



PARTER

Kärande

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

Svarande

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

Ombud: Advokat [REDACTED]
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Skeppsbron 32
111 30 Stockholm

DOMSLUT

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

BAKGRUND

Norrtälje kommun, Danderyds kommun, Sollentuna kommun, Vallentuna kommun, Vaxholms stad, Österåkers kommun, TioHundra AB och AB Solom annonserade den 31 oktober 2016 en samordnad ramavtalsupphandling av bl.a. mejeriprodukter ("Upphandlingen"). Upphandlingen innebar att samtliga upphandlande myndigheter skulle teckna egna tilldelningsbeslut och avtal inom ramen för de villkor (inklusive pris) och under den giltighetstid som angavs i upphandlingsdokumenten.

Genom Upphandlingen skulle kommunala verksamheters behov av mejeriprodukter tillgodoses och Upphandlingen omfattade 78 produkter med olika mejerivaror i femton olika varugrupper. För respektive produkt som offererades i Upphandlingen skulle anbudsgivarna fylla i priset på produkten. Det förelåg inte något krav på att lämna anbud på samtliga efterfrågade produkter. Om en anbudsgivare inte kunde offerera vissa efterfrågade produkter eller om ett godkänt svar annars inte inkom för vissa produkter infördes istället ett så kallat belastningsvärde för de produkter som utelämnats eller inte godkänts.

Det inkom två anbud i Upphandlingen; ett från Arla Foods AB ("Arla") och ett från Centrala Partihallen AB ("Centrala Partihallen"). Båda dessa anbud inkom den 12 december 2016. Arla lämnade anbud på 66 produkter. Samtliga dessa produkter bestod av Arla-varor. Centrala Partihallen lämnade anbud på 75 produkter. Centrala Partihallens anbud innehöll dels de 66 produkter som Arla hade offererat i sitt anbud, dels ytterligare nio produkter. De 66 produkter i Centrala Partihallens anbud som överlappade med Arlas anbud bestod av produkter från Arla. De ytterligare produkterna som Centrala Partihallen offererade bestod av åtta produkter från Skånemejerikoncernen samt ytterligare en produkt från Arla, som Arla självt inte offererade i Upphandlingen.

Både Arla och Centrala Partihallen lämnade fullständiga anbud. Några tilldelningsbeslut meddelades dock aldrig då de upphandlande myndigheterna valde att

avbryta Upphandlingen på grund av otydligheter i upphandlingsdokumenten som upptäcktes under utvärderingsprocessen. Upphandlingen gjordes sedermera om med en förnyad annonsering ("Upphandling 2").

Arla och Centrala Partihallen var företag

Både Arla och Centrala Partihallen är eller var, vid tidpunkten för överträdelsen, juridiska personer som bedrev verksamhet av ekonomisk och kommersiell natur. Arla bedrev och bedriver livsmedelstillverkning och försäljning av framför allt mjölkbaserade produkter. Centrala Partihallen bedrev, vid tidpunkten för överträdelsen, partiförsäljning med frukt och grönsaker samt andra livsmedel (inklusive mejeriprodukter).

Informationsutbytet utgjorde ett samordnat förfarande och syftade till att begränsa konkurrensen

I samband med Upphandlingen hade Arla och Centrala Partihallen kontakt med varandra och utbytte information. Kontakterna mellan företagen ägde rum mellan [REDACTED] ("CE"), Key Account Manager Public på Arla, och [REDACTED] [REDACTED] ("KB"), verkställande direktör på Centrala Partihallen.

Upphandlingen förannonserades den 15 september 2016. Den 21 september 2016 kontaktade KB CE per e-post och frågade om Arla skulle lämna anbud i Upphandlingen. KB fick besked från CE om att Arla troligen skulle inkomma med ett anbud, men att det berodde på hur Upphandlingen var utformad.

Upphandlingen annonserades i e-Avrop den 31 oktober 2016 och i Tenders Electronic Daily (TED) den 3 november 2016. CE och KB hade därefter löpande kontakter med varandra. En del av dessa kontakter berodde på att Arla skulle agera underleverantör till Centrala Partihallen i Upphandlingen. Företagen hade således även en vertikal relation i Upphandlingen. Kontakterna som kan förklaras av företagens vertikala

relation innefattade diskussioner om dels vilka produkter, dels vilka försäljningspriser och vilket anbudsstöd Arla kunde erbjuda Centrala Partihallen.

Kontakterna mellan företagen innefattade dock även diskussioner och informationsutbyte som inte motiverades av den vertikala relationen. Den 6 december 2016 besvarade CE, per e-post, en förfrågan från Centrala Partihallens om anbudsstöd. CE fyllde då i alla uppgifter, med undantag för anbudspris, avseende samtliga produkter som Arla skulle leverera till Centrala Partihallen inom ramen för Upphandlingen, i ett anbudsformulär. CE erbjöd sig att även fylla i Centrala Partihallens anbudspris men angav att han då behövde få information om Centrala Partihallens marginal.

KB besvarade CE:s fråga per e-post den 8 december 2016 och föreslog att företagen skulle göra som de hade gjort i en tidigare upphandling, där Arla hade fyllt i Centrala Partihallens anbudspris. Centrala Partihallens marginal hade i den upphandlingen motsvarat det anbudsstöd som Centrala Partihallen fått av Arla. CE efterfrågade därefter åter Centrala Partihallens anbudspris för att kunna fylla i Centrala Partihallens anbudsformulär. KB förtydligade att anbudspriset avseende Arla-varorna skulle motsvara Centrala Partihallens inköpspris, utan avdrag för anbudsstödet. Då CE kände till Arlas försäljningspris (vilket utgjorde Centrala Partihallens inköpspris) och anbudsstöd fick han härigenom kännedom om Centrala Partihallens anbudspris och marginaler avseende samtliga produkter som Arla skulle leverera till Centrala Partihallen.

I samband med att Arla fick informationen i fråga från Centrala Partihallen uppgav CE för KB att Arla skulle lämna anbud i Upphandlingen samt att Arla saknade flera produkter och därför skulle få ett högt belastningsvärde. Samma dag uppgav CE för KB att Arlas anbudspris i Upphandlingen skulle bli 15 761 752,85 kronor inklusive belastningsvärde.

Arla och Centrala Partihallen lämnade in sina respektive anbud den 12 december 2016, d.v.s. på den sista anbudsdagen. Samma dag uppgav KB till CE att Centrala Partihallens anbud i Upphandlingen uppgick till 14 171 044,54 kronor och att det fanns tre produkter som Centrala Partihallen inte kunde offerera. Informationen i fråga omfattade således anbudspriset både för de produkter som skulle levereras av Arla och av Skånemejeri-koncernen såsom underleverantör. E-postkorrespondensen ägde rum före tiden för att inkomma med, eller ändra ett redan lagt, anbud hade löpt ut. Genom företagets kontakter och informationsutbyte fick Centrala Partihallen och Arla information om hur respektive företag avsåg att agera avseende prissättningen i Upphandlingen och om parametrar kring det pris som anbuderna skulle utvärderas utifrån. Uppgifterna stämde överens med de anbud som faktiskt lämnades in till de upphandlande myndigheterna. Det var därför fråga om strategisk information. Genom utbytet av strategisk information lät företagen det praktiska samarbetet ersätta de risker som konkurrens medför och den osäkerhet som normalt råder avseende konkurrerande anbudsgivares anbudspris i samband med upphandlingar. Det förelåg därmed en samordning mellan Arla och Centrala Partihallen.

Varken Arla eller Centrala Partihallen tog avstånd från den information som företagen mottog från varandra. Tvärtom efterfrågade de aktivt, och bekräftade, informationsutbytet. Vidare fortsatte företagen att vara aktiva på marknaden och lämnade in anbud i Upphandlingen. Arla och Centrala Partihallen får därför presumeras ha tagit hänsyn till den information som utbyttes.

Genom företagets informationsutbyte fick Centrala Partihallen och Arla information om hur respektive företag avsåg att agera avseende prissättningen i Upphandlingen och om parametrar kring det anbudspris företagen skulle utvärderas ifrån. Deras uppgifter var inte kända sedan tidigare. Vidare skedde utvärderingen i Upphandlingen baserat på lägsta pris. Arlas och Centrala Partihallens informationsutbyte innebar att riskerna med anbudskonkurrens reducerades och utmynnade i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala. En analys av det rättsliga och ekonomiska sammanhang, i vilket Arlas och Centrala Partihallens förfarande ingick, medför inte någon annan slutsats. Arlas och

Centrala Partihallens förfarande var därmed, med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det ingick, ägnat att begränsa konkurrensen i den mening som avses i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

Märkbarhet

Märkbarhetskriteriet är uppfyllt både av kvalitativa och kvantitativa skäl. Arlas och Centrala Partihallens förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte. Vidare är Arla den största mejeriaktören i Sverige. Det samordnade förfarandet omfattade samtliga anbudsgivare i Upphandlingen och Upphandlingen avsåg ett betydande värde.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen jämlikt 3 kap. 5 § konkurrenslagen förpliktar Arla Foods AB att betala 1 130 000 kronor i konkurrensskadeavgift.

Arla har bestritt Konkurrensverkets yrkande.

Arla har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

Konkurrensverket

Arla har uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) genom att ha deltagit i ett samordnat förfarande som har haft till syfte att begränsa konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

Den 8 december 2016 har Arla informerat det i upphandlingen konkurrerande företaget Centrala Partihallen om att Arla skulle få ett högt belastningsvärde i den samordnade ramavtalsupphandlingen. Arla har samma dag också informerat Centrala Partihallen om företagets sammantagna anbudspris, inklusive belastningsvärde, i den samordnade ramavtalsupphandlingen. Vidare har Centrala Partihallen den 8 december 2016 informerat Arla om sitt anbudspris och sina marginaler på 66 av de 78 produkter som efterfrågades i den samordnade ramavtalsupphandlingen. Den 12 december 2016 kl. 15:47 har Centrala Partihallen även informerat Arla om Centrala Partihallens anbudspris för samtliga de produkter som företaget samma dag offererat i den samordnade ramavtalsupphandlingen samt om att Centrala Partihallen inte kunde lämna anbud avseende tre produkter i upphandlingen.

Genom det samordnade förfarandet har Arla och Centrala Partihallen undanröjt eller i vart fall minskat företagets strategiska osäkerhet på marknaden genom att, med anledning av Upphandlingen, ha utbytt strategisk information med varandra. Varken Arla eller Centrala Partihallen har tagit avstånd från informationen och båda företagen har fortsatt att vara aktiva på marknaden. Företagen kan inte ha undvikit att ta hänsyn till den information som har utväxlats vid sitt fortsatta agerande på marknaden. Förfarandet har varit av en sådan art och förekommit i ett sådant rättsligt och ekonomiskt sammanhang att det har varit ägnat att begränsa konkurrensen på marknaden. Förfarandet har ägt rum på marknaden för tillhandahållande av mejeriprodukter till Foodservice-sektorn i Sverige.

Förfarandet utgör en enda överträdelse och varaktigheten avser perioden från och med den 8 december 2016 till och med den 12 december 2016. Arla är därför skyldigt att utge konkurrensskadeavgift.

Det saknas förutsättningar att bevilja Arla eftergift från konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen då Konkurrensverket innan Arla inkom med sin eftergiftsansökan hade tillräckliga uppgifter för att ingripa mot överträdelsen. Det saknas förutsättningar att bevilja Arla eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket

konkurrenslagen även av den anledningen att Konkurrensverket redan innan Arla ansökte om eftergift hade ålagt Arla att bl.a. komma in med all intern och extern korrespondens som berör Upphandlingen och att redovisa vilka kontakter som skett mellan Arla och Centrala Partihallen rörande Upphandlingen. Även om Arla har gett in dessa uppgifter och handlingar inom ramen för sin eftergiftsansökan har Arla inte kommit in med dessa självmant eller frivilligt, utan de ska tillgodoräknas Konkurrensverket. Konkurrensverket hade därmed, åtminstone genom dessa uppgifter, tillgång till uppgifter som innebar att Konkurrensverket kunde ingripa mot överträdelsen. Det saknas även förutsättningar att bevilja Arla eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen. De uppgifter i Arlas eftergiftsansökan som omfattas av Konkurrensverkets åläggande ska, på motsvarande sätt som när det gäller eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket, tillgodoräknas Konkurrensverket eftersom de inte lämnats självmant eller frivilligt. Konkurrensverket hade därmed, genom dessa uppgifter, redan tillgång till information och handlingar som innebar att överträdelsen kunde klarläggas och som innebar att Konkurrensverket hade tillgång till avgörande bevisning. Arla har inte heller inkommit med uppgifter, som går utöver Konkurrensverkets åläggande, som i högst väsentlig mån underlättat utredningen av överträdelsen eller på annat sätt kan medföra eftergift enligt 3 kap. 12 § konkurrenslagen.

Arla

Även om Arla har överträtt förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen ska konkurrensskadeavgift inte utgå med anledning av Arlas ansökan om eftergift enligt 3 kap. 12 § konkurrenslagen.

Arla har genom sin eftergiftsansökan varit det första företaget att anmäla överträdelsen till Konkurrensverket och anmälan innehöll sådana uppgifter att Konkurrensverket först genom dessa hade tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen. Därtill var Arla först med att lämna sådana uppgifter som ledde till att det kunde klarläggas att

överträdelsen förekommit. Arla har även i väsentlig mån underlättat utredningen av överträdelsen.

OMSTÄNDIGHETER M.M.

Konkurrensverket

Överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet

Överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. CE handlade på Arlas vägnar. Under anbudstiden röjde Arla, genom CE, strategisk information för Centrala Partihallen om företagets anbudspriser och om faktorer relaterade till dessa anbudspriser samt mottog sådan information från Centrala Partihallen. Informationen utväxlades innan anbudstiden löpt ut. Arla har inte kunnat vara omedvetet om att utbyte av sådan typ av information inför en upphandling begränsade konkurrensen. I vart fall borde Arla rimligen ha förutsett att agerandet skulle ha negativa verkningar på konkurrensen.

Samhandel m.m.

Den relevanta marknaden utgörs av marknaden för tillhandahållande av mejeriprodukter till Foodservice-sektorn i Sverige. Den geografiska marknaden utgörs således av en hel medlemsstat. Upphandlingen annonserades i TED:s databas, vilket möjliggjorde för utländska aktörer att lägga anbud, och Upphandlingen avsåg ett betydande värde. Arla är en internationell koncern med verksamhet i flera medlemsstater. Råvaran från en del av de produkter som offererades i Upphandlingen hade sitt ursprung i andra medlemsstater.

Arlas och Centrala Partihallens omsättning inom gemenskapen avseende mejeriprodukter översteg klart 40 miljoner euro. Arlas och Centrala Partihallens

sammanlagda marknadsandel överskred dessutom klart fem procent för tillhandahållande av mejeriprodukter till Foodservice-sektorn i Sverige.

Det samordnade förfarandet kunde därmed påverka handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt. Artikel 101 EUF-fördraget är således tillämplig på förfarandet.

Konkurrensskadeavgiftens storlek

Som utgångspunkt för beräkningen av konkurrensskadeavgiften för den ifrågavarande överträdelsen används det totala kontraktsvärdet för Upphandlingen. Upphandlingen hade en kontraktstid på tre år med en förlängningsoption för upphandlade myndigheter på upp till ytterligare ett år, d.v.s. totalt fyra år. Centrala Partihallens anbud, som uppgick till 14 171 044,54 kronor per år exklusive belastningsvärde, var det anbud med lägst pris. Kontraktsvärdet över hela kontraktstiden uppgår därmed till ca 56 680 000 kronor ("Totala Kontraktsvärdet").

Överträdelsen bedöms vara en syftesöverträdelse och är därmed allvarlig till sin art. Detta motiverar en allvarlighetsgrad i den övre delen av skalan. Det samordnade förfarandets faktiska verkan och relativt kortvariga varaktighet motiverar i sin tur en viss sänkning av allvarlighetsgraden. Sammantaget motsvarar allvarligheten av överträdelsen fyra procent av det Totala Kontraktsvärdet, vilket ger ett sanktionsvärde om ca 2 260 000 kronor.

Det saknas förutsättningar att bevilja Arla eftergift

Under 2016 och 2017 mottog Konkurrensverket uppgifter från Norrtälje kommun angående misstankar gällande Upphandlingen och Upphandling 2. Mot bakgrund av informationen från den upphandlande myndigheten vidtog Konkurrensverket vissa inledande utredningsåtgärder. Dessa påbörjades redan innan myndigheten mottog tips avseende Upphandling 2. Resultatet av de initiala efterforskningarna sammanfattades i en promemoria daterad 4 maj 2017 och i en promemoria daterad 19 februari 2018 där det även föreslogs att myndigheten skulle fortsätta utreda ett misstänkt samarbete i

samband med Upphandlingen. Konkurrensverkets utredning omfattade både ett misstänkt samarbete i samband med Upphandlingen och Upphandling 2.

Den 20 april 2018 skickade Konkurrensverket ett åläggande till Arla om att inkomma med bl.a. all intern och extern korrespondens avseende Upphandlingen och Upphandling 2, redogörelse av vilka kontakter som skett och när dessa har ägt rum samt kopior på alla dokument som berörde eller hade legat till grund för Arlas agerande, överväganden och beslut att inte lämna anbud i Upphandlingen. Åläggandet skickades återigen till Arla den 3 maj 2018 p.g.a. att Arla meddelat att bolaget inte hade fått del av föreläggandet av den 20 april 2018.

Den 28 juni 2018 inkom Arla med en muntlig eftergiftsansökan (och en ansökan om s.k. köllapp). Den muntliga eftergiftsansökan avsåg en tidsperiod från år 2014 och framåt och konkurrensbegränsande samarbete i vilket eventuellt fler aktörer än Arla och Centrala Partihallen var inblandade. Vidare avsåg ansökan konkurrensbegränsande samarbete i samband med flera offentliga upphandlingar.

Den 10 juli 2018 återkom Arla med svar på åläggandet i de delar åläggandet avsåg Upphandling 2. Vad gäller de frågor som avsåg Upphandlingen hänvisade Arla genomgående i svaret på åläggandet till företagets eftergiftsansökan. Eftergiftsansökan kompletterades den 10 juli 2018 med uppgifter om bl.a. överträdelsen i samband med att Arla besvarade åläggandet.

De handlingar och uppgifter som inkom till Konkurrensverket inom ramen för Arlas eftergiftsansökan avsåg framför allt sådana handlingar och uppgifter som Konkurrensverket efterfrågade i åläggandet. Vissa handlingar och uppgifter gick dock utöver Konkurrensverkets åläggande och fanns inte tillgängliga för Konkurrensverket sedan tidigare i tillsynsärendet. Dessa handlingar och uppgifter utgörs huvudsakligen av vissa uppgifter i Arlas skriftliga eftergiftsansökan, vissa uppgifter i en skriftlig redogörelse från CE samt e-postkorrespondens mellan Arla och Centrala Partihallen

som avsåg kontakter mellan företagen inför andra upphandlingar samt företagens allmänna kontakter avseende Arlas prislistor.

Merparten av de uppgifter som Arla inkom med i samband med bolagets skriftliga eftergiftsansökan, som går utöver Konkurrensverkets åläggande av den 20 april 2018, var av allmän karaktär eller relaterade till andra frågor än den aktuella samordningen. Efter Arlas eftergiftsansökan har Arla samarbetat med Konkurrensverket och har besvarat Konkurrensverkets frågor. Arla har inte inkommit med några nya uppgifter avseende samordningen mellan Arla och Centrala Partihallen.

Det saknas förutsättningar att bevilja Arla eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen

Det förelåg anledning att anta att det skett en överträdelse innan Arla ansökte om eftergift

Av betydelse för Arlas möjligheter att erhålla eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen är om Arla inkommit med uppgifter som medför att Konkurrensverket först genom dessa kan ingripa mot en överträdelse. I praktiken innebär detta att Konkurrensverket inte sedan tidigare ska ha haft möjlighet att ansöka om att få genomföra en platsundersökning, d.v.s. inte sedan tidigare haft tillgång till uppgifter som gett Konkurrensverket anledning att anta att det skett en överträdelse. Kravet på misstankegrad är därmed relativt lågt ställt.

De uppgifter som Konkurrensverket hade tillgängligt vid tidpunkten för Arlas eftergiftsansökan utgjordes bl.a. av information från Norrtälje kommun. Dessa uppgifter ska bedömas samlat och i sitt sammanhang. Norrtälje kommuns uppgifter utvisade att Centrala Partihallen genomgående hade offererat lägre priser än vad Arla hade gjort på Arlas egna produkter, att Arla inte offererade produkter som fanns i Arlas produktsortiment, att den generella prisnivån i Upphandlingen var högre än de priser som vid tidpunkten tillämpades inom upphandlingsområdet samt att Centrala

Partihallen var medvetet om att företaget var den enda anbudsgivaren i Upphandling 2. Vidare vidtog Konkurrensverket egna utredningsåtgärder i form av bl.a. jämförelser mellan Arlas och Centrala Partihallens prissättning på vissa av produkterna i Upphandlingen och på motsvarande eller identiska produkter i andra upphandlingar samt kartlade Upphandlingen genom att gå igenom förfrågningsunderlag och tilldelningsbeslut. Konkurrensverkets utredning visade en överensstämmande bild med de uppgifter som Norrtälje kommun hade lagt fram. Den utredning som Konkurrensverket hade att tillgå vid tidpunkten för Arlas eftergiftsansökan gav således Konkurrensverket anledning att anta att en överträdelse skett. Därmed hade Konkurrensverket tillräckligt med underlag för att ingripa mot överträdelsen före den 28 juni 2018 och Arla kan därmed inte få eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen.

Uppgifterna som Norrtälje kommun lämnade gällande Upphandling 2 är av betydelse vid bedömningen av om Konkurrensverket hade anledning att anta att det skett en överträdelse vid tidpunkten för Arlas eftergiftsansökan. Vid tidpunkten för Arlas eftergiftsansökan gick Konkurrensverkets utredning ut på att klargöra om det skett en överträdelse genom att företagen samordnat sig inom ramen för båda upphandlingarna. Detta berodde på att det förelåg ett nära samband mellan upphandlingarna och Konkurrensverkets misstankar, exempelvis riktade sig misstankarna mot samma företag. Oavsett utvisade kontakterna som Arla och Centrala Partihallen hade inom ramen för Upphandling 2 att företagen hade kontakter med varandra som gick utöver vad som är sedvanligt i en sådan affärsrelation och som kunde utgöra en överträdelse av konkurrenslagen. Mot den bakgrunden samt övriga uppgifter som Konkurrensverket hade tillgång till, kunde det misstänkas att Arla och Centrala Partihallen hade haft liknande kontakter med varandra även i samband med Upphandlingen.

Arla har anfört att det endast är de uppgifter som fanns i Konkurrensverkets akt den 28 juni 2018 som är av betydelse för bedömningen av om det vid den tidpunkten förelåg anledning att anta att det skett en överträdelse och därvid hänvisat till att

Konkurrensverkets diarieföring ska bestämma när en viss handling upprättats. Konkurrensverket bestrider detta. Samtliga uppgifter som fanns tillgängliga för Konkurrensverket vid tidpunkten för eftergiftsansökan ska beaktas. Detta gäller även exempelvis internt material, såsom Konkurrensverkets interna promemorior och annat underlag som dessa baseras på. Konkurrensverkets diarieföring visar inte när Konkurrensverket skrev en viss promemoria eller när vissa uppgifter blev tillgängliga för Konkurrensverket.

De kontakter som Konkurrensverket hade med Arla i samband med att Arla anonymt förhörde sig om möjlighet till eftergift och det faktum att Konkurrensverket beviljade Arla kölapp kan inte tas till intäkt för att Konkurrensverket på något sätt indikerat att det inte fanns pågående ärenden avseende potentiella överträdelser i samband med upphandlingar av mat och dryck eller att Konkurrensverket vid denna tidpunkt inte hade anledning att anta att det skett en överträdelse rörande Upphandlingen. Konkurrensverket bestrider i och för sig inte att Konkurrensverket kan ha gett någon form av positivt besked till Arla gällande eventuellt förekommande ärenden hos Konkurrensverket. De inledande kontakterna med Arla var dock vaga och Konkurrensverket uppfattade att dessa kontakter, inklusive ansökan om kölapp, avsåg en annan överträdelse eller en överträdelse som åtminstone gick utöver den ifrågavarande överträdelser och därmed andra ärenden hos Konkurrensverket än det ärende som avsåg Upphandlingen. Vidare avsåg Arlas ansökan om kölapp bl.a. potentiella överträdelser under en tidsperiod som klart skiljer sig från den ifrågavarande överträdelserns varaktighet och som skiljer sig även på andra sätt från det misstänkta samarbete som Konkurrensverket utredde vid tidpunkten för kontakterna. Det var också detta Arla fick kölapp för. Dessutom visste Arla vid denna tidpunkt att Konkurrensverket redan hade inlett en utredning avseende bl.a. Upphandlingen. Ett eventuellt positivt besked från Konkurrensverkets sida avsåg därför något annat än förutsättningarna för eftergift för en överträdelse i samband med Upphandlingen.

Sammantaget hade Konkurrensverket således tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsern innan Arla inkom med sin eftergiftsansökan. Konkurrensverket hade

dessutom åtminstone anledning att anta att det skett en överträdelse med anledning av de uppgifter och de handlingar som Konkurrensverket erhöll från Arla och som efterfrågades i Konkurrensverkets åläggande.

Arla har inte lämnat uppgifterna i eftergiftsansökan vare sig självmant eller frivilligt och har inte tillfört andra uppgifter som kan medföra eftergift

Det finns inget annat företag än Arla som har anmält den ifrågavarande överträdelsen och inkommit med en eftergiftsansökan inom ramen för Konkurrensverkets utredning. Arlas eftergiftsansökan inkom emellertid efter det att Konkurrensverket fått ett tips om Arlas och Centrala Partihallens agerande vid Upphandlingen och efter det att Konkurrensverket vidtagit inledande utredningsåtgärder. Vidare inkom eftergiftsansökan efter det att Konkurrensverket ålagt Arla att inkomma med uppgifter avseende bl.a. Upphandlingen. Det var p.g.a. åläggandet som Arla samlade in det material hänförligt till Upphandlingen som Arla senare lämnade in till Konkurrensverket inom ramen för sin skriftliga eftergiftsansökan. Arla insåg alltså, när företaget mottog åläggandet, att Konkurrensverket misstänkte att en överträdelse hade förekommit i samband med Upphandlingen. Åläggandet var, mot bakgrund av Konkurrensverkets utredning, rättsligt grundat och har inte inneburit en s.k. ”fishing expedition”. Arla kan mot denna bakgrund inte anses ha inkommit vare sig självmant eller frivilligt med de uppgifter som omfattas av åläggandet och kan inte heller tillgodoräkna sig dessa uppgifter vid prövningen av om eftergift kan beviljas. Istället ska de uppgifter som omfattas av åläggandet tillgodoräknas Konkurrensverket. Konkurrensverket ska anses ha haft tillgång till den information och bevisning som åläggandet omfattar vid tidpunkten för när åläggandet utfärdades eller senast när Arla mottog åläggandet.

Det faktum att Arla valde att svara på Konkurrensverkets åläggande i en eftergiftsansökan innebär inte att Arla har lämnat uppgifterna självmant eller frivilligt. Vidare besvarade Arla åläggandet genom att hänvisa till sin eftergiftsansökan. Inte heller den omständigheten att Arla muntligen ansökte om eftergift och kölapp innan

Arla svarade på åläggandet betyder att Arla lämnade uppgifter självmant eller frivilligt eftersom Konkurrensverket redan hade ålagt Arla att inkomma med motsvarande uppgifter. Vidare medför inte Konkurrensverkets diarieföring av uppgifterna i Arlas eftergiftsansökan, med bilagor, och svaret på åläggandet i olika ärenden att Arla inkom med uppgifter självmant eller frivilligt. Slutligen bestrider Konkurrensverket också att Konkurrensverket uppmanade Arla att inte sammanblanda de båda upphandlingarna.

Eftersom Konkurrensverket ska tillgodoräknas de uppgifter i Arlas eftergiftsansökan som omfattas av Konkurrensverkets åläggande hade Konkurrensverket, åtminstone genom dessa uppgifter, tillgång till uppgifter som utgjorde ett tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen. Någon möjlighet att få eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen fanns därmed inte. De uppgifter som Arla tillförde och som gick utöver Konkurrensverkets åläggande var inte av sådan karaktär eller hade sådan innebörd att de skulle kunna ha gett Konkurrensverket anledning att anta att en överträdelse ägt rum.

Det saknas förutsättningar att bevilja Arla eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen

Arla kan inte heller få eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen eftersom Arla inte kommit in med de uppgifter som omfattas av Konkurrensverkets åläggande vare sig självmant eller frivilligt. Konkurrensverket åberopar samma omständigheter i detta avseende som när det gäller förutsättningar för eftergift enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen. Konkurrensverket ska därmed tillgodoräknas de uppgifter som Arla inkom med i eftergiftsansökan och som omfattas av Konkurrensverkets åläggande. Konkurrensverket ska anses ha haft tillgång till den information och bevisning som åläggandet omfattar vid tidpunkten för när åläggandet utfärdades eller senast när Arla mottog åläggandet.

Genom de uppgifter som omfattas av Konkurrensverkets åläggande hade

Konkurrensverket tillgång till information som innebar att det kunde klarläggas att överträdelsen förekommit. Vidare hade Konkurrensverket därigenom tillgång till avgörande bevisning, varför Konkurrensverket även hade tillgång till uppgifter och handlingar som medförde att Arla inte kunde underlätta Konkurrensverkets utredning i högst väsentlig mån. Därmed saknas förutsättningar för Arla att få eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket konkurrenslagen.

De uppgifter som Arla tillförde och som gick utanför vad som får anses utgöra svaret på åläggandet var helt oavsett inte av sådan karaktär eller av sådan innebörd att överträdelsen hade kunnat klarläggas genom dessa. Det föreligger därför inte förutsättningar för eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket 1 konkurrenslagen. Inte heller var de av sådan art att de i högst väsentlig mån har underlättat Konkurrensverkets utredning, varför det inte heller föreligger förutsättningar för eftergift enligt 3 kap. 12 § andra stycket 2 konkurrenslagen. De uppgifter Arla lämnat frivilligt i eftergiftsansökan har endast underlättat utredningen på det sättet att Konkurrensverket har kunnat avgränsa utredningen till Upphandlingen och sätta överträdelsen i ett sammanhang. Inte heller har Arla tillfört ärendet några andra uppgifter som kunnat medföra eftergift.

Konkurrensskadeavgiften ska sättas ned med anledning av Arlas eftergiftsansökan

Även om Arla inte kan komma i fråga för eftergift lämnade Arla uppgifter som har underlättat utredningen samt har samarbetat aktivt med Konkurrensverket under utredningens bedrivande. Arla har i övrigt agerat i enlighet med kraven i 3 kap. 14 § konkurrenslagen för att komma i fråga för nedsättning. Arla ska därför få nedsättning av konkurrensskadeavgiften.

Arla har vidtagit flera åtgärder för att samarbeta med Konkurrensverket och har lämnat uppgifter och handlingar som inneburit att Konkurrensverket har kunnat sätta in överträdelsen i ett sammanhang. Arla inkom med eftergiftsansökan i början av Konkurrensverkets utredning och är det enda företag som har samarbetat med

Konkurrensverket i utredningen på ett sätt som kunnat medföra nedsättning. Med hänsyn till dessa omständigheter bedömer Konkurrensverket att konkurrensskadeavgiften ska sättas ned med hälften. Konkurrensskadeavgiften ska därför bestämmas till 1 130 000 kronor.

Arla

Arla vitsordar att den påtalade överträdelsen ägt rum

Helt i enlighet med Arlas eftergiftsansökan vitsordar Arla att överträdelsen ägde rum i samband med Upphandlingen och består i det informationsutbyte som redogjorts för under avsnittet ”Bakgrund” ovan. Arla bestrider vidare inte att informationsutbytet utgör en överträdelse enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Samhandelskriteriet är inte uppfyllt

Arla bestrider att överträdelsen haft eller riskerade att ha samhandelseffekt. Informationsutbytet skedde mellan två svenska företag, varav den enda hade en mycket begränsad verksamhet såväl avseende omsättning, volym som geografiskt område. Informationsutbytet skedde därtill inom ramen för en upphandling som omfattade en mycket begränsad geografisk del av Sverige.

Arla ska medges eftergift av konkurrensskadeavgiften enligt 3 kap. 12 § första stycket konkurrenslagen

Det föreligger förutsättningar för att Arla ska medges eftergift av konkurrensskadeavgiften i dess helhet då bolaget var det första företag som anmälde överträdelsen till Konkurrensverket, då Arlas eftergiftsanmälan innehöll uppgifter som gjorde det möjligt för Konkurrensverket att ingripa mot överträdelsen och då Konkurrensverket först genom uppgifterna i Arlas eftergiftsanmälan hade tillräckligt underlag för att ingripa mot överträdelsen.

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 överträdelse 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 [REDACTED], anställd på Konkurrensverket. Arla har å sin sida åberopat vittnesförhör med [REDACTED], tidigare anställd på Arla samt med Arlas ombud i målet, advokat [REDACTED].

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

██████████ 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 [REDACTED] 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.