



Korruption som begränsar konkurrensen

RAPPORT 2018:10

Korruption som begränsar konkurrensen

Konkurrensverkets rapportserie 2018:10

Konkurrensverket december 2018
Utredare: Staffan Martinsson och Christina Åqvist
ISSN-nr 1401-8438
Elanders, Sverige 2018
Foto: Istock

Förord

Viljan att bekämpa korruption är stor i alla led på marknaden. Att motverka korruption är högt prioriterat även i Konkurrensverkets tillsynsarbete. Kopplingarna mellan korruption och konkurrensbegränsande beteenden är dock i stora delar outforskade.

Kunskap är därför det främsta verktyget i upptrappningen i kampen mot korruption. Med ökad kunskap ökar möjligheten att förebygga och bekämpa korruption och samtidigt främja en god konkurrens.

Konkurrensverket strävar efter att inta en aktiv roll och föra dialoger med marknadsaktörer i syfte att bidra till kunskap och på så sätt till ett förändrat beteende. Rapporten ska fungera som del av en sådan informationsinsats till marknadsaktörer.

Med en minskande korruption följer förhoppningar om en marknad med mer effektiv konkurrens till fördel för konsumenterna.

Stockholm december 2018

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	6
Summary	8
1 Inledning.....	10
1.1 Bakgrund	10
1.2 Syfte med rapporten.....	11
1.3 Disposition.....	13
2 Olika typer av korruption.....	14
3 Kopplingen mellan korruption och konkurrens.	17
3.1 Tidigare studier om sambandet.....	17
3.2 Korruptionsinslag i Konkurrensverkets ärenden ..	19
3.3 Ska Konkurrensverket utreda misstänkt korruption?	20
4 Upphandling	24
5 Horisontella samarbeten	31
5.1 Korruption för att möjliggöra och underlätta samarbeten.....	31
5.2 Kan korruption försvåra upptäckten av karteller?	35
6 Vertikala samarbeten och ensidiga förfaranden .	39
6.1 Korruption för att möjliggöra och underlätta konkurrensbegränsningar	39
6.2 Åt vilket håll går mutan eller förmånen?	43
7 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet	47
8 Företagskoncentrationer.....	51

9	Korruptionsindikationer i Konkurrensverkets tillsyn	54
9.1	Metod och dataunderlag	54
9.2	Konkurrenstillsynen.....	55
9.3	Upphandlingstillsynen	57
9.4	Jämförelse av ärendetyper och branscher	58
10	Slutsats.....	60
11	Referenser	62

Sammanfattning

Tidigare studier om kopplingen mellan korruption och konkurrens har främst fokuserat på förekomsten av korruption i samband med karteller och riggade upphandlingar. Konkurrensverket har dock i sin tillsynsverksamhet noterat att det kan förekomma inslag av korruption, i vid bemärkelse, även i samband med andra konkurrensbegränsande förfaranden. Det har därför funnits ett behov av att öka kunskapen om kopplingarna mellan korruption och de olika områden som Konkurrensverket har tillsyn över.

Med ökad kunskap förbättras förutsättningarna för Konkurrensverket att identifiera korruptionsmisstankar och vidta lämpliga åtgärder, exempelvis tipsa polis och åklagare då det rör sig om misstänkta mutbrott. Med ökad kunskap kan Konkurrensverket, tillsammans med andra myndigheter och organisationer, dessutom bli bättre på att jobba förebyggande mot beteenden som kan skada konkurrensen.

Baserat på erfarenheter från utredningar av misstänkta överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna har Konkurrensverket identifierat olika situationer då korruption kan utgöra en relevant omständighet att beakta. Korruption kan till exempel underlätta eller möjliggöra ett förfarande som är i strid med konkurrens- eller upphandlingsreglerna, eller i sig vara ett sätt att begränsa konkurrensen. Korruption kan också användas för att dölja en konkurrensbegränsning eller försvåra dess upptäckt. Konkurrensverkets erfarenheter visar också att korruption kan förekomma i alla typer av ärenden som Konkurrensverket utreder: offentlig upphandling, horisontella samarbeten, vertikala avtalsbegränsningar, missbruk av dominerande ställning,

konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet och kontroll av företagskoncentrationer. De olika sätt på vilka korruption kan vara ett inslag i Konkurrensverkets utredningar beskrivs i rapporten och illustreras med hypotetiska exempel.

Konkurrensverket har dessutom försökt uppskatta hur ofta det förekommer indikationer på korruption i verkets tillsynsarbete. Av de senaste årens prioriterade ärenden rörande misstänkta överträdelser av konkurrenslagen uppskattas att cirka 15–20 procent har haft indikationer på korruption. Av prioriterade upphandlingsärenden uppskattas andelen med indikationer på korruption något lägre, mellan 5 och 10 procent.

Det finns en relativt stor osäkerhet kring dessa siffror och omfattningen kan vara både större (eftersom all korruption inte syns) och mindre (beroende på om indikationerna vid en närmare granskning inte visar sig vara tecken på korruption). Uppskattningen är heller inget mått på hur pass vanligt det är med korruption generellt inom näringslivet eller inom all offentlig upphandling.

I rapporten används en vid definition av korruption som omfattar olika typer av beteenden, det vill säga inte bara mutbrott utan även vänskapskorruption, svågerpolitik och jävssituationer. Korrup­tionens form är dock inte avgörande i sammanhanget, eftersom den negativa effekten på konkurrensen kan vara densamma oavsett om det är fråga om en bjudmiddag eller vänskapskorruption.

Summary

Past studies of the connection between corruption and competition have primarily focused on the occurrence of corruption in relation to cartels and rigged procurements. However, in the course of its supervisory work, the Swedish Competition Authority has noted that there can be elements of corruption, in a broad sense of the word, in relation to other anti-competitive practices as well. Therefore, there has been a need to develop the knowledge of the connections between corruption and the other anti-competitive practices investigated by the Swedish Competition Authority.

With increased knowledge, the Swedish Competition Authority will gain improved conditions for identifying suspected corruption and taking appropriate action, such as tipping off the police or prosecutor in case of suspected bribery. With increased knowledge, the Swedish Competition Authority can, with other authorities and organisations, also improve its preventative efforts against behaviours that may harm competition.

Based on experiences from investigations into suspected infringements of the rules on competition and procurement, the Swedish Competition Authority has identified various situations in which corruption may constitute a relevant circumstance to take into account. Corruption may, for instance, facilitate or enable a practice that is in breach of the rules on competition or procurement, or in and of itself be a way to limit competition. Corruption can also be used to conceal an anti-competitive practice or make it more difficult to uncover. The experiences of the Swedish Competition Authority also indicate that corruption can occur in all types of matters investigated by the authority: public procurement, horizontal co-operations, vertical contractual restraints, abuse of a dominant position, anti-competitive public sales operations, and

merger review. The different ways in which corruption can be relevant in the investigations of the Swedish Competition Authority are described in the report and illustrated using hypothetical examples.

Further, the Swedish Competition Authority has tried to estimate how often it uncovers indications of corruption in the course of its supervisory work. Among the prioritized matters in the past few years regarding suspected infringements of the Swedish Competition Act, it is estimated that about 15–20 percent have shown indications of corruption. Among the prioritized procurement matters, it is estimated that the proportion with indications of corruption is slightly lower, between 5 and 10 percent.

There is some uncertainty in these estimates and the extent of corruption may be larger (as not all corruption is visible) or smaller (depending on whether the indications on closer inspection don't prove to be signs of corruption). Nor are the estimates a measure of how common corruption is in general in the business world or within all public procurement.

The report uses a broad definition of corruption which encompasses many different kinds of behaviours, i.e., not only bribery, but also cronyism, nepotism and conflicts of interest. However, the form of corruption is not crucial in this context, as the negative impact on competition can be the same, whether it is due to a free dinner or cronyism.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Att korruption kan utgöra ett hinder mot en effektiv konkurrens, har konstaterats av bland andra OECD¹ och Transparency International². Korruption kan finnas som inslag i förfaranden som utgör överträdelser av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, eller till och med möjliggöra överträdelserna. En marknad med höga tendenser till korruption anses gå hand i hand med en ineffektiv konkurrens. Det ligger därför i sakens natur att en minskad förekomst av korruption bidrar till en väl fungerande marknad med ökad konkurrens.

Korruption är skadligt både för konkurrensen och för konsumenterna eftersom det kan möjliggöra och förvärra överträdelser av konkurrensreglerna och upphandlingsreglerna. Konkurrensverket fäster därför vikt vid korruptionsmisstankar i sin prioritering bland de tips och klagomål som kommer in till verket.³ Ett aktivt och effektivt arbete mot korruption ligger även i linje med vad samhällsaktörer ska kunna förvänta sig av Konkurrensverket vars uppgift är att främja en effektiv konkurrens och väl fungerande marknader.

¹ OECD Global Forum on Competition, (2014), *Fighting corruption and promoting competition*.

² Transparency International, (2016), *Anti-corruption helpdesk: The linkages between corruption and violation of competition laws*.

³ Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, (2018), dnr 177/2018, s. 3 och 5.

Konkurrensverket har upparbetade kontakter med polis- och åklagarmyndigheterna för att förmedla tips om misstänkta mutbrott. Korruption som kan vara skadlig för konkurrensen innefattar dock även andra förfaranden som inte utgör mutbrott. Här arbetar Konkurrensverket dels förebyggande genom informationsinsatser och samarbete med andra aktörer som Institutet mot mutor och Statskontoret, dels genom att beakta inlag av korruption vid prioritering och utredning av ärenden.

1.2 Syfte med rapporten

Konkurrensverket har identifierat ett behov av ökad kunskap om sambanden mellan korruption och olika former av konkurrensbegränsningar. Tidigare studier av kopplingen mellan korruption och överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna har främst fokuserat på förekomsten av korruption i samband med karteller och riggade upphandlingar.⁴ Förekomsten av korruption i samband med andra konkurrensbegränsande förfaranden, såsom missbruk av dominerande ställning eller olika former av vertikala konkurrensbegränsningar, förefaller inte vara utforskat i någon större omfattning. Konkurrensverket har dock i sin tillsynsverksamhet observerat att även sådana kopplingar kan förekomma.

Syftet med rapporten är att *öka kunskapen om möjliga kopplingar mellan korruption och konkurrens*. Med ökad kunskap förbättras förutsättningarna för Konkurrensverket att identifiera korruptionsmisstankar och att kunna bistå polisen och andra relevanta

⁴ Se exempelvis Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, Konkurrensverket, (2009), *Karteller och korruption - Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, En rapport skriven av Brottsförebyggande rådet på uppdrag av Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2009:9, och OECD, (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition*.

myndigheter med fler kvalificerade tips. Med ökad kunskap kan Konkurrensverket också bättre förutse eller identifiera situationer där korrupktion utgör en del av en överträdelse av upphandlings- eller konkurrensreglerna, och beakta dessa aspekter i tillsynsarbetet. Med ökad kunskap kan Konkurrensverket, tillsammans med andra organisationer och myndigheter, dessutom bli bättre på att jobba förebyggande mot beteenden som kan skada konkurrensen. Även företag och organisationer som riskerar att skadas av konkurrensbegränsningar kan ha nytta av ökad kunskap kring korrupktion för att undvika att sådana situationer uppstår.

I rapporten identifieras möjliga kopplingar, vilka illustreras med hypotetiska exempel. Flera av exemplen i rapporten har likheter med verkliga fall, men även andra plausibla exempel tas upp. Beskrivna förfaranden kan strida mot konkurrens- respektive upphandlingsreglerna. Rapporten ska dock inte ses som någon vägledning för en bedömning av eventuella överträdelser, utan illustrerar endast möjliga konkurrensbegränsningar.

Dessutom har en uppskattning gjorts av hur ofta det förekommer indikationer på korrupktion i Konkurrensverkets tillsynsarbete. Uppskattningen har gjorts baserat på de tillsynsärenden som avslutats mellan 2014 och första halvåret 2018. Det måste dock redan nu understrykas att den bild som tecknas är behäftad med stor osäkerhet.

1.3 Disposition

Efter detta inledande kapitel följer kapitel 2 som beskriver begreppet korrupktion som det används i denna rapport. I kapitel 3 beskrivs på ett övergripande plan de olika kopplingar som finns, eller som kan finnas, mellan korrupktion och olika typer av konkurrensbegränsningar och överträdelser av upphandlingsreglerna. Efter den mer allmänna beskrivningen av möjliga kopplingar behandlar kapitel 4–8 korrupktion i olika typer av tillsynsärenden, vilket också illustreras med ett antal hypotetiska fall. Kapitel 9 innehåller en uppskattning av hur pass vanligt det är med indikationer på någon form av korrupktion i de tillsynsärenden Konkurrensverket utreder. I kapitel 10 dras slutsatser utifrån tidigare kapitel.

2 Olika typer av korruption

Begreppet korruption kan ges varierade definitioner.⁵ Ofta leder ordet korruption tankarna till mutor i straffrättslig bemärkelse. Såväl tagande som givande av muta utgör mutbrott.⁶ Med tagande av muta avses att ta emot, godta ett löfte om eller begära en otillbörlig förmån för utövningen av en anställning eller ett uppdrag. Med givande av muta avses att lämna, utlova eller erbjuda en sådan otillbörlig förmån. Trolöshet mot huvudman är ett brott som innebär att en person som har fått förtroendet att sköta ekonomiska eller rättsliga angelägenheter åt en annan person eller ett företag (huvudman) missbrukar sin ställning till skada för huvudmannen.⁷ Även tjänstefel kan anses vara ett korruptionsbrott om en överträdelse av tjänstebehörigheten inom ramen för myndighetsutövning görs för personlig vinning. Säkerhetspolisen har i begreppet korruption inkluderat fall där samhällsföreträdare missbrukar sin tjänsteställning genom att till exempel begå brott mot tystnadsplikten eller dataintrång för att vara grov organiserad brottslighet behjälplig.⁸

Korruption kan också ges en vidare definition än den straffrättsliga och kan innefatta olika typer av favorisering och bristande likabehandling, däribland jävssituationer.⁹ Vänskapskorruption

⁵ För en översikt över olika sätt att definiera korruption, se Finansdepartementet, (2013), *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*. Rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi 2013:2, s. 35 ff.

⁶ 10 kap. 5a–5e §§ brottsbalken, BrB.

⁷ 10 kap. 5 § BrB.

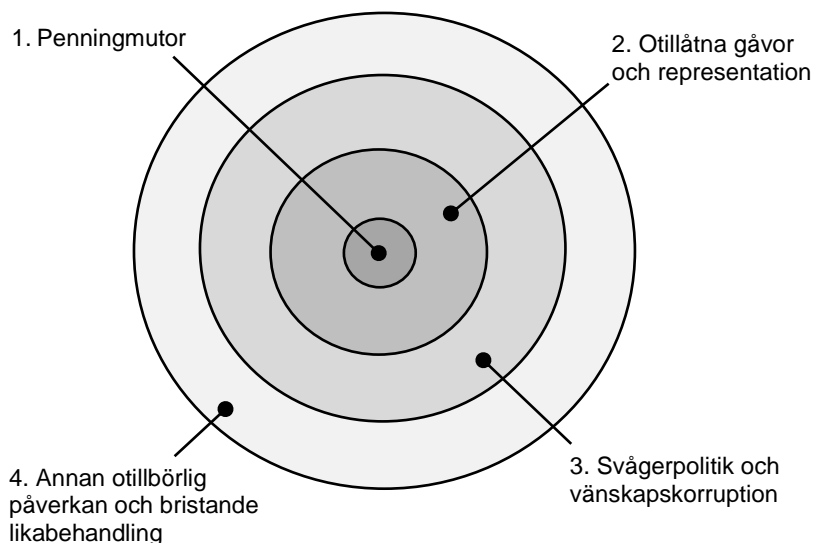
⁸ Säkerhetspolisen, (2012), *Nationell hotbild – Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner*.

⁹ För myndigheter finns bestämmelser om jäv i 16–18 §§ förvaltningslagen (2017:900). För jävsregler i kommuner se 5 kap. 47 §, 6 kap. 28 § och 7 kap. 4 § kommunallagen (2017:725). Även för privata aktörer finns jävsbestämmelser, se exempelvis 8 kap. 23 och 34 §§ aktiebolagslagen (2005:551).

eller så kallad svågerpolitik innebär favorisering av vänner eller släktingar och är mindre konkreta former av påverkan på avtalsförhållanden. Sådan påverkan behöver inte nödvändigtvis innefatta ekonomisk vinning, varför den är svårare att mäta och motverka. Därtill kan det vara svårare att bedöma om en person har låtit en privat relation påverka dennes opartiskhet i tjänsten och således även dennes likabehandling av potentiella avtalsparter. Det är dessutom möjligt att företag inte alltid ser skäl att själva motverka vänskapskorruption, eftersom nära relationer kan ha en positiv inverkan på företagets avtalsförhållanden. De mer svårupptäckta typerna av korruption kan dock vara minst lika skadliga som kriminaliserade korruptionsbrott eftersom resultatet blir detsamma, det vill säga icke-affärsmässiga ageranden som innebär att företag inte får möjlighet att konkurrera på lika villkor. En persons bristande affärsmässighet och opartiskhet i förhållande till konkurrenter och avtalsparter kan leda till bristande likabehandling. Resultatet blir att marknadens aktörer inte kan konkurrera på lika villkor. Sådan vänskapskorruption kan få negativa konsekvenser för den effektiva konkurrensen.

Konkurrensverket har tidigare använt en vid definition av korruption i syfte att fånga upp en stor variation av beteenden som kan påverka konkurrensen negativt.¹⁰ Figur 1 nedan illustrerar olika former av korruption, där ageranden under "1" och "2" kan utgöra mutbrott. Handlingar som faller under "3" kan utgöra jäv och ageranden som faller under "4" kan exempelvis strida mot likabehandlingsprincipen i upphandlingsreglerna.

¹⁰ Se exempelvis Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 86 ff.

Figur 1 Olika typer av korrruption¹¹

I utarbetandet av denna rapport används en vid definition av korrruption som omfattar alla de former som visas i Figur 1 ovan. I de hypotetiska exempel som presenteras i kapitel 4–8 anges i vissa fall en specifik typ av korrruption, exempelvis en penningmuta. Korrruptionens form är dock inte avgörande i sammanhanget, eftersom den negativa effekten på konkurrensen kan vara densamma oavsett om det är fråga om en penningmuta, en bjudresa eller vänskapskorruption.

¹¹ Figuren är hämtad från Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 87.

3 Kopplingen mellan korruption och konkurrens

3.1 Tidigare studier om sambandet

Korruption kan få flera olika skadliga effekter på ekonomin och samhället. Förekomsten av korruption kan hämma ekonomisk tillväxt och produktivitet, bland annat genom att resurser allokeras fel och genom att verka avskräckande på investeringar och inträde av nya företag. Korruption skadar också tilliten till myndigheter och andra institutioner och kan till exempel försvåra politiska reformer. Det finns således många goda skäl att verka för att bekämpa korruption.¹² Aktuell rapport begränsar sig dock till korruptionens effekter på konkurrensen och upphandlingsprocessen.

Att det finns en koppling mellan korruption och konkurrens har länge varit känt. Bestämmelser om mutbrott inom privat sektor infördes i Sverige genom lagen med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.¹³ Namnet i sig visar att redan då, för snart hundra år sedan, insåg man att mutor kunde leda till en snedvridning av konkurrensen.¹⁴

¹² Se exempelvis OECD, (2016), *Putting an end to corruption*.

¹³ Lag (1919:446). Regler om straff för mutbrott begångna av domare och ämbetsmän har dock funnits längre tillbaka i tiden, se exempelvis SOU 2010:38, *Mutbrott*, s. 45–46.

¹⁴ Förutom regler om mutor och bestickning innehöll 1919 års lag mot illojal konkurrens även bestämmelser om otillbörligt användande eller yppande av yrkeshemligheter och missbruk av teknisk förebild. Namnet till trots innehöll lagen däremot inga bestämmelser motsvarande dagens förbud mot karteller eller missbruk av dominerande ställning, se exempelvis SOU 1966:71, *Otillbörlig konkurrens*, s. 19–23.

Tidigare studier av kopplingen mellan korruption och konkurrens förefaller främst ha fokuserat på korruption i samband med karteller och riggade upphandlingar. Däremot har inte andra typer av konkurrensbegränsningar studerats.¹⁵ En förklaring till detta kan vara att korruption i offentliga upphandlingar strider mot de principer om bland annat likabehandling som upphandlingsreglerna bygger på (se kapitel 4). Det finns alltså ett nära samband och upphandlingsreglerna fyller i sig en viktig roll för att motverka korruption.

En annan möjlig förklaring skulle kunna vara att det helt enkelt är vanligare med inslag av korruption i samband med upphandlingar och karteller än i samband med andra överträdelser av konkurrensreglerna. En genomgång av Konkurrensverkets utredningar på konkurrens- och upphandlingsområdet de senaste åren ger dock inte tydligt stöd för denna slutsats, se kapitel 9. Det kan noteras att korruption som syftar till att påverka myndigheter ofta har ansetts vara mer allvarlig än korruption mellan privata företag vilket kan vara förklaringen till att det fått större uppmärksamhet.¹⁶ Av den korruption som finns i offentlig verksamhet kan det också vara så att en stor del har koppling till just upphandlingar. Att det skulle vara så får visst stöd av OECD som uppskattar att mutor till myndighetspersoner i internationella sammanhang är mer än hälften av fallen mutor för att påverka offentlig upphandling.¹⁷

¹⁵ Se exempelvis Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, Konkurrensverket, (2009), *Karteller och korruption – Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, En rapport skriven av Brottsförebyggande rådet på uppdrag av Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2009:9, och OECD, (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition*.

¹⁶ För skillnader i åtalsprövning beroende på om det är fråga om korruption i offentlig eller privat verksamhet, se exempelvis SOU 2010:38, *Mutbrott*, s. 167 och prop. 2011/12:79 s. 38–39.

¹⁷ OECD, (2014), *Foreign Bribery Report: An analysis of the crime of bribery of foreign public officials*, s. 8 och 32..

3.2 Korruptionsinslag i Konkurrensverkets ärenden

På ett övergripande plan har konstaterats att kopplingen mellan korruption och konkurrens är dubbelriktad. Korruption kan försämra konkurrensen, genom att effektiva företag utestängs. Omvänt kan ökad konkurrens minska möjligheterna och incitamenten för korruption.¹⁸

Vad gäller de konkurrensproblem som Konkurrensverket utreder i sin tillsynsverksamhet kan korruption för det första *underlätta*, eller till och med *möjliggöra*, ett förfarande som är i strid med konkurrens- eller upphandlingsreglerna. Ett exempel kan vara att ett vänskapsförhållande mellan en budgivare och en inköpare utnyttjas för att anpassa kraven som ställs i en upphandling så att dessa gynnar budgivaren.

Korruption kan för det andra användas för att *dölja* en konkurrensbegränsning. Ett exempel kan vara att något av de företag som deltar i en anbudskartell betalar en upphandlare för att denne ska se mellan fingrarna när det finns tecken på en kartell.¹⁹

Korruption kan för det tredje vara ett sätt *i sig* för företag att begränsa konkurrensen, istället för att tillämpa ett mer "traditionellt" konkurrensbegränsande förfarande. Ett exempel kan vara ett företag med dominerande ställning som – i stället för att ingå exklusivavtal med återförsäljare – på olika sätt gynnar anställda hos återförsäljare för att påverka dessa att handla exklusivt med det dominerande företaget. En sådan otillbörlig påverkan kan ha

¹⁸ Se exempelvis OECD, (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition, Background note och Summary of discussion* och Transparency International, (2016), *Anti-corruption helpdesk: The linkages between corruption and violation of competition laws*.

¹⁹ För olika tecken på en anbudskartell se Konkurrensverkets informationsmaterial, (2015), *Ärlighet ska löna sig – så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*.

motsvarande konkurrensbegränsande effekter som ett exklusivavtal, nämligen att konkurrenter stängs ute från marknaden. En skillnad är dock att personliga intressen tillgodoses i en annars affärsmässig relation.

Det kan för det fjärde också finnas situationer när korruption är *det enda sättet* att skaffa sig konkurrensfördelar, det vill säga där det saknas mer "traditionella" förfaranden. Ett exempel kan vara ett företag som till följd av vänskapsband får en ensamrätt (till exempel ett tillstånd från en myndighet) och därigenom på ett oschysst sätt får en monopolställning där det annars borde råda fri konkurrens.

I kapitel 4–8 presenteras hur korruption och konkurrens hör ihop i förhållande till olika typer av överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna. Dessutom diskuteras de olika syften som en aktör kan ha med ett korrupt beteende. Sambanden mellan korruption och konkurrensbegränsningar illustreras med hypotetiska exempel som har vissa likheter med verkliga fall. De exempel som ges utgör inte nödvändigtvis överträdelser av konkurrens- respektive upphandlingsreglerna, utan illustrerar möjliga inslag av korruption som kan förekomma i Konkurrensverkets tillsyns- utredningar.

3.3 Ska Konkurrensverket utreda misstänkt korruption?

Trots kopplingarna mellan korruption och konkurrensöverträdelser kan vissa viktiga skillnader noteras. Det gäller bland annat ansvarsfrågan och vilken myndighet som ska utreda överträdelserna samt möjligheten att undgå sanktion genom eftergift (för eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift, se kapitel 5.2).

En straffrättslig princip är att juridiska personer inte kan tillskrivas straffrättsligt ansvar, vilket innebär att endast privatpersoner kan ställas ansvariga för exempelvis mutbrott. En person i ledande ställning skulle kunna tillskrivas ett så kallat företagaransvar, vilket är en form av straffsanktionerad tillsynsplikt att inte brott begås inom verksamheten.²⁰ Straffansvar kan även anses ligga på en enskild anställd om det rör sig om kriminaliserade handlingar. Om det däremot rör sig om vänskapskorruption är det i stället möjligt att arbetsgivaren vidtar arbetsrättsliga åtgärder mot personen i fråga. Även skadestånd kan bli aktuellt. För den juridiska personen, företaget, är i stället företagsbot en möjlig sanktion. Företagsbot kan aktualiseras om ett strängare straff än penningböter föreskrivs, vilket är fallet för exempelvis mutbrott.²¹

För överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna föreligger däremot inte personligt straffrättsligt ansvar i Sverige.²² Vad gäller förfaranden som strider mot konkurrenslagen är sanktionerna i stället främst inriktade mot företaget som begår överträdelsen. Konkurrensverket kan stoppa pågående överträdelse genom att besluta om ett åläggande riktat mot företaget.²³ På talan av Konkurrensverket kan Patent- och marknadsdomstolen besluta att ett företag som har överträtt förbuden i konkurrenslagen ska betala en så kallad konkurrensskadeavgift, som är en typ av böter.²⁴ Vad gäller personligt ansvar kan Konkurrensverket yrka på

²⁰ Prop. 2011/12:79, s. 49. Se även 10 kap. 5e § BrB. Principerna om företagaransvar har utvecklats i praxis, se till exempel NJA 1993 s. 740.

²¹ 36 kap. 7 § BrB.

²² För en diskussion om skälen för och emot en kriminalisering på konkurrensrättens område, se SOU 2006:99, *En ny konkurrenslag*, s. 509 ff och prop. 2007/08:135 s. 145 ff.

²³ För konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet beslutar Patent- och marknadsdomstolen om förbud och eventuellt vite.

²⁴ Konkurrensskadeavgift kan inte dömas ut för konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

näringsförbud för enskilda näringsidkare och personer som formellt företräder vissa juridiska personer vid kartellöverträdelser. För att Patent- och marknadsdomstolen ska kunna meddela näringsförbud krävs att personen grovt åsidosatt sina plikter i näringsverksamheten och att förbudet är påkallat från allmän synpunkt.²⁵

När en offentlig aktör inte följer lagarna om offentlig upphandling kan Konkurrensverket fatta tillsynsbeslut. Konkurrensverket kan också föra talan om upphandlingsskadeavgift i domstol mot myndigheter som har genomfört otillåtna direktupphandlingar.

Konkurrensverkets uppgift är att säkerställa efterlevnaden av konkurrens- och upphandlingsreglerna. Utöver lagtillämpningen ligger det i Konkurrensverkets uppdrag att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig och privat verksamhet och mot en effektiv offentlig upphandling.²⁶ Eftersom ett korrupt beteende kan få negativa effekter på konkurrensen, även i andra fall än när det är fråga om en överträdelse av konkurrens- och upphandlingsreglerna, finns skäl att förtydliga hur misstänkt korruption hanteras av Konkurrensverket.

Vad gäller de fall där det föreligger en misstänkt överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, kan det finnas skäl för Konkurrensverket att i sin tillsynsverksamhet ta in och beakta uppgifter som visar på att det faktiskt har förekommit korruption. Detta gäller oavsett om det är fråga om mutbrott eller någon annan form av korruption. Först och främst handlar det om att kunna förstå det sammanhang i vilket en misstänkt överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna har skett. Som beskrivs i

²⁵ 3 kap. 24 § KL samt 7, 9 och 17 §§ lagen om näringsförbud (2014:836).

²⁶ Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket, 4 §.

avsnitt 3.2 ovan kan korruption på flera olika sätt användas som en del av en sådan misstänkt överträdelse.

Vid utredning av överträdelser av konkurrensreglerna använder Konkurrensverket ekonomiska modeller som utgår från att företag agerar rationellt. I en utredning kan det se ut som att företag agerar på ett sätt som inte passar in i dessa modeller, vilket kan försvåra utredningen. Ett sådant agerande skulle dock kunna förklaras med en underliggande korruption som får en eller flera anställda att agera mot företagets intressen. Företaget har därigenom inte agerat som förväntat, varför förekomsten av korruption kan vara relevant att ta in i bedömningen av ärendet.

I de fall Konkurrensverket ser indikationer på korruption, men det *inte* finns skäl att misstänka en överträdelse av konkurrens- eller upphandlingsreglerna, är det dock inte Konkurrensverkets uppgift att utreda korruptionen vidare. Här är Konkurrensverkets roll istället att bistå andra myndigheter med tips i de fall det finns misstanke om brott eller att företag i övrigt har åsidosatt sina skyldigheter enligt lag.

Konkurrensverket arbetar förebyggande genom informationsinsatser och samarbete med aktörer som Institutet mot mutor och Statskontoret. Ökad kunskap om sambandet mellan korruption och konkurrensbegränsningar kan således vara till nytta både för Konkurrensverkets eget tillsynsarbete och för att stödja andra myndigheter, företag och organisationer i deras arbete mot olika former av korruption.

4 Upphandling

Lagen om offentlig upphandling (LOU)²⁷, som är ett genomförande av ett EU-direktiv²⁸, är det allmänna regelverket för offentlig upphandling av byggtreprenader, byggkoncessioner, varor och tjänster samt när upphandlande myndigheter anordnar projekt-tävlingar.²⁹ Med upphandlande myndighet avses samtliga statliga och kommunala myndigheter, sammanslutningar av myndigheter samt offentligt styrda organ.

Reglerna om offentlig upphandling bygger på fem grundläggande principer: icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. Kraven på de upphandlande myndigheterna innebär sammanfattningsvis att annonsera upphandlingar och ge leverantörer samma förutsättningar att konkurrera om affären. Vilka regler som gäller för annonseringen och upphandlingsförfarandet beror på upphandlingsobjektets värde och karaktär.

²⁷ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

²⁸ Direktiv 2014/14/EU.

²⁹ Utöver LOU finns även lag (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS) och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) vilka är specialregleringar för tillämpning uteslutande på angivna områden. Utöver upphandling såsom begreppet definieras i direktivet regleras även vissa andra offentliga åtgärder i lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV), lag (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering och i delar av lag (2010:1065) om kollektivtrafik och artikel 5 EU:s kollektivtrafikförordning (1370/2007).

År 2013 genomförde Konkurrensverket en undersökning av upphandlares uppfattning av korruptionsrisken i offentliga upphandlingar, vilket presenterades i rapporten "Osund konkurrens i offentlig upphandling". Ur rapporten kan bland annat utläsas att 29 procent av de upphandlare som besvarade enkäten³⁰ bedömde risken för korruption som "större" på skalan "liten-viss-större" i situationer i vilka släkt- eller vänskapsband finns mellan anställda och anbudsgivare. Upphandlarna framhöll särskilt behovet av internutbildningar och tydliga riktlinjer i organisationen.³¹

Korruption i samband med upphandlingar kan se ut på flera olika sätt, men i regel handlar det om att företag som lägger anbud får en förmånlig behandling som en följd av någon form av otillbörlig påverkan. Konkurrensverket har tidigare konstaterat att mutor framstår som en relativt ovanlig form av otillbörlig påverkan i upphandlingssammanhang medan vänskapskorruption och svägerpolitik inte verkar vara det.³² Dessutom är vänskapskorruption svår att motverka, eftersom det ofta är svårt för både arbetsgivare och utomstående att känna till olika släkt- och vänskapsband, och att avgöra vilken inverkan sådana band kan ha för de anställdas opartiskhet. Det är inte heller säkert att de inblandade har kunskap om att deras beteende kan falla in under begreppet korruption. Upphandlingsmyndigheten har givit ut en vägledning som ger ytterligare inblick i hur korruption i offentlig upphandling kan yttra sig och hur den kan förebyggas.³³

³⁰ Ca 250 upphandlare beräknades ha besvarat hela enkäten.

³¹ Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 104.

³² Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 106–107.

³³ Upphandlingsmyndigheten, (2017), vägledning nr 4, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*

Oavsett om det är mutor eller vänskapskorruption som ligger bakom att ett företag får en förmånlig behandling i en upphandling, så bryter ett sådant agerande mot de grundläggande principerna som ska ge alla företag samma förutsättningar och kan således bryta mot upphandlingsreglerna.

Exempel – Upphandlare gynnar enskild anbudsgivare

En kommun ska upphandla nya möbler till samtliga äldreboenden i kommunen eftersom befintliga möbler är så slitna att klagomål har kommit från boende och anhöriga. Inköpschefen Magnus är nöjd med de gamla möblerna som tillverkats av ett lokalt företag som har funnits i generationer. Dessutom känner Magnus försäljningschefen på företaget väl eftersom de bor grannar och umgås en hel del på fritiden. Efter att ha hört sig för med grannen om företaget skulle kunna leverera nya möbler till äldreboendena sätter han sig och utformar upphandlingsdokumenten. Förfrågningsunderlaget utformas så att kraven endast kan uppfyllas av grannens företag. Flera anbud kommer in men inget annat företag uppfyller kraven helt och grannens företag vinner upphandlingen.

Annonsering av en upphandling som har utformats till fördel för en förutbestämd anbudsgivare strider mot likabehandlingsprincipen. Förfarandet gör det omöjligt för konkurrenter att uppfylla de angivna villkoren, och syftet med offentlig upphandling går förlorad. Inköpen riskerar att bli både dyrare och av sämre kvalitet än vid en korrekt genomförd upphandling. I exemplet har upphandlingen utformats för ett specifikt företag som en följd av vänskapskorruption.

Konkurrensverket har tidigare konstaterat att offentliga upphandlingar framstår som särskilt utsatta för risk för korruption.³⁴ Skälen anses vara flera, bland annat att stora ekonomiska värden hanteras i offentliga upphandlingar och att ansvaret för dessa offentliga medel läggs hos myndighetsföreträdaren som därtill har många kontakter med leverantörsföreträdare. Slutligen kan som skäl nämnas att offentliga upphandlingar har haft en växande roll i offentlig sektor, vilket dock inte kontrollsystem och regelverk har hunnit anpassas till.

Arbetet inför och efter en upphandling har tidigare pekats ut som särskilt riskfyllt vad gäller otillbörlig påverkan på upphandlaren.³⁵ Hela upphandlingsprocessen är dock utsatt för risk för korruption.³⁶ I den inledande fasen finns risk med att identifiera behov och utforma krav, eftersom företag kan försöka påverka dessa till sin fördel. Under budgivningprocessen kan en upphandlare läcka information till en budgivare om andra företags anbud för att ge budgivaren en konkurrensfördel. I urvalsprocessen kan ett företag favoriseras baserat på vänskapskorruption, i synnerhet föreligger denna risk om urvalskriterierna lämnar utrymme för upphandlaren att göra mer subjektiva bedömningar. Även i utförandefasen finns risk för korruption, exempelvis genom att den upphandlande myndigheten brister i kontrollen eller att någon ser mellan fingrarna på överfakturering eller otillåten ändring av avtalet.

³⁴ Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 91 ff.

³⁵ Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 95 och Upphandlingsmyndigheten, (2017), vägledning nr 4, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*, s. 12.

³⁶ OECD, (2007), *Bribery in public procurement: Methods, actors and counter-measures*.

Exempel – Saltade fakturor

En kommun står inför stora förändringar. Det har beslutats att alla väggar i kommunhuset ska målas om och nya mattor ska läggas in för att höja trivseln på arbetsplatsen. På kommunen förbereds därför en upphandling av jobbet. Erik, projektledare för renoveringen, blir en dag kontaktad av den lokala målerifirman Lottas Pensel, som visar sitt starka intresse för jobbet. Lotta förklarar att Lottas Pensel avser att delta i upphandlingen, men att hon redan nu kan utlova fantastiska måleritjänster, och även privata förmåner till Erik i form av ommålning i hans sommarstuga om han går med på att tilldela Lottas Pensel avtalet. Efter att ha hört förslaget får Erik kalla fötter, han vill ju inte frångå upphandlingsreglerna! Erik informerar därför Lotta om att Lottas Pensel i sådana fall måste lägga ett vinnande anbud. Efter långa diskussioner har Lotta och Erik kommit fram till följande överenskommelse: Lottas Pensel lägger ett riktigt lågt anbud för att vinna upphandlingen. Lottas Pensel får sedan fakturera ytterligare 50 procent som Erik godkänner mot att han får diverse målningsarbeten utförda i sommarstugan.

Saltade fakturor innebär att företaget fakturerar kostnader som inte följer av det upphandlade avtalet. Om upphandlingen är uppgjord på förhand har anbudsgivarna inte fått möjlighet att konkurrera på lika villkor. En upphandlares incitament att utforma en upphandling enligt exemplet kan bestå av att upphandlaren får en muta från anbudsgivaren.

När det gäller direktupphandlingar är risken för otillbörlig påverkan av naturliga skäl högre än vid annonserade upphandlingar, eftersom en sådan process i regel inte är lika transparent. Dessutom kan korruption (alltifrån penningmuta till vänskapskorruption) ge den ansvarige på myndigheten incitament att genomföra en otillåten direktupphandling i stället för en annonserad upphandling med fri konkurrens och med ett lägre pris för myndigheten som troligt resultat.³⁷

Exempel – Otillåten direktupphandling

En myndighet är i behov av att modernisera sig och har bestämt sig för att förnya sin webbsida och öka sin närvaro i sociala medier. Eftersom ingen på myndigheten har någon erfarenhet av sådana nymodigheter bestäms att myndigheten ska upphandla kommunikationstjänster för strategi och genomförande av projektet. Elsa tilldelas projektledarrollen, vilket hon ser som mycket passande. Hon är nämligen delägare i en kommunikationsbyrå, där det finns gott om kompetenta och nytänkande kommunikatörer som skulle kunna genomföra arbetet. Mot bakgrund av kommunens kostnadsberäkning borde kommunen inte behöva göra en offentlig upphandling av tjänsten, varför Elsa presenterar förslaget för sin chef, utan att nämna sitt eget ägande i bolaget. Arbetet fortlöper och efter en tid har arbetet blivit dyrare än beräknat och överstiger nu beloppsgränsen för krav på offentlig upphandling utan annonsering. Elsas kollega, Emir, som känner till Elsas ägande i kommunikationsbyrån och inte tycker om när saker inte går rätt till kontaktar Konkurrensverket med ett anonymt tips om Elsas jävssituation.

³⁷ Inte alla otillåtna direktupphandlingar har inslag av korruption, utan det kan finnas andra förklaringar till att en myndighet inte konkurrensutsätter sina inköp, såsom okunskap eller en önskan om mindre administration.

Risken med att en upphandlande myndighet genomför en direktupphandling av en tjänst när omfattningen av behovet är svår att fastställa, är att värdet på upphandlingen snabbt kan överstiga gränsen för när det är tillåtet att genomföra en direktupphandling. Det finns därmed en risk för att det utgör en otillåten direktupphandling. Om valet av företag till tjänsten dessutom hänför sig till ett egenintresse kan det vara fråga om en jävssituation. Situationen kan undvikas genom att myndigheten i stället har en försiktighetsprincip och annonserar enligt LOU när behovets omfattning är oklar.

5 Horisontella samarbeten

5.1 Korruption för att möjliggöra och underlätta samarbeten

Horisontella samarbeten, det vill säga samarbeten mellan företag i samma handelsled (faktiska eller potentiella konkurrenter) kan strida mot konkurrensreglerna.³⁸ Ett horisontellt samarbete är förbjudet om det har till syfte eller resultat att förhindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Även beslut av en företagssammanslutning, till exempel en branschförening, kan utgöra ett förbjudet horisontellt samarbete. Vissa samarbeten kan ge ekonomiska fördelar och kan uppfylla villkoren för undantag från förbudet. Horisontella samarbetens lagenlighet är en fråga både för allmän konkurrenstillsyn och inom upphandlingsförfaranden, i vilka risk för samordnade anbud mellan anbudsgivare finns.

Bland andra Transparency International har konstaterat att konkurrensbegränsande horisontella överenskommelser och korruption ofta förekommer tillsammans.³⁹ Inslagen av korruption inom anbudskarteller kan se varierande ut, men har ofta gemensamt att företrädare från samverkande företag försöker påverka upphandlaren för att möjliggöra kartellen, exempelvis genom att utforma upphandlingen på ett visst sätt som underlättar för företagen att samordna sig.

³⁸ 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) (KL) och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

³⁹ Transparency International, (2016), *Anti-corruption helpdesk: The linkages between corruption and violation of competition laws*.

Eftersom upphandlingssituationer är väl avgränsade och ofta rör ett speciellt geografiskt område har de förutsättningar att utsättas för kartellbildningar. Transparensen i offentliga upphandlingar gör att de inblandade företagen kan kontrollera att kartellmedlemmarna håller sig till överenskommelsen. Återkommande upphandlingar bidrar också till att bygga långsiktiga relationer mellan upphandlare och leverantörer, vilket kan trigga korruption. I ofta återkommande upphandlingar kan företagen i en kartell turas om att vinna.

Exempel – Muta till konkurrent för att inte lägga anbud

Hammaren och Spiken är två huvudkonkurrenter i byggbranschen, verksamma i samma kommun. När kommunen annonserar en upphandling för att bygga en ny skola bestämmer sig vd:n för Hammaren för att kontakta Spiken för att höra om företaget kan tänka sig att avstå från att delta i upphandlingen. Hammarens förslag är att Spiken ska lägga ett högt bud och inte försöka vinna upphandlingen. I utbyte ska Spiken få ta del av Hammarens vinst. Vid nästa upphandling kan de byta roller så att Hammaren lägger ett högt bud men får del av Spikens vinst. När Spikens försäljningschef tvekar inför upplägget, erbjuder Hammaren även ett par eftertraktade biljetter till helgens hockeymatch. Spikens försäljningschef är trött på att tävla med Hammaren om byggavtalen och tycker att det låter affärsmässigt strategiskt att låta Hammaren vinna upphandlingen om Spiken ändå kan få ekonomisk vinning av affären. Dessutom blev Spikens försäljningschef väldigt glad över att få gå på den slutsålda hockeymatchen!

Hammarens och Spikens agerande innebär att de upphör att konkurrera och i stället samordnar sitt agerande. För att försäkra sig om att Spikens försäljningschef ska gå med på Hammarens upplägg sockras erbjudandet med en muta till försäljningschefen personligen.

Korruptionsinslag kan förekomma även i andra horisontella konkurrensbegränsande samarbeten än i anbudssituationer och kan då bestå i korruption kartellmedlemmarna emellan. Informationsutbyten mellan företagsföreträdare förekommer och kan ha sin förklaring i exempelvis vänskapskorruption eller svågerpolitik, och kan dessutom vara otillåtna enligt konkurrenslagen.

Exempel – Informationsutbyte mellan konkurrenter

Anna, Berit och Cecilia driver tre konkurrerande bilverkstäder. De tre har känt varandra sedan de gick fordonsprogrammet tillsammans på gymnasiet och har hållit nära kontakt sedan dess. Varje lördag träffas de över en lunch för att diskutera det senaste i branschen. På dagordningen finns återkommande en punkt där de delar med sig till varandra om vilka priser de tar för olika verkstadstjänster, vilket vinstpålägg de har för reservdelar och hur många timmar de ska säga till kunderna att ett visst jobb tar. Vid den senaste träffen kom de även fram till att alla tre verkstäder ska avvakta med att genomföra investeringar för att bli miljövänliga bilverkstäder, trots önskemål från kunderna. Cecilia tycker inte att det de gör är schysst mot kunderna, men säger inget för att inte förstöra den goda stämningen och riskera vänskapen.

Anna, Berit och Cecilia har ett omfattande informationsutbyte som påverkar deras beteende på marknaden. Incitamenten för informationsutbytet utgörs dels av ett vinstintresse, eftersom de alla kan dra nytta av vetskapen om konkurrenternas verksamhet, dels av deras långa vänskap. Vänskapen utgör dessutom incitament till att inte anmäla konkurrenterna till tillsynsmyndigheten, trots möjligheter till eftergift, och stärker därmed det horisontella samarbetet. Det rör sig här om en form av vänskapskorruption.

Horisontella samarbeten handlar ofta om att minska konkurrensen de samarbetande företagen emellan, men kan även användas för att stänga ute andra företag från marknaden. För att begränsa vilka företag som kan delta på marknaden kan företag genom till exempel en branschorganisation ställa upp oproportionerliga krav och på så sätt försvåra för nya företag att träda in på marknaden. Det kan också röra sig om att gemensamt övertyga exempelvis en myndighet att utforma regler så att nyinträde försvåras. Även i den här typen av horisontella samarbeten kan korruption användas för att underlätta för företagen att uppnå syftet med samarbetet.

Exempel – Korruption för att möjliggöra utestängning av nya konkurrenter

I en liten stad anordnas varje år en stor festival på torget. På festivalen har det alltid funnits två snabbmatsförsäljare; Kents Korv och Helgas Hamburgare. Inför kommande år vill staden, trots det något begränsade utrymmet, se förnyelse och mer variation. För att höja kvaliteten bjuds presumtiva försäljare in, inklusive Kent och Helga, att tävla om platserna genom presentation av menyförslag. Kent och Helga som sedan många år har en hemlig överenskommelse om att inte priskonkurrera, tycker inte om idén. De föreslår för staden att ställa in tävlingen och låta de två tillsammans med Glens Glass få plats på festivalen, den senare för förnyelsens skull. Glenn är införstådd med att han enbart får sälja glass, annars kommer Kent och Helga att avslöja Glens falska påstående om egenproducerad glass för allmänheten. Efter att Kent och Helga har uppvaktat politikerna i staden ges tjänstemännen direktiv om att ställa in tävlingen. På festivalen äter hela kommunstyrelsen gratis.

Genom otillbörliga förmåner till politikerna, och en liten eftergift om att släppa in en glassförsäljare, lyckas Kent och Helga skydda sin överenskommelse att inte konkurrera med varandra och dessutom hindra konkurrens från andra företag. Därtill har de förmått Glenn att delta i samarbetet genom påtryckningar. Kunderna lider skada genom högre priser och ett mindre varierat utbud.

5.2 Kan korruption försvåra upptäckten av karteller?

Ett viktigt verktyg för att avslöja karteller är så kallade eftergiftsprogram. Ett företag som anmäler sitt deltagande i ett konkurrensbegränsande samarbete till konkurrensmyndigheterna kan ansöka om eftergift och slippa konkurrensskadeavgift. Förutom möjligheten till eftergift finns även möjlighet till nedsättning av konkurrensskadeavgiften. Enskilda personer som anmäler sitt deltagande eller tidigare deltagande i en kartell kan också ansöka om näringsförbudseftergift.⁴⁰

Syftet med eftergiftsprogrammet är att avslöja konkurrensbegränsande samarbeten, främst hemliga karteller. Intresset för att bilda en kartell minskar dessutom när företagen vet att något av dem, när som helst, kan anmäla samarbetet till Konkurrensverket och slippa eventuella böter. Möjligheten för ett företag att dra sig ur ett konkurrensbegränsande samarbete genom att avslöja det för Konkurrensverket bidrar också till att skapa misstro mellan de deltagande företagen och ökar instabiliteten i samarbetet. Detta påverkar företagens förutsättningar att lyckas med det olagliga samarbetet.

⁴⁰ Anställda vid ett företag som beviljas eftergift eller nedsättning av konkurrensskadeavgiften omfattas automatiskt av företagets ansökan och behöver inte göra en egen ansökan om näringsförbudseftergift.

Vad gäller just anbudskarteller är även tips från upphandlare ett viktigt sätt att avslöja karteller. Det finns flera tecken på karteller som upphandlare kan se och på så sätt hjälpa till att avslöja en kartell, till exempel att flera leverantörer växelvis har lägsta pris eller att flera företag har använt identiska formuleringar.⁴¹

Om kartellen har inslag av korruption riskerar dock dessa viktiga verktyg att bli mindre effektiva. Vad gäller eftergiftsprogrammet så kan företaget slippa konkurrenskadeavgift och enskilda personer slippa näringsförbud. En eftergiftsansökan från företag eller personer ger dock inte skydd för rättsliga påföljder av eventuell korruption. Det har diskuterats om detta förhållande kan verka avhållande på företags vilja att ansöka om eftergift för att ha medverkat i en kartell.⁴² Även om företaget och dess företrädare undgår konkurrenskadeavgift och näringsförbud, riskerar de, i de fall korruptionen utgör mutbrott, att drabbas av personliga straff för brott mot mutlagstiftning, kanske till och med fängelsestraff. En sådan risk kan väga tyngre än möjligheten att rädda företaget från konkurrenskadeavgift.⁴³

I upphandlingssammanhang kan korruption, i vart fall hypotetiskt, antingen underlätta upptäckten av en kartell eller försvåra en sådan upptäckt. Om en upphandlare utsätts för försök till otillbörlig påverkan, kan det i bästa fall trigga upphandlaren till att anmäla mutförsöket men också att möjliggöra att en bakomliggande anbudskartell avslöjas. Å andra sidan kan en "framgångsrik" otillbörlig påverkan göra att upphandlaren väljer att inte tipsa

⁴¹ För fler tecken på anbudskarteller, se till exempel Konkurrensverkets informationsmaterial, (2015), *Ärlighet ska löna sig – så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*.

⁴² Se till exempel Luz, Reinaldo and Spagnolo, Giancarlo, (2016), *Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing*, Working Paper Series No 36.

⁴³ En annan faktor som kan avhålla företag från att ansöka om eftergift är att företaget inte får skydd mot eventuella skadeståndsprocesser där kunder som lidit skada av kartellen söker ersättning för denna.

konkurrensmyndigheten om samarbetet trots att upphandlaren ser tydliga tecken på en anbudskartell. Upphandlaren väljer i värsta fall att acceptera en förmån för att hålla tyst.

Exempel – Upphandlare hjälper till att upprätthålla samarbeten

Ett sjukhus ska upphandla nya konferenslokaler, eftersom befintligt ramavtal är på väg att löpa ut. Efter annonsering av förfrågningsunderlaget förvånas inköpschefen Greta på sjukhuset av det låga antalet anbud som kommer in och de förvånansvärt höga priserna. Hon känner själv till flera företag som hon trodde skulle vara intresserade av avtalet, däribland Konferensmästarna som hittills har varit rangordnade först i ramavtalet för konferenslokaler. Efter att ha ringt upp sin kontakt på Konferensmästarna, Hans, får hon i förtroende reda på att företaget inte har lagt något eget anbud, men att det har gått samman med två andra företag och därmed indirekt står bakom det enda anbud som hittills har kommit in. Hans, som förstår risken med att samarbeta med konkurrenter i en upphandling, resonerar som så att det är bra att ha med någon från myndigheten som ska upphandla på planerna. När han hör att Greta låter osäker på om hon kan låta detta passera, berättar Hans för Greta om det storslagna julbordet som företagen tänkte bjuda sjukhusets inköpsavdelning på. Greta lovar att låtsas som ingenting och informera Hans om andra eventuella anbud.

När flera företag samordnar sina anbud hämmas konkurrensen, eftersom företag som annars hade kunnat lägga anbud avstår till förmån för en aktör. En upphandlare som av egenintresse går med på att skydda ett sådant samarbete kan dels ha begått en korrupt handling, dels bidragit till bristande konkurrens i upphandlingen.

Korruption kan alltså användas för att dölja karteller, varför det är viktigt att vara vaksam på försök till otillbörlig påverkan. Om upphandlaren själv är vaksam kan den otillbörliga påverkan utgöra den utlösande faktorn för att kartellen upptäcks. Om upphandlaren i stället är mottaglig för den otillbörliga påverkan är både korruptionsinslaget och kartellen svårare att upptäcka, varför vaksamhet krävs även hos upphandlarens kollegor och arbetsgivare såväl som hos konkurrenter och tillsynsmyndighet.

6 Vertikala samarbeten och ensidiga förfaranden

6.1 Korruption för att möjliggöra och underlätta konkurrensbegränsningar

Vertikala samarbeten är samarbeten mellan företag i olika handelsled, till exempel leverantör och återförsäljare. Sådana samarbeten kan innehålla begränsningar som kan vara i strid med konkurrensreglerna.⁴⁴ Ett exempel på en särskilt allvarlig begränsning är tvingande lägstapriser som en leverantör och en återförsäljare kommer överens om. Förbudet syftar till att säkerställa den fria prissättningen. Ett annat exempel på en särskilt allvarlig begränsning är absolut områdesskydd, det vill säga att en leverantör inte tillåter en återförsäljare att alls sälja sina varor eller tjänster utanför ett visst tilldelat område.

Även ensidiga förfaranden av ett företag med en dominerande ställning kan vara förbjudna enligt konkurrensreglerna och kallas missbruk av en dominerande ställning.⁴⁵ Syftet med förbudet är att undanröja hämmandet av effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna. Ett missbruk innebär i regel att det dominerande företaget, genom andra metoder än sådana som hör till normal konkurrens, agerar på ett sätt som sätter konkurrensen ur spel. Sådana förfaranden kan skada konsumenterna direkt, eller leda till indirekt skada genom att förutsättningarna för en effektiv konkurrens försämras. Missbruk kan omfatta en rad olika ageranden, däribland över- eller underprissättning, tillämpning av exklusivitetsvillkor, diskriminering och leveransvägran.

⁴⁴ 2 kap. 1 § KL och artikel 101 FEUF.

⁴⁵ 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF.

Förekomsten av inslag av korruption inom vertikala samarbeten och ensidiga förfaranden är inte lika uppmärksammade som inom upphandlingar och horisontella samarbeten. Detta betyder dock inte nödvändigtvis att sådana inslag är mindre förekommande. Variationen på hur korruption kan komma in i leverantörsförhållanden är stor och det finns skäl att här försöka bena ut hur sådana kopplingar kan se ut. Eftersom analysen av vertikala konkurrensbegränsande samarbeten har flera likheter med ensidiga förfaranden behandlas dessa i samma kapitel.

Inom konkurrensrätten skiljer man främst mellan *exploaterande* och *utestängande* missbruk av dominerande ställning. Exploaterande missbruk innebär att ett dominerande företag utnyttjar (exploaterar) sin marknadsmakt för att tjäna mer pengar eller för att på annat sätt få fördelar på ett sätt som direkt kan skada kunderna. Utestängande missbruk, som är den vanligaste formen av missbruk i rättspraxis, innebär att dominerande företag försöker stänga ute eller avskärma (exkludera) konkurrenter från marknaden.

Korruption kan användas för att möjliggöra eller underlätta såväl exploaterande som utestängande förfaranden. Det dominerande företaget skulle till exempel kunna utöva otillbörlig påverkan på enskilda anställda hos kunder för att dessa kunder ska acceptera ett överpris. Därigenom skulle det dominerande företaget kunna exploatera sin dominans. Ett dominerande företag kan även tänkas använda korruption i syfte att stänga ute konkurrenter, till exempel genom att med hjälp av otillbörlig påverkan förmå kunder att inte anlita konkurrenter till dominanten eller på annat sätt försvåra för sina konkurrenter att verka på marknaden.

Exempel – Exklusivitetsrabatter utanför ordinarie avtal

Jordgubbar odlas av det dominerande företaget Bärmästaren och av några mindre företag. I stort sett alla jordgubbar säljs via återförsäljare, varav en del erbjuder jordgubbar från flera olika odlare, medan andra enbart säljer jordgubbar från en specifik odlare. Bärmästaren erbjuder volymrabatter till sina återförsäljare för att få dem att främst sälja deras jordgubbar. Som dominerande företag måste dock Bärmästaren iaktta viss försiktighet vid utformningen av sina rabatter, så att dessa inte leder till utestängning av konkurrenter i strid med konkurrensreglerna. Konkurrenten Gubbproffsets ekologiska jordgubbar ökar i popularitet i regionen och tar plats i allt fler återförsäljares sortiment. Bärmästaren börjar därför erbjuda återförsäljarna en extra "återbäring", på villkor att de slutar sälja Gubbproffsets jordgubbar. Återbäringen och villkoret för att den ska betalas ut skrivs dock inte in i de ordinarie avtalen, utan i stället gör Bärmästaren upp separat och muntligt med företrädare för återförsäljarna, och återbäringen betalas ut till dessa privat utan att det syns i återförsäljarens bokföring. I Bärmästarens bokföring har utbetalningar dolts för att de inte ska kunna spåras.

Bärmästarens hemliga återbäring tillsammans med de ordinarie rabatterna riskerar att få till följd att konkurrenterna inte längre kan sälja sina produkter och stängs ute från marknaden. Ett skäl för att ge ut privata förmåner kan vara att företaget på ett billigare sätt får konkurrensfördelar på marknaden än genom affärsmässiga rabatter. Tillsynsmyndighetens utredning av förfarandet försvåras eftersom de hemliga utbetalningarna är svåra att upptäcka.

Härtill kan läggas *diskriminerande* missbruk som innebär att ett dominerande företag diskriminerar mellan sina kunder på ett sådant sätt att det uppstår en snedvridning av konkurrensen kunderna emellan. När det dominerande företaget inte självt konkurrerar med sina kunder kan syftet med olikbehandlingen vara att försöka vinstmaximera genom att differentiera sina priser.⁴⁶ Korruption skulle dock kunna skapa även andra incitament, och leda till ett diskriminerande beteende med en snedvridning av konkurrensen som följd. En sådan situation kan uppstå om en kund otillbörligt påverkar någon på ett dominerande företag för att få bättre behandling än andra kunder. Kunden som utövar otillbörlig påverkan kan ha för avsikt att få en konkurrensfördel framför andra kunder. Effekten av olikbehandlingen kan bli en snedvridning av konkurrensen på den marknad där det dominerande företags kunder konkurrerar.

Exempel – Diskriminering för att gynna vän

Företaget Storväxt är dominerande på marknaden för organisk växtnäring. Storväxt säljer växtnäring i stora volymer till ett antal blomjordstillverkare. Storväxt är inte självt verksamt på marknaden för blomjord. En kund, Ogräset, har sitt huvudkontor i samma byggnad som Storväxt. Dessutom är Storväxts försäljningschef Stig gammal kursare med Ogräsets vd Olga. Stig vill gärna att det ska gå bra för Olga och erbjuder därför Olga ett betydligt lägre pris för växtnäring än vad övriga kunder får betala. Visserligen tjänar inte Storväxt så mycket som företaget skulle kunna, men växtnäring står ändå enbart för en mindre del av företagets totala omsättning, så

⁴⁶ Ett företags subjektiva syfte med ett förfarande är dock inte avgörande för bedömningen om förfarandet utgör ett missbruk av dominerande ställning.

det tycker Stig att aktieägarna får leva med. Eftersom inköp av växtnäring utgör en hög andel av kostnaden för blomjorden, får Ogräset nu en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga företag på blomjordsmarknaden.

Den fördel som Ogräset får framför sina konkurrenter kan leda till att konkurrensen snedvrids och i värsta fall till att konkurrenter slås ut från marknaden. I detta exempel kan Storväxts agerande förklaras av Stigs egna intressen som tycks avvika från arbetsgivarens eftersom Stigs agerande leder till lägre intäkter.

6.2 Åt vilket håll går mutan eller förmånen?

Som framgår av exemplen så här långt i detta kapitel kan en muta eller annan förmån gå antingen från återförsäljare till leverantör eller från leverantör till återförsäljare. Ett exempel på det förstnämnda fallet kan vara att en återförsäljare betalar någon hos en leverantör för att få bli ensam återförsäljare av en produkt. Återförsäljaren slipper då konkurrens från andra återförsäljare av den aktuella produkten, vilket kan vara skadligt för konkurrensen. Det är inte säkert att det ligger i leverantörens intresse att låta återförsäljare få en ensamrätt, men genom en otillbörlig påverkan på någon företrädare hos leverantören kan återförsäljaren uppnå detta. Det kan också föreligga vänskapsband som motiverar en företrädare för leverantören att gynna återförsäljaren mot sin arbetsgivares affärsmässiga intressen.

Ett exempel på när en muta kan gå i den andra riktningen skulle kunna vara att en leverantör betalar någon hos en återförsäljare för att acceptera en konkurrensbegränsande klausul i ett avtal, exempelvis ett villkor om lägstapris, som är en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning. Det kanske inte är rationellt för återförsäljaren att acceptera en sådan begränsning i sin prissättning, men

med hjälp av en otillbörlig förmån till någon företrädare skapas incitament så att klausulen skrivs in. Liksom i flera andra hypotetiska exempel förutsätter en sådan situation antagligen att den anställde har viss frihet att agera och inte utsätts för kontroller som avslöjar det illojala beteendet.

Exempel – Otillbörligt gynnande av viss leverantör

I en bollsport är alla lag medlemmar i en förening som har utfärdat spelregler och tekniska regler med krav på bollarnas egenskaper. Det finns flera konkurrerande bolltillverkare. Tidigare har lagen fritt kunnat välja boll och köpa från valfri återförsäljare, så länge bollen uppfyllt de tekniska reglerna avseende storlek och vikt. Föreningen har dock nyligen ingått ett sponsoravtal med bolltillverkaren Saturnus. Enligt avtalet är Saturnus boll "den officiella bollen" och den enda som är godkänd för matchspel. Bollarna måste dessutom köpas från en viss auktoriserad återförsäljare. Den officiella förklaringen till sponsoravtalet är att det ger intäkter till föreningen som den kan använda för att marknadsföra sporten till en bredare publik, och matcherna blir mer rättvisa när alla spelare använder samma fabrikat av boll. Den verkliga förklaringen är dock att flera medlemmar av föreningsstyrelsen har ägarintressen i både Saturnus och den enda återförsäljaren som nu är auktoriserad.

De nya kraven innebär en påverkan på konkurrensen på bollmarknaden, med risk för utestängning av konkurrerande tillverkare och återförsäljare och i slutändan höjda priser, som måste bäras av spelarna eller lagen. Vinnare är i stället Saturnus, den auktoriserade återförsäljaren och styrelsemedlemmarna. Avtalet har ingåtts till följd av en intressekonflikt hos styrelsen som valt att se till sina egna intressen i stället för sina medlemmars.

Vad gäller missbruk av dominerande företag kan man på motsvarande sätt tänka sig både situationer där den otillbörliga förmånen går *till* någon på det dominerande företaget och situationer där den går *från* det dominerande företaget. Det första fallet är tänkbart eftersom ett företag med en dominerande ställning har marknadsmakt och det kan det finnas utrymme för enskilda på företaget att utnyttja denna marknadsmakt för egen vinning. Som beskrivs ovan kan ett sådant exempel vara en muta från en kund till en företrädare för ett dominerande företag för att kunden ska få en mer förmånlig behandling än andra kunder. En sådan olikbehandling kan innebära att konkurrensen snedvrids mellan de företag som är kunder till dominanten, eller till och med att andra kunder helt stängs ute från marknaden.

Exempel – Försvårande för konkurrent att få tillgång till viktig insatsvara

AB Kryssaren är verksamt på marknaden för kommersiella kryssningsresor runt Storön. Kryssarens resor avgår från Stora hamnen som är den enda lämpliga hamnen för att en resa runt ön inte ska ta mer än ett dygn. Stora hamnen ägs av Hamnjätten AB som har en dominerande ställning på marknaden för hamntjänster. AB Jollen försöker ta sig in på kryssningsmarknaden och vänder sig såklart till Hamnjätten för att köpa tider för att lägga till i Stora hamnen. Hamnjätten skickar förslag på hamntider och prisuppgifter till Jollen. När vd:n för Kryssaren, Tom, får ett utkast till den nya planeringen från Hamnjätten, blir han fundersam. Jollens resor har lagts in på attraktiva avgångstider före Kryssarens avresor och skulle kunna bli mycket populära bland turister. Tom kontaktar därför Sam som är planeringsansvarig på Hamnjätten. Sam, som tidigare har varit anställd på Kryssaren, känner fortfarande lojalitet mot sin före detta arbetsgivare. Mot ett årskort på lyxkryssningar för hela familjen tar Sam på Toms uppdrag fram en ny planering där det inte längre finns plats för några avgångstider för Jollen.

Planeringschefen hänvisar till en påhittad totalrenovering som skäl för att neka Jollen tillträde till Stora hamnen.

Det finns inget exklusivavtal mellan Kryssaren och Hamnjätten. I stället har Sam agerat mot sin arbetsgivare Hamnjättens intressen i utbyte mot personliga förmåner. Kryssaren har genom sin otillbörliga påverkan förmått Hamnjätten att förhindra konkurrens från Jollen.

Ett dominerande företag kan också vara på den givande sidan av en muta. Till exempel skulle ett dominerande företag kunna betala en företrädare för en återförsäljare att endast saluföra det dominerande företagets produkter och inte konkurrenternas.⁴⁷ Ett sådant beteende kan försvåra för det dominerande företagets konkurrenter att saluföra sina produkter. Att kräva exklusivitet av en återförsäljare, antingen explicit eller genom villkorade rabatter som ger starka incitament till exklusivitet, kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Eftersom det kan vara billigare att tillgodose en företrädares privata intressen än att erbjuda återförsäljaren ett affärsmässigt attraktivt erbjudande, kan korruption vara ett billigare sätt för ett dominerande företag att uppnå samma sak (utestängning av konkurrenter) som exklusivitetsförpliktelser. Dessutom kan upptäcktsrisken vara mindre om det inte finns några avtalsklausuler som visar på exklusivitetsvillkor.

⁴⁷ Se

7 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

En offentlig aktörs säljverksamhet kan förbjudas av domstol om det snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens.⁴⁸ Ett förbud kan avse antingen tillämpningen av ett visst förfarande i säljverksamheten (förfarandeförbud) eller verksamheten som sådan (verksamhetsförbud). Det räcker att ett beteende är ägnat att snedvrida eller hämma en effektiv konkurrens för att det ska vara fråga om en konkurrensbegränsning i lagens mening. Vid prövning av förfarandeförbud ska domstolen väga det offentliga ändamålet med ett beteende mot konkurrensintresset och får inte förbjuda det konkurrensbegränsande beteendet om det är försvarbart. Vid prövning av verksamhetsförbud ska domstolen i stället pröva om det finns stöd i lag för kommun eller landsting att bedriva den aktuella verksamheten.

En konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet kan uppkomma till exempel om den offentlige aktören har möjlighet att allokera tillgångar och kostnader mellan olika verksamheter, vilket möjliggör en låg prissättning som det inte är ekonomiskt rimligt för privata bolag att konkurrera med. Reglerna omfattar såväl staten, kommuner och landsting, som offentligt ägda bolag, i syfte att skapa likartade villkor för privata bolag att konkurrera på marknaden.⁴⁹

⁴⁸ 3 kap. 27 § KL.

⁴⁹ För statlig säljverksamhet kan dock endast förfarandeförbud bli aktuellt.

Reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet infördes först år 2010, vilket innebär att erfarenheten av noterade inslag av korruption är mer begränsad än i övriga delar av tillsynsverksamheten. Därtill ska nämnas att reglerna inte har sin förebild i EU-rätten, vilket innebär begränsade möjligheter att dra nytta av erfarenheter från övriga EU-länder.⁵⁰

En potentiell risk för korruption i offentlig säljverksamhet kan tänkas vara att en myndighet eller kommun som bedriver säljverksamhet även är möjlig tillsynsutövare. Detta kan innebära en ökad risk för att myndighetsutövningen, till exempel på grund av vänskapskorruption, brister i objektivitet och gynnar den statligt eller kommunalt ägda säljverksamheten.

Exempel – Muta för att säljverksamhet ska fortsätta och expandera

I en kommun belägen vid kusten är fiske en stor inkomstkälla. Kommunen har en fiskodling och säljer fisk därifrån till Görans fisk- och skaldjursgrossist som har sitt huvudkontor i samma kommun. Göran uppskattar att kunna köpa fisk från kommunens odling. Den håller hög kvalitet och eftersom anläggningen genom forskningssamarbeten delvis finansieras med bidrag, kan kommunen sälja fisk till mycket lägre pris än privata fiskodlingar. Kommunen kan dock inte leverera så stora volymer som grossisten vill köpa. Göran uppvaktar ansvarig kommunpolitiker, Gun, och övertygar henne om att bygga ut fiskodlingen för att kraftigt öka de volymer av fisk som kan levereras. Utbyggnaden innebär att kommunen uppmärksammas medialt och Gun blir inbjuden att föreläsa på konferenser. Som tack får Gun dessutom handla fisk till grossistpris av Göran. Grossistfirman kan efter några år sluta köpa fisk från de privata fiskodlingarna och får alla sina leveranser helt från kommunens odlingar.

⁵⁰ Några andra länder har infört liknande regelverk, bland annat Finland år 2013.

Kommunens verksamhet har expanderat till att vara mer omfattande än vad som kan motiveras av forskningssamarbetet, och försäljningen har trängt undan privata alternativ. Beslutet att expandera har inte fattats på saklig grund, utan av ett personligt intresse.

Förekomsten av korruption, eller avsikten med densamma, kan vara av mindre betydelse för bedömningen av om den offentliga säljverksamheten eller ett visst förfarande ska förbjudas.

Korruption kan snarare, som exemplen illustrerar, komma in som en förklaring till varför en offentlig säljverksamhet sköts på ett sätt som snedvrider eller hämmar konkurrensen, exempelvis genom att vissa kunder gynnas eller att verksamheten expanderas i en sådan omfattning att privata aktörer riskerar att slås ut. Förekomsten av korruption kan däremot vara relevant för att avfärda eventuella invändningar om att förfarandet är försvarbart från allmän synpunkt och därför inte får förbjudas.

Exempel – Kommunägt företags förmånliga behandling av privat företag

Det kommunägda företaget Blaskan driver och säljer en tidning om aktuella händelser och evenemang i kommunen. I tidningen finns även en restaurangguide som är mycket populär och som har stor inverkan på både invånarnas och turisternas val av restaurang. Till varje nummer medföljer dessutom ett häfte med rabattcheckar. I kommunen finns två sushirestauranger som konkurrerar med varandra om stadens sushiälskande invånare: Risrullaren och Makimakaren. När Lisa, ägare till Risrullaren, får se att konkurrenten Makimakaren har fått stort utrymme i restaurangguiden kontakter hon Blaskan för att ingå avtal om annonsering och rabatterbjudanden. Chefredaktör Klara är däremot inte alls intresserad av Lisas erbjudande och menar att det räcker gott och väl med en sushirestaurang i tidningen. På omvägar får Lisa höra att Klara och ägaren till Makimakaren båda sitter i styrelsen för den lokala fotbollsklubben och att de dessutom umgås på fritiden.

En sådan relation som den mellan Klara och ägaren till restaurang Makimakaren utgör inte i sig ett hinder för att ingå affärsförbindelser. Däremot kan gynnande av en restaurang framför en annan på grund av en privat relation vara vänskapskorruption. Med tanke på restaurangguidens inflytande på restaurangmarknaden, finns en risk att gynnandet kan snedvrída konkurrensen mellan de båda sushirestaurangerna.

8 Företagskoncentrationer

Företagskoncentrationer av en viss storlek ska prövas av konkurrensmyndigheter innan de får genomföras. I begreppet företagskoncentration ingår situationer där kontrollen över ett företag varaktigt förändras, till exempel genom att ett eller flera företag får kontroll över ett annat företag, eller genom att två eller flera tidigare självständiga företag slås samman. Även bildandet av ett gemensamt företag kan falla inom ramen för konkurrensmyndigheternas koncentrationsprövning.

Förutom att det skulle kunna förekomma inslag av korrupcion i de förhandlingar som föregår affären, kan det förekomma korrupcion i samband med den konkurrensrättsliga prövningen av koncentrationen. En tänkbar situation är om anmälaren av en företagskoncentration försöker påverka andra aktörer att lämna missvisande uppgifter till konkurrensmyndigheten i syfte att påverka dennas bild av marknaden och effekterna av koncentrationen. Genom att köparen påverkar myndighetens bedömningar kan sannolikheten öka för att affären klarar myndighetens prövning och genomförs.⁵¹

⁵¹ Ett i USA uppmärksammat fall var när ett telekomföretag år 2014 planerade att köpa ett annat företag. Det framkom uppgifter att telekomföretaget hade spökskrivit flera brev som skickats från lokala politiker till regleringsmyndigheten Federal Communications Commission (FCC). Breven uttryckte uppskattning för telekomföretaget och stöd för affären. Det framkom också att flera av de som uttryckt sig positivt om affären hade mottagit pengar från telekomföretaget. Telekomföretaget medgav att betalningar gjorts men förnekade att de var i utbyte mot stöd för affären. Köpet kom senare att avbrytas.

Var gränsen går mellan å ena sidan legitim information om affären och kundvård, och å andra sidan en otillbörlig påverkan eller till och med brottslig så kallad handel med inflytande⁵², kan dock vara svårt att avgöra. Att företag uppvaktar kunder, branschorganisationer, politiker och andra beslutsfattare i samband med exempelvis ett förvärv kan vara en del av en invändningsfri informationsgivning. Om denna påverkan innebär otillbörliga förmåner i utbyte mot visst beteende som påverkar en myndighets prövning av ett förvärv, kan det dock utgöra korruption.

Bedömningen och möjligheten att upptäcka korruption försvåras dessutom av att konkurrensmyndigheten måste pröva koncentrationsärenden inom fasta tidsfrister. Uppgifter om denna typ av korruption lär inte heller komma in till myndigheten såvida inte någon aktör som blivit utsatt för försök till påverkan hör av sig och berättar om det.

Exempel – Vilseledande information till myndigheter om effekterna av en koncentration

Djurfodertillverkaren Toppfoder ska köpa den mindre uppstickaren Foderspecialisten. Innan affären kan slutföras måste den först prövas av Konkurrensverket. För att analysera affären hämtar myndigheten in information från olika marknadsaktörer för att få deras syn på marknaden och kunna bedöma vilka effekter affären kan få. För att påverka den bild som myndigheten får, har Toppfoder kontaktat företrädare för kunder, konkurrenter och Foderspecialisten. Syftet är att de ska förmedla en för företaget Toppfoder gynnsam bild av de effekter affären kan få på marknaden till myndigheten. Grossistmarknaden för djurfoder är

⁵² Handel med inflytande omfattar situationer när någon tar emot, godtar ett löfte om eller begär respektive lämnar, utlovar eller erbjuder någon en otillbörlig förmån för att påverka annans beslut eller åtgärd vid myndighetsutövning eller offentlig upphandling, se 10 kap. 5 d § BrB.

koncentrerad till ett fåtal kunder. Den största grossisten på marknaden, Djurvännen, som nyligen börjat köpa djurfoder från Foderspecialisten företräds av Hanna. Hon erbjuds anställning på Toppfoder om affären går igenom. Hanna är egentligen nöjd med Foderspecialistens produkter, men anpassar nu sina svar på Konkurrensverkets frågor. Hon säger att Foderspecialistens produkter inte är konkurrenskraftiga och att Djurvännen därför inte kommer att förlänga sitt avtal med Foderspecialisten. Den roll som Foderspecialisten har som prispressare och utmanare till Toppfoder tonas ned väsentligt.

Konkurrensverket fattar beslut baserat på missvisande information och det finns risk att affären går igenom trots att den inte borde göra det. Hanna agerar mot sin arbetsgivare Djurvännens intresse av att bevara Toppfoder som fristående konkurrent, i utbyte mot ett nytt värlönat jobb på Toppfoder.

9 Korruptionsindikationer i Konkurrensverkets tillsyn

9.1 Metod och dataunderlag

I detta avsnitt uppskattas hur ofta det finns indikationer på korruption i Konkurrensverkets tillsynsarbete. Det måste dock understrykas att den bild som tecknas är behäftad med stor osäkerhet. För det första är Konkurrensverkets tillsynsarbete inriktat på misstänkta överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna, inte på ageranden som kan utgöra brott enligt straffbestämmelserna om mutbrott eller på annan form av korruption. Indikationer på korruption har därför inte samlats in eller systematiserats i utredningarna, såvida det inte har ansetts vara relevant för verkets tillsynsarbete. Det innebär att det kan ha förekommit korruption även i andra fall än de där Konkurrensverket sett sådana indikationer. Detta gäller i synnerhet de ärenden som inte prioriterats för djupare utredning, utan som har avslutats på ett tidigt stadium. För det andra har, i de fall det har förekommit indikationer på korruption, dessa aspekter i regel inte utretts djupare av Konkurrensverket.

Det går således inte att säga i hur många av de fall där Konkurrensverket sett *indikationer* på korruption som det *faktiskt* har förekommit. Att det funnits indikationer på korruption betyder inte att det nödvändigtvis har rört sig om en misstanke i juridisk mening. Omfattningen kan alltså vara större (eftersom inte all korruption syns) eller mindre (eftersom inte alla indikationer vid en närmare granskning nödvändigtvis skulle visa sig utgöra korruption). Uppskattningen är heller inget mått på hur pass vanligt det är med korruption generellt i näringslivet eller i offentlig upphandling.

Uppskattningen av hur vanligt det är med indikationer på korruption i Konkurrensverkets tillsynsverksamhet bygger på erfarenheter från ärenden inom både konkurrens- och upphandlingstillsynen från år 2014 till första halvåret 2018.

9.2 Konkurrenstillsynen

Konkurrenstillsynsärenden är sådana som rör misstänkta eller påstådda överträdelser av konkurrensreglerna, det vill säga mot förbuden mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § KL och missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § KL eller förbudens motsvarigheter inom EU-rätten, eller som kan förbjudas eftersom de utgör konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet enligt 3 kap. 27 § KL. Konkurrensverket får varje år in flera hundra tips och klagomål rörande misstänkta konkurrensrättsliga överträdelser. En successiv sällning görs och många ärenden prioriteras bort redan på ett tidigt stadium, medan andra diarieförs och blir föremål för en förstudie. Ett mindre antal ärenden prioriteras för djupare utredning.

I uppskattningen av hur vanligt det är med indikationer på korruption i konkurrenstillsynen har fokus lagts på de ärenden som prioriterats för djupare utredning. Övriga ärenden, tips och klagomål har inte ingått i uppskattningen av hur vanligt det är med indikationer på korruption. Däremot har de i vissa fall tjänat som inspiration vid framtagandet av de hypotetiska exemplen.

Den vida definition av korruption som beskrivs i kapitel 2 ligger till grund för bedömningen. Indikationer på korruption kan vara i form av information från tipsare och andra personer, upptäckter under platsundersökningar samt medialt uppmärksammade misstankar. Eftersom någon systematisk dokumentation av korruptions-

indikatorer inte har gjorts under utredningarna bygger uppskattningen till stor del på handläggares och chefers minnesbilder. Någon uppskattning av förekomsten av indikationer på korruption i ärenden som rör prövning av företagskoncentrationer har ej gjorts och dessa ärenden ingår inte heller i dataunderlaget. Handläggare har dock delat med sig av generella erfarenheter från sådana ärenden.

Indikationer på någon form av korruption har uppskattningsvis förekommit i cirka 15 till 20 procent av de prioriterade ärenden rörande misstänkta överträdelser av konkurrensreglerna som har avslutats de senaste fyra och ett halvt åren.

Även bland tips, klagomål och ärenden som inte prioriterats för en djupare utredning har det förekommit indikationer på korruption. Dock förefaller andelen vara lägre i sådana ärenden än bland de ärenden som utretts djupare. Det finns flera tänkbara förklaringar till detta. För det första kan den högre andelen noterade korruptionsinslag bland prioriterade ärenden bero på att ärendena har utretts djupare och att mer information således har hämtats in. Med mer information och en längre utredning ökar sannolikheten att indikationer på korruption upptäcks.

För det andra kan det inte uteslutas att förekomsten av faktisk korruption är högre bland de prioriterade ärendena. Korruption kan innebära en skada på konkurrensen och sådan konkurrens-skada kan i sig ha bidragit till att ärendet prioriterats för djupare utredning (även i de fall där inga indikationer på korruption hade identifierats vid prioriteringstillfället).

Ytterligare en förklaring kan ligga i att uppskattningen till stor del bygger på minnesbilder. Ärenden som prioriterats för djupare utredning har utretts mer intensivt och under en längre tid, vilket kan påverka i vilken utsträckning handläggare kan dra sig till minnes eventuella indikationer på korruption.

Indikationer på korruptionsinslag tycks förekomma i alla typer av konkurrenstillsynsärenden och de synes inte ha varit mer förekommande i någon typ av misstänkt överträdelse än någon annan.

9.3 Upphandlingstillsynen

Upphandlingsärenden är ärenden som rör misstänka överträdelser av upphandlingsreglerna. De ärenden som ligger till grund för uppskattningen av hur vanligt det är med indikationer på korruption i upphandlingstillsynen rör framförallt misstänkta överträdelser av LOU, men även granskningar av efterlevnaden av lagen om valfrihetssystem (LOV) förekommer. Uppskattningen har liksom för konkurrenstillsynen fokuserat på ärenden som prioriterats för djupare utredning.

Samma vida definition av korruption som beskrivs i kapitel 2 ligger till grund för bedömningen. Uppskattningen baseras på handläggares och chefers bedömningar av prioriterade upphandlingsärenden som avslutats de senaste fyra och ett halvt åren. Även för dessa ärenden finns en osäkerhet på grund av att korruptionsmisstankar inte dokumenterats om det inte har varit relevant för utredningen av den misstänkta överträdelsen av upphandlingsreglerna.

Indikationer på någon form av korruption har uppskattningsvis förekommit i cirka 5 till 10 procent av dessa ärenden.

Precis som i konkurrenstillsynen tycks indikationer på korruption ha förekommit i större utsträckning bland de ärenden som prioriterats och utretts djupare. Även här skulle en förklaring kunna vara att sannolikheten att upptäcka korruption ökar med en djupare utredning. Ett annat skäl kan vara att ärenden i vilka korruptionsinslag noteras ges större prioritet just på grund av korruptionsinslaget. Resultatet av undersökningen bekräftar att korruption förekommer i upphandlingssammanhang. Någon slutsats om hur vanligt det är med korruption i offentlig upphandling generellt går dock inte att dra av denna undersökning.

9.4 Jämförelse av ärendetyper och branscher

Det kan tyckas överraskande att andelen ärenden med inslag av korruption uppskattas vara något högre i konkurrenstillsynsärenden än i upphandlingsärenden. Eftersom korruption ofta bedöms ha närmare kopplingar till upphandlingsförfaranden kunde kanske det omvända ha förväntats.⁵³ I sammanhanget ska dock noteras att antalet prioriterade upphandlingsärenden som Konkurrensverket utreder är betydligt högre än antalet prioriterade konkurrenstillsynsärenden. Även om *andelen* ärenden med indikationer på korruption uppskattas vara lägre i upphandlingstillsynen, skulle med andra ord *antalet* sådana ärenden med indikationer på korruption kunna vara större.

⁵³ Flera tidigare rapporter har pekat ut offentliga upphandlingar som särskilt utsatta för korruption, se Konkurrensverket, (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 91 f och där angivna rapporter.

En intressant fråga är om korruptionsinslag är särskilt ofta förekommande i vissa branscher. En vanlig uppfattning är att byggbranschen är särskilt utsatt, i synnerhet när det gäller upphandlingar.⁵⁴ Även Konkurrensverkets erfarenheter talar för att byggbranschen, men även andra branscher som till exempel konsultverksamheter, är utsatta. Av underlaget för denna rapport kan dock inga säkra slutsatser dras vad gäller särskilt utsatta branscher utan inslag av korruption kan förekomma i flera olika, för att inte säga alla, branscher.

⁵⁴ Se exempelvis Konkurrensverket, (2009), *Karteller och korruption – Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, En rapport skriven av Brottsförebyggande rådet på uppdrag av Konkurrensverket. s. 43, och Upphandlingsmyndigheten (2017), vägledning nr 4, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*, s. 12.

10 Slutsats

Korruption är skadligt för konkurrensen och för konsumenterna, och kan möjliggöra och förvärra överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna. Konkurrensverket ser det därför som en naturlig del av sitt uppdrag som tillsynsmyndighet att motverka korruption. Konkurrensverket noterar att Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler gör bedömningen att korruption i offentlig upphandling bör motverkas på andra sätt än genom regelreformer.⁵⁵ Utredningen menar att sådana åtgärder exempelvis skulle kunna bestå i att regeringen i Konkurrensverkets instruktion tydliggör att verkets upphandlingstillsyn ska bidra till att motverka korruption i offentlig upphandling. Analysen i denna rapport av förekomsten av korruption i Konkurrensverkets ärenden bekräftar den viktiga roll som Konkurrensverket har att fylla och att ansvaret i detta avseende även innefattar konkurrenstillsynen.

Mot bakgrund av de lärdomar som kan dras av resultatet av denna rapport avser Konkurrensverket att fortsätta arbeta förebyggande genom att sprida information om hur korruption kan förekomma i samband med överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna. Konkurrensverket avser även att fortsatt vara vaksamt på förekomsten av korruption inom ramen för sitt tillsynsarbete och beakta korruptionsinslagen vid prioritering och utredning av ärenden.

⁵⁵ Se SOU 2018:44, *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål*, s. 254.

En framgångsrik kamp mot korruption förutsätter effektiva samarbeten mellan myndigheter och med andra organisationer. Konkurrensverket ska bistå andra myndigheter, främst polis och åklagare, med tips i de fall det finns misstanke om brott. Därtill krävs ett ökat arbete mot korruption bland privata aktörer. Resultatet av undersökningen av konkurrens- och upphandlingsärenden visar att inlagen förekommer i samtliga typer av konkurrenssituationer. Marknadens aktörer behöver således vara vaksamma på förekomsten av korruption i alla typer av konkurrenssammanhang i alla branscher.

11 Referenser

Offentligt tryck

SOU

SOU 1966:71. *Otillbörlig konkurrens*

SOU 2006:99. *En ny konkurrenslag*

SOU 2010:38. *Mutbrott*

SOU 2018:44. *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål*

Propositioner

Prop. 2007/08:135 *Ny konkurrenslag m.m.*

Prop. 2011/12:79 *En reformerad mutbrottslagstiftning*

Litteratur

Brottsförebyggande rådets rapport, Brå (2010), *Karteller och korruption – Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, 2010:9

Expertgruppen för Studier i Offentlig ekonomi (2013), *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*, 2013:2

Finansdepartementet (2013), *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*. Rapport till Expertgruppen för studier i offentlig upphandling, 2013:2

Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten (2018), dnr 177/2018

Konkurrensverket (2013), *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, 2013:6

Konkurrensverkets informationsmaterial (2015), *Ärlighet ska löna sig – så upptäcker och förebygger du anbudskarteller*.

Luz, Reinaldo and Spagnolo, Giancarlo (2016), *Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing*, Working Paper Series No 36.

OECD (2007), *Bribery in public procurement: Methods, actors and counter-measures*

OECD (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition, Background note*

OECD (2014), *Global Forum on Competition: Fighting corruption and promoting competition, Summary of discussion*

OECD (2014), *Foreign Bribery Report: an analysis of the crime of bribery of foreign public officials*

OECD (2016), *Putting an end to corruption*

Säkerhetspolisen (2012), *Nationell hotbild, Den grova organiserade brottslighetens otillåtna påverkan på viktiga samhällsfunktioner*

Transparency International (2016), *Anti-corruption helpdesk: The linkages between corruption and violation of competition laws*

Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 4 (2017), *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1993 s. 740

Konkurrensverket har identifierat ett behov av ökad kunskap om sambanden mellan korruption och olika former av konkurrensbegränsningar. Med ökad kunskap kan Konkurrensverket bättre förutse eller identifiera situationer där korruption utgör en del av en överträdelse av upphandlings- eller konkurrensreglerna, och beakta dessa aspekter i tillsynsarbetet. Även företag och organisationer som riskerar att skadas av konkurrensbegränsningar kan ha nytta av ökad kunskap kring korruption för att undvika att sådana situationer uppstår.

I rapporten identifieras möjliga kopplingar mellan korruption och konkurrensbegränsningar och illustreras med hypotetiska exempel.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se