

Misstänkt konkurrensbegränsande samarbete – försäkringsbranschen

Saken

Misstänkt konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket kommer inte att utreda saken ytterligare.

Ärendet

Bakgrund

Efter beslut av Patent- och marknadsdomstolen genomförde Konkurrensverket under våren och försommaren 2017 platsundersökningar enligt 5 kap. 3 § konkurrenslagen (2008:579), KL, hos flera företag inom försäkringsbranschen för att utreda om företagen överträtt förbuden i 2 kap. 1 § KL och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF.

Platsundersökningarna baserades på en misstanke om att företagen avtalat eller samordnat sig avseende försäkringsupphandlingar i Sverige där PO Söderberg & Partner Aktiebolag och Söderberg & Partners Insurance Consulting AB (SPICAB) eller S & P Assurans AB och S & P Assurans Offentlig AB (S&P) agerat som försäkringsförmedlare. Konkurrensverket genomförde efter platsundersökningarna ett flertal ytterligare utredningsåtgärder, bland annat förhör och ålägganden att inkomma med uppgifter.

Utredningen omfattade flera offentliga och privata upphandlingar. De flesta av dessa upphandlingar omfattade i sin tur ett stort antal försäkringsområden (olika typer av försäkringar).

Konkurrensverket har vid två tillfällen, den 15 juli 2019 och den 15 april 2020, avskrivit vissa företag, som omfattades av de initiala misstankarna, från utredningen.¹ Utredningarna i dessa delar fokuserade huvudsakligen på om det förekommit en typ av systematisk informationsöverföring mellan olika försäkringsbolag via S&P och om det resulterat i att försäkringsbolagen inte har konkurrerat fullt ut om samtliga kontrakt som upphandlades samordnat. Vid en samlad bedömning av vad som framkommit i utredningen och förutsättningarna för ingripande med stöd av konkurrensreglerna beslutade Konkurrensverket att inte fortsätta utredningen i dessa delar och mot dessa företag.

Efter dessa avskrivningar har den kvarstående utredningen fokuserat på huruvida S&P, eller SPICAB, tillsammans med Trygg-Hansa Försäkring filial (Trygg-Hansa) och If Skadeförsäkring AB (publ) (If) har överträtt förbuden i 2 kap. 1 § KL och artikel 101 FEUF, i samband med en samordnad upphandling av företagsförsäkring för kommunala energibolag som genomfördes hösten 2016 (Energiupphandlingen).

Skälet till en närmare utredning i denna del var att Konkurrensverket fick kännedom om omständigheter som gav upphov till misstankar om att S&P, If och Trygg-Hansa under Energiupphandlingen avtalat eller samordnat sig om att dela upp tre kontrakt mellan de två försäkringsbolagen i syfte att undvika ytterligare priskonkurrens, samt i syfte att säkerställa att If och Trygg-Hansa tilldelades kontrakt med sina respektive befintliga kunder. S&P:s intresse av en sådan uppdelning skulle ha varit att uppnå en jämn fördelning av kontrakt mellan anbudsgivare bland annat för att säkerställa att anbudsgivare i de upphandlingar som S&P anordnar ska vilja delta också i kommande upphandlingar anordnade av S&P. Att S&P kan attrahera många anbudsgivare är ett argument för att upphandlande myndigheter och andra uppdragsgivare ska anlita S&P. Misstanken bestod närmare i att S&P förmedlat förslag om fördelning av kontrakten för kunderna Krafringen AB (Krafringen), ENA Energi AB (ENA) och Hässleholm Miljö AB (Hässleholm) mellan If och Trygg-Hansa.

Företagen och marknadsförhållanden

Kommunala energibolagskunder köper så gott som uteslutande företagsförsäkring via förmedlare. I förevarande fall var det S&P som förmedlade företagsförsäkringar mellan försäkringsbolagen och kunderna.

¹ Se aktbilagorna 11 147–11 148 och 11 222–11 224.

S&P:s verksamhet består i att tillhandahålla försäkringsförmedlartjänster till offentliga och privata aktörer. S&P är en av de största förmedlarna i Sverige avseende offentliga kunder och hade 2016 förmedlingsuppdrag för ca 165 offentliga aktörer.

S&P tilldelas, genom det närstående bolaget SPICAB, uppdrag som försäkringsförmedlare genom att lämna anbud i offentliga upphandlingar för exempelvis kommunala energibolag. Upphandling av förmedlare sker separat från upphandling av försäkringar. Försäkringsförmedling är en tillståndspliktig verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn.

Trygg-Hansa är en del av det danska försäkringsbolaget Codan Forsikring A/S, som är ett av Nordens största skadeförsäkringsbolag. Trygg-Hansas verksamhet består i att tillhandahålla privatförsäkringar och företagsförsäkringar på bland annat den svenska marknaden.

If är ett av Nordens ledande skadeförsäkringsbolag. If:s verksamhet består i att tillhandahålla privatförsäkringar och företagsförsäkringar på bland annat den svenska marknaden.

S&P och de aktuella försäkringsbolagen bedriver således olika typer av verksamheter. S&P tillhandahåller försäkringsförmedlartjänster, medan Trygg-Hansa och If är verksamma inom försäljning av försäkringsprodukter (försäkringsgivning). Trygg-Hansa och If är ofta varandras närmaste konkurrenter i upphandlingar om försäkringskontrakt åt större kommunala energibolagskunder.

Särskilt om det rättsliga sammanhanget för Energiupphandlingen

Energiupphandlingen var en samordnad upphandling för flera kommuner och kommunala energibolag. Ett antal försäkringsbolag lämnade anbud i Energiupphandlingen, men Trygg-Hansa och If var de enda som lämnade anbud på kontrakten Krafringen, ENA och Hässleholm (vilka alla är kommunala energibolag). Krafringen var befintlig kund till If och Hässleholm befintlig kund till Trygg-Hansa. ENA var en tidigare kund till If.

S&P agerade på uppdrag av de kommunala energibolagen vid genomförandet av upphandlingarna av företagsförsäkringar (i enlighet med S&P:s samarbetsavtal med SPICAB).

När en upphandlande myndighet eller enhet överlåter på en extern part, såsom en försäkringsförmedlare, att utföra en upphandling, ska uppdragstagaren följa upphandlingslagstiftningen på samma sätt som gäller när det offentliga själv upphandlar.

Upphandling av försäkringskontrakt åt kommunala energibolag kan ske genom olika upphandlingsförfaranden. I upphandlingsdokumenten till Energiupphandlingen angavs att upphandlingen skulle genomföras som ett förhandlat förfarande.

Förhandlat förfarande är ett upphandlingsförfarande enligt vilket den upphandlande myndigheten eller enheten kan förhandla med anbudsgivare om förbättringar i deras anbud. Förhandlat förfarande kan därför vara en lämplig upphandlingsform vid inköp av mer komplicerade försäkringslösningar. Förhandlingsmöjligheterna kan avse ett eller flera kontraktsvillkor, inklusive pris. Prisförhandling kan ske parallellt med, eller som en konsekvens av, förhandlingar som rör andra krav och villkor i upphandlingen. Prisförhandling kan även innebära ren prutning. En prisförhandling får dock inte innebära att anbudsgivares pris eller andra konkurrensmedel, direkt eller indirekt, avslöjas för konkurrenterna.²

I upphandlingsdokumenten till Energiupphandlingen framgick det inte närmare hur själva förhandlingen skulle gå till eller vilka ytterligare kontakter som skulle ske mellan S&P och försäkringsbolagen under tiden från anbudsgivning till tilldelningsbeslut, fränsett ett förhandlingsmöte per anbudsgivare.

Det utredda förfarandet – Kontakterna mellan S&P och försäkringsbolagen
De tre kontrakten ENA, Kraftringen och Hässleholm förhandlades parallellt. If och Trygg-Hansa gavs möjlighet att justera sina offererade premier i olika förhandlingsrundor. Det var inte på förhand bestämt hur många gånger ett kontrakt kunde förhandlas, eller när en sista justering var tvunget att ske.

Under Energiupphandlingen förekom ett flertal muntliga kontakter mellan S&P och försäkringsbolagen som i huvudsak inte dokumenterades. Kontakterna innebar att försäkringsbolagen fick insyn i konkurrenssituationen i upphandlingen och hur deras respektive anbud förhöll sig till konkurrentens anbud. Trygg-Hansa och If förstod av kontakterna med S&P att de mötte konkurrens endast från varandra avseende de aktuella kontrakten. De fick även information om konkurrentens ungefärliga anbudspremier, i vissa fall anbudsrevideringar och vissa ungefärliga uppgifter om kvalitetspoäng. I de delar av utredningen som tidigare skrivits av finns uppgifter om liknande förfaranden avseende andra upphandlingar.

Det finns uppgifter i utredningen om att det under anbudsgivarnas kontakter med S&P framkom att Trygg-Hansa och If önskade behålla sina befintliga kunder. Ärendet innehåller vidare korrespondens som kan tolkas som att S&P informerade Trygg-Hansa respektive If om vilka kontrakt konkurrenten var

² HFD 2015 ref. 63.

särskilt intresserad av, och att S&P föreslog för försäkringsbolagen hur de skulle agera för att båda skulle få tilldelning i upphandlingen.

Det finns uppgifter i utredningen om att S&P antydde för Trygg-Hansa att Trygg-Hansa "fick välja" mellan kontrakten ENA och Hässleholm och att Trygg-Hansa därvid valde att sänka anbudspremien på kontraktet för Hässleholm men inte för ENA. Trygg-Hansa har tillbakavisat att det skulle ha handlat om att bolaget fick "välja" mellan kontrakten. Av utredningen framgår att Trygg-Hansa i samband med premiejusteringen fick information från S&P om att bolaget skulle komma att tilldelas kontraktet för Hässleholm. Trygg-Hansa hade beräknat att kunna sänka premien på Hässleholm till en lägre nivå än den som blev den slutliga.

Utredningen innehåller vidare uppgifter som ger intryck av att S&P, i anslutning till ovan beskrivna kontakter med Trygg-Hansa, till If uppgav att om If inte fortsatte konkurrera om Hässleholm så skulle Trygg-Hansa inte fortsätta konkurrera om Krafringen och ENA. If avstod från att förbättra sitt anbud på Hässleholm. If var direkt efter kontakterna med S&P förvissat om tilldelning av Krafringen och ENA. Det finns emellertid uppgifter i utredningen som ger intryck av att S&P:s information till If inte var avgörande för hur If agerade i budgivningen.

Det finns inga uppgifter i utredningen som indikerar att Trygg-Hansa och If hade någon direktkontakt med varandra i Energiupphandlingen. I den utsträckning som anbudsgivarna haft tillgång till information om konkurrentens anbud och strategier i upphandlingen, får det antas att informationen har härrört från S&P. S&P har tillbakavisat påståendena om detta. Det finns dock även uppgifter från utredningen i de delar som har avslutats genom tidigare beslut som tyder på att S&P kan ha agerat på ett liknande sätt och förmedlat information mellan konkurrerande anbudsgivare under andra samordnade upphandlingar.

Sammanfattningsvis finns stöd i utredningen för att de konkurrerande anbudsgivarna tagit emot information från S&P om varandras anbud under pågående förhandling. Det finns också handlingar i ärendet som, utifrån ordalydelsen, kan förstås som att S&P kan ha använt informationen om konkurrenssituationen för att påverka anbudsgivarna att agera för att båda skulle få tilldelning av kontrakt i upphandlingen i enlighet med anbudsgivarnas önskemål. Det ska vidare noteras att i Energiupphandlingen var de slutliga tilldelningarna i upphandlingarna i enlighet med hur anbudsgivarna uppfattat S&P:s förhandsbesked i samband med att förhandlingarna om de tre kontrakten avslutades. Det kvarstår dock osäkerhet om i vilken mån informationen från S&P har påverkat anbudsgivarnas agerande i Energiupphandlingen att vid ett visst tillfälle upphöra med att konkurrera ytterligare om de aktuella kontrakten.

Skäl för beslutet

Rättslig grund

Av 2 kap. 1 § KL, och artikel 101 FEUF, framgår att avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna. Detta gäller särskilt bland annat avtal som innebär att marknader delas upp. Med avtal likställs enligt 1 kap. 6 § KL samordnade förfaranden. 2 kap. 1 § KL och artikel 101 FEUF är tillämpliga oavsett om företag befinner sig i samma eller i olika marknadsled och oavsett på vilken marknad den otillåtna konkurrensbegränsningen sker.³

Artikel 101 FEUF, enligt vilken förbudet i 2 kap. 1 § KL är utformat, syftar till att förbjuda all form av samordning mellan företag som medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete.⁴

Kontakter mellan företag i olika marknadsled kan utgöra överträdelse av konkurrenslagstiftningen om dessa går utöver vad som kan anses vara främjande eller neutralt för konkurrensen. Det kan exempelvis vara fallet om en mellanhand sprider eller delar information mellan konkurrenter så att ett avtal eller samordnat förfarande uppstår dem emellan. I dessa fall kan även mellanhanden, oaktat att denne är verksam på en annan marknad än de som direkt berörs av den otillåtna samordningen, hållas ansvarig för sitt deltagande i överträdelsen på samma sätt som de konkurrerande aktörerna.⁵

För att ett samordnat förfarande ska föreligga krävs inte att en verklig plan har utarbetats, utan den samordning och det samarbete som krävs ska förstås mot bakgrund av grundtanken bakom konkurrensreglerna, att samtliga företag självständigt ska bestämma hur de avser att agera på marknaden. Direkta eller indirekta kontakter mellan företag som har till syfte eller resultat att påverka en faktisk eller potentiell konkurrents marknadsbeteende eller att för en sådan konkurrent avslöja hur det berörda företaget självt har beslutat att agera eller planerar att agera på marknaden strider mot denna grundtanke.⁶

För att det ska föreligga ett samordnat förfarande krävs, förutom en samordning, också ett beteende på marknaden som följer på samordningen och ett orsakssamband mellan dessa rekvisit.⁷

³ EU-domstolens dom den 22 oktober 2015, *AC-Treuhand*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, p. 34–35.

⁴ EU-domstolens dom den 20 november 2008, *Beef Industry*, C-209/07, EU:C:2008:643, p. 34.

⁵ EU-domstolens dom den 22 oktober 2015, *AC-Treuhand*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, p. 34–38.

⁶ Tribunalens dom den 15 september 2005, *Daimler Chrysler*, T-325/01, REG 2005, s. II-3319, p. 200 med hänvisningar, och kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUR C 11, 14.1.2011, p. 60–61.

⁷ EU-domstolens dom den 4 juni 2009, *T-mobile Netherlands*, C-8/08, EU:C:2009:343, p. 51, och EU-domstolens dom den 8 juli 1999, *Hüls*, C-199/92, EU:C:1999:358, p. 161.

Kärnan i en upphandlingsprocess är att få anbud från ett antal från varandra fristående anbudsgivare. Processen syftar till att medföra konkurrens mellan anbudsgivarna. I den mån anbudsinslämning föregåtts av kontakter mellan konkurrenterna förändras konkurrenssituationen i förhållande till vad som annars var fallet. Anbud som tillkommit efter ett samarbete reducerar osäkerheten om utfallet och resulterar med all sannolikhet i att konkurrensförhållandena påverkas.⁸

Bedömning av det utredda förfarandet

I ärendet hade de upphandlande kommunala bolagen uppdragit åt en extern part att utföra Energiupphandlingen. Anlitandet av en mellanhand med egna ekonomiska incitament, riskerar att medföra att andra intressen än rena köparintressen påverkar hur upphandlingen genomförs.

Det upphandlingsförfarande som tillämpades i Energiupphandlingen, som innebar att flera olika kontrakt upphandlades samordnat och parallellt, gav utrymme för att vissa kontrakt skulle kunna användas i förhandling om andra kontrakt. En sådan ordning medför en risk för att konkurrensen inte fullt ut tillvaratas för varje enskild upphandlande myndighet eller enhet.

Energiupphandlingen genomfördes dessutom på ett sätt som lämnade stort utrymme för anbudsgivare och S&P att sinsemellan ha diskussioner som inte ska förekomma under offentliga upphandlingar. Det finns indikationer i utredningen på att S&P under upphandlingarna kan ha förbisett enskilda uppdragsgivares intressen, till förmån för den kollektiva förhandlingens genomförande. Förfaranden, som på detta sätt lämnar stort utrymme för diskussioner och ovidkommande intressen, riskerar att allvarligt skada legitimiteten i upphandlingsprocessen och kan leda till skada genom att konkurrensen i upphandlingen störs eller begränsas.

Om anbudsgivare får information om varandras anbud innan anbudsgivning eller under en pågående förhandling, kommer det typiskt sett leda till att konkurrensen begränsas eller snedvrids. I vart fall föreligger betydande risk för detta. Det är därför av yttersta vikt att en upphandlare, eller som i förevarande fall en upphandlares ombud, inte för konkurrenter avslöjar något om övriga anbudsgivares anbud innan upphandlingen har avslutats. Detta gäller även uppgifter om strategier, anbudsgivares intressen för olika kontrakt och liknande. Att som anbudsgivare ge anbudsinformation till en upphandlare om sitt erbjudande och sina avsikter avseende upphandlingsföremålet är dock i många fall både nödvändigt och okontroversiellt under ett upphandlingsförfarande.

Kontakter mellan upphandlare, eller upphandlares ombud, och anbudsgivare varvid information om konkurrenssituationen i en upphandling diskuteras, riskerar också att leda till att anbudsgivare inte baserar sina anbud uteslutande på

⁸ Dom i mål MD 2009:11, NCC m.fl., s. 87–88.

egna affärsmässiga hänsyn. Transparens mellan konkurrenter kan medföra att det sker en överenskommelse, uttalad eller tyst, om fördelning av kontrakt genom att i samförstånd upphöra att konkurrera vidare om vissa kontrakt i utbyte mot andra.

Som ovan anförts kan ett avtal eller en samordning även uppkomma genom en mellanhand, utan direkta kontakter mellan anbudsgivare, varvid även mellanhanden kan hållas ansvarig för sitt deltagande i det konkurrensbegränsande förfarandet. Emellertid har inte samtliga de förutsättningar som behöver vara för handen för att kunna konstatera en sådan överträdelse kunnat klarläggas i förevarande ärende, även om det finns flera skäl att ifrågasätta parternas ageranden. Det finns inte tillräcklig bevisning i utredningen för att visa att det har varit fråga om sådana indirekta kontakter mellan anbudsgivarna som, i det aktuella sammanhanget, varit ägnade att påverka konkurrentens beteende. Det är också oklart i vilken mån anbudsgivarnas beteende faktiskt har påverkats av informationen som S&P förmedlat under upphandlingen. Utredningen ger således inte tydligt stöd för att de kontakter som förevarit mellan S&P och försäkringsbolagen om konkurrenssituationen i Energiupphandlingen har inneburit att det uppkommit ett avtal eller samordnat förfarande mellan de tre aktuella företagen.

Slutsats

Utredningen ger inte tydligt stöd för att de utredda aktörerna har deltagit i ett förfarande som utgör en överträdelse av 2 kap. 1 § KL eller av artikel 101 FEUF. En fortsatt utredning bedöms inte kunna tillföra ytterligare bevisning för en överträdelse av förbuden. Eftersom inga misstankar kvarstår mot någon annan aktör, saknas det skäl för att fortsätta utreda ärendet.

Särskild talan

Konkurrensverkets beslut kan inte överklagas (7 kap. 1 § KL).

Enligt 3 kap. 2 § KL kan däremot ett företag som berörs av förfarandet på egen hand väcka talan vid domstol för att få saken prövad (särskild talan). Talan väcks genom ansökan om stämning vid Patent- och marknadsdomstolen.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit sakkunniga Victoria von Uexküll.

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Kopia till:

PO Söderberg & Partner Aktiebolag, Söderberg & Partners Insurance Consulting, AB, S & P Assurans AB, S & P Assurans Offentlig AB och RSG Construction & Specialty AB (tidigare S & P Underwriting Agency AB),
Codan Forsikring A/S genom Trygg-Hansa Försäkring filial, och
If Skadeförsäkring AB (publ)