



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. PITRUZZELLA
fremsat den 10. september 2020¹

Sag C-450/19

**Kilpailu- ja kuluttajavirasto
prosedeltagere:
Eltel Group Oy,
Eltel Networks Oy**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Korkein hallinto-oikeus (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Finland))

»Præjudiciel forelæggelse – fastlæggelse af varigheden af en overtrædelse af konkurrencereglerne – kriterier – karteller, der har virkninger efter deres formelle ophør – betingelser – fastlæggelse af de økonomiske konsekvenser af den konkurrencestridige adfærd – færdiggørelse af arbejdet flere år efter indgåelsen af kontrakten – delbetalinger erlagt efter arbejdets udførelse«

I. Indledning

1. Når en angivelig overtrædelse af artikel 101 TEUF antager form af en samordnet afgivelse af tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure vedrørende byggearbejde, hvordan skal datoen for den nævnte samordnings ophør da vurderes? Kan dette ophør indtræde inden det omhandlede byggearbejdes færdiggørelse, eller inden den fulde betaling herfor er erlagt? Dette er, hvad denne præjudicielle forelæggelse i det væsentlige drejer sig om.

II. Retsforskrifter

A. Forordning nr. 1/2003

2. Artikel 25 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82² har følgende ordlyd:

»1) Kommissionens beføjelse i henhold til artikel 23 og 24 forældes:

- a) efter tre år ved overtrædelse af bestemmelser om indhentning af oplysninger eller gennemførelse af kontrolundersøgelser
- b) efter fem år ved andre overtrædelser.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – EFT 2003, L 1, s. 1.

- 2) Forældelsesfristen regnes fra den dag, hvor overtrædelsen er begået. Ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen dog først fra den dag, hvor overtrædelsen er ophørt.
- 3) Hver gang Kommissionen eller en medlemsstats konkurrencemyndighed tager skridt til at undersøge eller forfølge overtrædelsen, afbrydes forældelsesfristen for pålæggelse af bøder eller tvangsbøder. Forældelsesfristen afbrydes med virkning fra den dag, hvor det pågældende skridt meddeles mindst én af de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der har medvirket ved overtrædelsen. Forældelsesfristen afbrydes bl.a. af følgende skridt:
 - a) Kommissionens eller en national konkurrencemyndigheds skriftlige begæring om oplysninger
 - b) skriftlige fuldmagter til at foretage kontrolundersøgelser, som Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed har udstedt til sine repræsentanter
 - c) Kommissionens eller en national konkurrencemyndigheds indledning af en procedure
 - d) Kommissionens eller en national konkurrencemyndigheds meddelelse af klagepunkter.
- 4) Afbrydelse af forældelsen har virkning over for alle virksomheder og virksomhedssammenslutninger, der har medvirket ved overtrædelsen.
- 5) Forældelsesfristen løber på ny efter hver afbrydelse. Forældelsesfristen udløber dog senest den dag, hvor der er forløbet en periode svarende til den dobbelte forældelsesfrist, uden at Kommissionen har pålagt en bøde eller tvangsbøde; denne periode forlænges med den tid, hvor forældelsen har været stillet i bero i henhold til stk. 6.
- 6) Forældelsen for pålæggelse af bøder eller tvangsbøder stilles i bero, så længe en sag om Kommissionens beslutning verserer for Domstolen.«

B. Finsk ret

3. I § 1a i kilpailunrajoituslaki (lov mod konkurrencebegrænsninger) fastsættes det, at »[b]estemmelserne i artikel 81 og 82 i [EF-traktaten] finder anvendelse, såfremt konkurrencebegrænsningen kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne i Det Europæiske Fællesskab«.

4. Denne lovs § 4 er affattet som følger:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis mellem virksomheder, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er forbudt.

Navnlig forbydes aftaler, vedtagelser og praksis, som består i:

- 1) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- 2) begrænsning af eller kontrol med produktion, marked, teknisk udvikling eller investeringer
- 3) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- 4) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller

5) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelsædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.«

5. Ifølge den nævnte lovs § 22 må »[e]n bøde [...] navnlig ikke udstedes på grund af en overtrædelse af denne lovs § 4 [...] eller artikel 81 eller 82 i EF-traktaten, hvis anmodningen herom ikke bliver indgivet til Markkinaoikeus [domstol i handelsretlige sager] senest fem år efter det tidspunkt, hvor konkurrencebegrænsningen ophørte, eller hvor myndigheden fik kendskab til konkurrencebegrænsningen«.

III. Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

6. Virksomheden Fingrid Oyj er den største ordregiver for arbejde på højspændingsledninger i Finland. Virksomheden ejer dette ledningsnet og har ansvaret for udvikling af det højspændingsnet, der anvendes til den overordnede elektricitetstransmission. Virksomheden offentliggjorde den 16. april 2007 en udbudsprocedure vedrørende anlæggelsen af en 400 kV højspændingsledning Keminmaa-Petäjäskoski. Tilbuddene skulle være afgivet senest den 5. juni 2007, og arbejdet være færdiggjort den 12. november 2009.

7. Den 4. juni 2007 afgav den finske virksomhed Eltel Networks Oy sit tilbud og fik tildelt kontrakten. I tilbuddet var det angivet, at projektet ville være færdigt og blive afleveret til ordregiveren den 12. november 2009. Det fremgår af afgørelsen fra kilpailu- ja kuluttajavirasto (konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesmyndighed, Finland, herefter »konkurrencemyndigheden«), at dette tilbud blev afgivet efter forudgående samordning med en anden virksomhed³ i et formodet, forbudt kartel. Kontrakten om byggearbejdet blev indgået mellem Eltel Networks og Fingrid den 19. juni 2007. Byggearbejdet blev færdiggjort den 12. november 2009. Den sidste delbetaling blev erlagt den 7. januar 2010.

8. Ved afgørelse af 31. oktober 2014 indgav konkurrencemyndigheden en anmodning, som finsk lov foreskriver, for Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager, Finland), om en bøde på 35 mio. EUR, som den ønskede at pålægge Eltel Networks og Eltel Group Oy (herefter under ét »Eltel«), en bøde in solidum for deres formodede deltagelse i et forbudt kartel⁴. Det nævnte kartel var ifølge konkurrencemyndighedens afgørelse begyndt senest i oktober 2004 og varede uafbrudt ved til mindst marts 2011. Eltel overtrådte således § 4 i lov mod konkurrencebegrænsninger og artikel 101 TEUF, idet virksomheden traf aftaler med en anden virksomhed om priser, fortjenstmargener og opdelingen af projekterings- og byggearbejde vedrørende højspændingsledninger til transmission af el i Finland.

9. Den 30. marts 2016 afslog Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) konkurrencemyndighedens bødeanmodning. Ifølge denne domstol ophørte Eltel med at deltage i den angivelige konkurrencebegrænsning før den 31. oktober 2009, og konkurrencemyndigheden havde ikke fremlagt bevis for, at overtrædelsen varede ved efter denne dato. Det fremgår af § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger, at bødeanmodningen skal være indgivet af konkurrencemyndigheden til

3 – Den pågældende anden virksomhed indgav i 2013 en ansøgning om bødefritagelse eller nedsættelse til konkurrencemyndigheden, som på foranledning heraf undersøgte kartellet. Den 31.10.2014 imødekom konkurrencemyndigheden denne anmodning fra den anden virksomhed og fritog den for alle sanktioner.

4 – Det skal i denne forbindelse præciseres, at det af sagens akter fremgår, at det endnu ikke er endeligt retligt fastslået, at der eksisterer et forbudt kartel mellem Eltel og den anden virksomhed i det angivelige kartel. Eltel har bestridt for såvel den forelæggende ret som for Domstolen, at konkurrencemyndigheden i sin afgørelse af 31.10.2014 i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at der findes sådant kartel. Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) har fastslået, at kartellet kun angik projekteringen af den af udbuddet omfattede højspændingsledning, i modsætning til, hvad der synes at være konkurrencemyndighedens og den forelæggende rets vurdering. Da det ikke tilkommer Domstolen at afgøre, hvorvidt et sådant kartel faktisk har eksisteret, eller at fastslå dets eventuelle rækkevidde, skal enhver henvisning i dette forslag til afgørelse til et kartel, som Eltel har deltaget i, forstås som en henvisning til et formodet, strengt forbudt kartel.

Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) senest fem år efter det tidspunkt, hvor konkurrencebegrænsningen ophørte. Ifølge denne domstol angik det formodede kartel projekteringen af den omhandlede højspændingsledning, men ikke selve byggearbejdet. Dette projekteringsarbejde blev afsluttet i løbet af 2007.

10. Konkurrencemyndigheden har appelleret denne afgørelse til den forelæggende ret. Ifølge denne myndighed blev aftalen mellem Eltel og den anden virksomhed i kartellet nærmere bestemt indgået før Eltels afgivelse af tilbuddet og gjaldt priserne. Denne forbudte samordning varede ved indtil datoen for den sidste betaling (dvs. den 7.1.2010), idet kontrakten, som udmøntede den ulovlige prisfastsættelse, stadig var i kraft på dette tidspunkt. Subsidiært har konkurrencemyndigheden gjort gældende, at domstolen bør anvende datoen for færdiggørelsen af arbejdet (dvs. den 12.11.2009). Kartellets økonomiske konsekvenser, jf. Domstolens praksis, fortsatte, og Fingrid led et tab indtil disse tidspunkter på grund af den betalte pris. Særligt i forbindelse med indgåelse af kontrakter udløser kartellet konkrete og langvarige konsekvenser på grund af den ratevise betaling af prisen. Kartellets skadelige virkninger optræder alle de år, hvor der skal erlægges en delbetaling, og påvirker hvert år aktivitetsomkostningerne og de økonomiske resultater hos den virksomhed, der er offer for kartellet. Meromkostningen som følge af den pris, der skal betales, og som er resultatet af kartellet, overvæltedes desuden på netforvalterens kunder. Konkurrencemyndigheden har gjort gældende, at den indgav sin bødeanmodning til Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) den 31. oktober 2014 og dermed inden den frist, der er fastsat i § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger.

11. Eltel har på sin side bestridt denne analyse og har i det væsentlige gjort gældende, at overtrædelsens varighed bør bedømmes ud fra den periode, hvor virksomhederne i kartellet udviste den ulovlige adfærd. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter begynder forældelsesfristen at løbe fra datoen for tilbuddets afgivelse, hvilket i den foreliggende sag vil sige den 4. juni 2007. Subsidiært kan datoen for kontraktens indgåelse (dvs. den 19.6.2007) anvendes, men efter disse to begivenheders indtræden har den tilbudte eller aftalte pris, som er resultatet af kartellet, ikke længere nogen virkning for kontrakten. Det tempo, hvori arbejdet skrider frem, eller tidsplanen for betalingerne har ingen indvirkning på konkurrencen på markedet, eftersom den forlangte pris ikke påvirkes heraf. Enhver anden fortolkning, som f.eks. den af konkurrencemyndigheden foreslåede, er uden forbindelse til spørgsmålet om den konkurrencebegrænsning, som kartellet afføder, og er i strid med retssikkerhedsprincippet. Den bødeanmodning, som konkurrencemyndigheden indgav, blev derfor indgivet til Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) efter fristens udløb.

12. Den forelæggende ret har taget udgangspunkt i, at udbuddet, som blev vundet af Eltel, vedrører en kontrakt på anlæggelsen af en højspændingsledning. I netop denne forbindelse er den forelæggende ret i tvivl om, indtil hvilket tidspunkt det kan antages, at den formodet samordnede tilbudsgivning og den deraf følgende ulovlige prisfastsættelse fik økonomiske konsekvenser. Ifølge national retspraksis begynder den femårige forældelsesfrist i henhold til § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger at løbe, når den ulovlige adfærd er ophørt for sidste gang. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvordan den skal bedømme dette i en situation, hvor en deltager i et kartel indgår en bygge- og anlægskontrakt som aftalt inden for kartellet med en aktør, som står uden for kartellet, når arbejdet først færdiggøres flere år efter indgåelsen af den pågældende bygge- og anlægskontrakt, og betalingerne i henhold til denne kontrakt stadig sker efter færdiggørelsen af arbejdet. Den har anført, at Domstolens praksis ikke rummer en indlysende løsning.

13. På den ene side har Domstolen i dommen i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen⁵ fastslået, at de økonomiske konsekvenser af en konkurrencebegrænsning kan vare ved indtil slutningen af den periode, hvor de ulovlige priser har været i kraft, og at det er muligt at medregne den periode, hvor de hemmeligt aftalte priser var i kraft, med henblik på at vurdere overtrædelsens varighed⁶. Det er

5 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

6 – Dom af 30.5.2013, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351, præmis 40).

således ikke så meget den konkurrencestridige adfærds juridiske form, der er afgørende, som denne adfærds økonomiske konsekvenser. Hvis det antages, at sådanne konsekvenser kan være ved, selv efter at en kompleks og fortsat overtrædelse formelt er ophørt, og skal medregnes i beregningen af overtrædelsens varighed, kan konkurrencemyndighedens synspunkt tages til følge. Den forelæggende ret har imidlertid anført, at den konkurrencebegrænsning, der var tale om i Quinn Barlo-dommen⁷, var af en helt anden art end den, der er omhandlet i hovedsagen.

14. På den anden side har Domstolen i EMI Records-dommen⁸ fastslået, at det i tilfælde, hvor der er tale om karteller, som ikke længere er i kraft, og med henblik på at fastslå overtrædelsens varighed er tilstrækkeligt, at de nævnte karteller stadig har virkninger, også efter at de formelt er ophørt med at gælde, f.eks. hvis det af de berørte parter adfærd indirekte fremgår, at der findes de for et kartel karakteristiske træk af samordning og koordinering, der fører til samme resultat som tilsigtet med det oprindelige kartel⁹. Hvis priserne i bygge- og anlægskontrakten og virkningerne af kartellet for konkurrencen kun varer ved indtil datoen for tilbudsafgivelsen eller eventuelt kontraktens undertegnelse, sådan som Eltel har hævdet, er det snarere Eltels synspunkt, der bør tages til følge, idet konkurrencemyndighedens bødeanmodning da skal anses for indgivet til Markkinaoikeus (domstol i handelsretlige sager) efter fristen.

15. Den forelæggende ret har endvidere anført, at spørgsmålet om varigheden af en formodet overtrædelse af konkurrencereglerne ikke må forveksles med spørgsmålet om et eventuelt tab, som ofrene for det angivelige kartel har lidt¹⁰.

16. På denne baggrund har Korkein hallinto-oikeus (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Finland) ved afgørelse indgået til Domstolens Justitskontor den 13. juni 2019 besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Kan konkurrencereglerne i artikel 101 TEUF fortolkes således, at i en situation, hvor en deltager i et kartel har indgået en bygge- og anlægskontrakt som aftalt inden for kartellet med en aktør, som står uden for kartellet, varer overtrædelsen af konkurrencereglerne på grund af de derved udløste økonomiske konsekvenser ved i hele den periode, hvor der opfyldes forpligtelser i henhold til kontrakten eller erlægges betalinger til kontraktens parter, dvs. til det tidspunkt, hvor den sidste delbetaling for arbejdet betales, eller i det mindste til det tidspunkt, hvor det pågældende arbejde færdiggøres, eller skal det lægges til grund, at overtrædelsen af konkurrencereglerne kun varer ved til det tidspunkt, hvor virksomheden, der har gjort sig skyldig i overtrædelsen, har afgivet et tilbud på det pågældende arbejde eller har indgået en kontrakt vedrørende udførelsen af arbejdet?«

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

17. Konkurrencemyndigheden, Eltel, den finske, den tyske, den italienske og den lettiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

18. Efter at Domstolens Anden Afdeling den 16. april 2020 besluttede at aflyse det oprindeligt planlagte retsmøde for Domstolen, har dels den nævnte afdeling, dels generaladvokaten tilstillet samtlige deltagere under den skriftlige del af den foreliggende præjudicielle sag en række spørgsmål til skriftlig besvarelse. Konkurrencemyndigheden, Eltel, den finske, den italienske og den lettiske regering samt Kommissionen har indgivet deres svar på disse spørgsmål til Domstolen.

7 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

8 – Dom af 15.6.1976 (51/75, EU:C:1976:85).

9 – Den forelæggende ret henviser her til præmis 30 og 31 i dom af 15.6.1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85).

10 – Den forelæggende ret har hvad dette angår præciseret, at det tidspunkt, hvor skaden er sket (og hvor forældelsesfristen med hensyn til erstatning derfor begynder at løbe), ifølge finsk ret ikke er datoen for betalingen af prisen, men datoen for indgåelsen af kontrakten.

V. Bedømmelse

19. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, hvordan ophøret af en angivelig overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF skal fastlægges, hvis overtrædelsen har bestået i en samordning mellem virksomhederne i et kartel om de tilbud, der skulle afgives i forbindelse med en projekterings- og bygge- og anlægskontrakt, i den foreliggende sag vedrørende anlæggelsen af en højspændingsledning. Dette spørgsmål er rettet til Domstolen i forbindelse med en anmodning fra konkurrencemyndigheden om at pålægge Eltel en bøde, idet parterne i hovedsagen er uenige om, hvornår forældelsesfristen for bødepålægget er udløbet.

A. Indledende bemærkninger

20. Inden jeg går over til at vurdere dette spørgsmål, ønsker jeg at fremsætte to sæt indledende bemærkninger, hvoraf det ene vedrører en klarlægning af den nationale lovgivning og det andet den decentrale karakter af gennemførelsen af EU-konkurrencereglerne.

21. Hvad for det første angår den nationale retstilstand fremgår det ved første øjekast af sagens akter, der er fremlagt for Domstolen, og selv om der er en stærk formodning for, at de præjudicielle spørgsmål, der er rettet til Domstolen, er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen¹¹, at § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger rummer to mulige udgangspunkter for den femårige forældelsesfrist, nemlig enten overtrædelsens ophør eller det tidspunkt, hvor konkurrencemyndigheden fik kendskab til den konkurrencestridige adfærd. Den nævnte myndighed fik kendskab til denne adfærd den 31. januar 2013 og forelagde sin bødeanmodning den 31. oktober 2014. Hvis det var det andet udgangspunkt for forældelsesfristen ifølge § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger, der skulle lægges til grund, ville det være tvivlsomt, om Domstolens svar på det præjudicielle spørgsmål ville være brugbart for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

22. Denne tvivl er imidlertid blevet fjernet af de supplerende oplysninger, som Domstolen har modtaget som svar på sine spørgsmål. Eltel og den finske regering synes nemlig at være enige om, at det i tilfælde af en samlet og vedvarende overtrædelse, som allerede er ophørt, alene er det første udgangspunkt for den femårige forældelsesfrist – nemlig tidspunktet for overtrædelsens ophør – som finder anvendelse. Der er således ikke længere tvivl om, at det spørgsmål, der er stillet, er brugbart for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

23. For det andet må det fastslås, at vi her har at gøre med en decentral gennemførelse af EU-konkurrencereglerne. Det skal derfor straks anføres, at de forældelsesfrister, der finder anvendelse i forbindelse med søgsmål anlagt af de nationale konkurrencemyndigheder, ikke som sådan er reguleret af EU-retten.

24. Kapitel VII i forordning nr. 1/2003 angår ganske vist forældelse. De regler, der er fastlagt heri, gælder imidlertid alene Kommissionen. Denne forordnings artikel 25, stk. 1, bestemmer navnlig, at *Kommissionens* beføjelse til at pålægge sanktioner forældes efter fem år for så vidt angår overtrædelser af artikel 101 TEUF. Forældelsesfristen regnes fra den dag, hvor overtrædelsen er begået, eller ved vedvarende eller gentagne overtrædelser fra den dag, hvor overtrædelsen er ophørt¹². Det fremgår af sagens akter, at den nationale lovgiver har valgt at fastsætte den samme forældelsesfrist for konkurrencemyndighedens handlinger som den, der er fastsat af EU-lovgiver for Kommissionen, nemlig fem år.

11 – Jf. inden for den omfattende retspraksis dom af 31.1.2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis), og af 27.2.2020, Land Sachsen-Anhalt (Aflønning af tjenestemænd og dommere) (C-773/18 – C-775/18, EU:C:2020:125, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

12 – Jf. artikel 25, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

25. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1 af 11. december 2018 om styrkelse af de nationale konkurrencemyndigheders forudsætninger for at håndhæve konkurrencereglerne effektivt og sikring af et velfungerende indre marked¹³ har uden at fastsætte en frist knæsat princippet om, at der af hensyn til en effektiv håndhævelse af artikel 101 TEUF bør indføres »hensigtsmæssige regler«, som navnlig består i, at »nationale forældelsesfrister suspenderes eller afbrydes i hele det tidsrum, hvor sagen behandles af de nationale konkurrencemyndigheder i en anden medlemsstat eller af Kommissionen«, uden at medlemsstaterne dermed forhindres i at bevare eller indføre absolutte forældelsesfrister, forudsat at sådanne frister »ikke gør det praktisk umuligt eller umådelig vanskeligt at håndhæve [artikel 101 TEUF] i praksis«¹⁴. Artikel 29 i direktiv 2019/1 bekræfter disse krav. Fastlæggelsen af den nationale forældelsesfrist falder derfor, i EU-lovgivers ånd, ind under medlemsstaternes ansvar og dermed under princippet om procesautonomi.

26. Det skal dog anføres, at det præjudicielle spørgsmål ikke så meget angår varigheden af forældelsesfristen som sådan, men i højere grad det tidspunkt, hvorfra denne frist begynder at løbe. Som anført ovenfor begynder denne frist ifølge forordning nr. 1/2003 at løbe fra det tidspunkt, hvor overtrædelsen er ophørt. Fastlæggelsen af varigheden af den angivelige overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF falder imidlertid uden nogen som helst tvivl ind under EU-retten.

B. Overtrædelsens varighed i en sammenhæng som den i tvisten i hovedsagen omhandlede

27. Med henblik på at vurdere varigheden af den angivelige overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF i forbindelse med tvisten i hovedsagen skal dennes hovedtræk opridses. Den nævnte overtrædelse har således bestået i en samordning mellem et antal virksomheder med henblik på manipulation af udbudsprocedurer vedrørende offentlige bygge og anlægskontrakter. Kontrakten blev indgået samme måned, som tilbuddet blev afgivet. Såvel arbejdet som betalingerne fordelte sig imidlertid over flere år, idet arbejdet blev færdiggjort to år og fem måneder efter afgivelsen af tilbuddet og indgåelse af kontrakten, mens den sidste betaling blev erlagt to år og syv måneder efter disse to begivenheder.

1. Overtrædelsens varighed i Domstolens praksis

28. Spørgsmålet om varigheden af et kartel rejses i sig selv hyppigt for Domstolen, eftersom sanktionens hårdhed bl.a. afhænger af overtrædelsens varighed, hvorfor de virksomheder, som foreholdes en adfærd, der strider mod artikel 101, stk. 1, TEUF, hyppigt fremfører en argumentation, der knytter sig til denne varighed, med det formål at nedbringe den.

29. Som den forelæggende ret har anført, har Domstolen allerede fastslået for så vidt angår en aftale, som ikke længere er i kraft, at det er tilstrækkeligt, for at artikel 101 TEUF kan finde anvendelse, at denne aftale stadig har økonomiske virkninger, også efter at den formelt er ophørt med at gælde¹⁵. Mere præcist anses »[et kartel] [...] alene for stadig at have virkning, såfremt det af deltagernes adfærd indirekte fremgår, at der findes de for [et kartel] karakteristiske træk af samordning og koordinering, der fører til samme resultat som tilsigtet med [det oprindelige kartel]«¹⁶.

30. Domstolen fastholdt og anvendte denne praksis på området for forlagsvirksomhed i Binon-dommen¹⁷, hvori den således fastslog, at artikel 101 TEUF også fandt anvendelse, »såfremt udgiverne havde udvist samme parallelle adfærd også efter ophør af den tidligere aftale, selv om der ikke var nogen ny aftale [...], [idet det] afgørende for, om der foreligger en konkurrencebegrænsning

13 – EUT 2019, L 11, s. 3. Det skal påpeges, at fristen for gennemførelse af dette direktiv endnu ikke er udløbet (jf. det nævnte direktivs artikel 34, stk. 1).

14 – 70. betragtning til direktiv 2019/1.

15 – Jf. dom af 15.6.1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, præmis 30).

16 – Dom af 15.6.1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, præmis 31).

17 – Dom af 3.7.1985 (243/83, EU:C:1985:284).

efter [artikel 101 ff. TEUF], er de økonomiske virkninger af de pågældende aftaler eller af enhver anden tilsvarende form for samordning eller koordination, og ikke så meget aftalernes juridiske form«¹⁸. Artikel 101 TEUF skulle følgelig anses for at finde anvendelse på en helhed af aftaler som omhandlet i denne sag, »såfremt godkendelsen af de salgssteder, hvorfra detailsalget sker, ved denne helhed af aftaler i praksis [blev overladt] til nævnte agenturs skøn eller til et af agenturet i henhold til aftalernes oprettede organ«¹⁹.

31. I den nyere dom i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen²⁰ foreholdt appellanterne Retten, at den havde tilsidesat det almindelige princip om uskyldsformodning, idet den forlængede varigheden af den første periode for deres deltagelse i kartellet til efter det andet konkurrencestridige møde, da den havde konstateret, at deltagerne i dette møde i juni 1998 havde aftalt at forhøje prisen for oktober måned samme år²¹. Domstolen fastslog, at »i henhold til fast retspraksis vedrører konkurrenceordningen efter artikel 101 TEUF og 102 TEUF de økonomiske virkninger af de pågældende aftaler eller af enhver anden tilsvarende form for samordning eller koordination, og ikke så meget aftalernes juridiske form. Det er derfor for så vidt angår karteller, selv om de ikke længere er i kraft, tilstrækkeligt til, at artikel 101 TEUF finder anvendelse, *at de stadig har virkninger* også efter det tidspunkt, hvor de hemmelige kontakter formelt er ophørt med at have gyldighed. Det følger heraf, at overtrædelsens varighed kan bedømmes på grundlag af *den periode, hvor de virksomheder, der har gjort sig skyldige i overtrædelsen, har udvist den i den nævnte artikel forbudte adfærd* [...]. Retten kunne med andre ord teoretisk set have fastslået eksistensen af en overtrædelse, f.eks. i *hele den periode, hvor de hemmeligt aftalte priser var i kraft*, hvilket i den foreliggende sag ville have ført til et objektivi set mindre gunstigt resultat for sagsøgernes interesser«²².

32. Selv om de tre ovennævnte domme er interessante med henblik på min analyse, må jeg imidlertid konstatere, at ingen af dem i sig selv er tilstrækkelig til at besvare det foreliggende præjudicielle spørgsmål. Den praksis fra Domstolen, som den forelæggende ret så fyldigt har henvist til, skal nemlig placeres i sin rette sammenhæng, dvs. hvert omhandlet kartels egen sammenhæng, som hver især ikke kan sammenlignes med det i hovedsagen omhandlede kartel. I den sag, der gav anledning til EMI-dommen²³, kunne det konstateres, at der fandtes indirekte træk af samordning og koordinering. I Binon-dommen²⁴ var aftalen formelt ophørt, men der syntes reelt fortsat at være en aftale. Endelig fremhævede Domstolen i dommen i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen²⁵ ganske vist sin praksis vedrørende karteller, der ikke længere var i kraft, men hvis virkninger varede ved, men det var for at fastslå meget konkret, at der var blevet indgået en aftale om de fremtidige priser på det sidste hemmelige møde.

2. Overtrædelsens varighed og den beskyttede retlige interesse

33. Samtidig med at disse tre dommes rækkevidde derfor skal sættes ind i en ny sammenhæng for at afgøre den foreliggende sag, tiltrækker dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl.²⁶ sig min opmærksomhed. Domstolen fastslog således, at »artikel [101 TEUF] under alle omstændigheder i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun [har] til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. [...] [K]onstateringen af, at en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, [er] ikke betinget af, at der foreligger en direkte forbindelse mellem

18 – Dom af 3.7.1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, præmis 17).

19 – Dom af 3.7.1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, præmis 18).

20 – Dom af 30.5.2013, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

21 – Jf. dom af 30.5.2013, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351, præmis 32 og 33).

22 – Dom af 30.5.2013, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351, præmis 40). Min fremhævelse.

23 – Dom af 15.6.1976 (51/75, EU:C:1976:85).

24 – Dom af 3.7.1985 (243/83, EU:C:1985:284).

25 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

26 – Dom af 4.6.2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

denne og detailpriserne. [...] [E]n samordnet praksis har et *konkurrencebegrænsende formål* som omhandlet i artikel [101, stk. 1, TEUF], når den på grund af sit indhold og de formål, der herved tilsigtes opfyldt, og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Det er ikke nødvendigt, at konkurrencen faktisk hindres, begrænses eller fordrejes, eller at der foreligger en direkte forbindelse mellem denne samordnede praksis og detailpriserne. Udveksling af oplysninger mellem konkurrenter har et konkurrencebegrænsende formål, når de kan fjerne usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd²⁷.

34. Dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl. gør det således muligt at vurdere spørgsmålet om overtrædelsens varighed i et andet lys end det, som gør sig gældende i EMI-dommen²⁸, Binon-dommen²⁹ og dommen i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen³⁰, for så vidt som et af de grundlæggende spørgsmål, som skal besvares for at fastlægge overtrædelsens varighed, er spørgsmålet om den beskyttede retlige interesse, dvs. kundens frie valg og muligheden for at opnå bedre tilbud på de bedst mulige vilkår i en fri konkurrence, sådan som navnlig Kommissionen har gjort gældende i sine skriftlige indlæg. Der er derfor tale om en overtrædelse, såfremt den formelle eller reelle hemmelige aftale begrænser denne mulighed. Bedømmelsen af overtrædelsens varighed kræver derfor en vurdering af virkningen af den nævnte overtrædelse for den beskyttede retlige interesse og dermed i sidste ende kartellets nøjagtige rækkevidde, som det tilkommer den forelæggende ret at afklare.

35. Det kan udledes af læren i dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl.³¹, at hvis det kartel, der beskrives i anmodningen om præjudiciel afgørelse, kun angik projekterings- og bygge- og anlægskontrakten vedrørende en 400 kV højspændingsledning Keminmaa-Petäjäskoski, forsvandt kartellets konkurrencestridige genstand senest ved kontraktens undertegnelse. Efter denne kontraktundertegnelse ville der nemlig ikke længere findes en varig aftale mellem virksomhederne i kartellet³², hvorfor det heller ikke ville kunne antages, at de hemmeligt aftalte priser, som er udtryk for karteldeltagernes ønske om at aftale de priser, der skulle anvendes ved fremtidige kontrakter, stadig var »i kraft« som omhandlet i dommen i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen³³. Den periode, hvor de virksomheder, der har gjort sig skyldige i overtrædelsen, har udvist en forbudt adfærd, stadig ifølge denne dom, ville derfor slutte med kontraktens undertegnelse.

36. Med forbehold for den efterprøvelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, kunne en sådan konstatering forklares med de for hver bygge- og anlægskontrakt karakteristiske træk, og uden at dette påvirker eventuelt foreliggende beviser for, at der findes et kartel vedrørende den i hovedsagen omhandlede bygge og anlægskontrakt og andre fremtidige bygge- og anlægskontrakter³⁴. Hvis det, som Eltel har gjort gældende, antages, at prisen for bygge- og anlægskontrakten vedrørende ledningen Keminmaa-Petäjäskoski var blevet fastsat ud fra de for kontrakten karakteristiske træk (nemlig gennemførelsen af et enkelt byggeprojekt i et bestemt geografisk område i en fastsat periode og ifølge en defineret teknisk fremgangsmåde), er det efter min opfattelse ikke muligt at antage, at denne pris har haft virkninger for kontrakten, her i bred forstand, som rækker ud over selve den kontrakt, som prisen gjaldt.

27 – Dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 38, 39 og 43). Min fremhævelse.

28 – Dom af 15.6.1976 (51/75, EU:C:1976:85).

29 – Dom af 3.7.1985 (243/83, EU:C:1985:284).

30 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

31 – Dom af 4.6.2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

32 – Det forholder sig således, at en aftale betragtes som formel eller reel.

33 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

34 – Det synes imidlertid at fremgå af sagens akter, der er fremlagt for Domstolen, og af den femårige forældelsesfrist, *der løber fra tidspunktet for konkurrencebegrænsningens ophør* (jf. § 22 i lov mod konkurrencebegrænsninger), som finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, at det angivelige kartel ikke varede ved ud over den omhandlede bygge- og anlægskontrakt. Denne afgørelse tilkommer det under alle omstændigheder den forelæggende ret at træffe.

3. Overtrædelsens varighed og forsættlig overtrædelse

37. Det må ikke desto mindre fastslås, at Domstolen kun råder over få oplysninger om indholdet af den angivelige ulovlige adfærd i forbindelse med tvisten i hovedsagen. Den har f.eks. ikke modtaget oplysninger om eventuelle hemmelige kontakter eller møder, som er foregået efter kontraktens undertegnelse. Det fremgår blot af de supplerende oplysninger, som blev sendt til Domstolen i form af skriftlige svar på dens spørgsmål, at manipulationen af udbuddet bestod i en aftale, der var indgået med en anden virksomhed i kartellet om den faste pris, der skulle tilbydes, idet den anden part skulle tilbyde en pris, der nødvendigvis var højere end den, som Eltel tilbød. Fingrid modtog i alt fire tilbud. Hvis det under disse omstændigheder medgives, at kartellet kun angik denne kontrakt, udgør kontraktens undertegnelse efter udbudsprocedurens udløb ikke alene udmøntningen af kartellets gennemførelse, selve *klimaks* for den deraf følgende konkurrencebegrænsning (idet de potentielle konkurrenter til kontrakten således blev fortrængt), men også afslutningen på den periode, hvor de hemmeligt aftalte priser har været »i kraft« som omhandlet i retspraksis fra dommen i sagen Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen³⁵.

38. Overtrædelsens varighed kan med andre ord ikke afkobles fra den forsættlige overtrædelse, som virksomhederne i kartellet har begået. På et strafferetslignende område som kartelreglerne³⁶ forekommer det ikke acceptabelt at lade overtrædelsens varighed være betinget af et element, som ligger uden for lovertrædernes vilje, såsom den nærmere fremgangsmåde for arbejdets udførelse og gennemførelse eller tidsplanen for betalingerne. Dette ville indebære, at parterne blev frarøvet den mulighed, de bør have, for til enhver tid at bringe den ulovlige adfærd til ophør. Hvis det f.eks. er umuligt at betale den pris, der er aftalt i kontrakten, eller hvis dette nægtes, vil man da tillade en lige så lang forlængelse, og dermed på ubestemt tid, af overtrædelsens varighed, alene fordi den hemmeligt aftalte pris fortsat er skyldig? Det ville man efter min opfattelse ikke.

39. Derfor er jeg ikke overbevist af konkurrencemyndighedens og den finske regerings synspunkt. Kartellets økonomiske konsekvenser må således ikke forveksles med de negative virkninger, som det har affødt. Der skal sondres mellem på den ene side de konkurrencebegrænsende virkninger af manipulationen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, som har ført til udelukkelse af de konkurrerende tilbudsgivere og den mulige kunstige begrænsning af »kundens« valg, og på den anden side de bredere økonomiske konsekvenser for kunden og i næste række for kundens kunder (såsom kundens overvæltning af den fordrejede pris, idet denne overvæltning ikke *i sig selv* er bevis for, at den ulovlige adfærd, som kan tilregnes Eltel, har været ved, men blot repræsenterer en af dens økonomiske konsekvenser)³⁷.

40. Under disse omstændigheder er det desuden nødvendigt, for at overtrædelsen varer ved efter sit formelle ophør (hvilket i tvisten i hovedsagen vil sige kontraktens undertegnelse), at den forbudte adfærd fortsat kan karakteriseres som ulovlig, uden at de virkninger, der strengt taget ikke udspringer af den angivelige konkurrencestridige adfærd, kan udgøre elementer i denne karakterisering.

41. Med henblik på fastlæggelsen af tidspunktet for overtrædelsens ophør i en sammenhæng som den i hovedsagen omhandlede skal det endelig fremhæves, at hvis den virksomhed, som foreholdes den konkurrencestridige adfærd, ikke fik tildelt kontrakten, ville tidspunktet for overtrædelsens ophør, uafhængigt af ethvert andet element, som kan antyde, at overtrædelsen varede ved ud over den

35 – Dom af 30.5.2013 (C-70/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:351).

36 – Jf. om dette emne generaladvokat Bots forslag til afgørelse ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen (C-352/09 P, EU:C:2010:635, punkt 48 -52) eller generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Schenker & Co. m.fl. (C-681/11, EU:C:2013:126, punkt 40) og hendes stillingtagen til udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK, EU:C:2014:2475, punkt 149).

37 – Jeg tilføjer her, at spørgsmålet om virkningerne af den hemmeligt aftalte pris for kundens økonomiske kapacitet eller for den pris, der eventuelt opkræves hos slutkunderne, forekommer at skulle vurderes specifikt i en sammenhæng som den i hovedsagen omhandlede, hvoraf det synes at fremgå, at Eltels tilbud var det lavest blandt de fire tilbud, som blev afgivet til Fingrid. Jeg præciserer, at det forhold, at Eltels tilbud var det billigste, på ingen måde berører dets konkurrencestridige karakter, henset til dets fortrængende virkning for de øvrige tilbudsgivere (jf. i samme retning dom af 21.2.1995, SPO m.fl. mod Kommissionen, T-29/92, EU:T:1995:34, præmis 151).

omhandlede kontrakt, kunne være datoen for afgivelsen af tilbuddet. Datoen for kontraktundertegnelsen kan med andre ord ikke anses for under alle omstændigheder at være afgørende for overtrædelsens ophør, idet denne nødvendigvis må vurderes i lyset af de subjektive og objektive træk, der karakteriserer den.

42. Ligeledes kan datoen for kontraktundertegnelsen anses for at markere afslutningen på overtrædelsen eller som det tidspunkt, hvor de hemmeligt aftalte priser ikke længere er i kraft, såfremt kontrakten tilstrækkeligt præcist angiver parternes indbyrdes tilkendegivelser vedrørende disse priser. Dette forudsætter derfor, at kontrakten er tilstrækkeligt klar med hensyn til spørgsmålet om priserne for arbejdet i den foreliggende sag.

4. Overtrædelsens varighed, effektiv håndhævelse af artikel 101 TEUF og en retsunion

43. Konkurrencemyndigheden og den finske og den tyske regering har gjort gældende, at det ville stride mod kravet om effektiviteten af artikel 101 TEUF at fastlægge en for kort varighed af overtrædelsen i et tilfælde som det i tvisten i hovedsagen omhandlede.

44. Jeg har naturligvis forståelse for dette argument.

45. Jeg anfører dog alligevel, at når EU-retten i medfør af de for en retsunion karakteristiske principper tillader selve princippet om, at der er en forældelsesfrist for dens institutioners og nationale allieredes, dvs. de nationale konkurrencemyndigheders, beføjelser til at retsforfølge og pålægge sanktioner for overtrædelser af artikel 101 TEUF, må man samtidig opgive enhver tanke om en absolut effektiv virkning af artikel 101 TEUF og dermed acceptere, at visse overtrædelser af denne bestemmelse forbliver ustraffede. Målet kan med andre ord ikke hellige alle midler³⁸.

46. Jeg tilføjer endvidere, at der i tvisten i hovedsagen er tale om en temmelig specifik situation, og at den femårige forældelsesfrist efter national ret ved første øjekast forekom mig uden videre at muliggøre et indgreb fra konkurrencemyndighedens side³⁹. Den effektive håndhævelse af artikel 101 TEUF kan ikke begrunde, at man kunstigt forlænger overtrædelsens varighed, navnlig ud over lovovertrædernes vilje, for at muliggøre en retsforfølgning. Dette er så meget mere tvingende, som overtrædelsens varighed, sådan som Kommissionen har fremhævet, er et element, som der tages hensyn til ved fastsættelsen af bødens størrelse⁴⁰.

47. Det følger følgelig af min analyse, at artikel 101 TEUF bør fortolkes således, at i en situation, hvor en deltager i et kartel har indgået en bygge- og anlægskontrakt som aftalt inden for kartellet med en aktør, som står uden for kartellet, og for så vidt som det nævnte kartel var begrænset til denne kontrakt, anses tidspunktet for ophøret af overtrædelsen af konkurrencereglerne i princippet for at være indtrådt på det tidspunkt, hvor den virksomhed, der har gjort sig skyldig i overtrædelsen, har afgivet tilbuddet på den pågældende kontrakt eller i givet fald har indgået en kontrakt vedrørende udførelsen af arbejdet. En sådan fortolkning påvirker imidlertid ikke den forelæggende rets bedømmelse af den nævnte kontrakts indhold eller præciseringsgrad, bl.a. med hensyn til priserne, kartellets nøjagtige rækkevidde, de objektive og subjektive træk, der karakteriserer det, dets konkurrencebegrænsende virkninger og analysen af de forskellige beviser for samordnet adfærd, som konkurrencemyndigheden har afsløret i sin undersøgelse.

38 – Jf. i samme retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 54).

39 – Jeg er ikke blevet anmodet om i forbindelse med den foreliggende præjudicielle forelæggelse at tage stilling til de nationale forældelsesfristens forenelighed med princippet om effektiviteten af artikel 101 TEUF. Som Kommissionen har anført, er forældelsesfristens længde ikke det eneste kriterium, som skal tages i betragtning, eftersom andre elementer, såsom dem, der vedrører betingelserne for, hvornår denne frist kan afbrydes eller suspenderes, også kan være afgørende i denne henseende.

40 – Jf. artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003.

VI. Forslag til afgørelse

48. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål, som Korkein hallinto-oikeus (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Finland) har forelagt, således:

»Artikel 101 TEUF bør fortolkes således, at i en situation, hvor en deltager i et kartel har indgået en bygge- og anlægskontrakt som aftalt inden for kartellet med en aktør, som står uden for kartellet, og for så vidt som det nævnte kartel var begrænset til denne kontrakt, anses tidspunktet for ophøret af overtrædelsen af konkurrencereglerne i princippet for at være indtrådt på det tidspunkt, hvor den virksomhed, der har gjort sig skyldig i overtrædelsen, har afgivet tilbuddet på den pågældende kontrakt eller i givet fald har indgået en kontrakt vedrørende udførelsen af arbejdet. En sådan fortolkning påvirker imidlertid ikke den forelæggende rets bedømmelse af den nævnte kontrakts indhold eller præciseringsgrad, bl.a. med hensyn til priserne, kartellets nøjagtige rækkevidde, de objektive og subjektive træk, der karakteriserer det, dets konkurrencebegrænsende virkninger og analysen af de forskellige beviser for samordnet adfærd, som konkurrencemyndigheden har afsløret i sin undersøgelse.«