



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GIOVANNI PITRUZZELLA
föredraget den 10 september 2020¹

Mål C-450/19

**Konkurrens- och konsumentverket
ytterligare deltagare i målet:
Eltel Group Oy,
Eltel Networks Oy**

(begäran om förhandsavgörande från Högsta förvaltningsdomstolen (Finland))

”Begäran om förhandsavgörande – Fastställande av en konkurrensöverträdelsens varaktighet –
Kriterier – Konkurrensbegränsande samverkan som medför verkningar även efter den tidpunkt då den
formellt upphört – Villkor – Fastställande av de ekonomiska verkningarna av det
konkurrensbegränsande beteendet – Färdigställande av arbeten flera år efter det att ett
entreprenadavtal har ingåtts – Delbetalningar som gjorts efter att arbetet utförts”

I. Inledning

1. Vid en påstådd överträdelse av artikel 101 FEUF i form av samverkan vid inlämnade av anbud inom ramen för en anbudsinfördran avseende bygg- och anläggningsarbeten, hur avgör man vilken dag samverkan upphörde? Kan samverkan anses ha upphört innan de aktuella arbetena färdigställdes, eller innan betalningen för arbetena erlades. Det är i huvudsak dessa frågor som är föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Förordning nr 1/2003

2. Artikel 25 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget² har följande lydelse:

”1) Följande preskriptionstider gäller kommissionens befogenheter enligt artiklarna 23 och 24:

- a) Tre år vid överträdelser av bestämmelser om begäran om upplysningar eller genomförande av inspektioner.
- b) Fem år vid alla andra överträdelser.

¹ Originalspråk: franska.

² EGT L 1, 2003, s. 1.

- 2) Preskriptionstiden skall räknas från och med den dag då överträdelsen begicks. Vid fortsatta eller upprepade överträdelser skall dock tiden räknas från och med den dag då överträdelsen upphörde.
- 3) Preskriptionstiden för åläggande av böter eller föreläggande av viten skall avbrytas av åtgärder som vidtas av kommissionen eller av en medlemsstats konkurrensmyndighet i syfte att undersöka eller ingripa mot överträdelsen. Avbrottet i preskriptionstiden skall gälla från och med den dag då minst ett företag eller en företagssammanslutning som har deltagit i överträdelsen underrättas om åtgärden. Åtgärder som avbryter preskriptionstiden skall särskilt utgöras av
 - a) skriftliga framställningar om upplysningar vilka görs av kommissionen eller av en medlemsstats konkurrensmyndighet,
 - b) skriftliga tillstånd att genomföra inspektioner vilka kommissionen eller en medlemsstats konkurrensmyndighet har givit sina tjänstemän,
 - c) kommissionens eller en medlemsstats konkurrensmyndighets inledande av ett förfarande,
 - d) meddelanden om invändningar från kommissionen eller en medlemsstats konkurrensmyndighet.
- 4) Avbrottet i preskriptionstiden skall gälla alla de företag eller företagssammanslutningar som har deltagit i överträdelsen.
- 5) Efter varje avbrott skall preskriptionstiden börja löpa på nytt. Preskriptionstiden skall dock löpa ut senast den dag då en period som är lika med den dubbla preskriptionstiden har förflutit utan att kommissionen har ålagt böter eller förelagt viten. Denna period skall förlängas med den tid under vilken preskriptionstiden tillfälligt har upphört att löpa enligt punkt 6.
- 6) Preskriptionstiden för åläggande av böter eller föreläggande av viten skall tillfälligt upphöra att löpa så länge som kommissionens beslut är föremål för prövning av EG-domstolen.”

B. Finländsk rätt

3. I 1 a § i lag om konkurrensbegränsningar föreskrivs att ”[d]å en konkurrensbegränsning kan påverka handeln mellan Europeiska gemenskapens medlemsstater, tillämpas bestämmelserna i artiklarna 81 och 82 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget).”

4. 4 § i denna lag har följande lydelse:

”Avtal mellan näringsidkare, beslut av sammanslutningar av näringsidkare samt samordnade förfaranden av näringsidkare är förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat.

Förbjudna är särskilt sådana avtal, beslut och förfaranden som innebär att

- 1) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- 2) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- 3) marknader eller inköpskällor delas upp,
- 4) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, eller

5) det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

5. I 22 § i denna lag föreskrivs att ”[p]åföljdsavgift får inte bestämmas för överträdelse av bestämmelserna i 4 ... § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, om inte framställning till marknadsdomstolen har gjorts inom fem år från det att konkurrensbegränsningen upphörde att gälla eller konkurrensverket fick vetskap om den”.

III. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

6. Företaget Fingrid Oyj är den största upphandlande enheten för arbeten på högspänningsledningar i Finland. Det äger stamnätet som används vid elöverföring i Finland, och ansvarar även för dess utveckling. Den 16 april 2007 offentliggjorde Fingrid en anbudsinfordran avseende upphandling av bygg- och anläggningsarbeten för 400 kV-högspänningsledningen mellan Keminmaa och Petäjäkoski. Anbuden skulle lämnas senast den 5 juni 2007 och arbetena skulle vara slutförda den 12 november 2009.

7. Den 4 juni 2007 lämnade det finländska företaget Eltel Networks Oy ett anbud avseende byggprojektet. I anbudet angavs att projektet skulle vara helt färdigställt senast den 12 november 2009. Av konkurrens- och konsumentverkets beslut framgår att detta anbud lämnades efter föregående samråd med ett annat företag³ som deltog i den förmodat förbjudna konkurrensbegränsande samverkan (nedan även kallad kartellen). Avtalet om bygg- och anläggningsarbeten mellan Eltel Networks och Fingrid undertecknades den 19 juni 2007. Arbetena slutfördes den 12 november 2009. Den sista delbetalningen gjordes den 7 januari 2010.

8. Genom beslut av den 31 oktober 2014 yrkade konkurrens- och konsumentverket att Marknadsdomstolen (Finland) skulle förplikta Eltel Networks och Eltel Group Oy (nedan gemensamt kallade Eltel) att under solidariskt ansvar betala en konkurrensskadeavgift på 35 miljoner euro på grund av förbjuden samverkan⁴. Enligt konkurrens- och konsumentverkets beslut inleddes den konkurrensbegränsande samverkan senast i oktober 2004 och fortsatte utan avbrott åtminstone fram till mars 2011. Eltel har således åsidosatt 4 § i lagen om konkurrensbegränsningar och artikel 101 FEUF genom att, tillsammans med ett annat företag, ha ingått avtal om priser, vinstmarginaler och uppdelning av projekterings- och byggarbeten avseende högspänningsledningar för elöverföring i Finland.

9. Den 30 mars 2016 avslog Marknadsdomstolen konkurrens- och konsumentverkets ansökan om påförande av konkurrensskadeavgift. Enligt Marknadsdomstolen upphörde Eltel att delta i den påstådda konkurrensbegränsningen före den 31 oktober 2009 och konkurrens- och konsumentverket hade inte lagt fram några bevis för att överträdelsen hade fortsatt efter detta datum. Det framgår av 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar att konkurrensverket inom fem år från det att

3 Det andra företaget i fråga ingav under år 2013 en ansökan om förmånlig behandling till konkurrens- och konsumentverket, vilken föranledde konkurrens- och konsumentverket att undersöka kartellen. Den 31 oktober 2014 beviljade konkurrens- och konsumentverket detta andra företag förmånlig behandling och befriade det från alla påföljder.

4 Det framgår av handlingarna i målet att förekomsten av en förbjuden samverkan mellan Eltel och det andra företag som påstås ha deltagit i kartellen fortfarande inte är definitivt styrkt i rättsligt hänseende. Eltel har såväl vid den hänskjutande domstolen som vid EU-domstolen gjort gällande att konkurrens- och konsumentverket i sitt beslut av den 31 oktober 2014 inte i tillräcklig utsträckning har visat att en sådan konkurrensbegränsande samverkan har förekommit. I motsats till konkurrens- och konsumentverkets och den hänskjutande domstolens slutsatser slog Marknadsdomstolen emellertid fast att den konkurrensbegränsande samverkan endast avsåg utformningen av den elöverföringslinje som berördes av anbudsinfordran. Eftersom det inte ankommer på EU-domstolen att avgöra huruvida en sådan samverkan verkligen har existerat eller inte, eller fastställa dess eventuella räckvidd, ska varje hänvisning i dessa slutsatser till en kartell i vilken Eltel har deltagit enbart förstås som en hänvisning till en misstänkt förbjuden kartell.

konkurrensbegränsningen upphörde ska lägga fram ett förslag till påföljdsavgift. Enligt Marknadsdomstolen avsåg den förmodade kartellen projekteringsarbeten för den aktuella elöverföringslinjen, men inte själva bygg- och anläggningsarbetena i sig. Projekteringsarbetena avslutades under år 2007.

10. Konkurrens- och konsumentverket har överklagat detta beslut till den hänskjutande domstolen. Enligt konkurrens- och konsumentverket har avtalet mellan Eltel och det andra företag som deltog i kartellen ingåtts innan Eltel lämnade sitt anbud och avsåg prissättningen. Den förbjudna samverkan pågick fram till dagen för den sista betalningen (det vill säga den 7 januari 2010), då det avtal genom vilket den rättsstridiga prissättningen genomfördes fortfarande var i kraft. Konkurrens- och konsumentverket har i andra hand gjort gällande att den dag arbetena slutfördes (det vill säga den 12 november 2009) ska beaktas. De ekonomiska verkningarna av kartellen, i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis, fortsatte och Fingrid led på grund av det pris som betalades skada fram till dessa datum. Genom att tilldelas kontraktet har kartellen orsakat konkreta och långvariga verkningar på grund av att priset har betalats genom delbetalningar över tid. De skadliga verkningarna av kartellen övervältras varje år då en delbetalning ska erläggas och påverkar varje år kostnaderna för det företag som lidit skada av kartellen och dess ekonomiska resultat. Merkostnaden till följd av det pris som betalats, som är följderna av den konkurrensbegränsande samverkan, övervältras även på den nätansvariges kunder. I den ansökan om påförande av konkurrensskadeavgift som konkurrens- och konsumentverket ingav till Marknadsdomstolen den 31 oktober 2014 gjorde konkurrens- och konsumentverket gällande att det handlat inom den frist som föreskrivs i 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar.

11. Eltel har bestritt denna bedömning och har i huvudsak gjort gällande att överträdelsens varaktighet ska bedömas i förhållande till den period under vilken de företag som deltog i kartellen genomförde de handlingar som utgjorde ett rättsstridigt beteende. När det gäller bygg- och anläggningskontrakt börjar preskriptionstiden löpa den dag anbudet lämnas in, det vill säga i förevarande fall den 4 juni 2007. I andra hand kan den dag kontraktet ingicks (det vill säga den 19 juni 2007) användas. Efter dessa två händelser har det erbjudna eller överenskomna priset till följd av kartellen dock inte längre någon inverkan på marknaden. Hur arbetet fortskrider eller betalningsplanen påverkar inte konkurrensen på marknaden, eftersom detta saknar betydelse för det begärda priset. Varje annan tolkning, exempelvis den som konkurrens- och konsumentverket har föreslagit, saknar samband med frågan om den konkurrensbegränsning som kartellen gett upphov till och strider mot rättssäkerhetsprincipen. Konkurrens- och konsumentverkets ansökan om konkurrensskadeavgift ingavs därför för sent till Marknadsdomstolen.

12. Den hänskjutande domstolen har å sin sida utgått från antagandet att den upphandling som Eltel vann avser ett byggentreprenadkontrakt för uppförande av en elöverföringslinje. I det aktuella fallet är den hänskjutande domstolen osäker på frånan när det kan anses att den förmodade samordningen och den rättsstridiga prissättningen som denna har gett upphov till har fått ekonomiska verkningar. Enligt nationell rättspraxis börjar den tidsfrist på fem år som föreskrivs i 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar att löpa den dag då det senaste beteendet kopplat till överträdelsen upphör. Den hänskjutande domstolen frågar sig hur detta ska bedömas för det fall en deltagare i en kartell ingår ett byggentreprenadkontrakt med en tredje part som motsvarar det som överenskommit inom ramen för kartellen, och bygg- och anläggningsarbetena slutförs flera år efter det att det aktuella entreprenadkontraktet ingicks och betalningen för kontraktet fortfarande äger rum efter det att arbetena slutförts. Den hänskjutande domstolen har påpekat att domstolens rättspraxis inte innehåller någon uppenbar lösning på denna punkt.

13. För det första slog EU-domstolen i sin dom *Quinn Barlo m.fl./kommissionen*⁵ fast att de ekonomiska verkningarna av en konkurrensbegränsning kunde fortsätta fram till slutet av den period då de rättsstridiga priserna var i kraft och att det var möjligt att beakta den period under vilken dessa priser gällde vid bedömningen av överträdelsens varaktighet.⁶ Det är således inte den rättsliga formen för det konkurrensbegränsande beteendet som är av betydelse utan de ekonomiska verkningarna av detta beteende. Om sådana verkningar kan anses fortsätta även efter det att en komplex och bestående överträdelse formellt har upphört, och verkningarna ska beaktas vid beräkningen av överträdelsens varaktighet, kan konkurrens- och konsumentverkets resonemang godtas. Den hänskjutande domstolen har emellertid påpekat att den konkurrensbegränsning som var i fråga i domen i målet *Quinn Barlo*⁷ var av ett helt annat slag än den som är i fråga i det nationella målet.

14. För det andra slog EU-domstolen i sin dom *EMI Records*⁸ fast att vid konkurrensbegränsande samverkan som upphört att gälla räcker det med att verkningarna av sådan samverkan består efter det att de formellt har upphört att gälla, exempelvis om det av de berörda parternas uppträdande underförstått framgår att det finns för sådan samverkan karaktäristiska kriterier som leder till samma resultat som det som avsågs med samverkan.⁹ Om, såsom *Eltel* har hävdat, de priser som tillämpades på marknaderna för bygg- och anläggningsarbeten och kartellens inverkan på konkurrensen endast bestod fram till den dag då anbudet lämnades, eller kontraktet undertecknades, är det i stället *Eltels* resonemang som ska godtas, eftersom konkurrens- och konsumentverkets ansökan om konkurrensskadeavgift i så fall måste anses ha inletts för sent till Marknadsdomstolen.

15. Den hänskjutande domstolen har dessutom påpekat att frågan om hur länge den förmodade konkurrensöverträdelsen har pågått inte ska förväxlas med frågan om den eventuella skada som offren för den påstådda kartellen eventuellt har lidit.¹⁰

16. Mot denna bakgrund har Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) vilandeförklarat målet och genom beslut som inkom till EU-domstolens kansli den 13 juni 2019 begärt ett förhandsavgörande avseende följande fråga:

”Kan det konkurrensrättsliga systemet enligt artikel 101 FEUF tolkas så, att en överträdelse av konkurrensreglerna, i en situation där en kartelldeltagare har ingått ett entreprenadkontrakt i överensstämmelse med det samordnade förfarandet i kartellen med en aktör som inte är delaktig i kartellen – på grund av de ekonomiska verkningar som överträdelsen orsakar – ska anses pågå under hela tidsperioden då avtalsförpliktelse som följer av kontraktet fullgörs eller så länge betalningar för arbetena görs till avtalsparterna, det vill säga fram till tidpunkten då den sista delbetalningen för arbetena gjorts, eller åtminstone till den tidpunkt då de aktuella arbetena färdigställts, eller ska överträdelsen av konkurrensreglerna endast anses pågå fram till tidpunkten då företaget som har gjort sig skyldigt till överträdelsen har lämnat ett anbud för de berörda arbetena eller har ingått ett avtal om utförande av arbetena?”

IV. Förfarandet vid domstolen

17. Konkurrens- och konsumentverket, *Eltel*, den finländska, den tyska, den italienska och den lettiska regeringen samt Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen.

5 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

6 Dom av den 30 maj 2013, *Quinn Barlo m.fl./kommissionen* (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351, punkt 40).

7 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

8 Dom av den 15 juni 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

9 Den hänskjutande domstolen hänvisar här till punkterna 30 och 31 i domen av den 15 juni 1976, *EMI Records* (51/75, EU:C:1976:85).

10 Den hänskjutande domstolen har preciserat att den dag skadan uppstod (och således den dag preskriptionsfristen för skadestånd börjar löpa) enligt finländsk rätt inte är den dag priset betalades utan den dag avtalet ingicks.

18. Till följd av beslutet av den 16 april 2020 från domstolens andra avdelning om att ställa in den förhandling som ursprungligen hade planerats att hållas vid domstolen, ställde dels nämnda avdelning, dels generaladvokaten, skriftliga frågor till samtliga deltagare inom ramen för den skriftliga delen av förevarande prejudiciella förfarande. Konkurrens- och konsumentverket, Eltel, den finländska, den italienska och den lettiska regeringen samt kommissionen har inkommit med svar på dessa frågor.

V. Bedömning

19. Den hänskjutande domstolen har bett EU-domstolen att klargöra när den påstådda överträdelsen av artikel 101.1 FEUF ska anses ha upphört, en överträdelse som bestod i samordning mellan företag i en kartell om vilka anbud som skulle lämnas i en upphandling av projekterings- och byggarbeten, i förevarande fall avseende högspänningsledningar för elöverföring. Frågan har ställts till EU-domstolen inom ramen för en ansökan från konkurrens- och konsumentverket om att påföra Eltel en konkurrensskadeavgift, eftersom parterna i det nationella målet är oense om vid vilken tidpunkt preskriptionstiden för att ålägga påföljdsavgifter löper ut.

A. Inledande anmärkningar

20. Innan jag påbörjar min bedömning av tolkningsfrågan anser jag att det är på sin plats med två inledande anmärkningar, dels avseende ett klargörande av nationell rätt, dels avseende den decentraliserade karaktär som genomförandet av unionens konkurrenspolitik har.

21. Vad för det första gäller det rådande rättsläget i nationell rätt, och även om mycket talar för att den tolkningsfråga som ställts till domstolen är relevant för att avgöra det nationella målet,¹¹ framgår det av handlingarna i målet att det i 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar föreskrivs två möjliga startpunkter för preskriptionstiden på fem år, nämligen när överträdelsen upphörde att gälla eller då konkurrensverket fick vetskap om de konkurrensbegränsande beteendena. Konkurrens- och konsumentverket fick vetskap om beteendena den 31 januari 2013 och ingav sin ansökan om konkurrensskadeavgift den 31 oktober 2014. Om den andra tänkbara startpunkten för preskriptionstiden i 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar tillämpas är det osäkert om domstolens svar på tolkningsfrågan kan användas för att avgöra tvisten i det nationella målet.

22. Dessa tvivel skingrades dock genom de kompletterande upplysningar som domstolen mottog som svar på sina frågor. Det förefaller nämligen vara ostridigt mellan Eltel och den finländska regeringen att vid en enda, fortlöpande överträdelse som redan har upphört ska endast den första tänkbara startpunkten för den femåriga preskriptionstiden tillämpas, det vill säga den dag då överträdelsen upphörde. Det råder således inte längre något tvivel om att svaret på den fråga som ställts kan användas för att avgöra tvisten i nationella målet.

23. För det andra konstaterar jag att det i förevarande fall rör sig om ett decentraliserat genomförande av unionens konkurrenspolitik. Det ska därför omedelbart påpekas att det preskriptionssystem som är tillämpligt på åtgärder som vidtas av de nationella konkurrensmyndigheterna inte i sig regleras i unionsrätten.

24. Kapitel VII i förordning nr 1/2003 innehåller visserligen ett antal föreskrifter på området. Dessa regler är emellertid endast tillämpliga på kommissionen. Framför allt föreskrivs det i artikel 25.1 i nämnda förordning att en preskriptionstid på fem år ska gälla för *kommissionens* befogenhet att ålägga påföljder vid överträdelser av artikel 101 FEUF. Preskriptionstiden ska räknas från och med den dag då

¹¹ Bland en omfattande rättspraxis, se dom av den 31 januari 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, punkt 56 och där angiven rättspraxis) och dom av den 27 februari 2020, Land Sachsen-Anhalt (Löner för tjänstemän och domare) (C-773/18–C-775/18, EU:C:2020:125, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

överträdelsen begicks eller, i fråga om fortsatta eller upprepade överträdelser, från och med den dag då överträdelsen upphörde.¹² Det framgår av handlingarna i målet att den nationella lagstiftaren har valt att tillämpa samma preskriptionstid för konkurrens- och konsumentverket som den preskriptionstid som unionslagstiftaren har fastställt för kommissionen, det vill säga fem år.

25. I Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad¹³ fastställs, utan att det föreskrivs någon tidsfrist, principen att det behövs ”genomförbara bestämmelser” för att säkerställa att nationella konkurrensmyndigheter effektivt kan kontrollera efterlevnaden av artikel 101 FEUF, framför allt att ”nationella preskriptionsfrister [bör] avbrytas eller tillfälligt upphöra medan förfarandena pågår vid nationella konkurrensmyndigheter i en annan medlemsstat eller vid kommissionen” men att detta inte får hindra medlemsstaterna från att upprätthålla eller införa absoluta preskriptionsfrister, förutsatt att sådana fristers varaktighet ”inte leder till att det blir omöjligt eller orimligt svårt att i praktiken kontrollera efterlevnaden av [artikel 101 FEUF]”.¹⁴ I artikel 29 i direktiv 2019/1 bekräftas dessa krav. Unionslagstiftarens andemening är således att fastställandet av den nationella preskriptionstiden är medlemsstaternas ansvar och att detta därmed omfattas av principen om processuell autonomi.

26. Jag noterar emellertid att den fråga som ställts inte egentligen avser preskriptionstidens längd som sådan, utan snarare den tidpunkt från vilken preskriptionstiden börjar löpa. Som påpekats ovan börjar denna frist enligt förordning nr 1/2003 att löpa från och med den tidpunkt då överträdelsen upphörde. Fastställandet av varaktigheten av den påstådda överträdelsen av artikel 101.1 FEUF omfattas utan tvekan av unionsrätten.

B. Överträdelsens varaktighet i ett sådant sammanhang som det i det nationella målet

27. För att, inom ramen för det nationella målet, bedöma varaktigheten av den påstådda överträdelsen av artikel 101.1 FEUF, erinrar jag om vad som framför allt kännetecknar denna överträdelse. Överträdelsen bestod av samverkan mellan företag i syfte att manipulera de anbuds-förfaranden som inlemts inom ramen för en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Kontraktet ingicks samma månad som anbudet lämnades. Arbetena, liksom betalningarna, har emellertid pågått under flera år. Arbetena färdigställdes två år och fem månader efter det att anbudet hade lämnats och kontraktet ingåtts, medan den sista betalningen skedde två år och sju månader efter dessa två händelser ägt rum.

1. Överträdelsens varaktighet enligt EU-domstolens praxis

28. Frågan om hur länge en konkurrensbegränsande samverkan har pågått är något som EU-domstolen ofta får ta ställning till, eftersom en påföljds stränghet bland annat beror på hur länge överträdelsen har pågått, vilket innebär att de företag som anklagas för ett beteende som strider mot artikel 101.1 FEUF ofta framför argument som syftar till att visa att varaktigheten är kortare än påstått.

¹² Se artikel 25.2 i förordning nr 1/2003.

¹³ EUT L 11, 2019, s. 3. Notera att fristen för att införliva detta direktiv ännu inte har löpt ut (se punkt 34.1 i direktiv 2019/1).

¹⁴ Skäl 70 i direktiv 2019/1.

29. Som den hänskjutande domstolen har påpekat har EU-domstolen redan konstaterat att det vid en konkurrensbegränsande samverkan som upphört att gälla räcker med att verkningarna av en sådan samverkan består efter det att de formellt har upphört att gälla för att artikel 101 FEUF ska vara tillämplig.¹⁵ Den hänskjutande domstolen har preciserat att ”verkningarna av konkurrensbegränsande samverkan endast anses bestå om det av de berörda parternas uppträdande underförstått framgår att det finns för sådan samverkan karaktäristiska kriterier som leder till samma resultat som det som avsågs med samverkan”.¹⁶

30. EU-domstolen upprepade denna rättspraxis och tillämpade den på förlagsområdet i domen Binon,¹⁷ i vilken den slog fast att artikel 101 FEUF även var tillämplig ”om förläggarna hade fortsatt att agera parallellt efter det att det tidigare avtalet hade upphört att gälla utan att något nytt avtal ingåtts ... avser konkurrensreglerna i artiklarna [101 och följande artiklar FEUF] avtalens ekonomiska resultat, eller någon annan motsvarande form av samordning eller samverkan, snarare än avtalets juridiska form”.¹⁸ Följaktligen ska artikel 101 FEUF anses vara tillämplig om de samlade avtal som det var fråga om i detta mål ”faktiskt [fick] till följd att godkännandet av försäljningsställena lämnades till den agentur eller det organ som inrättats inom ramen för dessa avtal”.¹⁹

31. I den mer nyligen meddelade domen Quinn Barlo m.fl./kommissionen²⁰ hade klagandena i sitt överklagande klandrat tribunalen för att ha underlåtit att tillämpa den allmänna principen om oskuldspresumtion genom att förlänga varaktigheten av den första perioden av klagandenas deltagande i en kartell till dagen för det andra konkurrensbegränsande mötet, trots att tribunalen hade konstaterat att deltagarna vid detta möte i juni 1998 hade kommit överens om en prishöjning för oktober månad samma år.²¹ Domstolen slog fast att ”[d]et följer av fast rättspraxis att det för fastställelse av en överträdelsens varaktighet i det konkurrensrättsliga systemet enligt artiklarna 101 och 102 FEUF snarare är de ekonomiska verkningarna av avtal eller olika former av samverkan eller överenskommelse med jämförbar innebörd som är relevanta än deras rättsliga form. När det är fråga om en kartell mellan företag som upphört att gälla räcker det med att *verkningarna av sådan samverkan består* efter det att de formellt har upphört att gälla för att artikel 101 FEUF ska kunna tillämpas. En överträdelsens varaktighet kan således fastställas på grundval av *tidsperioden under vilken företagen som gjort sig skyldiga till överträdelsen har uppvisat ett beteende som är förbjudet enligt nämnda artikel ...* Tribunalen hade med andra ord rent teoretiskt kunnat konstatera att det förelåg en överträdelse, till exempel under *hela den period då de hemliga priserna var i kraft*, vilket i förevarande fall objektivt sett skulle ha lett till ett resultat som var mindre fördelaktigt för klagandena”.²²

32. Även om dessa tre domar innehåller delar som är intressanta för min bedömning, konstaterar jag att ingen av dem i sig är tillräcklig för att besvara tolkningsfrågan. Den rättspraxis från EU-domstolen som den hänskjutande domstolen utförligt har hänvisat till ska nämligen sättas i sitt sammanhang, det vill säga bedömas i förhållande till varje aktuell kartell, varav ingen är jämförbar med den som är i fråga i det nationella målet. I målet EMI²³ hade det således kunnat konstateras att det förekom underförstådda inslag av samordning och samverkan. I domen Binon²⁴ hade avtalet formellt upphört,

15 Se dom av den 15 juni 1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, punkt 30).

16 Se dom av den 15 juni 1976, EMI Records (51/75, EU:C:1976:85, punkt 31).

17 Dom av den 3 juli 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

18 Dom av den 3 juli 1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, punkt 17).

19 Dom av den 3 juli 1985, Binon (243/83, EU:C:1985:284, punkt 18).

20 Dom av den 30 maj 2013, Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

21 Se dom av den 30 maj 2013, Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351, punkterna 32 och 33).

22 Dom av den 30 maj 2013, Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351, punkt 40). Min kursivering.

23 Dom av den 15 juni 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

24 Dom av den 3 juli 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

men ett faktiskt avtal förefaller ha bestått. Även om domstolen i domen Quinn Barlo m.fl./kommissionen²⁵ erinrade om sin praxis avseende konkurrensbegränsande samverkan som upphört men som fortfarande har verkningar, gjordes detta i praktiken för att konstatera att ett avtal om framtida priser hade ingåtts vid det sista hemliga mötet.

2. Överträdelsens varaktighet och det rättsintresse som skyddas

33. Samtidigt som räckvidden av dessa tre domar måste ses i sitt sammanhang för att det ska vara möjligt att avgöra förevarande mål finns det skäl att uppmärksamma domen T-Mobile Netherlands m.fl.²⁶ I denna slog domstolen fast att ”artikel [101 FEUF] [är], i likhet med övriga konkurrensregler i fördraget, inte enbart avsedd att skydda konkurrenternas eller konsumenternas direkta intressen, utan den ska även skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan. [Det] måste ... således inte föreligga ett direkt samband mellan ett samordnat förfarande och konsumentpriserna för att det ska kunna konstateras att ett samordnat förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte. ... [E]tt samordnat förfarande har ett *konkurrensbegränsande syfte*, i den mening som avses i artikel [101.1 FEUF], om det på grund av dess innehåll och syfte, samt med beaktande av det juridiska och ekonomiska sammanhang i vilket det ingår, är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Det är inte nödvändigt att konkurrensen verkligen hindras, begränsas eller snedvríds. Det är inte heller nödvändigt att det föreligger ett direkt samband mellan detta samordnade förfarande och konsumentpriserna. Ett informationsutbyte mellan konkurrenter ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte om det är ägnat att undanröja osäkerhet om hur de berörda företagen har för avsikt att agera.”²⁷

34. Domen i målet T-Mobile Netherlands m.fl. gör det således möjligt att förstå frågan om överträdelsens varaktighet på ett annat sätt än i domarna i målen EMI,²⁸ Binon²⁹ och Quinn Barlo m.fl./kommissionen³⁰. En av de grundläggande frågor som måste besvaras för att fastställa överträdelsens varaktighet är nämligen det rättsliga intresse som skyddas, det vill säga kundens fria val, möjligheten att erhålla bättre erbjudanden med bästa möjliga villkor enligt fri konkurrens, vilket bland annat kommissionen har gjort gällande i sina skriftliga yttranden. Överträdelsen föreligger således så länge en formell eller faktisk samverkan begränsar denna möjlighet. För att bedöma överträdelsens varaktighet är det således nödvändigt att bedöma överträdelsens inverkan på det rättsintresse som skyddas och i slutändan den exakta omfattningen av den konkurrensbegränsande samverkan, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

35. Om den konkurrensbegränsande samverkan som beskrivs i begäran om förhandsavgörande endast avsåg marknaden för projektering och byggnation av 400 kV-högspänningsledningen mellan Keminmaa och Petäjäskoski upphörde den konkurrensbegränsande samverkan, enligt domen i målet T-Mobile Netherlands m.fl.,³¹ senast när avtalet undertecknades. Efter undertecknandet finns det nämligen inte längre något bestående avtal mellan de företag som deltar i kartellen,³² vilket innebär att man inte heller kan anse att de samordnade priserna, som uppfattas som ett uttryck för kartelldeltagarnas vilja

25 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

26 Dom av den 4 juni 2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

27 Dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, punkterna 38, 39 och 43). Min kursivering.

28 Dom av den 15 juni 1976 (51/75, EU:C:1976:85).

29 Dom av den 3 juli 1985 (243/83, EU:C:1985:284).

30 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

31 Dom av den 4 juni 2009 (C-8/08, EU:C:2009:343).

32 Det stämmer att man betraktar ett formellt eller faktiskt avtal.

att komma överens om de priser som ska tillämpas på framtida kontrakt, fortfarande är ”i kraft” i den mening som avses i domen Quinn Barlo m.fl./kommissionen.³³ Den period under vilken de klandrade företagen uppvisade ett förbjudet beteende, i den mening som avses i denna dom, upphörde således i och med att avtalet undertecknades.

36. Med förbehåll för den prövning som det ankommer på den hänskjutande domstolen att göra kan ett sådant konstaterande förklaras utifrån de särskilda egenskaperna hos varje byggentreprenadkontrakt, och utan att det påverkar eventuella bevis för att det föreligger en konkurrensbegränsande samverkan i samband med det byggentreprenadkontrakt som är i fråga i det nationella målet och andra framtida kontrakt.³⁴ Om, såsom Eltel har hävdad, priset för byggentreprenaden för byggandet av högspänningslinjen mellan Keminmaa och Petäjäskoski hade fastställts med hänsyn till kontraktets egna egenskaper (det vill säga utförandet av ett enda arbete, inom ett visst geografiskt område, under en bestämd period och enligt en bestämd teknisk metod), går det enligt min mening inte att anse att detta pris, denna gång i vid bemärkelse, hade verkningar på marknaden som gick utöver det kontrakt i vilket priset fastställdes.

3. Överträdelsens varaktighet och avsikt att begå överträdelsen

37. Jag konstaterar dock att domstolen har ont om uppgifter om vilka delar av det rättsstridiga beteendet som klandras i det nationella målet. Domstolen har exempelvis inte tillgång till information om hemliga kontakter eller möten som eventuellt ägt rum efter det att avtalet undertecknades. Av de kompletterande upplysningar som lämnats till domstolen inom ramen för de skriftliga svaren på domstolens frågor framgår att manipuleringen av anbudsinfordran påstås ha bestått i ingåendet av ett avtal med det andra företag som deltog i kartellen angående det fasta pris som skulle erbjudas, och att den andra kartelldeltagaren skulle ha erbjudit högre pris än det som Eltel erbjöd. Fingrid tog totalt emot fyra anbud. Även om man medger att den konkurrensbegränsande samverkan endast omfattade denna marknad medför undertecknandet av kontraktet efter anbudsinfordran under dessa omständigheter inte enbart ett praktiskt genomförande av den konkurrensbegränsande samverkan, och *kulmen* på den konkurrensbegränsning som följde av avtalet (genom att de potentiella konkurrenterna på marknaden uteslöts), utan utgör även slutet på den period under vilken de hemliga priserna var ”i kraft” i den mening som avses i den rättspraxis som bygger på domen Quinn Barlo m.fl./kommissionen.³⁵

38. Överträdelsens varaktighet kan med andra ord inte skiljas från den omständigheten att de företag som deltog i kartellen hade för avsikt att begå överträdelsen. På ett nästan straffrättsligt område som kartellrätten³⁶ skulle det inte vara tillåtet att låta överträdelsens varaktighet vara beroende av en omständighet som ligger utanför huvudmännens vilja, såsom formerna för genomförande och utförande av arbetena eller tidsplanen för betalningarna. I så fall skulle parterna nämligen fräntas sin möjlighet att när som helst upphöra med sitt rättsstridiga beteende. För det fall det exempelvis är omöjligt att betala det avtalade priset eller om betalning av detta vägras, förlängs i så fall överträdelsens varaktighet, och då eventuellt på obestämd tid, enbart av det skälet att det hemliga priset består? Jag anser inte det.

33 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351).

34 Det förefaller emellertid framgå av de handlingar som ingetts till domstolen och av preskriptionsfristen på fem år från det att konkurrensbegränsningen upphörde, (se 22 § i lagen om konkurrensbegränsningar, som är tillämplig i det nationella målet), att den påstådda konkurrensbegränsande samverkan inte varade längre än det aktuella byggentreprenadkontraktet. Under alla omständigheter ankommer det på den hänskjutande domstolen att göra denna bedömning.

35 Dom av den 30 maj 2013 (C-70/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:351)

36 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet ThyssenKrupp Nirosta/kommissionen (C-352/09 P, EU:C:2010:635, punkterna 48–52) eller förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Schenker & Co. m.fl. (C-681/11, EU:C:2013:126, punkt 40), och hans ställningstagande till yttrande 2/13 (Unionens anslutning till Europakonventionen, EU:C:2014:2475, punkt 149).

39. Därför övertygas jag inte av konkurrens- och konsumentverkets och den finländska regeringens ståndpunkt. De ekonomiska verkningarna av den konkurrensbegränsande samverkan får således inte förväxlas med de skadliga verkningar som den har gett upphov till. De konkurrensbegränsande verkningarna av den manipulering av marknaden som är i fråga i det nationella målet, och som lett till att anbudsgivande konkurrenter utestängs och till en eventuellt konstlad begränsning av valet av "kund", ska skiljas från de mer omfattande ekonomiska verkningar som uppkommer för kunden och, i förekommande fall, för kundens kunder (såsom övervältringen av det pris som har snedvridits av kunden, eftersom denna övervältring inte *i sig* utgör bevis för att det rättsstridiga beteende som läggs Eltel till last har fortsatt, utan endast utgör en av dess konsekvenser).³⁷

40. För att överträdelsen ska fortsätta efter det att den formellt sett har upphört (vilket i det nationella målet skedde genom undertecknandet av kontraktet) krävs under dessa omständigheter även att det förbjudna beteendet fortsätter att kunna karakteriseras som sådant, utan behov av att åberopa de verkningar som inte strikt hör till det kritiserade konkurrensbegränsande beteendet.

41. För att under sådana omständigheter som de som är i fråga i det nationella målet fastställa vid vilken tidpunkt överträdelsen upphörde ska det slutligen understrykas att om det företag som klandras för det konkurrensbegränsande beteendet i slutändan inte tilldelades kontraktet kan den dag överträdelsen upphörde, bortsett från andra omständigheter som tyder på att överträdelsen pågått längre än till tidpunkten för det aktuella kontraktet, vara den dag då anbudet lämnades in. Med andra ord kan dagen för undertecknandet av avtalet under alla omständigheter inte anses vara avgörande för när överträdelsen upphörde, eftersom detta måste bedömas med hänsyn till de subjektiva och objektiva omständigheter som kännetecknar överträdelsen.

42. På samma sätt kan dagen för undertecknandet av avtalet anses markera att överträdelsen har upphört eller att de hemliga priserna har upphört, förutsatt att parternas vilja tillräckligt tydligt framgår av avtalet. Detta förutsätter i så fall att priset för arbetena tydligt framgår av avtalet.

4. Överträdelsens varaktighet, ett effektivt genomförande av artikel 101 FEUF och en rättsunion

43. Konkurrens- och konsumentverket samt den finländska och den tyska regeringen har gjort gällande att det strider mot kravet på effektivitet i artikel 101 FEUF att i ett fall som det som är i fråga i det nationella målet hävda att överträdelsen har pågått under alltför kort tid.

44. Det går naturligtvis inte att bortse från detta argument.

45. Eftersom det i unionsrätten, med tillämpning av de principer som är kännetecknande för en rättsunion, fastställs en preskriptionstid för när unionens institutioner, och dess nationella motsvarigheter, det vill säga de nationella konkurrensmyndigheterna, kan beivra och bestraffa överträdelser av artikel 101 FEUF, måste man dock samtidigt inse att artikel 101 FEUF inte alltid kan ges full verkan och således godta att vissa överträdelser av denna bestämmelse förblir ostraffade. Ändamålet kan med andra ord inte helga alla medel.³⁸

³⁷ Enligt min mening bör det göras en specifik bedömning av det hemliga prisets övervältring på kundens ekonomiska kapacitet eller på de priser som denne eventuellt har tillämpat på slutkonsumenterna i ett sådant sammanhang som det som är i fråga i det nationella målet, av vilket det tycks framgå att Eltels anbud var det lägsta av de fyra anbud som lämnades in till Fingrid. Den omständigheten att Eltels anbud var det lägsta förtar naturligtvis inte dess konkurrensbegränsande karaktär, eftersom effekten blev att andra anbudsgivare utestängdes (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 februari 1995, SPO m.fl./kommissionen (T-29/92, EU:T:1995:34, punkt 151)).

³⁸ För ett liknande resonemang, se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 54).

46. Det bör dessutom tilläggas att det nationella målet rör ett tämligen unikt fall och att den preskriptionstid på fem år som föreskrivs i nationell rätt förefaller göra det möjligt för konkurrens- och konsumentverket att ingripa.³⁹ Ett effektivt genomförande av artikel 101 FEUF kan inte motivera att överträdelsens varaktighet förlängs på ett konstlat sätt, i synnerhet efter bortom huvudmännens uppsåt att begå överträdelsen, för att möjliggöra en fortsättning av denna. Detta gäller i ännu högra grad eftersom överträdelsens varaktighet, såsom kommissionen har påpekat, är en omständighet som ska beaktas vid fastställandet av bötesbeloppet.⁴⁰

47. Av min bedömning följer således att artikel 101 FEUF ska tolkas så, att när en deltagare i en konkurrensbegränsande samverkan har ingått ett byggtreprenadkontrakt med en tredje man som motsvarar det som överenskommit inom ramen för den aktuella samverkan, och i den mån nämnda samverkan begränsades till detta kontrakt, ska konkurrensöverträdelsen i princip anses ha upphört vid den tidpunkt då det företag som låg bakom samverkan lämnade in anbudet för det aktuella kontraktet eller, i förekommande fall, undertecknar kontraktet om utförande av arbetena. En sådan tolkning påverkar emellertid inte den hänskjutande domstolens bedömning av innehållet i nämnda avtal och dess grad av precision, bland annat i fråga om pris, den exakta räckvidden för samverkan, de objektiva och subjektiva omständigheter som kännetecknar avtalet, dess konkurrensbegränsande verkningar och bedömningen av de olika bevis för samordnade beteenden som konkurrens- och konsumentverkets utredning visar.

VI. Förslag till avgörande

48. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Högsta förvaltningsdomstolen (Finland) på följande sätt:

Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att när en deltagare i en konkurrensbegränsande samverkan har ingått ett byggtreprenadkontrakt med en tredje man som motsvarar det som överenskommit inom ramen för den aktuella samverkan, och i den mån nämnda samverkan begränsades till detta kontrakt, ska konkurrensöverträdelsen i princip anses ha upphört vid den tidpunkt då det företag som låg bakom samverkan lämnade in anbudet för det aktuella kontraktet eller, i förekommande fall, undertecknar kontraktet om utförande av arbetena. En sådan tolkning påverkar emellertid inte den hänskjutande domstolens bedömning av innehållet i nämnda avtal och dess grad av precision, bland annat i fråga om pris, den exakta räckvidden för samverkan, de objektiva och subjektiva omständigheter som kännetecknar avtalet, dess konkurrensbegränsande verkningar och bedömningen av de olika bevis för samordnade beteenden som konkurrens- och konsumentverkets utredning visar.

³⁹ Domstolen har inte uppmanats att inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande uttala sig om huruvida det nationella preskriptionssystemet är förenligt med effektivitetsprincipen i artikel 101 FEUF. Som kommissionen har påpekat är preskriptionstidens längd inte det enda kriterium som ska beaktas, eftersom även andra omständigheter, såsom villkoren för att preskriptionstiden ska avbrytas eller tillfälligt upphöra att löpa, kan visa sig vara avgörande för detta syfte.

⁴⁰ Se artikel 23.3 i förordning nr 1/2003.