



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
N. JÄÄSKINEN  
fremsat den 7. februar 2013<sup>1</sup>

Sag C-536/11

**Bundeswettbewerbsbehörde  
mod**

**Donau Chemie AG**

**Donauchem GmbH**

**DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG**

**Brenntag Austria Holding GmbH**

**Brenntag CEE GmbH**

**ASK Chemicals GmbH, tidligere Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH**

**ASK Chemicals Austria GmbH, tidligere Ashland Südchemie Hantos Ges.m.b.H.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberlandesgericht Wien (Østrig))

»Konkurrence — erstatningssøgsmål — bevis — antagelse til realitetsbehandling — tredjemands aktindsigt i afsluttede offentligretlige konkurrencesager til støtte for et civilt søgsmål — anmodning om aktindsigt fra en sammenslutning, som repræsenterer tredjemænd, der potentielt er berørt af et kartel — forbud i lovgivningen mod aktindsigt uden samtykke fra alle parter i offentligretlige konkurrencesager — retsinstansernes manglende beføjelse til at afveje relevante faktorer, herunder beskyttelse af bevis, der er indsamlet under samarbejdsprocedurer, med EU-rettens effektive virkning — ækvivalens- og effektivitetsprincippet — artikel 19, stk. 1, TEU — artikel 101 TEUF — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — artikel 47«

### I – Indledning

1. § 39, stk. 2, i den østrigske lov af 2005 om karteller og andre konkurrencebegrænsninger (Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen) (herefter »KartG«) er til hinder for, at tredjemand får aktindsigt i offentligretlige konkurrencesager, medmindre parterne i sagen samtykker heri. Verband Druck & Medientechnik (herefter »sammenslutningen«) repræsenterer interesserne hos virksomheder i trykkerisektoren. Sammenslutningen har anmodet Oberlandesgericht Wien, der træffer afgørelse i kartelsager (herefter »karteldomstolen«), om at afsige en kendelse, som sikrer aktindsigt i dokumenter i afsluttede offentligretlige konkurrencesager, der har verseret mellem på den ene side Bundeswettbewerbsbehörde (herefter »forbundskonkurrencemyndigheden«) og på den anden side Donau Chemie AG og seks andre erhvervsdrivende, der er aktive på markedet for engroshandel med trykkemikalier.

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

2. De foreliggende sager medfører, at Domstolen skal træffe afgørelse på grundlag af de principper, der blev udviklet i dom af 14. juni 2011, sag C-360/09, Pfleiderer<sup>2</sup>, som vedrørte aktindsigt i den nationale konkurrencemyndigheds sagsakter for tredjemænd, der ønskede at anlægge civile erstatningsøgsmål mod virksomheder, der havde tilsidesat artikel 101 TEUF, når nogle af oplysningerne i sagsakterne var blevet indsamlet i forbindelse med myndighedens samarbejdsprogram.

3. Domstolens faste praksis begrænser medlemsstaternes processuelle selvstændighed hvad angår anvendelsen af EU-retten, uanset om tvisten vedrører konkurrenceret eller andet. Ækvivalensprincippet kræver, at det er de samme retsmidler og procedureregler, der står til rådighed for krav på grundlag af EU-retten som for analoge krav af rent national karakter. Effektivitetsprincippet eller princippet om effektiv domstolsbeskyttelse forpligter medlemsstaterne til at sikre, at nationale retsmidler og procedureregler ikke gør krav på grundlag af EU-retten praktisk umulige eller uforholdsmæssigt vanskelige at håndhæve.

4. Det første af disse principper er relevant for tvistens løsning, fordi hverken generelle civile retssager eller straffesager i henhold til østrigsk ret indebærer et absolut krav om, at alle parterne skal samtykke, før andre kan få aktindsigt i rettens sagsakter. Betyder det, at de relevante østrigske procedureregler opstiller en betingelse i civile sager om erstatning for overtrædelse af Den Europæiske Unions konkurrenceret<sup>3</sup>, der ikke finder anvendelse på analoge krav af rent national karakter<sup>4</sup>?

5. Begrænsningen af tredjemands aktindsigt i karteldomstolens sagsakter rejser også problemet med effektiv domstolsbeskyttelse for krav på grundlag af EU-retten. I den foreliggende sag skal der tages hensyn til det klassiske effektivitetsprincip, som jeg har redegjort for i detaljer ovenfor, i lyset af artikel 19, stk. 1, TEU, som blev indført med Lissabontraktaten. Artikel 19, stk. 1, anfører, at »[m]edlemsstaterne tilvejebringer den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten«. Dette kræver, at der tages hensyn til retten til domstolsprøvelse, der er beskyttet i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, således som fortolket i lyset af artikel 6, stk. 1, i Den europæiske konvention om menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«) og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis om denne bestemmelse<sup>5</sup>.

6. Endelig kommer artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder også i spil ved afgørelsen af, om aktindsigt i afsluttede offentligretlige konkurrencesager for berørte tredjemænd tilsidesætter retten til en retfærdig rettergang, i det mindste når nogle af disse oplysninger er fremkommet under en offentligretlig garanti om bødenedsættelse eller bødefritagelse. Dette har eftervirkninger for forbuddet mod selvinkriminering og beskyttelsen af forretningshemmeligheder.

## II – Relevante retsforskrifter

### A – EU-lovgivning

7. Den første sætning i første betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82<sup>6</sup> anfører, at traktatens artikel 81 og 82 for at etablere en ordening, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, skal anvendes effektivt og ensartet overalt i Fællesskabet.

2 — Sml. I, s. 5161.

3 — Dom af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, og af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297.

4 — Jf. f.eks. dom af 1.12.1998, sag C-326/96, Levez, Sml. I, s. 7835.

5 — Jf. tilsvarende i generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse i Pfleiderer-sagen, punkt 3.

6 — EFT 2003 L 1, s. 1.

8. Artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, der har overskriften »Samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder«, har følgende ordlyd:

»Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder anvender Fællesskabets konkurrenceregler i nært samarbejde.«

9. Artikel 35, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 bestemmer:

»Medlemsstaterne udpeger den (de) konkurrencemyndighed(er), der skal have kompetence til at anvende traktatens artikel 81 og 82 på en sådan måde, at bestemmelserne i denne forordning efterkommes effektivt. De nødvendige foranstaltninger for at give de nævnte myndigheder beføjelse til at anvende nævnte artikler skal træffes inden den 1. maj 2004. De udpegede myndigheder kan omfatte domstole«

## B – National lovgivning

10. § 39, stk. 2, i KartG bestemmer:

»Personer, der ikke er part i sagen, kan kun få aktindsigt i karteldomstolens sagsakter, hvis parterne samtykker heri.«

11. Det bestemmes i § 219, stk. 2, i den østrigske Zivilprozessordnung (herefter »loven om civil retspleje«):

»Såfremt begge parter samtykker, kan tredjemænd få aktindsigt i sagsakterne på samme måde, fremstille kopier og få uddrag (udskrifter) heraf for egen regning, såfremt dette ikke er udelukket på grund af lovlige overordnede interesser hos andre personer eller offentligheden i den i § 26, stk. 2, første punktum, i DSG 2000 omhandlede forstand. Foreligger der ikke et sådant samtykke, kan tredjemænd kun få aktindsigt og fremstille kopier, såfremt de umiddelbart kan bevise, at de har retlig interesse heri«<sup>7</sup>.

12. Samme lovs § 273 bestemmer:

»1. Såfremt det er sikkert, at en part er berettiget til erstatning eller i øvrigt kan fremsætte et krav, men der ikke eller kun med uforholdsmæssigt store vanskeligheder kan føres bevis for det omtvistelige erstatningsbeløb, der skal betales, eller for kravet, kan retten efter anmodning eller af egen drift udmåle beløbet efter rettens skøn, selv uden at bedømme det af parten fremlagte bevis. Udmålingen af beløbet kan ske efter høring under ed af en af parterne vedrørende de omstændigheder, der er relevante for beløbets udmåling.

2. Såfremt individuelle krav ud af flere krav, der bedømmes i den samme retssag, og som er ubetydelige i forhold til det samlede beløb, er omtvistelige, og den fuldstændige afklaring af alle omstændigheder, der er relevante herfor, medfører vanskeligheder, som er uforholdsmæssigt store i forhold til betydningen af de omtvistede krav, kan retten træffe afgørelse herom på samme måde (stk. 1) efter rettens skøn. Det samme gælder for individuelle krav, hvis beløbet i hver sag ikke overstiger 1 000 EUR.«

<sup>7</sup> — § 219, stk. 2, i loven om civil retspleje finder ikke anvendelse på offentligretlige konkurrencesager.

13. § 77, stk. 1, i den østrigske Strafprozessordnung (herefter »loven om strafferetspleje«):

»Anklagemyndigheder og retter skal, når der foreligger en begrundet retlig interesse heri, give aktindsigt i de resultater af efterforskninger eller realitetsbehandlede sager, der foreligger for dem, også i sager, der ikke er specifikt henvist til i denne lov, såfremt der ikke er nogen overordnede offentlige eller private interesser, som taler imod dette.«

### III – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14. Den 26. marts 2010 afsagde karteldomstolen en kendelse, hvorved de sagsøgte i hovedsagen blev pålagt bøder for deltagelse i aftaler og samordnet praksis i strid med artikel 101 TEUF. Disse retsforhandlinger (herefter »kartelretssagen«) var blevet indledt af forbundskonkurrencemyndigheden på grundlag af en af de sagsøgtes anmodninger om at blive omfattet af samarbejdsproceduren. Karteldomstolen fandt, at kartelforbuddet var blevet tilsidesat, og at der var gennemført et forbudt kartel i Østrig på markedet for engroshandel med trykkemikalier. Afgørelsen blev stadfæstet af Oberster Gerichtshof (herefter »højesteret«) som karteldomstol i anden instans ved kendelse af 4. oktober 2010 og er blevet endelig.

15. Sammenslutningen har anmodet om aktindsigt i karteldomstolens sagsakter (Akteneinsicht) i kartelretssagen<sup>8</sup>. Sammenslutningen har anført, at den i overensstemmelse med sin stiftelsesoverenskomst er berettiget til at repræsentere medlemmernes, herunder virksomheder i trykkerisektoren, interesser. I henhold til forelæggelseskendelsen undersøger sammenslutningen på medlemmernes opfordring navnlig erstatningsniveauet i forbindelse med overtrædelsen af konkurrenceretten med henblik på at forberede et erstatningssøgsmål.

16. Sammenslutningen har anført, at den skal have aktindsigt i karteldomstolens sagsakter for at fastslå arten og betydningen af den lidte skade eller for at beregne tabet på grundlag af oplysningerne i sagsakterne. Sammenslutningen har argumenteret for, at dette indebærer, at den har retlig interesse.

17. Alle parterne i kartelsagen, med undtagelse af forbundskonkurrencemyndigheden, har nægtet at give samtykke. Forbundskonkurrencemyndigheden har indvilliget i at give sammenslutningen aktindsigt i førsteinstansens kendelse, dvs. karteldomstolens afgørelse, men ikke yderligere. Dette betyder i henhold til østrigsk ret, nærmere bestemt på grund af § 39, stk. 2, i KartG og reglerne om »beskyttelse af forretningshemmeligheder«, at hverken sagsakterne eller karteldomstolens kendelse kan udleveres til sammenslutningen som bistand i forbindelse med et erstatningssøgsmål mod de sagsøgte eller med noget andet formål.

18. I lyset af Domstolens afgørelse i Pfleiderer-sagen og angivelserne i denne sag, hvorefter EU-retten kræver, at der skal foretages en konkret afvejning af alle interesser, når en tredjemand, der påstås at have lide skade som følge af en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, anmoder om aktindsigt i sagsakter, der er indsamlet i en offentligretlig sag vedrørende samme tilsidesættelse, selv om de er indsamlet i sammenhæng med en samarbejdsprocedure, har karteldomstolen spurgt, om østrigsk ret er forenelig med princippet om EU-rettens effektive virkning og medlemsstaternes forpligtelse til at give privatpersoner mulighed for at anlægge erstatningssøgsmål på grundlag af en overtrædelse af konkurrenceretten<sup>9</sup>. Karteldomstolen er også i tvivl om, hvorvidt § 39, stk. 2, i KartG er forenelig med forbuddet mod forskelsbehandling, når der i østrigsk ret ikke stilles krav om alle parternes samtykke i almindelige civile retssager, såsom erstatningssøgsmål, eller i straffesager hvad angår retternes sagsakter.

8 — Sammenslutningen har i anmodningen om aktindsigt i dokumenter henvist til [Kartellakt], 29 Kt 5/09.

9 — Courage og Crehan-dommen og dommen i sagen Manfredi m.fl.

19. I lyset af det ovenstående har karteldomstolen forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF:

- »1) Er EU-retten, navnlig henset til Domstolens dom af 14. juni 2011 i sag C-360/09, Pfleiderer, til hinder for en national kartelretlig bestemmelse, hvorefter der (også) i sager, hvor man har anvendt artikel 101 eller 102 TEUF, sammenholdt med forordning nr. 1/2003[...], uden undtagelse kun kan indrømmes tredjemænd, som ikke deltager i sagen, adgang til aktindsigt med henblik på at kunne forberede erstatningsøgsmål mod deltagere i et kartel, såfremt alle sagens parter indvilliger heri, og hvorefter retten ikke har mulighed for i det enkelte tilfælde at foretage en afvejning af de interesser, som EU-retten beskytter, med henblik på at fastlægge forudsætningerne for at bevilge eller nægte aktindsigt?

Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

- 2) Er EU-retten også til hinder for en sådan national bestemmelse, hvis denne ganske vist gælder tilsvarende for en rent national kartelsag og heller ikke indeholder nogen særlig ordning med hensyn til dokumenter, som kronvidner har stillet til rådighed, men lignende nationale bestemmelser om andre typer af sager, navnlig [tvister og andre sager inden for] civilproces og straffeprocess, giver mulighed for aktindsigt i retsdokumenter, uden at parterne har indvilliget heri, under forudsætning af at den tredjemand, der ikke deltager i sagen, kan sandsynliggøre en retlig interesse i at få aktindsigt, og at der ikke foreligger overordnede interesser hos andre personer eller offentligheden, som er til hinder for at indrømme aktindsigt i det konkrete tilfælde?»

20. Sammenslutningen, forbundskonkurrencemyndigheden, Donau Chemie AG og Donauchem GmbH, Brenntag CEE GmbH, Ask Chemicals GmbH og ASK Chemicals Austria GmbH<sup>10</sup>, DC Druck Chemie Süd GmbH & Co KG, den østrigske, den belgiske, den tyske, den spanske og den italienske regering samt Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har indleveret skriftlige bemærkninger. Alle de ovennævnte, med undtagelse af den italienske regering, deltog i retsmødet, der fandt sted den 4. oktober 2012, sammen med Den Franske Republik.

#### IV – Retlig analyse

##### A – Forelæggelseskendelsens antagelse til realitetsbehandling

21. I Kommissionens skriftlige bemærkninger stilles spørgsmålstegn ved forelæggelseskendelsens antagelse til realitetsbehandling. Kommissionen har bemærket, at forelæggelseskendelsen ikke anfører, om den nationale forelæggende ret er af den opfattelse, at de betingelser, der er opstillet i § 219, stk. 2, i loven om civil retspleje, er opfyldt. Bestemmelsen forekommer at være den nationale foranstaltning, som vil regulere aktindsigt i sagsakterne, hvis § 39, stk. 2, i KartG anses for uforenelig med EU-retten. § 219, stk. 2, i loven om civil retspleje kræver, at det bevises, at der er en retlig interesse i at få aktindsigt i sagsakterne. Kommissionen har derfor overvejet, om svarene på de præjudicielle spørgsmål kan ende med at være hypotetiske, hvis sammenslutningen ikke kan bevise en tilstrækkelig retlig interesse.

22. Jeg bemærker også, at der er fremsat flere andre kommentarer i Kommissionens skriftlige bemærkninger, som er rettet mod at besvare spørgsmål 1, men som også er relevante for spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling. Dette skyldes, at Kommissionen f.eks. overvejer, om der er alternative fremgangsmåder i henhold til østrigsk ret til indsamling af det krævede bevis.

10 — Som anført på forsiden af dette forslag til afgørelse var ASK Chemicals GmbH tidligere Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH, og ASK Chemicals Austria GmbH var tidligere Ashland Südchemie Hantos Ges.m.b.H.

Kommissionen har bemærket, at det er vigtigt at være opmærksom på, i hvilket omfang den ret, for hvilken der verserer en erstatningssag, tager hensyn til skriftlige beviser, eller om den prioriterer mundtlige vidneudsagn. Hvis det sidstnævnte er tilfældet, er de dokumenter, der findes i sagsakterne, af mindre betydning. Et andet væsentligt spørgsmål er, i hvilket omfang indirekte beviser – i modsætning til direkte beviser – er både tilladte i henhold til national ret og tilstrækkelige til at støtte et erstatningskrav.

23. På samme måde har forbundskonkurrencemyndigheden argumenteret for, at det østrigske retssystem grundlæggende giver tilstrækkelige fremgangsmåder for indsamling af beviser og sikring af den effektive håndhævelse af erstatningskrav, der bygger på konkurrenceretten. F.eks. har forbundskartelmyndigheden bl.a. stillet spørgsmålstegn ved de vanskeligheder, som sammenslutningens medlemmer kan have hvad angår fastsættelsen af tabet. De har understreget, at retten i henhold til § 273 i loven om civil retspleje kan foretage et skøn, hvis det lidte tab ikke kan eller kun med betydelig vanskelighed kan fastsættes.

24. I henhold til fast retspraksis tilkommer det ikke Domstolen inden for rammerne af en anmodning om præjudiciel afgørelse at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser eller at afgøre, om den af den forelæggende ret anlagte fortolkning er korrekt<sup>11</sup>. Det tilkommer også den nationale forelæggende ret at prøve, om de oplysninger, den får, er korrekte<sup>12</sup>.

25. Det er her vigtigt at foretage en begrebsmæssig sondring mellem tre forskellige typer sagsakter, nemlig (i) den kompetente konkurrencemyndigheds dokumenter, som vedrører en efterforskning i en kartelsag, (ii) dokumenterne vedrørende retsforhandlingerne for en kompetent ret, der træffer afgørelse i sagen, som bl.a. kan omfatte (nogle eller alle) dokumenterne i efterforskningen i kartelsagen og (iii) dokumentbeviser for en civilret, der har kompetence vedrørende ethvert eventuelt privatretligt erstatningskrav, der bygger på konkurrencebegrænsningen<sup>13</sup>.

26. Uanset fordelingen af kompetencen til at træffe afgørelse mellem de forskellige organer i denne retlige struktur<sup>14</sup> står vi over for tre forskellige problemstillinger: (i) aktindsigt i efterforskningsdokumenterne i kartelsagen, som en konkurrencemyndighed ligger inde med, hvilken omhandler aktindsigt i administrative dokumenter, (ii) aktindsigt i sagsakterne hos den ret i medlemsstaten, der har kompetence i konkurrencesager, hvilken vedrører aktindsigt i retsdokumenter, og (iii) disse administrative dokumenters eller retsdokumenters tilgængelighed for indledning af en civil retssag. Dette kan omfatte bevisførelse forud for retsmødet eller pligt til at fremlægge dokumenter i sammenhæng med civile retssager.

11 — Dom af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos, Sml. I, s. 5257, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

12 — Orfanopoulos-dommen, præmis 45.

13 — På EU-niveau henviser jeg til (i) Kommissionens dokumenter, (ii) Rettens sagsakter og (iii) beviserne for en national ret, der træffer afgørelse om de civilretlige følger af en ulovlig konkurrencebegrænsning. Jf. også dom af 21.9.2010, forenede sager C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, Sverige mod API, Sml. I, s. 8533. Domstolen understreger i præmis 79-82, at judiciel virksomhed er undtaget fra anvendelsesområdet for aktindsigten i dokumenter, der er garanteret i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43) og gennemsigtighedspligten i artikel 255 EF (nu artikel 15, stk. 3, TEUF). Generaladvokat Maduros forslag til afgørelse i den sag undersøger i punkt 21-39 de forskellige nationale og internationale fremgangsmåder for aktindsigt i retsdokumenter.

14 — Jf. f.eks. ECN Working Group (det europæiske konkurrencenetværks arbejdsgruppe, herefter »ECN«), Co-operation Issues and Due Process »Decision Making Powers«, rapport af 31.10.2012. Det er på rapportens s. 5 og 6 understreget, at der er tre grundlæggende institutionelle modeller for konkurrenceretlig håndhævelse i EU: (i) den monistiske administrative model, hvor en enkelt administrativ myndighed efterforsker sager og træffer afgørelser om håndhævelse – i nogle jurisdiktioner har myndigheden måske ikke beføjelse til at træffe afgørelser om bøder, (ii) den dualistiske administrative model, hvor efterforskningen og afgørelseskompetencen er delt mellem to organer – et organ skal foretage efterforskningen i sager, som senere overdrages til det andet organ, som skal træffe afgørelse i sagen, (iii) den judicielle model, hvor enten en ret træffer afgørelse om realiteten og om bøder eller kun om bøder, mens realitetsafgørelsen overlades til konkurrencemyndigheden. Det er på rapportens s. 9 forklaret, at Østrig falder inden for den første af de to judicielle modeller, nemlig den rent judicielle model.

27. Ifølge de præjudicielle spørgsmåls utvetydige ordlyd hører denne sag til den anden kategori, dvs. aktindsigt i dokumenter, som en ret, der har kompetence til at træffe afgørelse i kartelsager af offentligretlig karakter, ligger inde med. Anmodningen om aktindsigt i disse dokumenter, selv om den (teknisk set) forekommer at være blevet registreret af karteldomstolen som en forlængelse af kartelsagen, er adskilt fra både den materielle overtrædelse af EU-retten og/eller den nationale konkurrenceret og ethvert privatretligt erstatnings spørgsmål, der måtte blive anlagt for kompetente civilretter<sup>15</sup>.

28. Den foreliggende tvist for karteldomstolen er på ingen måde hypotetisk, og EU-retten kan åbenbart påvirke dens resultat, nemlig om der skal gives eller nægtes aktindsigt i de dokumenter, der er anmodet om. Endvidere er problemstillingerne vedrørende sammenslutningens eller dennes medlemmers søgsmålsinteresse eller retlige interesse i enhver civil retssag, der måtte forekomme, eller den bevisbyrde, der gælder i den sag, irrelevant for spørgsmålet, om denne præjudicielle forelæggelse kan antages til realitetsbehandling, selv om de åbenbart kan påvirke anvendelsen af effektivitetsprincippet, hvilket sidstnævnte spørgsmål skal afgøres af den nationale ret.

29. Det er min opfattelse, henset til både relevant lovgivning og de foreliggende faktiske omstændigheder, at Domstolen har alle de oplysninger, der sætter den i stand til at besvare det præjudicielle spørgsmål. Jeg er derfor af den opfattelse, at forelæggelseskendelsen skal antages til realitetsbehandling.

#### B – Svaret på spørgsmål 2

30. Jeg har besluttet at besvare de præjudicielle spørgsmål i omvendt rækkefølge, fordi det efter min opfattelse er mere logisk i denne sag at drøfte ækvivalensprincippet først, selv om det er den nationale rets andet præjudicielle spørgsmål. Dette skyldes efter min opfattelse, at spørgsmålet om ækvivalens ud fra synspunktet om den nationale processuelle selvstændighed logisk går forud for spørgsmålet om effektivitet. Uanset den nationale rets angivelse i begyndelsen af spørgsmål 2 skal begge spørgsmål ud fra et EU-retligt synspunkt undersøges for at kunne give et nyttigt svar.

31. Det andet præjudicielle spørgsmål kan besvares ganske ligetil. Jeg er enig i det standpunkt, som alle parterne, med undtagelse af sammenslutningen, har forsvaret, hvorefter § 39, stk. 2, i KartG simpelthen ikke er en bestemmelse, der er analog i den i Domstolens praksis om ækvivalensprincippet omhandlede forstand med enten § 219, stk. 2, i loven om civil retspleje eller § 77, stk. 1, i loven om strafferetspleje i sammenhæng med konkurrenceretens anvendelse. Det skal tilføjes, at denne konstatering ikke bygger på det generelle forbud mod forskelsbehandling, men på ækvivalensprincippet, som i henhold til fast retspraksis begrænser den nationale processuelle selvstændighed. Det førstnævnte princip bestemmer, at sammenlignelige situationer ikke må behandles forskelligt. Det forekommer ikke at finde anvendelse på de foreliggende faktiske omstændigheder, idet ækvivalensprincippet tjener samme formål.

32. Overholdelsen af ækvivalensprincippet forudsætter, at den omhandlede nationale regel finder anvendelse uden forskel på søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af EU-retten, ligesom vedrørende søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af national ret, og »hvor sagsgenstanden og søgsmålsgrundlaget er de samme«<sup>16</sup>. Ækvivalensprincippet kan imidlertid ikke fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at udvide den gunstigste nationale ordning til at omfatte alle sager, der anlægges på et givent retsområde<sup>17</sup>.

15 — Karteldomstolen anvender det registreringsnummer, der er gengivet ovenfor i fodnote 8. Sammenslutningen er registreret som intervenient i disse retsforhandlinger.

16 — Dom af 19.7.2012, sag C-591/10, Littlewoods Retail, præmis 31.

17 — Littlewoods Retail-dommen, præmis 31.

33. Sædvanligvis overlades opgaven med at sammenligne de forskellige nationale procedurers ækvivalens til den nationale forelæggende ret, som skal bedømme, om de pågældende søgsmål ligner hinanden ud fra formålet, søgsmålsgrundlaget og de væsentligste forhold<sup>18</sup>. Med henblik på at bedømme, om en national processuel bestemmelse er mindre gunstig, skal den nationale ret tage hensyn til, hvilken stilling den indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og disse bestemmelsers særlige kendetegn<sup>19</sup>.

34. Domstolen har dog lejlighedsvis taget stilling til, om den pågældende nationale bestemmelse er forenelig med ækvivalensprincippet. Domstolen har nogle gange tilkendegivet sit synspunkt, men stadig overladt det til den nationale ret at træffe afgørelse om problemstillingen<sup>20</sup>, mens den andre gange har truffet endelig afgørelse om, hvorvidt den relevante nationale regel er forenelig eller ikke med kravene om ækvivalens<sup>21</sup>. Efter min opfattelse berettiger den foreliggende sag den sidstnævnte fremgangsmåde.

35. Her finder forbuddet mod, at tredjemand får aktindsigt i karteldomstolens sagsakter, anvendelse i både sager, der bygger på EU-konkurrenceretten og den østrigske konkurrencelov. Der sker med andre ord ingen forskelsbehandling af krav, der er opstået i forbindelse med udøvelsen EU-retten, ligesom de ikke kvalificeres eller behandles anderledes end en ren intern situation<sup>22</sup>.

36. Det er efter min opfattelse utvivlsomt, at sådanne retsforhandlinger er sammenlignelige med enten almindelige civile eller strafferetlige retsforhandlinger, henset til, at ingen af dem omhandler beskyttelsen af samarbejdsprogrammer eller andre særlige elementer i offentligretlige retsforhandlinger i sammenhæng med håndhævelse af konkurrencepolitikken.

37. Jeg foreslår derfor, at spørgsmål 2 besvares med, at det EU-retlige ækvivalensprincip ikke er til hinder for en national bestemmelse som § 39, stk. 2, i KartG.

## C – Svaret på spørgsmål 1

### 1. Indledende bemærkninger

38. Karteldomstolen har med det første præjudicielle spørgsmål anmodet om vejledning vedrørende foreneligheden med EU-retten af en lov i en medlemsstat, som indeholder et forbud mod at give tredjemand aktindsigt i dokumenter, der er fremlagt for karteldomstolen, uden samtykke fra parterne i disse konkurrenceretlige retsforhandlinger. Den nationale rets bekymringer fører mere specifikt til spørgsmålet om et sådant forbuds forenelighed med retten til at kræve erstatning for skade, der er forvoldt ved forbudte aftaler eller adfærd, under civile retsforhandlinger mod en sådan aftales parter, således som Domstolen fastslog i *Courage og Crehan-dommen*<sup>23</sup> og bekræftede i dommen i sagen *Manfredi m.fl.*<sup>24</sup>.

39. Den foreliggende sag er mere kompleks på grund af det forhold, at nogle af de oplysninger, som sammenslutningen har anmodet om, i sammenhæng med et samarbejdsprogram blev indsamlet fra en af de virksomheder, som sammenslutningen ønsker at anlægge sag mod.

18 — *Littlewoods Retail-dommen*, præmis 31, der nævner dom af 29.10.2009, sag C-63/08, *Pontin*, Sml. I, s. 10467.

19 — Dom af 8.9.2011, sag C-177/10, *Rosado Santana*, Sml. I, s. 7907, præmis 90 og den deri nævnte retspraksis.

20 — F.eks. *Rosado Santana-dommen*, præmis 91, og dom af 19.6.2003, sag C-34/02, *Sante Pasquini*, Sml. I, s. 6515, præmis 64-73.

21 — Dom af 26.1.2010, sag C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, Sml. I, s. 635, præmis 46.

22 — *Sante Pasquini-dommen*, præmis 59.

23 — Præmis 26.

24 — Præmis 78.



40. Domstolen fulgte en fremgangsmåde i Pfeiderer-dommen, som efter min opfattelse er lige så gyldig i denne sag. Den udtalte, at hverken EF-traktatens konkurrencebestemmelser eller forordning nr. 1/2003 fastsætter fælles regler for bødenedsættelse eller fælles regler for adgangen til aktindsigt i de dokumenter i en samarbejdsprocedure, der er frivilligt indgivet til en national konkurrencemyndighed i forbindelse med et nationalt samarbejdsprogram<sup>25</sup>. Domstolen fandt videre, at medlemsstaterne, da der ikke findes bindende EU-regler på området, skal fastsætte nationale regler om aktindsigt for personer, der berøres negativt af et kartel, i dokumenter vedrørende samarbejdsprogrammer<sup>26</sup>, idet det forudsættes, at de ikke må gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at gennemføre EU-retten, og at de specifikt på det konkurrenceretlige område skal sikre, at de bestemmelser, de fastsætter og anvender, ikke skader den effektive anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF<sup>27</sup>.

41. Dette førte Domstolen til en konklusion i Pfeiderer-dommen, der også er relevant for den foreliggende sag, på trods af den institutionelle sammenhæng i Pfeiderer-sagen, som vedrørte aktindsigt i administrative dokumenter snarere end retsdokumenter. Den udtalte nemlig, at det er nødvendigt i forbindelse med en anmodning om aktindsigt i dokumenter i sammenhæng med et nationalt samarbejdsprogram at foretage en afvejning af beskyttelsen af oplysninger, der er fremlagt frivilligt af en, der ansøger om bødenedsættelse eller bødefritagelse (effektiviteten heraf og dermed den effektive anvendelse af artikel 101 og 102 TEUF kan lide skade, hvis samarbejdsdokumenter videregives til personer, som ønsker at anlægge et erstatningssøgsmål)<sup>28</sup>, med behovet for at sikre, at de gældende nationale regler ikke er mindre fordelagtige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål efter national ret, og ikke er udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning<sup>29</sup>. Domstolen fandt, at denne afvejning alene kunne foretages af de nationale retsinstanser fra sag til sag<sup>30</sup>. Jeg vender tilbage til disse konstateringer nedenfor.

42. Således som Domstolen fandt i dom af 14. december 1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, van Schijndel, skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at anvende EU-retten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanser. I lyset af denne analyse skal der i givet fald tages hensyn til de principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. retten til forsvar, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling<sup>31</sup>. Der skal derfor også tages behørigt hensyn til dette princip.

25 — Præmis 20. Domstolen bemærkede i Pfeiderer-dommens præmis 21, at hverken Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004 C 101, s. 43) eller meddelelsen om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EUT 2006 C 298, s. 17), der begge vedrørte samarbejde, er bindende for medlemsstaterne. Domstolen bemærkede i Pfeiderer-dommens præmis 22, at der i forbindelse med ECN er blevet udarbejdet og vedtaget et modelprogram for bødefritagelse og bødenedsættelse med henblik på at harmonisere visse aspekter i nationale samarbejdsprogrammer på området. Dette modelprogram er heller ikke bindende for medlemsstaternes retsinstanser.

26 — Pfeiderer-dommen, præmis 23.

27 — Pfeiderer-dommen, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

28 — Pfeiderer-dommen, præmis 25 og 26. Jeg tilslutter mig endvidere generaladvokat Mazáks bemærkning i punkt 34 i hans forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til Pfeiderer-dommen, hvorefter »såfremt en medlemsstat, gennem sin(e) konkurrencemyndighed(er) anvender en samarbejdsordning for at sikre den effektive anvendelse af artikel 101 TEUF, mener jeg, at medlemsstaten på trods af den proceduremæssige autonomi, den har i håndhævelsen heraf, er nødt til at sikre, at ordningen er udformet og anvendes effektivt«.

29 — Pfeiderer-dommen, præmis 30.

30 — Pfeiderer-dommen, præmis 31.

31 — Sml. I, s. 4705, præmis 19.

43. Selv om konstateringerne i Pfleiderer-dommen er relevante i den foreliggende tvist, er det imidlertid lige så vigtigt at være opmærksom på forskellene. I den sag ønskede den nationale forelæggende ret vejledning om den virkning, som en skadelidt tredjemands aktindsigt i oplysninger, der er *fremlagt* for en national konkurrencemyndighed *af en ansøger om bødenedsættelse*, kan have på den ordning med samarbejde og udveksling af oplysninger, der er fastlagt i artikel 11 og 12 i forordning nr. 1/2003 i sammenhæng med samarbejdsprocedurer<sup>32</sup>.

44. Spørgsmål 1 i denne sag vedrører imidlertid et forbud, som den nationale lovgiver har indført, mod udlevering af *alle* dokumenterne i karteldomstolens sagsakter, hvis der ikke foreligger samtykke fra parterne, uanset om de henhører til samarbejdsprocedurer eller ikke, og i henhold til hvilket den nationale ret ikke kan foretage den afvejning, som Domstolen krævede i Pfleiderer-dommen.

45. Den foreliggende tvist ligger med andre ord tættere på det problem, som Domstolen behandlede i Courage og Crehan-dommen, der vedrørte et forbud i engelsk ret mod erstatningskrav fremsat af parter i ulovlige kontrakter, herunder aftaler i strid med artikel 101 TEUF. Efter min opfattelse fremgår hovedidéen af præmis 26 i Courage og Crehan-dommen.

»Den fulde virkning af traktatens artikel 85, og navnlig den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, ville blive bragt i fare, hvis det ikke var *muligt* for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen«<sup>33</sup>.

46. Det afgørende spørgsmål er derfor følgende: Betyder den østrigske begrænsning, således som karteldomstolen har beskrevet den, at det ikke er muligt for sammenslutningen eller dennes medlemsvirksomheder at kræve erstatning for skade påført dem som følge af et ulovligt kartel i den forstand, at det østrigske forbud gør det umuligt i praksis eller uforholdsmæssigt vanskeligt<sup>34</sup>? I henhold til Domstolens konstateringer i DEB-dommen skal der spørges, om der står et retsmiddel til rådighed for sammenslutningen, som sikrer effektiv retsbeskyttelse af de rettigheder, den afleder af EU-retten<sup>35</sup>. Er sammenslutningen i stand til at gøre sine EU-rettigheder gældende for de østrigske retsinstanser<sup>36</sup>?

47. Endelig skal der tages behørigt hensyn til artikel 19 TEU og det omfang, hvori den giver en yderligere garanti for effektivitetsprincippet. I henhold til artikel 19, stk. 1, skal medlemsstaterne tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse »for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten«. I lyset af den traktatbestemmelse forekommer standarden for effektiv domstolsbeskyttelse for rettigheder, der bygger på EU-retten, med andre ord at stille større krav end den klassiske formel, som henviser til den praktiske umulighed eller uforholdsmæssige vanskelighed. Efter min opfattelse betyder det, at nationale retsmidler skal stå til rådighed, være hurtige og rimeligt omkostningseffektive<sup>37</sup>.

32 — Jf. generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse, punkt 22.

33 — Min fremhævelse.

34 — Således som det blev lagt til grund var tilfældet i f.eks. dom af 22.12.2010, sag C-279/09, DEB, Sml. I, s. 13849, hvor Domstolen fandt, at en national regel, der krævede forudbetaling af sagsomkostningerne til institutionen i en erstatningssag mod en EU-stat, når der ikke var mulighed for fri proces, kunne krænke retten til adgang til domstolsprøvelse. Bedømmelsen af, om dette var tilfældet under de faktiske omstændigheder, blev overladt til den nationale ret.

35 — Dom af 11.9.2003, sag C-13/01, Safalero, Sml. I, s. 8679, præmis 54.

36 — Jf. generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 16.7.2009, sag C-12/08, Mono Car Styling, Sml. I, s. 6653, punkt 84, der nævner præmis 38-40 i Domstolens dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271.

37 — Jf. analogt DEB-dommen.

48. Ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt står denne sag i forhold til drøftelsen om den såkaldte private håndhævelse af konkurrencereglerne. I modsætning til situationen i USA er begrebet måske ikke den mest hensigtsmæssige mulighed her, henset til det forhold, at ordninger, såsom edition umiddelbart forud for domsforhandlingen, kollektive søgsmål og pønalt begrundet erstatning, ikke findes i EU-konkurrenceretten. Efter min opfattelse ønsker ofre for konkurrencebegrænsninger i Den Europæiske Union i modsætning til deres modstykker i USA blot retsbeskyttelse for privatretlige krav snarere end at håndhæve en offentlig politik.

## 2. Domstolens praksis vedrørende nationale bevisregler og generelle principper om EU-rettens effektive virkning

49. Det fremgår af retspraksis, at medlemsstaterne skal sikre, at de bevisregler, navnlig reglerne om bevisbyrden, som gælder i søgsmål angående overtrædelse af EU-retten, ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til EU-retten<sup>38</sup>.

50. Domstolen har f.eks. fundet, at det påhviler den nationale ret at sikre sig, at en privatperson, der ønsker at anlægge et erstatningssøgsmål mod en EU-stat, kan påberåbe sig en særlig procedure med henblik på at føre vidner eller i modsat fald, at han på anden måde, og navnlig skriftligt, kunne føre bevis for de tab, han har lidt<sup>39</sup>. Ellers ville bevisreglerne gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt i praksis at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til EU-retten<sup>40</sup>. Bevisbegrænsninger, som er »afgørende for sagsøgerens sag«<sup>41</sup>, er uforenelige med EU-rettens effektive virkning. Andre bevisregler, som Domstolen har anset for at skulle underkastes en nøje undersøgelse af de nationale retsinstanser for tilsidesættelse af princippet om EU-rettens effektive virkning, omfatter regler, som bringer princippet om parternes ligestilling i fare<sup>42</sup>.

51. Efter min opfattelse udgør det forhold, at aktindsigt i offentligretlige retsdokumenter betinges af samtykke fra den part, der har tilsidesat konkurrencereglerne, et betydeligt afskrækkelsesmiddel for udøvelsen af en ret til at kræve civilretlig erstatning for tilsidesættelse af EU-konkurrenceretten<sup>43</sup>. Domstolen har udtalt, at hvis en privatperson er blevet afskrækket fra et anlægge en retssag i rette tid mod en lovbryder, kan sidstnævnte ikke støtte sig til nationale processuelle regler vedrørende forældelsesregler for sagsanlæg<sup>44</sup>. Jeg kan ikke se nogen grund til at begrænse anvendelsen af dette princip til forældelsesregler og taler for, at det udstrækkes til byrdefulde bevisregler, der har analog afskrækkende virkning<sup>45</sup>. Jeg vil endvidere stille spørgsmålstegn ved, om retsmidler, der afskrækker håndhævelsen af rettigheder i henhold til EU-retten, er forenelige med artikel 19, stk. 1, TEU.

38 — Dom af 3.2.2000, sag C-228/98, Dounias, Sml. I, s. 577, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis, af 29.4.2004, sag C-224/02, Pusa, Sml. I, s. 5763, præmis 44, af 24.4.2008, sag C-55/06, Arcor, Sml. I, s. 2931, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også hvad angår bevisregler dom af 7.9.2006, sag C-526/04, Laboratoires Boiron, Sml. I, s. 7259, præmis 52-57, og af 1.7.2012, sag C-35/09, Speranza, Sml. I, s. 6581, præmis 47.

39 — Dounias-dommen, præmis 71.

40 — Dounias-dommen, præmis 71.

41 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Dounias-sagen, punkt 50.

42 — Jf. f.eks. dom af 10.4.2003, sag C-276/01, Steffensen, Sml. I, s. 3735, og af 6.11.2012, sag C-199/11, Otis m.fl.

43 — Dom af 15.4.2010, sag C-542/08, Barth, Sml. I, s. 3189, præmis 40.

44 — Jf. f.eks. Levez-dommen, præmis 32, hvor en arbejdsgivers svig med den løn, som mandlige arbejdstagere modtog for tilsvarende arbejde, blev anset for at have »forvoldt« fru Levez' forsinkelse ved sagsanlægget.

45 — Jf. traditionelt, dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595.

### 3. Chartrets artikel 47

52. Således som Domstolen har bemærket for nylig, består princippet om effektiv retsbeskyttelse i chartrets artikel 47 af flere elementer, herunder bl.a. retten til forsvar, princippet om processuel ligestilling, adgang til domstolsprøvelse og retten til at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret<sup>46</sup>. Endvidere omfatter adgangen til domstolsprøvelse i henhold til Domstolens praksis også, at de nationale retsinstanser har »kompetence« til at undersøge alle faktiske og retlige forhold, der er relevante for den tvist, der er indbragt for den<sup>47</sup>. Efter min opfattelse kan en national ret, der træffer afgørelse vedrørende de civile retlige følger af en ulovlig konkurrencebegrænsning, ikke have en sådan »kompetence«, hvis den i praksis er forhindret i at få adgang til afgørende beviser, såsom sagsakter, der er indsamlet i offentligretlige konkurrencesager, hvorunder det allerede er blevet fastslået, at der er foregået en lovlig konkurrencebegrænsning, såsom et kartel.

53. Såfremt tilgængeligheden af afgørende beviser begrænses, bringer det procesparters ret til domstolsafgørelse af deres tvist i fare<sup>48</sup>. Det påvirker også deres ret til effektivt at forsvare deres sag for retten<sup>49</sup>.

54. Imidlertid er retten til domstolsprøvelse ikke absolut<sup>50</sup>. Retten til domstolsprøvelse kan begrænses, forudsat at begrænsningerne ikke bringer kerneindholdet af retten til domstolsprøvelse i fare, har et lovligt formål, og der er rimelig forholdsmæssighed mellem de anvendte midler og det forfulgte mål<sup>51</sup>.

55. Artikel 47 er også relevant i den foreliggende sag, fordi den garanterer en retfærdig rettergang, der tjener til at beskytte interesserne hos de virksomheder, der har deltaget i kartellet. Efter min opfattelse bør der i princippet ikke gives aktindsigt til tredjemand i frivillige erklæringer fra en ansøger om bødenedsættelse, hvor denne vidner mod sig selv<sup>52</sup>. Beskyttelsen mod selvinkriminering har længe været fastslået i EU-retten<sup>53</sup>, og den kan gøres gældende direkte for de nationale konkurrencemyndigheder, der gennemfører EU-regler<sup>54</sup>.

56. Det er korrekt, at samarbejdsprogrammer ikke garanterer beskyttelse mod erstatningskrav<sup>55</sup>, og at beskyttelsen mod selvinkriminering ikke finder anvendelse i privatretlige sammenhænge. På trods heraf taler både hensyn til offentlig politik og retfærdighed i forhold til den part, der har vidnet mod sig selv i sammenhæng med et samarbejdsprogram, kraftigt imod, at der gives aktindsigt i sagsakter fra offentligretlige konkurrencesager, når den part, der drager fordel heraf, har vidnet for den konkurrencemyndighed, der førte sagen.

46 — Dommen i sagen Otis m.fl., præmis 48.

47 — Dommen i sagen Otis m.fl., præmis 49.

48 — Jf. generaladvokat Darmons forslag til afgørelse i de sager, der gav anledning til dom af 11.7.1991, forenede sager C-87/90 - C-89/90, Verholen m.fl., Sml. I, s. 3757, præmis 33.

49 — DEB-dommen, præmis 45, der nævner Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 15.2.2005, sag 68416/01, Steel og Morris mod Det Forenede Kongerige, *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-II, præmis 59.

50 — DEB-dommen, præmis 45.

51 — DEB-dommen, præmis 47, der nævner Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.7.1995, Tolstoy – Miloslavsky mod Det Forenede Kongerige, serie A nr. 316-B, præmis 59-67, og af 19.6.2001, sag nr. 28249/95, Kreuz mod Polen, *Reports of Judgments and Decisions*, 2001-VI, præmis 54 og 55. Jf. også generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i Unibet-sagen, punkt 38.

52 — Generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse i Pfeiderer-sagen, punkt 46.

53 — Jf. traditionelt dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S mod Kommissionen, Sml. s. 1575.

54 — For nylig gentaget i dom af 14.11.2012, sag T-135/09, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, præmis 128 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også dom af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301.

55 — Jf. Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, EUT 2006 C 298, s. 17, punkt 39. »Den omstændighed, at der indrømmes bødefritagelse eller bødenedsættelse, beskytter ikke en virksomhed mod de civile retlige konsekvenser af dens deltagelse i en overtrædelse af EF-traktatens artikel 81.«

#### 4. Anvendelse i den foreliggende sag

57. Domstolen har fundet, at EU-retten pålægger medlemsstaterne at sikre, at national lovgivning ikke »gør indgreb« i retten til en effektiv domstolsbeskyttelse<sup>56</sup>. De berørte parter må ikke hindres i at gøre deres rettigheder gældende for de nationale retter. Har det østrigske forbud mod aktindsigt i karteldomstolens retsforhandlinger uden samtykke fra alle parterne en sådan virkning?

58. Domstolen har fundet, at videregivelse til tredjemænd af dokumenter, der er udvekslet mellem Kommissionen og virksomheder under fusionskontrolprocedurer, i princippet kan være til fare for både beskyttelsen af formålet med undersøgelser og for beskyttelsen af de forretningsmæssige interesser for de virksomheder, der er involveret i en sådan procedure, selv når proceduren er blevet afsluttet og lukket<sup>57</sup>. Principper af denne art<sup>58</sup> konkurrerer imidlertid på europæisk niveau med regler om aktindsigt i dokumenter og gennemsigtighedspligten, der er fastsat i både EU-lovgivningen og den primære EU-ret<sup>59</sup>.

59. Som følge heraf har Domstolen udviklet retspraksis, der har omfattet sager vedrørende aktindsigt i dokumenter, Kommissionen lå inde med i konkurrenceretlige efterforskninger<sup>60</sup>, og som i det væsentlige indebærer en afvejning af absolutte pligter af denne art mod hinanden og under henvisning til bedømmelsen af hvert enkelt dokument, der er anmodet om. Det betyder, at et direkte forbud mod aktindsigt i Kommissionens dokumenter, der er blevet indsamlet i sammenhæng med en kartelefterforskning, er utænkelig på EU-niveau.

60. Disse principper, som er blevet udviklet i sammenhæng med aktindsigt i dokumenter, som Europa-Kommissionen ligger inde med, kan ikke overføres direkte til nationalt niveau. De giver dog en sammenhæng, en ramme og et perspektiv ved bedømmelsen af, hvorvidt det fuldstændige forbud i østrigsk ret er foreneligt med princippet om EU-rettens effektive virkning.

61. På samme måde, således som det fremgik af Domstolens afgørelse i Pfeiderer-sagen, skal der også tages behørigt hensyn til den absolutte pligt til at beskytte samarbejdsprogrammer. I overensstemmelse med punkt 26 i Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og domstolene i EU's medlemsstater om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82<sup>61</sup> vil »[...] Kommissionen [...] derfor ikke meddele de nationale domstole oplysninger, som en ansøger om favorabel behandling i henhold til samarbejdsmeddelelsen har givet frivilligt, uden den pågældende ansøgers samtykke«, selv om jeg allerede har nævnt, at Europa-Kommissionens tildeling af bødefritagelse eller bødenedsættelse ikke giver nogen garanti i sammenhæng med civilretlige erstatningssager<sup>62</sup>.

56 — Dommen i sagen *Mono Car Styling*, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis.

57 — Dom af 28.6.2012, sag C-404/10 P, Kommissionen mod Editions Odile Jacob, præmis 123 og 124.

58 — Hertil kan tilføjes f.eks. det tilknyttede begreb med beskyttelse af forretningshemmeligheder. Dom af 29.3.2012, sag C-1/11, *Interseroh*, og af 26.6.2007, sag C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, Sml. I, s. 5305.

59 — Jf. navnlig forordning nr. 1049/2001.

60 — F.eks. dommen i sagen *Kommissionen mod Editions Odile Jacob*, og dom af 22.5.2012, sag T-344/08, *Energie Baden – Württemberg AG mod Kommissionen*.

61 — EUT 2004 C 101, s. 54.

62 — Det er værd at bemærke, at Retten for nylig har fundet det nødvendigt at give parterne mulighed for at se Kommissionens sagsakter på dennes justitskontor, hvor sagen byggede på oplysninger, som en virksomhed var fremkommet med i sammenhæng med samarbejdsprogrammet. Dom af 14.11.2012, sag T-140/09, *Prysmian SpA*.

62. Betragtninger af denne art er lige så relevante ved bedømmelsen af foreneligheden af § 39, stk. 2, i KartG, navnlig når civile retssager spiller en supplerende rolle i Den Europæiske Union<sup>63</sup> ved håndhævelsen af konkurrenceretten. I så fald bør privatpersoners ret, jf. Courage og Crehan-dommen og dommen i sagen Manfredi m.fl., til at kræve erstatning fra erhvervsdrivende, der har overtrådt EU-koncurrenceretten, efter min opfattelse ikke udvikles i et sådant omfang, at den bringer offentligretlige håndhævelsesmekanismers effektivitet i fare, uanset om de er europæiske eller nationale.

63. Den østrigske bestemmelse er blevet forsvaret med et argument, hvorefter den østrigske lovgiver har foretaget den nødvendige afvejning mellem de konkurrerende offentlige og private interesser og fundet det hensigtsmæssigt at give den offentlige interesse i effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne fuldstændig forrang. Det er imidlertid min opfattelse, at en afvejning, som ikke giver plads til en af de konkurrerende interesser, ikke er forenelig med proportionalitetsprincippet, undtagen i visse situationer, der ikke er omfattet af konkurrenceretens anvendelsesområde.

64. Ud fra et proportionalitetssynspunkt er det derfor efter min opfattelse mere hensigtsmæssigt med en lovregel, der giver deltagerne i et samarbejdsprogram absolut beskyttelse, men som kræver, at interesserne hos andre deltagere i en konkurrencebegrænsende adfærd afvejes mod de påståede ofres interesse. Beskyttelsesomfanget for fortroligheden af karteldomstolens sagsakter i Østrig er ikke begrænset til de deltagende virksomheders forretningshemmeligheder. Endvidere udgør den blotte deltagelse i en ulovlig konkurrencebegrænsning i sig selv efter min opfattelse ikke en forretningshemmelighed, der fortjener beskyttelse i EU-retten, undtagen for virksomheder, der drager fordel af et samarbejdsprogram<sup>64</sup>.

65. Et absolut forbud mod aktindsigt i karteldomstolens sagsakter, medmindre parterne har givet samtykke, er derfor efter min opfattelse en uforholdsmæssig hindring for retten til domstolsprøvelse, således som garanteret i artikel 47, navnlig når karteldomstolens domme, således som det fremgår af sagsakterne, ikke offentliggøres.

66. Efter min opfattelse er det, der kræves i henhold til den absolutte pligt til at sikre EU-rettens effektive virkning, at den nationale ret, som træffer afgørelse om tredjemands aktindsigt i rettens sagsakter, får mulighed for at foretage en afvejning af den art, der er bebudet i Pfleiderer-dommen. En sådan afvejning giver den nationale ret mulighed for at afveje alle konkurrerende faktorer med hinanden, såsom beskyttelsen af lovlige forretningshemmeligheder hos de virksomheder, der har deltaget i konkurrencebegrænsningen, med medlemsstaternes pligt i henhold til artikel 19, stk. 1, TEU til at stille retsmidler til rådighed »for at sikre en effektiv retsbeskyttelse på de områder, der er omfattet af EU-retten«. Den nationale lovgiver kan regulere de faktorer, der skal tages i betragtning, men kan ikke forhindre afvejningen i at finde sted, undtagen måske hvis oplysningerne stammer fra virksomheder, der har draget fordel af bødefritagelse eller bødenedsættelse.

67. Når det er sagt, fremgår det af Domstolens faste praksis, at selv om »EF-traktaten således har indført et antal muligheder for direkte søgsmål, som private i påkommende tilfælde kan rejse for Domstolen, har det ikke været meningen at skabe andre søgsmålsmuligheder ved de nationale domstole med henblik på gennemførelsen af fællesskabsretten end dem, som findes i national ret. [...] Det ville kun forholde sig anderledes, hvis det fulgte af den omhandlede nationale retsordens opbygning, at der ikke forelå et retsmiddel, der gav mulighed for under en verserende sag at sikre, at borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten overholdes«<sup>65</sup>.

63 — Jf. arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene vedrørende Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler, SEK(2008) 404, punkt 2, s. 7.

64 — Jf. bemærkninger om forretningshemmeligheder i mit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 22.11.2012, sag C-136/11, Westbahn Management, punkt 33. Kommissionen har altid offentliggjort sine afgørelser, hvor den anvender EU-koncurrenceretten, idet den om nødvendigt tilbageholder forhold, der udgør forretningshemmeligheder.

65 — Unibet-dommen, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis.

68. Karteldomstolen skal derfor, når den foretager sin bedømmelse, tage behørigt hensyn til alternative bevisindsamlingsmåder, der er til rådighed i østrigsk ret. Det omfatter f.eks. processuelle regler om fremlæggelse af dokumenter i sammenhæng med civile retssager eller regler, der regulerer aktindsigt i forbundskonkurrencemyndighedens administrative dokumenter, sammen med § 219, stk. 2, og § 273 i loven om civil retspleje, inden retten træffer afgørelse om, hvilke dele af sagsakterne, om nogen, der kan udleveres til tredjemænd, med henblik på at overholde den effektive domstolsbeskyttelse i sammenhæng med erstatningssager, jf. *Courage* og *Crehan-dommen* og dommen i sagen *Manfredi m.fl.*, mod erhvervsdrivende, der er dømt for at have tilsidesat artikel 101 TEUF. Den samme øvelse skal gennemføres hvad angår fastsættelsen af erstatningen<sup>66</sup>.

69. Konkluderende skal der inden for de rammer, der kan opstilles af den nationale lovgiver, forudsat at den overholder de EU-retlige principper, der er redegjort for ovenfor, være plads til at afveje den offentlige interesse i konkurrencereglernes effektive gennemførelse med de private interesser hos ofre for tilsidesættelser af de samme regler.

70. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer spørgsmål 1 således, at princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, således som anvendt i lyset af artikel 19, stk. 1, TEU, er til hinder for en bestemmelse i national konkurrenceret som § 39, stk. 2, i *KartG*, som forbyder aktindsigt i karteldomstolens sagsakter for tredjemænd, der ønsker at anlægge civile erstatningssager mod karteldeltagere, medmindre de sidstnævnte har samtykket heri.

## V – Forslag til afgørelse

71. Jeg foreslår derfor, at de af karteldomstolen stillede præjudicielle spørgsmål besvares således.

- »1) Effektivitetsprincippet i henhold til EU-retten, således som anvendt i lyset af artikel 19, stk. 1, TEU, er til hinder for en bestemmelse i national konkurrenceret, som underlægger aktindsigt i en national rets dokumenter, der er indsamlet under konkurrenceretssager, som vedrører anvendelse af EU-konkurrenceretten, for tredjemænd, der ikke er part i disse konkurrenceretssager, men som ønsker at forberede erstatningssager mod deltagerne i en aftale, der har været konkurrenceretssagernes genstand, den betingelse, at alle parterne i konkurrenceretssagerne skal give samtykke hertil. Svaret vil kun være et andet, hvis national ret giver sådanne alternative muligheder for at sikre bevis for tilsidesættelse af EU-konkurrenceretten og fastsættelse af tab, der yder effektiv domstolsbeskyttelse for retten til at kræve civilretlig erstatning for tilsidesættelse af disse bestemmelser og overholder artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.
- 2) Ækvivalensprincippet i henhold til EU-retten er ikke til hinder for en national bestemmelse, som underlægger aktindsigt i en national rets dokumenter, der er indsamlet under konkurrenceretssager, som vedrører anvendelse af EU-konkurrenceretten, for tredjemænd, der ikke er part i disse konkurrenceretssager, den betingelse, der anvendes uden undtagelse, at alle parterne i konkurrenceretssagerne skal give samtykke hertil, når reglen finder anvendelse på samme måde i rent nationale konkurrenceretssager, men adskiller sig fra nationale bestemmelser, der finder anvendelse på tredjemænds aktindsigt i retsdokumenter i sammenhæng med andre sagstyper, navnlig tvister og andre sager inden for civilproces og strafferetssager.«

66 — Generaladvokat Sharpston har argumenteret for, at praktiske problemer med fastsættelsen er utilstrækkelige til at gøre et erstatningskrav »praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt«. Jf. hendes forslag til afgørelse i *Unibet-sagen*, punkt 49. Efter min opfattelse er det et spørgsmål om graden af vanskelighed, den nationale ret skal bedømme i lyset af artikel 19, stk. 1, TEU.