



SVEA HOVRÄTT  
Patent- och  
marknadsöverdomstolen  
Rotel 020110

**DOM**  
2022-10-06  
Stockholm

Mål nr  
PMT 13071-21

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2021-10-08 i mål nr PMT 20357-20, se bilaga A

## PARTER

### Klagande

Arla Foods AB, 556579-4400  
Box 4083  
169 04 Solna

Ombud: Advokaten A.M. och jur.kand. J.B.S.

### Motpart

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

## SAKEN

Konkurrensskadeavgift

---

## DOMSLUT

Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer Patent- och marknadsdomstolens domslut.

---

Dok.Id 1824910

---

<b>Postadress</b> Box 2290 103 17 Stockholm	<b>Besöksadress</b> Birger Jarls Torg 16	<b>Telefon</b> 08-561 670 00 08-561 675 00 <b>E-post:</b> svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsoverdomstolen.se	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00–16:30
---	---	---	----------------	---

## YRKANDEN

Arla Foods AB (Arla) har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ogilla Konkurrensverkets talan om konkurrensskadeavgift och tillerkänna Arla ersättning för bolagets rättegångskostnad i Patent- och marknadsdomstolen.

Konkurrensverket har motsatt sig ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom.

Arla har yrkat ersättning för sin rättegångskostnad i Patent- och marknadsöverdomstolen.

## PARTERNAS TALAN

Parterna har åberopat samma grunder och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som i Patent- och marknadsdomstolen.

## UTREDNINGEN

Utredningen är densamma som i Patent- och marknadsdomstolen.

## DOMSKÄL

### **Inledning**

Målet handlar om huruvida Arla ska förpliktas att betala konkurrensskadeavgift på grund av bolagets påstått konkurrensbegränsande agerande i samband med en upphandling av mejerivaror som annonserades den 31 oktober 2016. Den konkurrensbegränsande överträdelsen ska ha bestått i att Arla – före det att tiden för att lämna anbud i upphandlingen hade löpt ut – per e-post utbytte strategisk information med konkurrenten Centrala Partihallen AB. Informationen avsåg anbudspriser och faktorer som var av betydelse för prissättningen i upphandlingen. Arla tog inte avstånd från

sådan information som bolaget hade fått del av genom utbytet. (Se s. 6 och 7 i Patent- och marknadsdomstolens dom.)

Som Patent- och marknadsdomstolen har redogjort för är de faktiska omständigheterna kring den påstådda överträdelsen ostridiga. Arla har också vidgått att bolaget genom sitt agerande har gjort sig skyldigt till en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579). I mål av förevarande slag har dock domstolen att självmant pröva om det har varit fråga om någon sådan överträdelse. Arla har dessutom bestritt Konkurrensverkets påstående att bolagets agerande även varit i strid med artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Patent- och marknadsöverdomstolen prövar därför först om Arla har överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 i EUF-fördraget och om Arla därför som utgångspunkt ska betala konkurrensskadeavgift. Om så befinns vara fallet, övergår domstolen till att bedöma om konkurrensskadeavgiften – i enlighet med vad Arla gjort gällande – ska efterges. För det fall att konkurrensskadeavgiften inte ska efterges, kvarstår för domstolen att bestämma avgiftens storlek.

Som Patent- och marknadsdomstolen har angett ska konkurrenslagens bestämmelser i den lydelse de hade före den 1 mars 2021 tillämpas i målet. Hänvisningar till konkurrenslagen avser således lagen i den dåvarande lydelsen.

### **Överträdelse av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete**

#### *Rättsliga utgångspunkter*

Enligt 2 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen är sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna, om inte annat följer av denna lag (se undantagen i 2 kap. 2–5 §§, som inte är aktuella i detta mål). Enligt andra stycket 1 gäller förbudet

särskilt sådana avtal som innebär att inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs. Med detta avses bl.a. informationsutbyte om priser mellan konkurrenter (se t.ex. Carlsson och Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, JUNO version 2G, 2022-07-09, kommentaren till 2 kap. 1 § avsnitt 5.2.5).

Enligt 1 kap. 6 § 2 konkurrenslagen ska det som sägs om avtal i bl.a. 2 kap. 1 § tillämpas även på samordnade förfaranden av företag. Ett samordnat förfarande innebär att två eller flera företag utan direkt avtal eller beslut tillämpar ett visst förfarande i samförstånd och därvid byter ut de risker som konkurrensen innebär mot ett praktiskt samarbete (se t.ex. EU-domstolens dom den 26 januari 2017, Duravit m.fl. mot kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, punkten 70).

I artikel 101.1 i EUF-fördraget finns ett motsvarande förbud mot konkurrensbegränsande samarbete. Enligt den artikeln förbjuds alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden. Även i detta fall gäller förbudet särskilt sådana samarbeten som innebär att inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs.

För att artikel 101 i EUF-fördraget ska vara tillämplig krävs att det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt. Detta kriterium innebär att ett samarbete eller förfarande märkbart kan påverka handeln mellan EU:s medlemsstater. EU-domstolen har beträffande detta uttalat att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av en rad objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, måste kunna förutses att förfarandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inverkar på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan förmodas komma att hindra förverkligandet av en inre marknad mellan medlemsstaterna. Denna inverkan får dessutom inte vara obetydlig. Bedömningen av huruvida handeln mellan medlemsstaterna märkbart påverkats ska ske utifrån en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet. Det kan således inte uteslutas att en enskild omständighet redan i sig är tillräcklig för att visa att handeln mellan medlemsstaterna märkbart påverkats i den mening som avses i

artikel 101 EUF-fördraget. (Se bl.a. EU-domstolens dom den 11 juli 2013, Ziegler mot kommissionen, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punkterna 92–95.)

Kommissionen har i ett tillkännagivande redovisat vissa principer beträffande tolkningen av samhandelskriteriet (se 2004/C 101/07).

Om en överträdelse av förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller i artikel 101.1 i EUF-fördraget har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet av företaget eller någon som handlar på dess vägnar, får domstolen enligt 3 kap. 5 § konkurrenslagen på talan av Konkurrensverket besluta att företaget ska betala konkurrensskadeavgift.

För att kravet på uppsåt ska anses föreligga i konkurrensrättslig mening har det ansetts tillräckligt att företaget – eller någon som handlar på dess vägnar – inte kan ha varit omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen (se bl.a. MD 2000:2 och MD 2009:11, EU-domstolens dom den 11 juli 1989, Belasco m.fl. mot kommissionen, C-246/86, EU:C:1989:301, punkt 41, samt Carlsson och Bergman, Konkurrenslagen – En kommentar, JUNO version 2G, 2022-07-09, kommentaren till 3 kap. 5 § avsnitt 4).

#### *Bedömningen i detta fall*

Patent- och marknadsöverdomstolen prövar först om Arla har överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 i EUF-fördraget.

Genom utredningen i målet är det klarlagt att en företrädare för Arla den 8–12 december 2016 per e-post utbytte prisinformation och annan liknande strategisk information med Centrala Partihallen AB och att Arla inte heller tog avstånd från sådan information som bolaget fick del av genom utbytet (för en närmare redogörelse, se Patent- och marknadsdomstolens dom s. 4 och 5). Genom informationsutbytet har Arla – innan tiden för att lämna anbud i upphandlingen hade löpt ut – bl.a. informerat Centrala Partihallen AB om företagets sammantagna anbudspris i upphandlingen och fått

information från Centrala Partihallen AB om dess anbudspris för samtliga offererade produkter.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det uppenbart att det samordnade förfarandet i detta fall, dvs. att med en konkurrent i upphandlingen dela anbudspriser och annan liknande strategisk information, har haft till syfte att begränsa konkurrensen på marknaden och detta på ett märkbart sätt (jfr 2 kap. 1 § andra stycket 1 konkurrenslagen). Arla har således överträtt konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbete. Vidare ansluter sig Patent- och marknadsöverdomstolen till Patent- och marknadsdomstolens bedömning att förfarandet har kunnat påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt och att Arla därför även överträtt förbudet i artikel 101.1 i EUF-fördraget.

För att konkurrensskadeavgift ska utgå krävs att överträdelsen begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. I denna fråga bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att den företrädare för Arla som var delaktig i överträdelsen måste ha varit medveten om att informationsutbytet av bl.a. anbudspriser begränsade konkurrensen. Överträdelsen har därför, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, begåtts uppsåtligen.

Mot bakgrund av det anförda ska Arla som utgångspunkt förpliktas att betala konkurrensskadeavgift på grund av företagets överträdelse mot förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i konkurrenslagen och EUF-fördraget. Nästa fråga att bedöma är om konkurrensskadeavgiften, i enlighet med vad Arla gjort gällande, ska efterges.

### **Eftergift av konkurrensskadeavgiften**

#### *Rättsliga utgångspunkter*

Regler om eftergift infördes i svensk rätt år 2002. Den grundläggande tanken med eftergiftsmöjligheten är att en deltagare i en kartell ska lockas att avslöja denna genom

att avslöjandet för med sig den fördelen att deltagaren slipper den sanktion som deltagandet i kartellen annars skulle ha medfört (se prop. 2001/02:167 s. 38).

Enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen får konkurrensskadeavgift efterges för ett företag som har överträtt förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller i artikel 101.1 i EUF-fördraget, om företaget är det första att anmäla överträdelsen till Konkurrensverket och anmälan innehåller sådana uppgifter att verket först genom dessa har tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen. Det förhållandet att Konkurrensverket har inlett en utredning om ett misstänkt samarbete hindrar inte att ett företag tar kontakt med myndigheten och beviljas eftergift. Avgörande är i stället att Konkurrensverket vid företagets anmälan inte hade tillräckligt med underlag för att ingripa. Med ingripa avses bl.a. att ansöka om platsundersökning enligt 5 kap. 3 § konkurrenslagen. (Se prop. 2001/02:167 s. 39 f. och 102.)

Av 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen framgår att när Konkurrensverket redan har tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen, får konkurrensskadeavgift efterges för ett företag som överträtt nämnda förbud om företaget är först med att lämna sådana uppgifter som leder till att det kan klarläggas att överträdelsen förekommit, eller företaget på annat sätt i högst väsentlig mån har underlättat utredningen av överträdelsen. Eftergift enligt detta stycke kan komma i fråga när ett företag träder fram och självant kommer med den helt avgörande bevisningen för sin egen och andras medverkan i kartellen. Eftergift kan dock beviljas även i andra situationer, som på grund av speciella omständigheter bör tillmätas likvärdig dignitet. (Se prop. 2001/02:167 s. 100 samt prop. 2007/08:135 s. 135 och 258; se även prop. 2020/21:51 s. 134 f. om de ändringar som nyligen gjorts i detta stycke, vilka bl.a. medfört att eftergift inte längre beviljas i den situationen att företaget på annat sätt i högst väsentlig mån har underlättat utredningen av överträdelsen.)

Som framgår gäller ett lägre krav på innehållet i den lämnade informationen för att ett företag ska kunna beviljas eftergift i den situationen att Konkurrensverket inte har tillräckligt med underlag för att ingripa. Anledningen till detta lägre krav är att skapa

ett särskilt incitament för företag som deltar i en överträdelse att avslöja det otillåtna samarbetet (se prop. 2007/08:135 s. 135).

Bestämmelserna i 3 kap. 12 § konkurrenslagen om eftergift är fakultativa och konkurrensskadeavgift får efterges, när förutsättningarna föreligger. Det finns alltså inte någon rätt för ett företag att beviljas eftergift (se prop. 2001/02:167 s. 101).

I detta sammanhang finns det även anledning att beröra förutsättningarna för nedsättning av konkurrensskadeavgiften. Enligt 3 kap. 13 § konkurrenslagen får konkurrensskadeavgiften fastställas till ett lägre belopp än vad som bort ske för ett företag som har överträtt förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller i artikel 101.1 i EUF-fördraget, om företaget till Konkurrensverket lämnar uppgifter som i väsentlig mån underlättar utredningen av överträdelsen. Vid bedömning av nedsättningens storlek ska det beaktas om något annat företag redan lämnat sådana uppgifter som i väsentlig mån underlättat utredningen.

Nedsättning får således beviljas om företaget lämnar uppgifter som i väsentlig mån underlättar utredningen av överträdelsen (jfr kravet för eftergift, i *högst* väsentlig mån). Endast de omständigheterna att företrädare för ett företag villigt svarar på frågor och inställer sig på utsatt tid eller på liknande sätt medverkar i utredningen torde inte anses utgöra sådana omständigheter som kvalificerar företaget för nedsättning. Det torde i stället i princip vara fråga om att företaget självmant fört fram viktig information och dylikt som Konkurrensverket inte redan förfogar över eller lätt kan få fram. (Se prop. 2001/02:167 s. 99.)

Det svenska eftergiftssystemet har byggts upp bl.a. utifrån kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (senaste lydelse 2006/C 298/11) och European Competition Networks (ECN) modellprogram för eftergift – ECN Model Leniency Programme (se t.ex. prop. 2001/02:167 s. 35 och prop. 2007/08:135 s. 118 och 135 f.). Det kan noteras att det enligt både tillkännagivandet och modellprogrammet anges på olika sätt att ett företag ska träda fram och lämna uppgifter frivilligt för att komma i fråga för eftergift eller nedsättning (se t.ex.



punkterna 6 och 31 i tillkännagivandet samt fotnot 1 i ECN:s modellprogram från november 2012).

Av betydelse i detta sammanhang är också att svenska domstolar och andra myndigheter är skyldiga att säkerställa en effektiv tillämpning av artikel 101 i EUF-fördraget (se EU-domstolens dom den 7 december 2010, VEBIC, C-439/08, EU:C:2010:739, punkten 56 samt artikel 35.1 i Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget).

EU-domstolen har i en fråga om nedsättning uttalat att sådan enbart är motiverad när ett företag tillhandahåller kommissionen upplysningar utan att dessa har begärts. En annan tolkning skulle försvaga såväl samarbetssystemets syfte som dess stimulansverkan, eftersom den dels skulle innebära att samtliga deltagare i en konkurrensbegränsande samverkan skulle ges nedsättning av böterna så fort de på kommissionens begäran lämnar upplysningar eller bevis, dels skulle uppmuntra företagen att förhålla sig avvaktande i stället för att på eget initiativ så snabbt och i så stor utsträckning som möjligt tillhandahålla kommissionen upplysningar och bevis. (EU-domstolens dom den 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce mot kommissionen och kommissionen mot Fresh Del Monte Produce, förenade målen C-293/13 P och C-294/13 P, EU:C:2015:416, punkterna 184 och 185.)

Vidare har EU-domstolen uttalat att eftergift, i syfte att inte åsidosätta kravet på en effektiv och enhetlig tillämpning av artikel 101 EUF-fördraget, enbart kan godtas i strikta undantagsfall, som till exempel när ett företag på ett avgörande sätt har bidragit till att kartellen har upptäckts och effektivt bekämpats. (EU-domstolens dom den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkterna 44–50.)

Slutligen kan det noteras att det svenska regelverket om eftergift fr.o.m. den 1 mars 2021 är anpassat för att genomföra bestämmelserna om eftergiftsprogram i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre

marknad (se prop. 2020/21:51). Med eftergiftsprogram avses i direktivet ett program för tillämpningen av artikel 101 i EUF-fördraget eller motsvarande bestämmelse i nationell rätt på grundval av vilket en deltagare i en hemlig kartell, oberoende av övriga företag som är inblandade i kartellen, samarbetar med konkurrensmyndigheten i dennas utredning genom att frivilligt ge information med avseende på den deltagarens vetskap om, och roll i, kartellen, och i utbyte, genom ett beslut eller nedläggning av förfarandet, beviljas befrielse från eller nedsättning av sanktionsavgifter för dennes inblandning i kartellen (se artikel 2.1 led 16 i direktivet).

### *Bedömningen i detta fall*

Frågan är således om konkurrensskadeavgiften ska efterges. Patent- och marknadsöverdomstolen prövar först betydelsen av att Konkurrensverket hade ålagt Arla att ge in vissa uppgifter och handlingar, innan Arla gav in sin eftergiftsansökan.

Vad inledningsvis gäller innebörden av det beslutade uppgiftsåläggandet – som Arla tog del av mer än två månader före den skriftliga eftergiftsansökan – gör Patent- och marknadsöverdomstolen ingen annan bedömning än Patent- och marknadsdomstolen (se s. 29 i domen). Det är alltså uppenbart att åläggandet innefattade den nu aktuella upphandlingen och att Arla särskilt ålades att redovisa de kontakter som hade förevarit mellan Arla och Centrala Partihallen AB rörande den upphandlingen. Med andra ord, åläggandet avsåg just den information och de handlingar som Arla lämnade till Konkurrensverket i sin eftergiftsansökan.

Som framgår under avsnittet Rättsliga utgångspunkter är eftergiftssystemets grundtanke att en deltagare i ett otillåtet samarbete ska lockas att avslöja detta genom att deltagaren slipper betala konkurrensskadeavgift. Detta incitament att avslöja det otillåtna samarbetet skulle försvagas avsevärt om en deltagare skulle kunna få eftergift enbart genom att följa Konkurrensverkets åläggande att komma in med upplysningar eller på annat sätt besvara verkets frågor.

Av förarbetena framgår också uttryckligen att eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen är tänkt att typiskt sett komma i fråga när ett företag träder fram och självmant kommer med den helt avgörande bevisningen för sin egen och andras medverkan i kartellen. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen kan kravet på företaget att agera på eget initiativ inte ställas lägre för att beviljas eftergift enligt paragrafens första stycke. Detta gäller inte minst då eftergift enligt första stycket i än högre grad syftar till att deltagare just ska anmäla och avslöja otillåtna samarbeten. Det ställs därför lägre krav på den information som lämnas av företaget. Som har redogjorts för ovan har lagstiftaren dessutom uttalat att nedsättning av konkurrensskadeavgiften inte torde komma i fråga om företaget endast svarar på frågor från Konkurrensverket, utan för nedsättning krävs i stället i princip att företaget självmant lämnat uppgifterna. Även detta talar, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, för att eftergift endast ska kunna komma i fråga i situationer då företaget lämnar uppgifterna på eget initiativ.

Till detta kommer att de svenska reglerna om eftergift är utformade med kommissionens tillkännagivande och ECN:s modellprogram som förebilder. De svenska reglerna måste därför, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, tolkas och tillämpas i ljuset av dessa andra regelverk. Som framgått ovan ger de europeiska regelverken uttryck för att eftergiftssystemet bygger på frivillighet från företagets sida.

Även för att säkerställa en effektiv tillämpning av artikel 101 i EUF-fördraget måste det, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, krävas att uppgifterna lämnas på eget initiativ av företaget för att kunna beviljas eftergift. Som redovisats har EU-domstolen uttalat att nedsättning enbart är motiverad när ett företag tillhandahåller kommissionen upplysningar utan att dessa har begärts. Av detta följer i sin tur att eftergift måste vara utesluten, om den aktuella informationen särskilt har efterfrågats.

Sammantaget är det därför Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning att eftergift enligt både 3 kap. 12 § första och andra styckena konkurrenslagen inte kan komma i fråga i en situation när de uppgifter som lämnas av företaget utgörs av sådana som Konkurrensverket redan särskilt har efterfrågat. I stället måste det krävas att uppgifterna har lämnats av företaget på eget initiativ. Denna grundförutsättning för att

kunna beviljas eftergift påverkas inte av det förhållandet att företaget, som i nu aktuellt fall, kan ha fått besked om att det i allmänhet fanns förutsättningar för en ansökan om eftergift.

På grund av det anförda – och eftersom Konkurrensverkets åläggande har avsett just den information och de handlingar som Arla nu menar att bolaget ska beviljas eftergift för att ha lämnat – finner Patent- och marknadsöverdomstolen att det inte finns förutsättningar för att efterge konkurrensskadeavgiften i detta fall.

Frågan är härfter vilken konkurrensskadeavgift som Arla ska förpliktas att betala.

### **Konkurrensskadeavgiftens storlek**

#### *Rättsliga utgångspunkter*

Hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas regleras i 3 kap. 6–11 §§ konkurrenslagen. Den metod som anges i dessa paragrafer för att bestämma avgiften syftar till att underlätta för parterna och domstolarna att identifiera överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt och som förtjänar avhållande och avskräckande avgifter (se prop. 2007/08:135 s. 254 f.).

Utgångspunkten vid bestämmandet av konkurrensskadeavgiftens storlek är att avgiften ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna. Konkurrenslagens regler om fastställande av konkurrensskadeavgift gör det därför möjligt att döma ut avhållande och avskräckande avgifter för överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt. (Se prop. 2007/08:135 s. 119 f.)

De svenska bestämmelserna om hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas är anpassade till EU-rätten. I förarbetena anges också att kommissionens riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (2006/C 210/02) och den praxis de ger upphov till kan tjäna som vägledning (se prop. 2007/08:135 s. 118 f. och s. 126). (Se även Konkurrensverkets ställningstagande

2021:1 Metod för fastställande av konkurrensskadeavgiftens storlek, i vilket Konkurrensverket redogör för hur myndigheten numera tolkar och tillämpar reglerna om konkurrensskadeavgift när myndigheten beslutar om sådan avgift.)

Av 3 kap. 8 § konkurrenslagen framgår att konkurrensskadeavgiften ska bestämmas efter överträdelsens sanktionsvärde. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska det beaktas hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Vid bedömningen av överträdelsens allvar ska särskilt beaktas överträdelsens art, marknadens omfattning och betydelse, och överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på konkurrensen på marknaden.

Med uttrycket sanktionsvärde är avsett att skapa en beloppsmässig utgångspunkt för bedömningen av försvårande respektive förmildrande omständigheter som rör företagets överträdelse och omständigheter som inte är hänförliga till själva överträdelsen. Motsvarande benämning i kommissionens riktlinjer är grundbelopp. Sanktionsvärdet tar sin utgångspunkt i överträdelsens allvar, varvid beräkningen – på samma sätt som enligt kommissionens riktlinjer – normalt utgår från företagets försäljningsvärde på den marknad som överträdelsen avser. (Se prop. 2007/08:135 s. 123 f. och 254; se även kommissionens riktlinjer punkterna 12–26.)

EU-domstolen har härvid uttalat bl.a. att kommissionens riktlinjer om fastställande av försäljningsvärde syftar till att som utgångspunkt fastställa ett belopp som återspeglar överträdelsens ekonomiska betydelse och företagets relativa tyngd i överträdelsen. Begreppet försäljningsvärde inbegriper försäljning på den marknad som berörs av överträdelsen. Även om begreppet försäljningsvärde visserligen inte går så långt att det inbegriper sådan försäljning i det aktuella företaget som inte direkt eller indirekt omfattas av den påstådda kartellens tillämpningsområde, skulle det strida mot det syfte som eftersträvas av bestämmelserna att tolka detta begrepp så att det enbart avser omsättning som hänför sig till sådan försäljning för vilken det är fastställt att den verkligen påverkades av överträdelsen. Den del av den totala omsättningen som härrör från försäljning av produkter som omfattas av överträdelsen utgör den uppgift som bäst återspeglar den ekonomiska betydelsen av denna överträdelse. (Se bl.a. EU-domstolens

domar den 12 november 2014, Guardian Industries och Guardian Europe mot kommissionen, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punkterna 57–59, den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punkterna 147–149, och den 9 juli 2015, InnoLux mot kommissionen, C-231/14 P, EU:C:2015:451, punkterna 50 och 51; se även Van Bael och Bellis, Competition Law of the European Union, 6 uppl., 2021, s. 1144 f.)

Av kommissionens riktlinjer framgår att försäljningsvärdet ska fastställas utifrån de bästa uppgifter som finns tillgängliga för företaget. Om ett företags uppgifter är ofullständiga eller otillförlitliga, får företagets försäljningsvärde fastställas på grundval av de ofullständiga uppgifterna eller av alla andra relevanta uppgifter. (Se punkterna 15 och 16 i kommissionens riktlinjer.)

Vidare anges i kommissionens riktlinjer att det är möjligt att avvika från beräkningsmetoden, om omständigheterna i det enskilda fallet kräver det eller om det krävs för att uppnå en tillräcklig avskräckande effekt (se punkten 37 i riktlinjerna). Till exempel kan det vara nödvändigt att fastställa avgiften på ett annat sätt, om företaget inte har haft någon relevant försäljning som ett resultat av överträdelsen (se t.ex. Van Bael och Bellis, a.a. s. 1176 f. med hänvisningar). På liknande sätt anges i de svenska förarbetena att sanktionsvärdet får bestämmas efter en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, i den situationen att företaget inte har någon omsättning på den relevanta marknaden (se prop. 2007/08:135 s. 125).

Enligt 3 kap. 9 och 10 §§ konkurrenslagen ska, vid bedömningen av konkurrens-skadeavgiftens storlek och efter det att överträdelsens sanktionsvärde bestämts, hänsyn tas även till försvårande och förmildrande omständigheter som hänför sig till företagets agerande vid den konkreta överträdelsen. Som försvårande omständigheter ska det särskilt beaktas om företaget har förmått annat företag att medverka i överträdelsen eller om företaget har haft en ledande roll i överträdelsen. Som förmildrande omständighet ska det särskilt beaktas om företagets medverkan i överträdelsen har varit begränsad. Vidare anges i 3 kap. 11 § samma lag vissa förhållanden som ska beaktas särskilt förutom omständigheter hänförliga till själva överträdelsen, t.ex. om

företaget tidigare överträtt förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101.1 i EUF-fördraget eller företagets ekonomiska situation. Vad gäller det senare kan det vara fråga om att höja avgiften för ett ekonomiskt starkt företag i syfte att avgiften ska få en avhållande och avskräckande effekt. (Jfr punkterna 27–35 i kommissionens riktlinjer.)

Som har redogjorts för i avsnittet ovan om eftergift får, enligt 3 kap. 13 § konkurrenslagen, konkurrensskadeavgiften fastställas till ett lägre belopp än vad som bort ske för ett företag som har överträtt förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller i artikel 101.1 i EUF-fördraget, om företaget till Konkurrensverket lämnar uppgifter som i väsentlig mån underlättar utredningen av överträdelsen (nedsättning).

I punkten 52 i Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift (KKVFS 2015:1; se även motsvarande innehåll i punkten 17 i KKVFS 2021:1) anges att det första företaget som uppfyller förutsättningarna för nedsättning får konkurrensskadeavgiften nedsatt med 30–50 procent i förhållande till vad Konkurrensverket annars skulle ha beslutat. Konkurrensverkets allmänna råd överensstämmer i detta avseende med punkten 26 i kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, i vilken punkt det anges bl.a. att det första företaget som lämnar bevis med betydande mervärde beviljas en nedsättning med 30–50 procent.

#### *Bedömningen i detta fall*

Patent- och marknadsöverdomstolen har således att bestämma storleken på den konkurrensskadeavgift som Arla ska förpliktas att betala. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen bör, i enlighet med vad som anges i förarbetena, de svenska reglerna om konkurrensskadeavgiftens storlek tillämpas och tolkas i ljuset av kommissionens riktlinjer för beräkning av böter och EU-domstolens praxis.

Konkurrensskadeavgiften ska i regel bestämmas efter överträdelsens sanktionsvärde. I detta fall har sanktionsvärdet för den konkurrensskadeavgift som Konkurrensverket

yrkat – och Patent- och marknadsdomstolen dömt ut – utgått från den aktuella upphandlingens totala kontraktsvärde. Sanktionsavgiften och därmed även konkurrens-skadeavgiften har alltså räknats fram på ett annat sätt än enligt den metod som anges i kommissionens riktlinjer. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen är det inte givet att det totala kontraktsvärdet för den enskilda upphandlingen i tillräcklig utsträckning återspeglar den ekonomiska betydelsen för företaget av överträdelsen.

Alldeles oavsett detta framstår det som tydligt för Patent- och marknadsöverdomstolen att den konkurrensskadeavgift som Konkurrensverket har kommit fram till efter ned-sättning inte framstår som för hög. Vid bedömningen av överträdelsens allvar finns det nämligen, som Konkurrensverket anfört, anledning att se allvarligt på överträdelsens art. Överträdelsen har utgjort en s.k. syftesöverträdelse genom att Arla med en konkurrent i upphandlingen utbytt bl.a. anbudspriser. Själva överträdelsen i sig får också typiskt sett anses kunna ha stor påverkan på den berörda marknaden. Det finns därför inte, enligt Patent- och marknadsöverdomstolen, anledning att se mindre allvarligt på överträdelsen på grund av dess i detta fall begränsade faktiska verkan. Därutöver konstaterar Patent- och marknadsöverdomstolen att Arlas starka ekonomiska situation inte har beaktats särskilt av Konkurrensverket vid bestämmandet av konkurrensskadeavgiften (jfr 3 kap. 11 § första stycket 3 konkurrenslagen och punkten 30 i kommissionens riktlinjer).

Redan med hänsyn till det anförda – och då domstolen i detta fall inte har möjlighet att skärpa konkurrensskadeavgiften – ska det som Patent- och marknadsdomstolen bestämt om avgiftens storlek inte ändras.

### **Rättegångskostnad**

Utgången innebär att Arla tappat målet även i Patent- och marknadsöverdomstolen. Det saknas därför anledning att pröva Arlas yrkande om ersättning för rättegångskostnad (se 8 kap. 15 § konkurrenslagen och 31 kap. 2 § rättegångsbalken).



### **Sammanfattning**

Patent- och marknadsöverdomstolen har funnit att Arla uppsåtligen överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101.1 i EUF-fördraget och att Arla därför som utgångspunkt ska betala konkurrensskadeavgift.

Vidare har Patent- och marknadsöverdomstolen bedömt att det inte finns förutsättningar för att efterge konkurrensskadeavgiften. Patent- och marknadsöverdomstolen har i denna fråga kommit fram till att eftergift inte kan komma i fråga i en situation när de uppgifter som lämnas av företaget utgörs av sådana som Konkurrensverket redan särskilt har efterfrågat.

Slutligen har Patent- och marknadsöverdomstolen bedömt att det som Patent- och marknadsdomstolen bestämt om konkurrensskadeavgiftens storlek inte ska ändras.

Sammantaget innebär detta att Patent- och marknadsdomstolens domslut ska fastställas.

### **Överklagande**

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen, 2016:188, om patent- och marknadsdomstolar). Denna dom får därför inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Annika Malm, Magnus Ulriksson, Göran Söderström och Mattias Pleiner, referent.



STOCKHOLMS TINGSRÄTT  
Patent- och marknadsdomstolen

**DOM**  
2021-10-08  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
PMT 20357-20

## PARTER

### Kärande

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

### Svarande

Arla Foods AB, 556579-4400  
Box 4083  
169 04 Solna

Ombud: Advokat A.M.

---

## DOMSLUT

Patent- och marknadsdomstolen förpliktigar Arla Foods AB att betala 1 130 000 kronor i konkurrensskadeavgift.







































Konkurrensverket saknade tillräckligt underlag före tidpunkten för Arlas  
eftergiftsansökan för att ingripa mot överträdelsen

Det är ostridigt i målet att Arla var det första företag som anmälde överträdelsen till Konkurrensverket och att anmälan innehöll uppgifter som i sig möjliggjorde för Konkurrensverket att ingripa mot överträdelsen. Vidare saknade Konkurrensverket tillräckliga uppgifter före den 28 juni 2018 för att ingripa mot överträdelsen, eller att väcka talan om konkurrensskadeavgift. Att Konkurrensverket saknade tillräckliga uppgifter för ett ingripande före Arlas ansökan om eftergift framgår av det faktum att Konkurrensverket under en anonym kontakt bekräftade för Arlas ombud att det fanns förutsättningar för en ansökan om eftergift för en överträdelse på marknaden för upphandlingar av mat och dryck. Arlas ansökan om eftergift föregicks av en anonym kontakt via Arlas ombud med den ansvariga handläggaren på Konkurrensverket per telefon den 28 juni 2018. Under den anonyma kontakten frågade Arlas ombud om det förelåg förutsättningar för en eftergiftsansökan enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen avseende en överträdelse som hänförde sig till marknaden för ”upphandlingar av mat och dryck”. Handläggaren på Konkurrensverket kunde omedelbart över telefon och utan ytterligare preciseringar bekräfta att det förelåg förutsättningar för en sådan anmälan. Detta innebär att Konkurrensverket vid tidpunkten för den anonyma kontakten saknade tillräckligt underlag för att ingripa mot en potentiell överträdelse på marknaden för ”upphandlingar av mat och dryck”, vilket inkluderar Upphandlingen som onekligen omfattas av marknaden för ”upphandlingar av mat och dryck”.

Att Konkurrensverket saknade tillräckliga uppgifter för ett ingripande bekräftas vidare även av det faktum att verket, trots att beskrivningen omfattade Upphandlingen, beviljade en ”kölapp” enligt 3 kap. 14 a § konkurrenslagen som avsåg mejeriprodukter och företagen Arla Foods och Centrala Partihallen. Om Konkurrensverket vid den tidpunkten hade tillräckliga uppgifter för ett ingripande mot en överträdelse inom

ramen för Upphandlingen borde en ”kölapp” inte lämnats eftersom det, bildligt talat, inte fanns något att köa till.

Vid den anonyma kontakten angav Arla att företaget fortfarande utredde omfattningen av överträdelsen (innefattande delaktiga företag och period m.m.). Något löfte eller förespeglning om att eftergiftsansökan skulle omfatta flera upphandlingar, eller en längre period, gavs inte eftersom Arla helt enkelt saknade sådana uppgifter vid den tidpunkten. Konkurrensverket hade inga invändningar mot att Arla inte kunde ange den exakta omfattningen av överträdelsen.

Vidare visar en genomgång av samtliga uppgifter i Konkurrensverkets akt att verket före Arlas ansökan om eftergift saknade tillräckliga uppgifter för att ingripa mot överträdelsen. Av Konkurrensverkets aktbilageförteckning i ärende med diarienummer 6/2017 framgår att Konkurrensverket före den 28 juni 2018 hade de uppgifter som finns upptagna i aktbil. 1–23 samt 34. Inga av dessa aktbilagor innehåller uppgifter som har gett Konkurrensverket tillräckligt underlag för ett ingripande mot överträdelsen.

Det tips som Konkurrensverket fick från den upphandlande myndigheten bestod i tre omständigheter som grund för misstankar om överträdelse i samband med Upphandlingen. De omständigheter som den upphandlande myndigheten framförde var att (i) de offererade priserna var betydligt högre än i nuläget, (ii) Centrala Partihallen konsekvent hade lämnat högre priser på produkterna i varukorgen än Arla samt (iii) Arla inte offererat vissa produkter i varukorgen, trots att kommunen vet att Arla saluför dessa produkter. För dessa produkter hade Centrala Partihallen offererat en annan tillverkare än Arla. Misstanken bestod i att avsikten med upplägget var att Arla skulle få ett straffpåslag i syfte att Centrala Partihallen skulle vinna upphandlingen. Omständighet (i) hade enligt den granskning som den upphandlande myndigheten låtit göra visat sig vara felaktig, något som myndigheten hade meddelat Konkurrensverket. Omständighet (ii) är inget ovanligt eftersom grossister har effektiva distributionssystem och kan samköra mejeriprodukter med andra produkter.

Omständighet (iii) är inte bara felaktig i sak, utan Konkurrensverket underlät att via en enkel uppföljningsfråga fastslå att uppgiften var felaktig. Inga av dessa uppgifter utgjorde därför tillräckligt underlag för att Konkurrensverket kunde ingripa mot överträdelsen före den 28 juni 2018.

Utöver de handlingar och uppgifter som angivits ovan har Konkurrensverket hänvisat till ett flertal uppgifter som Konkurrensverket har påstått att verket hade tillgång till före Arlas eftergiftsansökan men som har förts till akten långt efter Arlas ansökan. Konkurrensverket har bevisbördan för att uppgifterna fanns tillgängliga vid den tidpunkt som verket gör gällande. Detta avser aktbil. 13 (d.v.s. Konkurrensverkets bevis 44–45). Konkurrensverkets bevis 45 har enligt Konkurrensverkets aktbilageförteckning i ärende med diarienummer 6/2017 inkommit eller upprättats den 1 eller 2 december 2020, d.v.s. ca två och ett halvt år efter Arlas ansökan om eftergift. Konkurrensverkets bevis 44 utgör ett utdrag ur ett utkast till en internpromemoria. Även om utkastet i och för sig är daterat februari 2018 är det oklart om dateringen avser när utdraget författades eller när utkastet påbörjades. I vart fall kan det konstateras att dokumentet i fråga aldrig färdigställdes. Vidare förefaller handlingen i vart fall delvis ha upprättats den 1 eller 2 december 2020 eftersom handlingen delvis är samma handling som återfinns i Konkurrensverkets ärende med diarienummer 6/2017 aktbilaga 133. Sammantaget innebär detta att Konkurrensverkets bevis 44–45 tillkom i början av december 2020 och därmed inte innehåller uppgifter som Konkurrensverket hade tillgång till före Arlas eftergiftsansökan. Även om uppgifterna i Konkurrensverkets bevis 44–45 hade varit tillgängliga för Konkurrensverket före Arlas ansökan om eftergift hade uppgifterna inte varit tillräckliga för att ingripa mot överträdelsen. Detta eftersom uppgifterna i utkastet till promemorian var direkt felaktiga och, enligt Konkurrensverkets egen uppfattning, utgjorde ”anekdotiska exempel” från vilka ”inga större slutsatser bör dras”.

Arla har lämnat uppgifter självmant

Arla bestrider att 3 kap. 12 § konkurrenslagen innehåller ett implicit men nödvändigt rekvisit om ”självmant” på det sätt som Konkurrensverket gör gällande. Att ett sådant rekvisit saknas bekräftas av det faktum att Konkurrensverket i andra sammanhang uppmanar företag att ansöka om eftergift under pågående gryningsrader, detta trots att det då är omöjligt att lämna uppgifter ”självmant” på det sätt som Konkurrensverket gör gällande i detta mål.

De uppgifter som Arla lämnat inom ramen för eftergiftsansökan har under alla omständigheter lämnats frivilligt och självmant. Arla bestrider att uppgifterna i Arlas eftergiftsansökan inkommit med anledning av Konkurrensverkets åläggande och att Arla därmed inte skulle anses ha inkommit med uppgifterna självmant.

Konkurrensverkets åläggande baserades inte på några misstankar om överträdelser i förhållande till Upphandlingen utan tog sikte på Upphandling 2. Åläggandet avsåg med andra ord en annan misstänkt överträdelse och en annan upphandling än den överträdelse och upphandling som uppgifterna i Arlas eftergiftsansökan avsåg. I Arlas svar på åläggandet angav Arla uttryckligen att svaren avsåg frågorna hänförliga till Upphandling 2. Konkurrensverket framförde inte några invändningar mot att Arla besvarade åläggandet enbart i förhållande till frågorna hänförliga till Upphandling 2 trots att Konkurrensverket krävde att åläggandet skulle besvaras samlat. Att Konkurrensverket insåg att uppgifterna avseende Upphandlingen inte var inlämnade som svar på Konkurrensverkets åläggande framgår även av det faktum att uppgifterna fördes till ett separat ärende hos Konkurrensverket avseende eftergiftsansökan. Detta visar att dessa uppgifter lämnades självmant och frivilligt och inte som del av svar på Konkurrensverkets åläggande.

*Arla ska medges eftergift från konkurrensskadeavgiften enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen*

Under alla omständigheter ska Arla medges eftergift från konkurrensskadeavgiften då Arla uppfyller kraven enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen, d.v.s. även om Konkurrensverket skulle anses ha haft tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen före den 28 juni 2018. Arla var först med att lämna uppgifter som ledde till att det kunde klarläggas att den ifrågavarande överträdelsen förekommit.

Bestämmelsen uppställer inte något rekvisit om att uppgifter ska lämnas självmant. Arla har dock helt oavsett lämnat uppgifterna frivilligt och självmant. De uppgifter som klarlägger överträdelsen i samband med Upphandlingen fanns inte tillgängliga hos Konkurrensverket före Arlas eftergiftsansökan. Utan Arlas ansökan hade Konkurrensverket inte fått del av uppgifterna. Uppgifterna fanns inte heller i Arlas svar på Konkurrensverkets åläggande utan lämnades inom ramen för Arlas ansökan om eftergift.

Arla har vidare i väsentlig mån underlättat Konkurrensverkets utredning av överträdelsen, se bestämmelsens punkt 2. Samtliga de uppgifter som ligger till grund för fastställandet av överträdelsen härrör från Arlas ansökan om eftergift. Detta gäller särskilt det informationsutbyte som utgör själva överträdelsen. Konkurrensverket kunde med andra ord enbart med hjälp av de uppgifter som Arla lämnade in den 10 juli 2018 lagföra överträdelsen. Konkurrensverket behövde inte vidta några ytterligare utredningsåtgärder för att kunna lagföra överträdelsen. Det faktum att Konkurrensverkets utredning avseende överträdelsen baserats i väsentlig mån på Arlas eftergiftsansökan framgår vidare tydligt av Konkurrensverkets utkast till stämningsansökan.



## **UTREDNINGEN**

Parterna har åberopat relativt omfattande skriftlig bevisning. Konkurrensverket har härutöver åberopat vittnesförhör med M.B., anställd på Konkurrensverket. Arla har å sin sida åberopat vittnesförhör med C.E., tidigare anställd på Arla samt med Arlas ombud i målet, advokat A.M..

## **DOMSKÄL**

### *Rättsliga utgångspunkter*

Enligt ikraftträdande- och övergångsbestämmelser för de ändringar i konkurrenslagen som trädde i kraft den 1 mars 2021 tillämpas äldre bestämmelser i mål där talan om konkurrensskadeavgift har väckts före ikraftträdandet (SFS 2021:81). Talan i detta mål väcktes i december 2020. Detta innebär konkurrenslagens bestämmelser tillämpas i den lydelse de hade före den 1 mars 2021. Samtliga referenser till lagrum som följer nedan avser konkurrenslagen under förutsättning att inget annat uttryckligen anges.

Enligt 2 kap. 1 § är avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna.

Enligt artikel 101 Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) är avtal mellan företag och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden förbjudna.

Av 3 kap. 5 § följer att domstol på talan av Konkurrensverket får besluta att ett företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt bestämmelserna i 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller artikel 101 FEUF ska betala konkurrensskadeavgift.

Enligt 3 kap. 12 § första stycket får konkurrensskadeavgiften emellertid efterges för ett företag som överträtt förbuden som beskrivs ovan om det är först med att anmäla händelsen till Konkurrensverket och anmälan innehåller sådana uppgifter att Konkurrensverket först genom dessa har tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen.

Enligt 3 kap. 12 § andra stycket får konkurrensskadeavgiften efterges även i en situation där Konkurrensverket redan har tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen om företaget är först med att lämna sådana uppgifter som leder till att det kan klarläggas att överträdelsen förekommit eller om företaget på annat sätt i högst väsentlig mån har underlättat utredningen av överträdelsen.

Enligt 3 kap. 14 a § får Konkurrensverket ge ett företag anstånd med att lämna sådana uppgifter som krävs för att konkurrensskadeavgift ska få efterges enligt 3 kap. 12 §.

*Samhandelskriteriet är uppfyllt och artikel 101 FEUF ska tillämpas*

Det är ostridigt i målet hur Arla och Centrala Partihallen har förfarit i upphandlingen samt att detta utgör en överträdelse av 2 kap. 1 §. Arla har däremot bestridit att förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och därför även att förfarandet skulle strida mot artikel 101 FEUF.

Av EU-rättslig praxis står det klart att handeln mellan medlemsstater kan påverkas även i sådana ärenden där den relevanta marknaden är nationell eller mindre samt att det avgörande är huruvida avtalet eller förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstater, inte huruvida de vid någon viss tidpunkt faktiskt gör det. (Se t.ex. EU-kommissionens riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, 2004/C 101/07, punkt 22 och 44.)

Domstolen konstaterar att den aktuella upphandlingen har riktat sig mot hela den inre marknaden då den har annonserats i Tenders Electronic Daily, webbversionen av EU:s

officiella tidning där offentliga upphandlingar i EU publiceras. Upphandlingen omfattade varor till bl.a. fem relativt folktäta svenska kommuner och hade ett betydande värde om cirka 15 miljoner kronor per år över fyra år. Vidare kan det konstateras att upphandlingen avsåg mejeriprodukter som är ett varusegment som inte framstår som ointressant för aktörer i andra medlemsstater. Mot denna bakgrund drar domstolen slutsatsen att Arla och Centrala Partihallens förfarande kunde ha påverkat handeln mellan medlemsstaterna och att även artikel 101 FEUF ska tillämpas i målet.

*Överträdelsen har skett med uppsåt*

C.E. som agerade för Arlas räkning i det informationsutbyte som skedde mellan Arla och Centrala Partihallen med anledning av upphandlingen måste ha förstått att parternas informationsutbyte kunde vara konkurrensbegränsande. I vart fall har han varit likgiltig för om så skulle ha blivit fallet. Arla får därför anses uppsåtligen ha överträtt bestämmelserna i 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF.

Arla ska mot bakgrund av vad som här konstateras utge konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 5 §. Frågan är emellertid om konkurrensskadeavgiften bör efterges med stöd av 3 kap. 12 §.

*3 kap. 12 § allmänna utgångspunkter*

Inledningsvis bör det understrykas att hela eftergiftsbestämmelsen i 3 kap. 12 § är fakultativ och att den alltså inte föreskriver att ett företag har rätt att slippa avgiften även om bestämmelsen inte utesluter en sådan möjlighet. Inom de gränser som bestämmelsen drar upp får dock eftergift ges om detta anses lämpligt (se prop. 2001/02:167 s 101). Den första frågan som domstolen har att ta ställning till är om de förutsättningar som föreskrivs i 3 kap. 12 § är för handen och om en eftergift överhuvudtaget är möjlig.

*3 kap. 12 § första stycket – Konkurrensverket hade tillräckligt underlag för att ingripa*

Som tidigare framgått får konkurrensskadeavgiften efterges enligt 3 kap. 12 § första stycket endast för ett företag som är först med att anmäla händelsen till Konkurrensverket och endast om anmälan innehåller sådana uppgifter att Konkurrensverket först genom dessa har tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen. Det är utrett att Arla i och för sig var först med att anmäla händelsen. Frågan är om Konkurrensverket redan innan Arlas eftergiftsansökan hade tillräckligt underlag för att ingripa.

Med ingripande avses bl.a. ansökningar enligt 5 kap. 3–5 §§ om s.k. platsundersökningar hos företag (jfr prop. 2001/02:167, s. 102). Av 5 kap. 3 § följer att Patent- och marknadsdomstolen, på ansökan av Konkurrensverket, får besluta att Konkurrensverket får genomföra en undersökning hos ett företag för att utreda om det överträtt t.ex. förbudet i 2 kap. 1 § och artikel 101 FEUF. Även om det krävs en viss grad av misstanke så är beviskravet för ett beslut om platsundersökning lågt och det räcker att det ska finnas anledning att anta att en överträdelse har skett.

Före Arlas eftergiftsansökan som gavs in den 28 juni 2018 baserades Konkurrensverkets kännedom om händelsen på information från ansvariga upphandlare på Norrtälje kommun. Uppgifterna från Norrtälje kommun var av innebörden att kommunen misstänkte att Arla och Centrala Partihallen hade samarbetat på ett oegentligt sätt under de båda upphandlingarna eftersom Centrala Partihallen hade offererat lägre priser än vad Arla hade gjort på Arlas egna produkter, att Arla inte offererade produkter som fanns i Arlas produktsortiment samt att den generella prisnivån i upphandlingen var högre än de priser som vid tidpunkten tillämpades inom upphandlingsområdet. Norrtälje kommun hade dessutom meddelat Konkurrensverket att företrädare för Centrala Partihallen uppgett att bolaget var medvetet om att det var den enda anbudsgivaren i den andra upphandlingen som genomfördes under våren 2017.

Till att börja med finner domstolen skäl att understryka att all den information som Konkurrensverket hade tillgång till före Arlas eftergiftsansökan givetvis ska beaktas. Det finns inget skäl att upprätta vattentäta skott mellan den första och den andra upphandlingen. Den andra upphandlingen var ett resultat av att den första upphandlingen avbröts och de båda upphandlingarna är med några smärre avvikelser närmast identiska. Indikationer som ges av ett visst agerande kring den andra upphandlingen kan alltså beaktas även vid utvärdering av eventuella misstankar kring den första upphandlingen.

Misstankarna vad gäller prisbild och icke-offererade produkter i den första upphandlingen får därför beaktas även mot bakgrund av att Arla inte gav något anbud i den andra upphandlingen samt uppgifterna om att Centrala Partihallen känt till att bolaget var den enda anbudsgivaren i den andra upphandlingen. Dessa uppgifter får enligt domstolens uppfattning sammantaget anses vara tillräckliga för att det ska finnas anledning att anta att en överträdelse hade skett under en eller båda de aktuella upphandlingarna och hade alltså varit tillräckliga för att Konkurrensverket skulle ha kunnat ingripa med en platsundersökning gentemot Arla.

Att det inte var helt utrett när i tiden som Centrala Partihallen angett att man visste att man var enda anbudsgivare, eller att det alltjämt kvarstod utredningsåtgärder för att ytterligare kunna belägga eller eventuellt vederlägga misstankarna om prisbild och icke-offererade produkter förändrar inte denna bedömning.

Konkurrensverket använde också denna information som verket alltså hade tillgänglig före Arlas eftergiftsansökan som grund för ett åläggande riktat mot Arla. Åläggandet är daterat den 20 april 2018 och Arla mottog det den 3 maj 2018.

Att M.B. som företrädare för Konkurrensverket vid en anonym kontakt den 28 juni 2018 förklarar att det fanns förutsättningar för eftergift för en hypotetisk överträdelse på marknaden för upphandling av mat och dryck och att Konkurrensverket därefter beviljat Arla anstånd (kölapp) med att inkomma med en

komplettering av sin eftergiftsansökan förändrar inte domstolens bedömning som kommit till uttryck ovan. Kölappssystemets primära syfte är att säkerställa bedömningen av vilket företag som är först att anmäla en viss överträdelse, inte att binda Konkurrensverket till huruvida förutsättningarna för eftergift är uppfyllda eller inte. Om Arla hade velat ha en sådan bindande förklaring hade Arla behövt använda sig av den möjlighet som följer av 3 kap. 15 §. Det går alltså inte utifrån Konkurrensverkets agerande i samband med eftergiftsansökan att dra slutsatsen att Konkurrensverket för egen del ansåg att verket inte hade tillräcklig information att ingripa mot Arla.

*Konkurrensverkets åläggande avser även den första upphandlingen*

I Konkurrensverkets åläggande gentemot Arla, daterat den 20 april 2018, anges att Konkurrensverket utreder en misstänkt överträdelse av 2 kap. 1 § konkurrenslagen och att det som utreds är ”om Arla Foods och Centrala Partihallen AB deltagit i konkurrensbegränsande samarbete i samband med Norrtälje kommuns upphandling av frukt, grönt, potatis och mejerivaror (KS 16-570). Upphandlingen i fråga annonserades första gången i oktober 2016 men avbröts avseende mejerivaror, varpå en förnyad upphandling av mejerivaror annonserades i mars 2017”.

Arla ålades att bl.a. komma in med kopior på all intern korrespondens och all korrespondens med externa bolag/personer som berör såväl Upphandlingen som Upphandling 2. Arla ålades särskilt att redovisa vilka kontakter som skett, och när dessa kontakter skett, mellan Arla och Centrala Partihallen rörande såväl Upphandlingen som Upphandling 2.

Det är alltså uppenbart att åläggandet avser upphandlingen i dess helhet, såväl det som här kommit att betecknas som Upphandlingen som Upphandling 2 samt att Konkurrensverket särskilt ålagt Arla att redovisa de kontakter som förevarit mellan Arla och Centrala Partihallen avseende Upphandlingen, dvs. de kontakter som utgör den i målet aktuella överträdelsen.

*3 kap. 12 § andra stycket 1 – uppgifterna som utgör svaret på åläggandet kan inte tillgodoräknas Arla*

Om ett företag är först med att lämna sådana uppgifter som gör att överträdelsen kan klarläggas får beslut om eftergift meddelas enligt 3 kap 12 § andra stycket trots att Konkurrensverket redan har tillräcklig information för att kunna ingripa.

Bestämmelsen har även i denna del ett tydligt kapplöpningmoment och det är bara ett av de inblandade företagen som kan åtnjuta eftergift med utnyttjande av bestämmelsen.

När det gäller den nu aktuella överträdelsen står det klart att Arla genom att redovisa de kontakter som förevarit mellan Arla och Centrala Partihallen med anledning av upphandlingen, i förhållande till andra företag, var först med att lämna sådan information att överträdelsen kunde klarläggas. Informationen lämnades dock efter det att Arla tagit del av Konkurrensverkets åläggande, vars utformning och innehåll redovisats ovan. Det får anses klarlagt att informationen som gavs in av Arla täcktes av och utgjorde svar på den uttryckliga begäran om information som följde av åläggandet. Frågan som uppstår är om Arla trots detta, i det avseende som följer av 3 kap. 12 § andra stycket 1, kan tillgodogöra sig att man lämnat informationen.

Arla var med anledning av åläggandet tvingat att ge in den aktuella informationen som alltså inte gavs in självmant eller frivilligt. Även om något frivillighetsrekvisit inte uttryckligen framgår av bestämmelsens ordalydelse så står det klart att det skulle strida mot lagstiftarens och eftergiftssystemets intentioner att bevilja eftergift under rådande omständigheter. I flera förarbetsuttalanden nämns att en förutsättning för eftergiftssystemet är att uppgifterna ges in självmant eller frivilligt. Exempelvis anges i förarbetena till de senaste ändringarna i konkurrenslagstiftningen att konkurrenslagen innehåller ett system med eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift för ett företag som självmant anger att det deltagit i en överträdelse, se prop. 2020/21:51 s. 40. Se även prop. 2013/14:135 s. 19–20, SOU 2013:16 s. 107 och Konkurrensverkets

allmänna råd om eftergift och nedsättning av konkurrensskadeavgift KKVFS 2015:1 punkt 22.

Sammantaget bedömer domstolen att det inte finns förutsättningar att bevilja Arla eftergift med stöd av 3 kap. 12 § andra stycket 1.

*3 kap. 12 § andra stycket 2 – Arla har inte i högst väsentlig mån underlättat utredningen*

Enligt 3 kap. 12 § andra stycket 2 finns en möjlighet att bevilja eftergift om ett företag på annat sätt än enligt första stycket eller andra stycket 1 i högst väsentlig mån har underlättat utredningen. Att det i så fall ska vara fråga om att i högst väsentlig mån underlätta utredningen innebär att möjligheten till eftergift på denna grund måste användas med återhållsamhet för att inte konkurrensskadeavgiftens preventionsverkan ska avtrubbas (se prop. 2001/02:167, s. 100).

Med hänsyn till vad som redogjorts för ovan under föregående rubrik saknas det förutsättningar att bevilja Arla eftergift på denna grund.

*Slutats*

Arla har uppsåtligen överträtt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § samt artikel 101 FEUF och ska därför utge konkurrensskadeavgift. Vid en samlad bedömning är den av Konkurrensverket yrkade avgiften skälig.

Med hänsyn till att Konkurrensverket hade tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen redan innan Arla ansökte om eftergift och då den avgörande informationen som Arla bistått Konkurrensverket med har getts in som svar på ett uttryckligt åläggande från Konkurrensverket finns inte de nödvändiga förutsättningarna som krävs för att konkurrensskadeavgiften ska kunna efterges.



*Övrigt*

Med denna utgång saknas skäl att pröva yrkandet om ersättning för rättegångskostnader.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se domsbilaga 1 (PMD 02)

Överklagande ställt till Patent- och marknadsdomstolen, ska ha inkommit till Patent- och marknadsdomstolen, senast den 29 oktober 2021. Prövningstillstånd krävs.

Alexander Ramsay (referent)

Ulrika Persson

Johan Corell



## Hur man överklagar

Dom i tvistemål, Patent- och marknadsdomstolen

PMD-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

### Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandet har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

### Så här gör du

1. Skriv Patent- och marknadsdomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövnings-tillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till Patent- och marknadsdomstolen. Du hittar adressen i domen.

### Vad händer sedan?

Patent- och marknadsdomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar domstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Patent- och marknadsöverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Patent- och marknadsöverdomstolen skicka brev på detta sätt.

## Prövningstillstånd i Patent- och marknadsöverdomstolen

När överklagandet kommer in till Patent- och marknadsöverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Patent- och marknadsöverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att Patent- och marknadsdomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om Patent- och marknadsdomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

### Vill du veta mer?

Ta kontakt med Patent- och marknadsdomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).