications“, *supra nota* 35, p. 13.

¹⁹⁹ Op. Cit , p. 19.

²⁰⁰ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 267.

paluda ametilt veel paar päeva lisatõendite leidmiseks, enne kui ta avaldaja nime avaldab.²⁰¹ Rootsis on hüpoteetiline avalduse meetod olemas ja ameti poolt soositud just selleks, et immuunsuseavaldajad teeks enne teatama tulemist kindlaks, kas immuunsus on veel olemas ning kas info vastab tõendamislävele.²⁰² Sellega tasakaalustab Rootsi tähise puudumisest tekkivat ebakindlust.

Kolmanda kriteeriumi alusel leitakse, miks ja kuidas lubada suulist avaldust, et programm läbipaistvaks muuta. Selle meetodi eesmärk on tagada, et poleks dokumentaalseid tõendeid, mida kolmandad isikud võiksid kasutada avaldaja vastu kahjunõuete esitamisel. Viimane tekitab ohtu range karistuse ees iga osaleja jaoks, sest kahjunõuded võivad ulatuslikuks osutada - nn. vitamiini kartelli puhul maksid osalejad tarbijatele üle 1 miljardi dollari kahjuhüvitisi.²⁰³ Komisjon on julgustanud eraisikuid ja ettevõtjaid, kes on puudutatud konkurentsivastasest tegevusest, pöörduma liikmesriigi kohtusse, et nõuda kahju hüvitamist, esitades illegaalse tegevuse tõendina osi avalikustatud otsusest. Samas rõhutatakse, et leebusavaldused peaks erahagide eest varjatud olema ning komisjon enamasti seda tagabki.²⁰⁴ Mudelis võib ametile teha suulise (nii tähise, hüpoteetilise kui kokkuvõtliku) avalduse, kui seda paluda, eeldusel, et see on proportsionaalne, õigustatud soov ning avaldaja pole selle sisu kolmandatele isikutele avalikustanud.²⁰⁵ Komisjonis jäädvustatakse suuline avaldus kohapeal ja avaldaja saab selle protokollile üle kontrollida, aga ei pea allkirjastama. Komisjon kasutab seda tõendina ning see jääb tema kontrolli alla, mida keegi välja nõuda ei saa. Osalejad saavad avaldust, pärast süüdistuste esitamist, komisjoni ruumides kuulata, aga erinevalt kirjalikust avaldusest protokollist koopiaid teha ei lubata.²⁰⁶ ÜK-s on võimaluse kasutamiseks lisatingimus, et avaldaja peab kõik kartellist eelnevalt olemasolevad kirjalikud tõendid ametile andma ning kõik tunnistajad peavad olema valmis vestlusteks ametiga ja oma tõendite esitamiseks.²⁰⁷ Ka USA-s, kus tsiviilhagide esitamine on levinud, saab ettevõtja teha ameti töötajate ees suulise avalduse. See toiming võib mõnikord võtta päevi, aga maandab riske, et kolmandad isikud saaksid ülestunnistused kohe tõendina kätte, sest USA-s esitatakse tsiviilhagisid juba siis, kui avastatakse, et mingis ettevõttes tehti

²⁰¹ Barnett, Hammond, "Frequently asked questions", *supra nota* 47, p. 3.

²⁰² Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 232.

²⁰³ James M. Griffin, "Status Report: Criminal Fines Status Report: International Cartel Enforcement Status Report: Corporate Leniency Program", ABA 49th Annual Meeting (2001), p. 7.

²⁰⁴ Euroopa Ühenduse Komisjoni Valge Raamat, *supra nota* 112, lk. 11.

²⁰⁵ European Competition Network, "Model Leniency Program", *supra nota* 8, Section 28.

²⁰⁶ William J. Baer, et al., "International leniency regimes: new developments and their strategic implications", *Global Competition Review* (2006), p. 62.

²⁰⁷ Office of Fair Trading, "Guidance Note on the Handling of Applications", *supra nota* 35, p. 18.

läbiotsimine või isegi ajalehe uudiste alusel.²⁰⁸ Tähelepanelik peab olema ka, et suulist avaldust kusagilt maha ei loeta, sest hageja võib üritada seda nõ. skripti tõendiks saada.²⁰⁹ Rootsiski saab kaitseks tsiviilhagide eest teha ametile suulise avalduse kirjaliku asemel.²¹⁰

Neljanda kriteeriumi alusel leitakse, kuidas peaks toimuma trahvide vähendamine, et programm oleks läbipaistev. Komisjoni ning Rootsi programmil on selge järjekorra gradatsioon: esimesena olulist infot pakkuv avaldaja saab 50 %-30 %, teisena tulija kuni 30 % ja järgnevad kuni 20 % trahvide alandamist, kusjuures iga järgneva puhul on kõrgem tõendamislävi.²¹¹ ÜK-s kohaldatakse nii B kui C leebust, milledest harvaesineva B puhul võib saada piiranguteta kuni 100 % vähendamist. C leebuse puhul alandatakse trahve vahemikus 50 %-25 %, kusjuures protsent otsustatakse esitatud teabe väärtuse järgi. Kui on tegu väga hilise avaldajaga või vähetähtsa infoga, siis võidakse alla 25 % vähendada, aga üldiselt jääb see miinimumiks, mis on kõrgem kui EL-is.²¹² Seega puudub järjekorra gradatsioon, mis mõneti vähendab läbipaistvust, kuna avaldaja ei näe ette, mitu protsenti vähendust ta teabe eest võiks saada. Teisalt on see põhjendatud, sest tihti nt. teisena avaldaja info on kasutu võrreldes neljandaga, kuna viimane annab ametile olulisemat teavet. Seega ei taheta panna ametit sundseisu, kus ta peab väiksemat protsenti kohaldama vaid aja tõttu, mis võib olla ebaaus, kui tegu paari tunnise vahega. ÜK on läinud üle „võistlusest kohadele järjekorras“ „teabe väärtuse hindamise“ süsteemile, kuna kartell saab tõestatud just väärtusliku infoga, mida ei esita alati just varajased avaldajad. Läbipaistvust vähendav on mudeli, Rootsi ning ÜK programmi puhul küsimus, mis on oluliselt väärtuslik info. Rootsis peetakse selleks infot, mida ametil enne polnud ja mida see poleks saanud omandada.²¹³ Mudeli kohaselt on oluline kirjalik kartelliaegne tõend, võrreldes hiljem looduga; otseselt faktidesse puutuv süüdimõistev tõend, võrreldes kaudselt asjassepuutuvaga ning teistest allikatest kinnitamist mittevajav tõend.²¹⁴ Trahvivähendamise ulatust, erinevalt USA-st, avaldajaga läbi ei räägita. USA-s puudub trahvivähendamine leebusena nagu EL-is, mis tähendab, et iga teine tulija saab täiskaristuse. See on programmi boonusmeetod, sest suurendab võidujooksu esimesele kohale. Samas järgitakse üha enam EL-i eeskujul, kohaldatakse teisena tulijale, kes teeb ametiga järjepidevat koostööd ja esitab väärt tõendeid, trahvi olulist vähendamist. See areng on

²⁰⁸ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 268.

²⁰⁹ Klawiter, “US corporate leniency after the blockbuster cartels: are we entering a new era?” *supra nota* 127, p. 15.

²¹⁰ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 232.

²¹¹ Komisjoni teatis C 298/11, mis käsitleb kaitset trahvide eest ja trahvide vähendamist kartellide puhul, *supra nota* 2, III A.

²¹² Office of Fair Trading, “Guidance Note on the Handling of Applications”, *supra nota* 35, p. 27.

²¹³ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 230.

²¹⁴ European Competition Network, “Model Leniency Program”, *supra nota* 8, Section. 25.

leevenduseks just rahvusvaheliste kartellide puhul. Näiteks grafiidist elektrodide kartellis koostööd tegev teine avaldaja Showa Denko Carbon Inc sai trahvi vaid 10 % käibest, aga viimane teataja SGL Carbon AG juba 30 % käibest.²¹⁵ Trahvi vähendamiseks on USA-s kasutusel eelnevalt selgitatud karistuse läbirääkimised, kus iga osaleja individuaalselt võimalikult leebet trahvi üritab kindlustada, ning „immuunsus pluss“ meetod.

Viimase kriteeriumi alusel leitakse, mis meetoditega teha kartellidest teatamine lihtsaks ja motiveerivaks, tagamaks läbipaistvat programmi. ÜK-s ja USA-s saavad eraisikud kartellist teatada spetsiaalse telefoniliini või emaili teel, kusjuures ÜK-s on loodud selleks ööpäevaringne kuum liin. Kartelliosalejad saavad avaldusi teha ÜK-s kolmele kindlale ametnikule telefoni või emaili teel, USA-s vaid telefonil, Rootsis²¹⁶ aga telefoni, faksi või emaili teel. ÜK-s on teatajatele info, eeldatavalt „siseinfo“, eest välja pandud vastavalt selle väärtusele auhinnaraha kuni 100 000 naela, juhul kui amet otsustab selle teabe alusel kartelli uurima hakata. Välistamiseks hirmu ühendust võtta, tagatakse, et uurijad on professionaalid ning eraisiku identiteeti hoitakse saladuses.²¹⁷ USA-s on ametil eraldi kodanike kaebuste keskus ja kodulehel on küsimused, mille alusel peaks ametile info esitama, nt. mis on inimeste nimed, kes seotud kartelliga; mis teenus või kaup on mõjutatud.²¹⁸ Avaldajate olukorra lihtsustamiseks on ÜK-s ning USA-s nagu eelpool mainitud välja töötatud standardsed ettevõtja ja eraisiku leebuslepingud, milledes on kirjas kõik tingimused, mida avaldajad peavad järgima ning lepingu koostamine toimub nõ. lünkade täitmisena. USA-l on veel kodulehel üleval juba sõlmitud leebuslepingud muudetud kujul.²¹⁹ Üldteadlikkust programmist suurendatakse USA-s sellega, et ameti esindajad käivad nii rahvuslike kui ka rahvusvaheliste advokatuuride ühendustele, kaubandusgruppide ja meediale,²²⁰ ning Rootsis veel ülikoolides ning kohalikes omavalitsustes, kõnelemas kehtivast leebusprogrammist. Rootsis investeerib amet igal aastal konkurentsialastesse teadusuuringutesse, korraldatakse õpilastele auhinnalisi konkurentsitemalisi esseevõistlusi, antakse erinevatel konkurentsitemadel välja raamatuid ning korraldatakse konverentse, töötubasid.²²¹

²¹⁵ Arquit, Buhart & Antoine, *Leniency Regimes*, *supra nota* 14, p. 266.

²¹⁶ The Swedish Competition Authority, „Introduction of the new competition act“, <www.kkv.se/t/Page_913.aspx> (14.2.2009).

²¹⁷ OFT, „Rewards for information about cartels“, <www.of.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards> (14.1.2009).

²¹⁸ DOJ Antitrust Division, „How to file a complaint?“, <www.usdoj.gov/atr/contact/newcase.htm#file> (12.1.2009).

²¹⁹ DOJ Antitrust Division, „Redacted Leniency Letters“, <www.usdoj.gov/atr/foia/leniency_letters.htm> (12.1.2009).

²²⁰ Hammond, „Cornerstones of an Effective Leniency Program“, *supra nota* 16, p. 19.

²²¹ „Swedish Competition Authority’s Annual Report“, report (2007), p. 36.

3.2 Valitud meetodid

Järelikult, kolmanda põhieelduse täitmiseks - loomaks läbipaistvat programmi, mis julgustaks isikuid kartellist teatama tulema, tuleb tekitada neis usaldust ja kindlust. Selleks on oluline süsteemi läbipaistvus, madal diskretsioon, võrdne kohtlemine ning etteaimatavus. Selle eelduse kõige tõenäolisemaks teostamiseks valiti ja kombineeriti võrdlusest järgmised meetodid. Antakse soovitusi Eesti eelnõule.

1. Tagamaks kindlust avaldajatele, kes ei tea täpselt, mida ning kuidas ametile esitada, tuleb kohaldada igale leebusvariandile tähist, et teha programmi astumine võimalikult lihtsaks ja garanteerida avaldusjärjekorras koht. Võidujooksu tekitamiseks, peab immuunsuse tõendamislävi olema madal, trahvivähendamisel kõrgem. Siiski tähiseavalduseks ei pea põhjalikku sisejuurdlust teostama, vältimaks info lekkimist teistele osalejatele ja menetluse nurjumist. Süüd ei pea enne täiustamist omaks võtma, hoidumaks tõendi loomisest tsiviilhagidele, kui tähist ei õnnestu täiustada. Täiustamine toimub ameti juhendamisel, vastavalt juhtumi asjaoludele määratud tähtaja jooksul. Eestis tuleks korrektne tähise süsteem luua, määrata sellele kindel tõendamislävi, mitte kohaldada seda prokuratuuri diskretsiooniotsusena. Info lekkimise vältimiseks ei tohiks nõuda põhjalike sisejuurdluste läbiviimist enne tähiseavaldust ehk relatiivselt madal lävend luua. Lisaks tuleks sätestada asjaolud, mida prokurör arvestab täiustamise pikkuse määramisel, mitte kehtestada absoluutset maksimumaega kuni 1 kuu.²²²

2. Tuleb lubada ametilt kõikvõimalikke hüpoteetilisi päringuid kartelli kohta, ilma et küsijaid hakataks pärast otsima ja päringute vastused on ametile siduvad, eeldusel, et järgneb avaldus ning valeinfot ei esitatud. Hüpoteetilist avaldust tuleb lubada iga leebusvariandi puhul, sest võimalus anonüümselt uurida, kas teatud leebus veel olemas ja kas info piisav, tekitab usaldust ning julgustab osalejaid programmi astumist üldse kaaluma. EL-i liikmesriikides, eriti kus rakendatakse eraisikutele kartelliosaluse eest kriminaalkaristust, tuleb komisjonile avaldades võimaldada anonüümse tähise taotlemist. Anonüümne tähis kaitseb avaldaja töötajaid karistuse eest juhul, kui koduriigis keegi teine osaleja peaks immuunsust taotlema. Eestis, eriti programmi uudsuse tõttu, tuleks võimaldada osalejal anonüümselt enne avalduse esitamist kõik vajalik info omandada.

3. Kõiki (tähise, hüpoteetilise, kokkuvõtliku, kokkuleppemenetluse) avaldusi tuleb lubada teha suuliselt. Avaldus protokollitakse ametis, isik ei pea seda allkirjastama ja teised osalised saavad seda kohapeal vaid kuulata, mitte protokollist koopiat teha. Meetod tagab kindluse, et

²²² Eelnõu, *supra nota* 129, § 2, muutes KrMS §205¹ lg 4; Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 11.

avaldus ei satuks tsiviilhagidele tõendiks ega asetaks avaldajat halvemasse seisu kui mitteavaldajad. Eestis tuleks need aspektid osalejate julgustamiseks sätestada alternatiivina praegusele avalduse vorminõudele.²²³

4. Trahvide vähendamisel ei tule kohaldada järjekorra gradatsiooni, hoidmaks võistlust ka hilisemate avaldajate vahel ning saamaks väärtuslikku infot, millega kartell lõplikult tõestada. Läbipaistvuse tagamiseks peab looma juhendi, mille järgi trahvi vastavalt info väärtusele vähendatakse (kuni 50 %), mis tõendeid peetakse väärtuslikuks, nt. kirjalikke, kartelliaegseid. Selle järgi saavad osalejad otsustada, kas teatud tõendeid omades tasub taotlema tulla ning mis leebust võib oodata. Eestis tuleks jätta protsendi määramine vaid kohtu pädevusse, mitte koostöös prokuratuuriga, ja luua kohtule täpne trahvivähendamise juhend. Kuna programmis puudub nii järjekorra kui protsendi gradatsioon,²²⁴ peaks vähendamist lubama kuni 50 %, et säiliks võidujooks.

5. Kogu teatamine peab olema algusest lõpuni lihtne ja selge: seda saab teha telefoni, faksi, emaili teel ja ameti kodulehel on näidisküsimused, mille järgi infot esitada. Nii leiab igaüks võimaluse ametiga ühendust võtta ning oskab küsimuste järgi oma infot esitada. Tuleb kohaldada auhinnaraha teatamise eest, peibutamaks neid, kes kaaluvad teatamist, nt. tööandja peale kaevates võib töötaja koht, seega sissetulek mõneks ajaks või lõplikult kaduda. Kui aga auhind on piisav, võib see kallutada teatamisele. Amet tagab teataja konfidentsiaalsuse, et julgustada inimesi teatama, ilma et nad muretseksid oma töökoha kaotamise või meediasse jõudmise pärast jms. Osalejad saavad avalduse teha telefoni või emaili teel. Avaldajatele on loodud standardleebuslepingud ning näitena avaldatud juba sõlmitud lepingud, et oleks võimalik programmi tingimustega enne tutvuda. Programmist üldteadlikkuse tõstmiseks peavad ameti esindajad eri organisatsioonidele, meediale jt. seda tutvustama. Eestis tuleks kõik need elemendid üle võtta, aga olulisim on teatajale konfidentsiaalsuse tagamine ja standardsete leebuslepingute koostamine.

Kokkuvõtteks, avalduste esitamiseks tuleb luua atmosfäär, kus kartelliosalejad usaldavad süsteemi ja on kindlad selle toimimises, sest see on läbipaistvaks muudetud.

²²³ Eelnõu, *supra nota* 129, § 3, muutes KonkS §78 lg 1; Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 12.

²²⁴ Seletuskiri, *supra nota* 129, lk. 10; 7; Eelnõu, *supra nota* 129, § 2 lg 2, muutes KrMS §205¹ lg 3.

Kokkuvõte

Leebusprogramm on tõenäoliselt konkurentsiametite tõhusaim vahend salajaste kartellide vastu võitlemisel. Autori eesmärgiks oli võrreldud riikide programmidest leida meetodid, mis vastaksid kolmele põhieeldusele: oht rangete trahvide ees, hirm vahelejäämise ees ning süsteemi läbipaistvus. Tulemusena sooviti anda suunised tõhusa leebusrežiimi loomiseks.

Võrreldud riikide: USA, ÜK ja Rootsi programmid on üles ehitatud küllaltki erinevate meetodite abil. Leidmaks, kuidas kolme põhieeldust täita, koondati programmide need meetodid, mis eelduste eesmärgi täitsid ning selgus, et tekitamiseks ohtu range karistuse ees, tuleks programm ehitada üles põhimõttele, et üks avaldaja saab immuunsuse, teisi ootab ees range rahaline trahv ja/või vangistus eraisikutele ning kohaldatakse kõrgeid kahjuhüvitisi kannatanutele. Trahv peaks olema suurem kui igasugune kasu, mida osaleja oleks kartellist teeninud ning seda kõrgem, mida pikem ning raskem oli kartell. Eraisikutele tuleks kohaldada reaalset vangistust ja ärikeeldu, et karistus oleks piisavalt ennetav, et kartelli mitte astuda. Kartelli ainujuhile ja/või -algatajale peaks immuunsus olema välistatud. Amet peaks kasutama standardset leebuslepingute süsteemi, kusjuures alguses sõlmima tingimusliku ja hiljem, kui kõik lepingunõuded täidetud, lõpliku lepingu. Igasuguse pahatahtliku käitumise või tingimuste rikkumiste tõttu peaks tingimusliku lepingu tühistama ning kasutama esitatud tõendeid isiku enda vastu. Lisaks tuleks luua kannatanuid soosiv kahjuhüvitamise süsteem, et nende hüvitiste hirmus ennetada osalust. Samas avaldajatele, võrreldes teiste kartelliosalistega, kohaldada erisoodustusi: esiteks kohustus kolmekordse hüvitise asemel vaid tegelik kahju hüvitada. Teiseks, hagejaga koostöö puhul hüvitiste vähendamise võimalust, et nende summa võimalikult väikseks kujuneks. Neid meetodeid kasutades, on eeldatavasti garanteeritud esimese tulemusliku programmi põhieelduse täitmine.

Teise põhieelduse saavutamiseks ehk tekitamiseks osalejates hirmu vahelejäämise ees, tuleks programmi kasutada vaid horisontaalsetest kartellidest teatamiseks, tagamaks ametite, kohtute efektiivse ja kiire menetlemise, otsuste vastuvõtmise ning järjest uute kartellide uurimise alustamise. Veel tuleks lubada leebust taotleda nii ettevõtjatel kui ta töötajatel, tekitamiseks nende vahel võistluse esimese koha pärast. Amet peaks vastu võtma kokkuvõtlikke avaldusi, et lihtsustada avaldajate tööd avalduste esitamisel, üheti tagades, et tekib võidujooks teatamisele, kuna ühe avaldusega saab mitmes riigis immuunsuse nõ. broneerida. Samal ajal väheneb ameti koormus, kes ei pea täielikku avaldust läbi töötama, et otsustada, kas soovib uurida antud kartelli.

Amet peaks kasutama leebusprogrammi kõrval ka kokkuleppemenetlust, et teha kiireid otsuseid kartelliosaliste kohta, kes soovivad süü üles tunnistada. Neile kohaldatakse trahvialandust ning kiirmenetlust, samas peavad nad loobuma edasikaebamisõigusest. See hoiab ameti ressursse kokku ja võimaldab üha rohkem kartelle menetleda. Kasutada tuleks „immuunsus plussi“, „karistus plussi“ ning „omnibussi küsitlust“, et kiiresti avastada ühe kartelli raames mitut kartelli, hoides kokku ressursse, sest uut avaldamise ning menetlusprotsessi ei pea läbima. Lisaks tekitab see veel kõrvalistes ettevõtjates hirmu, et partner võib neid üles anda, mistõttu kiirustavad nemadki programmi astuma. Rakendades kõiki neid vahendeid, tekitatakse osalistes hirm, et ka nemad võivad vahele jääda, sest amet on töös kiire ja efektiivne ning peibutused teatamiseks on üha muljetavaldavamad, mistõttu võistlus esimese koha pärast suureneb.

Kolmanda ennetava põhieelduse täitmiseks ehk süsteemi läbipaistvaks muutmiseks tuleks kasutusele võtta standard leebuslepingud, nõ. täida lüngad meetodil, et kõik teaksid, mida on koostööst oodata, kusjuures esialgu sõlmitakse alati tingimuslik ja siis lõplik leping. Kohaldada tuleks tähise, hüpoteetilise ning suulise avalduse süsteemi, et tagada avaldajale kindlus, et ta saab esimest kohta kaitsta ka vähese infoga; saab uurida, kas üldse leebust veel kohaldatakse ja tagada, et avaldus ei satu kahjunõuete aluseks. Oluline, et luuakse täpsed juhendid, kuidas arvutatakse trahve, kuidas neid vähendatakse info väärtuse põhjal, keda peetakse kartellis juhiks, kuidas esitada kokkuvõtlikku avaldust ning mis reeglite järgi toimib kokkuvõttemenetlus. Tagades sellise läbipaistvuse, kaotatakse süsteemist diskretsioon ja julgustatakse avaldajaid esile astuma. Amet peaks kõik juhendid, otsused, näidisküsimused ning muu info avaldama oma kodulehel ning koha peal. Nende abinõude kasutamisel luuakse läbipaistev režiim, kus iga avaldaja on kindel, milline on leebusmenetlus ning selle lõpptulemus.

Nende loetletud meetodite abil täidetakse kolm põhieeldust, mis omakorda loovad tõhusa programmi. Antud meetodeid tuleks rakendada nii EL-i kui ka USA programmides. Nagu mainitud, on need kaks süsteemi üksteisele lähenemas ning antud töös tuvastatud meetodid peegeldavad seda suundumust. Hetkel on Eesti leebusprogramm veel vastu võtmata ning autori arvates leidub käesolevas töös mitmeid elemente, millega eelnõud täiendada ja mida Eestis rakendada.

Tõhusa leebusprogrammi loob selline kolmel eeldusel põhinev süsteem, kus esinevad kõik eelpool loetletud meetodid: avaldaja usaldab süsteemi, ta näeb ette, kuidas see etapp etapi järel toimib ning ta kardab rangeid karistusi, mis järgneksid programmi mitte astumisel, sest

vahelejäämise tõenäosus on alati suur. Kui selline olek suudetakse osalejale tekitada, on tegu tõhusa režiimiga.

Summary

Methods to Create an Efficient Leniency Program Based on the Examples of European Union Member States and the United States.

The United States created a leniency program to fight secret and stealth cartels in 1978 and the European Union followed in suit 1996. It is called leniency program, because undertakings and individuals who confess their participation in a cartel, can avoid or lessen criminal conviction, prison terms and high fines that would otherwise have been applied. It is a valuable opportunity for anyone, because penalties for cartel involvement as one of the most serious competition violation: it gravely increases prices, restricts innovation and harms the public sector, are severe enough to ruin ones life, family life due to prison time, career due to losing business trust etc. But not everybody agrees and that is why every state is trying to create the most attractive program for the participants to come and turn themselves in. S. Hammond has said: “Creating a program on paper is the easy part. However, implementing an *effective* leniency program – one that the business community and the private bar have confidence in and will rush to take advantage of – is much harder.”²²⁵ That said there are still three generally acknowledged preconditions that if filled lead to an efficient program: danger of severe sanctions, fear of detection, and transparency. The problem arises here: which methods help to fulfill these preconditions?

The primary concern of this research is what are the methods to use to build an efficient leniency program. To find these, the ECN Model Leniency Program and the United State’s, the United Kingdom’s and Sweden’s programs were compared. All of them used different methods aiming to complete the same preconditions, but to find which ones presumably fulfill those three at the maximum level was the purpose of this paper.

The comparative analysis was carried out in three chapters. The comparison is based on theoretical data, because of the absence of precise empirical data for all the states and because there are many external conditions that need to be considered to determine the most efficient program. The criteria what to compare in these programs to find the methods, was found through the analysis of the regimes. The analysis disclosed that there were 15 similar characteristics that they all or two out of three shared. Every characteristic was presumably used in the structure of

²²⁵ Hammond, “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *supra nota* 16, p. 2.

the program to fill one of the three prerequisites, so that's how these features were divided into three.

The first chapter concentrates on the first precaution to an efficient program: what methods need to be used to evoke danger of severe sanctions. Severe sanctions presumably make every accomplice rush to report on its partners with the fear of losing everything and also deter new cartels. To create this, concluded methods were: to compose the structure according to the principle "the winner takes it all", by granting the first comer automatic immunity after fulfilling a low proof threshold, but obliging the next comers to bring significant added value to the investigation and because it's a discretion decision, it poses a higher risk. To ensure the danger throughout the investigation a conditional leniency agreement should be signed with the applicant, where all the terms to secure the final agreement are prescribed. If the applicant should infringe the terms or fail to meet them, the agreement shall be void and all evidence could be used against it. Only the sole leader/originator of the cartel should be excluded from immunity, to guarantee that nobody wants to take the leader position, thereby destabilizing the cartel, and no new cartels are initiated. The fine for the undertaking should amount up to 10 % of its worldwide turnover and punishment for the individuals should be imprisonment up to 10 years, a fine up to 1 million dollars and a trading prohibition up to 15 years. That would make anyone think twice about joining a cartel and act fast if it's destabilizing. Finally the system of recovery of damages should on the one hand favor the third party, but on the other hand foster leniency applicants, compared to other participants. Meaning that participants would have to pay tremble damages, the applicants only actual damages that could be lowered provided that the applicant collaborates with the civil plaintiffs.

The second chapter focuses on the second precaution to an efficient program: what methods have to be used to generate fear of detection. To evoke fear: first, the competition authority has to work efficiently and detect reasonable amount of cartels per year, so that every cartel would feel that soon their time will come to be exposed. Secondly, methods should be taken to destabilize a cartel from inside, by creating competition to be the first to report the cartel. To fill these two aims, the program should include only cartels and to hasten the authority's work it should accept and promote summary applications; to find several cartels at once, use amnesty plus; and use a direct settlement procedure cumulatively with the program. Then it should create a rivalry among the undertaking and its employees, to hurry to report in the fear of being second

and create a contest among partners of different cartels by using amnesty plus, penalty plus and omnibus questions.

The third chapter deliberates on how to build a transparent program, which is important to create trust and certainty towards the program, so applicants would be assured to report the cartel. This can be achieved by allowing the hesitant applicants: to secure a marker with a low threshold, ask anonymously all the questions they need about the cartel and permit them to produce all applications orally. Next all discretion should be abolished, because the applicant needs to feel that the result of reporting is certain and foreseeable - that could be accomplished with various public guides for the authorities: like how to calculate a fine, how to reduce it, what is considered to be value added proof, who is a sole leader etc. Finally the whole application process should be simple, confidential with an award fee for reporting.

This paper also recommends that Estonia incorporates some of the abovementioned methods into its new leniency program. Notably: a secure marker system, hypothetical applications and the opportunity to present them orally. Estonia also needs to lose the vast discretion from its program and implement the conditional leniency agreement system.

Finally, if a program is built utilizing all these methods, so that the applicant trusts the system, because it can see how it works step by step and the final result and it feels the danger of sever sanctions if it does not enter the program, because it's always highly likely to get caught. If this feeling is created to the cartel participant, then the program is effective.

Kasutatud materjalide loetelu

Kasutatud kirjandus

- 1) Ablasser-Neuher, A. Introduction and Special Cross-Border Aspects. UIA Competition Law Round Table in Vienna, 2008;
- 2) American Chamber of Commerce to the European Union. Position Paper on Commission Proposals on the Conduct of Settlement Procedures in Cartel Cases. Belgium, 2008;
- 3) Andersson, H. Legnerfält, E. The New Swedish Competition Act. - European Competition Law Review, 2008, Thomson Reuter Limited and Contributors, Issue 10;
- 4) Arquit, K., Buhart, J. & Antoine, O., Leniency Regimes. Jurisdictional Comparisons. Second Edition. United Kingdom, the European Lawyer Reference, 2007;
- 5) Baer, W.J, Frazer, T., Gyselen & L., Liss, F. International Leniency Regimes: New Developments and Their Strategic Implications. – Global Competition Review, 2006;
- 6) Barnett, B.A., Hammond, S. Frequently asked questions regarding the antitrust division's leniency program and model leniency letters. Department of Justice Antitrust Division Guidance, 2008;
- 7) Bolotova, Y., Connor, J.M. & Miller, D.J. Cartel Stability: an Empirical Analysis. Boston, 2006 (University of Idaho);
- 8) Brenner, S. An empirical study of the European corporate leniency program. Berlin, 2005 (Humboldt-University);
- 9) Caron Y. Beaton-Wells et al. „Criminalization of antitrust. “ABA Section of International Law Fall Meeting, 2008;
- 10) Cohen Milstein Sellers & Toll PLLC., Collective Redress for Competition Law - The European Antitrust Review, 2009, Section 2, Chapter 2;
- 11) Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003, 2 July 2008, in cartel cases, 2008/C 167/01, 2.7.2008;
- 12) Commission Notice 96/C 207/04 of 18 July 1996 on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, OJ C 207, 18.7.1996;
- 13) Eichhorn, K. H., Ginter, C., Euroopa Liidu ja Eesti Konkurentsioigus. 2007, Tallinn, Brüssel. Kirjastus Juura;

- 14) Euroopa Ühenduse Komisjoni Valge Raamat, 2. aprill 2008, EÜ konkurentsieeskirjade rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise kohta, KOM(2008) 165, 2.4.2008;
- 15) European Competition Network, „Model Leniency Program. Explanatory Notes”, 2006;
- 16) Griffin, J.M. Status Report: Criminal Fines Status Report: International Cartel Enforcement Status Report: Corporate Leniency Program. ABA 49th Annual Meeting, 2001;
- 17) Griffin, J. M. A Summary overview of the antitrust division’s criminal enforcement program. ABA Section of Antitrust Annual Meeting, 2003;
- 18) Hammond, S. “Detecting and Deterring Cartel Activity through an Effective Leniency Program.” International Workshop on Cartels in Brighton, 2000;
- 19) Hammond, S. Cornerstones of an effective leniency program. ICN Workshop on Leniency Programs, 2004;
- 20) Hammond, S. Antitrust Sentencing In The Post-*Booker* Era: Risks Remain High For Non-Cooperating Defendants. Washington DC, 2005;
- 21) Hammond, S. The US System of Negotiated Plea Agreements. A Good Deal with Benefits for All. Brussels, 2006;
- 22) Hammond, S. “Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program.” ABA Section of Antitrust Law ,Washington DC, 2008;
- 23) Hammond, S. Scott Hammond on Stolt-Nielsen. - Global Competition Review, 2008, 5;
- 24) Joint working party of the bars and law societies of the United Kingdom. Comments on the Commission’s Draft Settlement Package. OJ, 27 October 2007, C255/51;
- 25) Joshua, J., Hugmark, K. & Daems, I. What’s the Deal? Navigating the European Commission’s 2008 Settlement Notice. – The European Antitrust Review, 2009, Section 2, Chapter 1;
- 26) Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja konkurentsiseaduse muutmise seaduse eelnõu, ajaline seis 9.märts 2009, nr 1-6/09-01314;
- 27) Karistusseadustiku, kriminaalmenetluse seadustiku ja konkurentsiseaduse muutmise seaduse eelnõu seletuskiri. 2009;
- 28) Klawiter, D. C., Everett, J. C. The Legacy of *Stolt-Nielsen*: A New Approach to the Corporate Leniency Program? - theantitrust.com, 2006, Issue 2;
- 29) Klawiter. D. C. „US Corporate Leniency After the Blockbuster Cartels: Are We Entering a New Era?“ EU Cartel Enforcement: Practice and Policy, 2006;

- 30) Komisjoni teatis C 298/11, 8. detsember 2006, mis käsitleb kaitset trahvide eest ja trahvide vähendamist kartellide puhul, ELT 2006/C 298/11, 8.12.2006;
- 31) Kõverjalg, A., Üliõpilastööde metoodiline juhend. Tallinn, Sisekaitseakadeemia, 1999;
- 32) Masoudi, G. F. Cartel Enforcement in the United States (and beyond). Cartel Conference in Budapest, 2007;
- 33) MEMO/06/356 of 29 September 2006 on Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme – frequently asked questions. 29.9.2006;
- 34) Norgren, C. Leniency and criminalization. Presentation at Baker McKenzie's, Stockholm, 2007;
- 35) OECD. Competition Law and Policy in Sweden. - Policy Brief, 2007;
- 36) OECD. Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. - Policy Brief, 2001;
- 37) Office of Fair Trading Annual Report and Resource Accounts 2006-2007. London, 2007;
- 38) Office of Fair Trading Annual Report and Resource Accounts 2007-2008. London, 2008;
- 39) Office of Fair Trading's Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty. United Kingdom, 2004;
- 40) Office of Fair Trading's Guidance on the Issue of No-action Letters for Individuals. United Kingdom, 2003;
- 41) Office of Fair Trading. Leniency and No-action. OFT's Guidance Note on the Handling of Applications. United Kingdom, 2008;
- 42) Ratliff, J. "Plea Bargaining in EC Anti-Cartel Enforcement – A System of Change?" Brussels, 2006;
- 43) Sepp, M. Konkurentsirikkumistega seonduvaid küsimusi Euroopa Liidu konkurentsioiguses. Magistritöö. Tallinn, 2006. (Käsikiri Tartu ülikooli õigusteaduskonnas);
- 44) Sild, T., Frolov, R. Leebusprogramm Eestis- illusioon või reaalsus? – Juridica, 2006, III;
- 45) Suunised määruse (EÜ) nr 1/2003 artikli 23 lõike 2 punkti a kohaselt määratavate trahvide arutamise meetodi kohta (EMPs kohaldatav tekst) -ELT C 210, 01/09/2006,;
- 46) Swedish Competition Authority's Annual Report 2007. Sweden, 2008;
- 47) United States, Federal Sentencing Guidelines, 2003;
- 48) Waelbroeck, D., Slater, D. & Even-Shoshan, G. Executive summary and overview of the national report for Estonia. Ashurst law firm, 2004;

- 49) Waelbroeck, D., Slater, D. & Even-Shoshan, G. Executive summary and overview of the national report for Sweden. Ashurst law firm, 2004;
- 50) Waelbroeck, D., Slater, D. & Even-Shoshan, G. Executive summary and overview of the national report for the United Kingdom. Ashurst law firm, 2004;
- 51) Wall, D.M. U.S. Developments in Civil Cartel Litigation. Presentation in Tokyo, 2004;
- 52) Werden, G.J. Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime. - European Competition Journal, 2009;

Ajalehe artiklid

- 53) Glikman, L., Rüütel, R. Leebusprogramm - uus ajajärk konkurentsijärelevalves. - Postimees, 2. veebruar 2009;
- 54) Karnau, A. Kartellipeest teataja võib tulevikus kuriteost terve nahaga pääseda. - Postimees, 6. jaanuar 2009;

Muud allikad

- 55) DOJ Antitrust Division. „How to file a complaint?“ - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/contact/newcase.htm#file>, 13. January 2009;
- 56) DOJ Antitrust Division. Grand Jury Manual of the United States. - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/4371.htm>, 12. April 2009;
- 57) DOJ Antitrust Division. „Redacted Leniency Letters.“ - Available: http://www.usdoj.gov/atr/foia/leniency_letters.htm, 12. January 2009;
- 58) Eesti Justiitsministeerium, „Diana Kõmmus: Eelnõu tõhustab võitlust kartellidega.“ - Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.just.ee/39922>, 9. jaanuar 2009;
- 59) Elisabeth Legnerfält, „Retailers guilty of price-fixing in Volvo Cartel.“ - Available: <http://www.legal500.com/c/sweden/developments/5568>, 5. January 2009;
- 60) European Commission cartel statistics. - Available: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html#1>, 20. May 2009;
- 61) International Competition Network (ICN), “Cartels.” - Available: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/working-groups/cartels>, 3. January 2009;
- 62) Kroes, N. “Settlements in Cartel Cases.” - Available: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/445&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 19. February 2009;

- 63) Kroes, N. “Key developments in European competition policy over the past two years.” - Available: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/2&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, 9. January 2009;
- 64) „List of authorities accepting summary applications as provided by the ECN Leniency model programme in Type 1A cases.” - Available: http://ec.europa.eu/competition/ecn/accepting_nca.pdf, 1. February 2009;
- 65) Office of Fair Trading, “Rewards for information about cartels.” - Available: http://www.offt.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards. 14. January 2009;
- 66) The Swedish Competition Authority, “Introduction of the new competition act.” - Available: http://www.konkurrensverket.se/t/Page___4394.aspx, 18. January 2009;
- 67) U.S. Department of Justice, British Airways PLC and Korean Air Lines CO. LTD. Agree to Plead Guilty and Pay Criminal Fines Totaling \$600 Million for Fixing Prices on Passenger and Cargo Flights. - Available: <http://washingtondc.fbi.gov/dojpressrel/pressrel07/wfo080107.htm>, 9. February 2009;
- 68) U.S. Department of Justice. Corporate Leniency Policy. 08/10/1993, - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, 19. January 2009;
- 69) U.S. Department of Justice. Individual Leniency Policy. 8/10/1994, - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>, 19. January 2009;
- 70) U.S. Department of Justice. Model Corporate Conditional Leniency Letter. 11/19/2008, - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239524.htm>, 20. January 2009;
- 71) U.S. Department of Justice. Model Individual Conditional Leniency Letter. 11/19/2008, - Available: <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239526.htm>, 20. January 2009;
- 72) Väljavõtte Riigi Peaprokuröri juhiseist 12.04.2007. a. nr. RP-1-4/07/3, - Arvutivõrgus kättesaadav: http://www.konkurentsiamet.ee/public/valjavote_12.04.07_juhisest.pdf, 28. aprill 2009;

Kasutatud normatiivmaterjal

- 60) Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004. 108–237—June 22, 2004 118 STAT. 661;
- 61) Civil Procedure Rules, United Kingdom;
- 62) Clayton Act.-October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, United States;

- 63) Competition Act 1998, United Kingdom;
- 64) Enterprise Act 2002, United Kingdom;
- 65) European Union Consolidate Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community, C 321 E/1, 29.12.2006;
- 66) Karistusseadustik.6.juuni 2001. - RT I 2001, 61, 364; RT I 2009, 19, 114;
- 67) Konkurentsiseadus.5. juuni 2001. - RT I 2001, 56, 332; RT I 2007, 66, 408;
- 68) Kriminaalmenetluse seadustik.12.veebruar 2003. – RT I 2003, 27, 166; RT I 2008, 52, 288;
- 69) Sherman Antitrust Act. July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § 1–7, United States;
- 70) Swedish Competition Act 1993:20 - July 1, 1993;
- 71) Tsiviilseadustiku üldosa seadus. 27. märts 2002. - RT I 2002, 35, 216;
- 72) United States Code - January 3, 2007;

Kasutatud kohtupraktika

- 73) Case C-41/90 Höfner and Elser v Macratron GmbH (1991) ECR I-1979;
- 74) 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission (1978) ECR 207.

Lisad

Kriteeriumid, millele võrdlus põhineb

1. Kriteeriumid, mille eesmärk leida meetodid, millega tekitada oht range karistuse ees:
 - 1.1 Milline on leebusprogrammi ülesehitus?
 - 1.2 Kas kartelli juhile ja/või algatajale on leebus tagatud?
 - 1.3 Kui suure trahvi võib määrata? (selle arvutamise kriteeriumid)
 - 1.4 Mis meetoditega karistada eraisikut?
 - 1.5 Kuidas toimub kahju hüvitamine kolmandatele isikutele?

2. Kriteeriumid, mille eesmärk leida meetodid, millega luua hirmu vahelejäämise ees:
 - 2.1 Milliseid konkurentsioiguse rikkumisi leebusprogramm hõlmab? (artikkel 81 ja/või 82)
 - 2.2 Kellel lubatakse esitada ametile leebusavaldus?
 - 2.3 Kas aktsepteeritakse kokkuvõtlikku avaldust? (*summary application*)
 - 2.4 Milline kokkuvõttemenetlus kehtib? (*direct settlement, plea bargaining*)
 - 2.5 Kas rakendatakse „immuunsus pluss“ meetodit? (*Amnesty Plus*)

3. Kriteeriumid, mille eesmärk on leida meetodid, millega luua läbipaistev süsteem:
 - 3.1 Kas on kasutusel tähise süsteem? (*marker system*)
 - 3.2 Kas on kasutusel hüpoteetiline avaldus?
 - 3.3 Kas on kasutusel suuline avaldus? (*oral statement*)
 - 3.4 Kuidas toimub trahvi vähendamine?
 - 3.5 Mis on tehtud, et muuta kartellidest teatamist lihtsamaks ja motiveerivamaks?