



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILO JÄÄSKINEN
föredraget den 7 februari 2013¹

Mål C-536/11

Bundeswettbewerbsbehörde

mot

Donau Chemie AG

Donauchem GmbH

DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG

Brenntag Austria Holding GmbH

Brenntag CEE GmbH

ASK Chemicals GmbH, tidigare Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH

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

(begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Wien (Österrike))

”Konkurrens — Skadeståndstalan — Bevisning — Upptagande till sakprövning — Tredje mans tillgång till handlingar avseende ett avslutat offentlighetsligt konkurrensfall till stöd för en civilrättslig talan — Begäran om tillgång till handlingar som framställs av en sammanslutning som företräder tredje man som potentiellt sett har påverkats av en kartell — Lagstadgat förbud mot att ge tillgång till handlingar utan att samtliga parter i ett offentlighetsligt konkurrensfall har gett sitt samtycke — Avsaknad av behörighet för domstolar att göra en avvägning mellan relevanta omständigheter, däribland en avvägning mellan skyddet för bevis som samlats in i ett förfarande för förmånlig behandling och den ändamålsenliga verkan — Likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen — Artikel 19.1 FEU — Artikel 101 FEUF — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Artikel 47”

I – Inledning

1. 39 § punkt 2 i den federala österrikiska lagen om karteller och andra konkurrensbegränsningar av år 2005 (Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen) (nedan kallad KartG) utgör hinder för att tredje man ska få tillgång till domstolshandlingar avseende offentlighetsliga konkurrensfall utan samtycke av parterna i målet. Verband Druck & Medientechnik (nedan kallad sammanslutningen) företräder intressena för företag inom tryckeribranschen. Sammanslutningen har yrkat att Oberlandesgericht Wien, i egenskap av kartelldomstol (nedan kallad kartelldomstolen), ska säkerställa tillgång till handlingar avseende ett avslutat offentlighetsligt konkurrensfall mellan, å ena sidan, Bundeswettbewerbsbehörde (nedan kallad den federala konkurrensmyndigheten) och, å andra sidan, Donau Chemie AG och sex andra ekonomiska aktörer som bedriver verksamhet på marknaden för partihandel med tryckkemikalier.

¹ — Originalspråk: engelska.

2. Förevarande mål föranleder domstolen att tillämpa de principer som utvecklades i mål C-360/09, *Pfleiderer*,² vilket avsåg tillgången till en nationell konkurrensmyndighets handlingar för tredje man som ville väcka civilrättslig skadeståndstalan mot företag som befunnits vara skyldiga till överträdelse av artikel 101 FEUF, när en del av informationen i handlingarna hade samlats in inom ramen för myndighetens program för förmånlig behandling.

3. Domstolens fasta praxis begränsar medlemsstaternas nationella processuella autonomi vid tillämpningen av unionsrätten, vare sig tvisten rör konkurrensrätt eller inte. Enligt likvärdighetsprincipen krävs att samma rättsmedel och processuella regler ska stå till förfogande när anspråk grundas på unionsrätten som de som erbjuds vid liknande anspråk som enbart grundas på nationell rätt. Enligt effektivitetsprincipen, eller principen om ett effektivt domstolsskydd, är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att nationella rättsmedel och processuella regler inte gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande anspråk som grundas på unionsrätten.

4. Den förstnämnda av dessa principer är relevant för att avgöra tvisten, eftersom det enligt österrikisk rätt varken i allmänna civilmål eller i brottmål uppställs något ovillkorligt krav på samtycke av alla parter innan andra kan få tillgång till domstolshandlingar. Innebär detta att de relevanta österrikiska rättegångsreglerna uppställer ett villkor för civilrättsliga skadeståndsanspråk vid överträdelse av unionens konkurrensrätt³ som inte gäller motsvarande anspråk som enbart grundas på nationell rätt?⁴

5. Inskränkningen av tredje mans tillgång till kartelldomstolens handlingar väcker även frågan om effektivt domstolsskydd för anspråk som grundas på unionsrätten. I förevarande mål måste den traditionella effektivitetsprincipen, vilken jag har preciserat ovan, omprövas mot bakgrund av artikel 19.1 FEU, vilken infördes genom Lissabonfördraget. I artikel 19.1 FEU föreskrivs att "[m]edlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten". Detta kräver i sin tur en bedömning av rätten till domstolsprövning, vilken skyddas av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, tolkad mot bakgrund av artikel 6.1 i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) och rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna avseende denna bestämmelse.⁵

6. Slutligen gör sig artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna även gällande vid fastställandet av huruvida det skulle strida mot rätten till en rättvis rättegång att ge berörd tredje man tillgång till handlingar avseende avslutade offentlighetsrättsliga konkurrensfall, i vart fall när en del av denna information har lämnats inom ramen för en offentlighetsrättslig garanti om förmånlig behandling. Detta får följder för rätten att inte ange sig själv och skyddet för affärshemligheter.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionslagstiftningen

7. Enligt den första meningen i skäl 1 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget⁶ krävs det, för att upprätta ett system som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, en effektiv och enhetlig tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 EG.

2 — Dom av den 14 juni 2011 i mål C-360/09, *Pfleiderer* (REU 2011, s. I-5161).

3 — Se dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04-C-298/04, *Manfredi*, m.fl. (REG 2006, s. I-6619), och av den 20 september 2001 i mål C-453/99, *Courage och Crehan* (REG 2001, s. I-6297).

4 — Se, exempelvis, dom av den 1 december 1998 i mål C-326/96, *Levez* (REG 1998, s. I-7835).

5 — Se även generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkt 3.

6 — EGT L 1, 2003, s. 1.

8. Artikel 11.1 i förordning nr 1/2003, som har rubriken "Samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter", har följande lydelse:

"Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall tillämpa gemenskapens konkurrensregler i nära samarbete."

9. I artikel 35.1 i förordning (EG) nr 1/2003 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall utse en eller flera konkurrensmyndigheter ansvariga för tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i fördraget på ett sådant sätt att bestämmelserna i denna förordning efterlevs effektivt. De åtgärder som är nödvändiga för att dessa myndigheter skall ha befogenhet att tillämpa dessa artiklar skall vidtas före den 1 maj 2004. De utsedda myndigheterna kan innefatta domstolar."

B – *Den nationella lagstiftningen*

10. I 39 § punkt 2 KartG anges följande:

"Personer som inte är parter i målet får beviljas tillgång till kartelldomstolens handlingar endast om parterna i målet har gett sitt samtycke."

11. 219 § punkt 2 i den österrikiska civilprocesslagen (Zivilprozessordnung) har följande lydelse:

"Med båda parternas samtycke får tredje man på samma sätt ges tillgång till handlingarna i målet och på egen bekostnad göra kopior och erhålla utdrag (utskrifter) av dessa, i den mån det inte föreligger ett berättigat överordnat intresse hos andra personer eller ett överordnat allmänintresse, i den mening som avses i 26 § punkt 2 första meningen DSG 2000, som utgör hinder för detta. Om sådant samtycke inte har lämnats, har tredje man endast rätt att få till tillgång till handlingarna och erhålla kopior om vederbörande kan styrka att han har ett rättsligt intresse av detta".⁷

12. I 273 § i samma lag föreskrivs följande:

"1) Om det är fastställt att en part har rätt till ersättning för skada eller ränta eller har en annan fordran, men det är omöjligt eller orimligt svårt att förebbringa bevisning för det omtvistade beloppet vad gäller den ersättningsgilla skadan eller räntan eller fordran, får domstolen, på begäran eller ex officio, fastställa detta belopp efter eget skön, även utan att beakta den bevisning som parten har lagt fram. Fastställandet av beloppet kan föregås av att en av parterna hörs under ed beträffande de omständigheter som är av betydelse för fastställandet av beloppet.

2) Om det bland flera anspråk som framställs i samma mål finns tvistiga individuella anspråk, som i förhållande till totalbeloppet är obetydliga, och ett fullständigt klagörande av alla omständigheter som är relevanta för dessa är förknippat med svårigheter, vilka inte står i proportion till omfattningen av de aktuella anspråken, får domstolen på samma sätt (punkt 1) besluta om detta efter eget skön. Detsamma gäller individuella anspråk, om det belopp som begärs i varje enskilt fall inte överstiger 1 000 euro."

13. I 77 § punkt 1 i den österrikiska straffprocesslagen (Strafprozessordnung) föreskrivs följande:

"Om det föreligger ett berättigat rättsligt intresse, ska åklagarmyndigheten och domstolarna, även i de fall som inte särskilt omnämns i denna lag, ge tillgång till de uppgifter som har framkommit under förundersökningen eller huvudförhandlingen och som de har tillgång till, förutsatt att det inte föreligger något överordnat allmänt eller enskilt intresse som hindrar detta."

7 — 219 § punkt 2 i civilprocesslagen är inte tillämplig på offentligrättsliga konkurrensfall.

III – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. Kartelldomstolen ålade, genom beslut av den 26 mars 2010, svarandena i målet vid den nationella domstolen böter på grund av deras deltagande i avtal och samordnade förfaranden i strid med artikel 101 FEUF. Talan i det målet (nedan kallat kartellmålet) hade väckts av den federala konkurrensmyndigheten på grundval av de ansökningar om förmånlig behandling som hade ingetts av en av svarandena. Kartelldomstolen slog fast att kartellförbudet hade överträtts och att en förbjuden kartell var verksam i Österrike på marknaden för partihandel med tryckkemikalier. Detta beslut fastställdes av Oberster Gerichtshof, i egenskap av överinstans i kartellmål, genom beslut av den 4 oktober 2010 och har vunnit laga kraft.

15. Sammanslutningen har begärt att få tillgång till kartelldomstolens handlingar (*Akteneinsicht*) i kartellmålet.⁸ Sammanslutningen har uppgett att den enligt sina stadgar är behörig att företräda medlemmarnas intressen, däribland företag inom tryckeribranschen. Enligt beslutet om hänskjutande undersöker sammanslutningen, på begäran av sina medlemmar, särskilt omfattningen av den skada som har uppstått till följd av överträdelsen av konkurrensrätten, i syfte att förbereda en talan om ersättning för skadan.

16. Sammanslutningen har uppgett att den behöver få tillgång till kartelldomstolens handlingar för att fastställa den uppkomna skadans art och omfattning, eller för att beräkna detta på grundval av de uppgifter som finns i handlingarna i målet. Enligt sammanslutningen innebär detta att den har ett berättigat intresse.

17. Samtliga parter i kartellmålet, med undantag av den federala konkurrensmyndigheten, har vägrat att ge sitt samtycke. Den federala konkurrensmyndigheten skulle ha gått med på att ge käranden tillgång till beslutet i första instans, det vill säga kartelldomstolens avgörande, men inte till något annat. Enligt österrikisk rätt, och närmare bestämt i enlighet med 39 § punkt 2 KartG och dess bestämmelser om ”skydd för affärshemligheter”, betyder detta att varken handlingarna i målet eller kartelldomstolens beslut kan överlämnas till sammanslutningen för att användas som hjälp vid skadeståndstalan mot svarandena eller för något annat ändamål.

18. Mot bakgrund av domstolens avgörande i målet Pfeiderer och de anvisningar som gavs i det målet om att det enligt unionsrätten krävs att det ska göras en avvägning mellan samtliga intressen i varje enskilt fall när tredje man, som gör gällande att skada har uppstått till följd av en överträdelse av artikel 102 FEUF, ansöker om att få tillgång till handlingar som samlats in i ett offentligrättsligt mål avseende samma överträdelse, även om handlingarna har sammanställts i samband med ett förfarande för förmånlig behandling, har kartelldomstolen ställt sig frågan huruvida österrikisk rätt är förenlig med principen om ändamålsenlig verkan och medlemsstaternas skyldighet att låta enskilda väcka talan om skadestånd vid överträdelse av konkurrensrätten.⁹ Kartelldomstolen är även tveksam till huruvida 39 § punkt 2 KartG är förenlig med icke-diskrimineringsprincipen, eftersom samtliga parter samtycker enligt österrikisk rätt inte krävs i vanliga civilrättsliga mål, såsom skadeståndsmål, eller inom straffrätten med avseende på handlingar som domstolarna innehar.

19. Mot bakgrund av det ovan anförda hänsköt kartelldomstolen följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 FEUF:

”1. Utgör unionsrätten, särskilt med hänsyn till domstolens dom av den 14 juni 2011 i mål C-360/09, Pfeiderer, hinder för en nationell kartellrättslig bestämmelse, enligt vilken det – (även) i mål där artikel 101 FEUF eller 102 FEUF, jämförd med förordning nr 1/2003/EG, tillämpas – utan undantag endast är tillåtet att ge tredje man, som inte är part i målet, tillgång till handlingarna i

8 — I ansökan om tillgång till handlingar har sammanslutningen hänvisat till [Kartellakt], 29 Kt 5/09.

9 — Domarna i de ovannämnda målen Courage och Crehan samt Manfredi.

målet vid kartelldomstolen för att kunna förbereda en skadeståndstalan gentemot deltagarna i en kartell, om alla parter i målet lämnar sitt samtycke därtill, och enligt vilken domstolen inte har möjlighet att i det enskilda fallet göra en avvägning mellan de intressen som skyddas av unionsrätten, för att fastställa vilka villkor som ska vara uppfyllda för att sådan tillgång till handlingarna ska beviljas eller nekas?

För det fall fråga 1 besvaras nekande:

2. Utgör unionsrätten hinder för en sådan nationell bestämmelse, om denna bestämmelse visserligen gäller på samma sätt i ett rent nationellt kartellmål och inte heller innehåller några särskilda bestämmelser med avseende på handlingar som tillhandahållits av dem som ansökt om förmånlig behandling, men liknande nationella bestämmelser för andra typer av mål, särskilt tvistemål, frivillig rättsvård och brottmål, ger möjlighet till tillgång till handlingarna i målet utan att parterna har lämnat sitt samtycke, under förutsättning att tredje man som inte är part i målet kan styrka ett rättsligt intresse av att få sådan tillgång, och det inte föreligger överordnade intressen hos andra personer eller ett överordnat allmänintresse, som utgör hinder för att medge tillgång i det konkreta fallet?”

20. Skriftliga yttranden har ingetts av sammanslutningen, den federala konkurrensmyndigheten, Donau Chemie AG och Donauchem GmbH, Brenntag CEE GmbH, Ask Chemicals GmbH och ASK Chemicals Austria GmbH,¹⁰ DC Druck Chemie Süd GmbH & Co KG samt den österrikiska, den belgiska, den tyska, den spanska och den italienska regeringen samt kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet. Samtliga ovannämnda parter, med undantag av den italienska regeringen, deltog vid förhandlingen den 4 oktober 2012, jämte Republiken Frankrike.

IV – Rättslig bedömning

A – Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

21. I sitt skriftliga yttrande har kommissionen ifrågasatt att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Kommissionen har påpekat att det i begäran om förhandsavgörande inte anges huruvida den hänskjutande domstolen är helt säker på att villkoren i 219 § punkt 2 i civilprocesslagen är uppfyllda. Denna bestämmelse tycks vara den nationella bestämmelse som skulle reglera tillgång till handlingarna om 39 § punkt 2 KartG befanns vara oförenlig med unionsrätten. Enligt 219 § punkt 2 i civilprocesslagen måste det styrkas att det föreligger ett rättsligt intresse av att få tillgång till handlingarna. Kommissionen undrar därför om svaren på tolkningsfrågorna kan bli hypotetiska om sammanslutningen inte kan styrka ett tillräckligt rättsligt intresse.

22. Jag vill även påpeka att flera andra kommentarer i kommissionens skriftliga yttrande syftar till att besvara fråga 1. Dessa är emellertid även relevanta för frågan huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Skälet till detta är att kommissionen exempelvis har ställt frågan huruvida det finns alternativa sätt att samla in erforderlig bevisning enligt österrikisk rätt. Kommissionen har framhållit att det är viktigt att vara uppmärksam på i vilken utsträckning den domstol vid vilken ett yrkande om skadestånd har framställts beaktar skriftlig bevisning eller om den ger företräde åt muntliga vittnesmål. Om det sistnämnda är fallet, kommer handlingarna i akten att vara mindre betydelsefulla. En annan central fråga är i vilken utsträckning indirekt bevisning, till skillnad från direkt bevisning, är tillåten enligt nationell rätt och tillräcklig för att stödja en skadeståndstalan.

10 — Som anges på förstasidan i förevarande förslag till avgörande var ASK Chemicals GmbH tidigare Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH och ASK Chemicals Austria GmbH var tidigare Ashland Südchemie Hantos Ges.m.b.H.

23. På liknande sätt har den federala konkurrensmyndigheten hävdat att det österrikiska rättssystemet tillhandahåller tillräckliga möjligheter för att samla in bevisning och säkerställa effektiv indrivning av fordringar avseende skadestånd som grundar sig på konkurrensrätten. Till exempel har den federala konkurrensmyndigheten framhållit bland annat de svårigheter som kan uppstå för sammanslutningens medlemmar när det gäller att beräkna skadans omfattning. Nämda myndighet har påpekat att om det belopp som skadan uppgår till inte kan fastställas, eller endast kan fastställas med betydande svårigheter, kan domstolen göra en bedömning efter eget skön enligt 273 § i civilprocesslagen.

24. Enligt fast rättspraxis ankommer det inte på domstolen att i ett mål om förhandsavgörande uttala sig om tolkningen av nationella bestämmelser och avgöra om den hänskjutande domstolens tolkning av dessa är korrekt.¹¹ Det ankommer även på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida de uppgifter som har lämnats till den är riktiga.¹²

25. Det är i detta avseende viktigt att göra en begreppsmässig åtskillnad mellan tre olika grupper av handlingar, nämligen i) den behöriga konkurrensmyndighetens handlingar avseende en undersökning om konkurrensbegränsande samverkan, ii) handlingar som hänför sig till ett mål vid en behörig domstol som fattar beslut i frågan, vilka kan omfatta bland annat (vissa eller alla) handlingar avseende undersökningen om konkurrensbegränsande samverkan, och iii) skriftlig bevisning i ett civilrättsligt mål vid en domstol som är behörig att pröva alla eventuella civilrättsliga anspråk som grundar sig på konkurrensbegränsningen.¹³

26. Oavsett hur beslutsbefogenheterna är fördelade mellan de olika organen inom denna rättsliga ram,¹⁴ rör det sig om tre olika frågeställningar, nämligen i) tillgången till de handlingar rörande undersökningen om konkurrensbegränsande samverkan som innehas av konkurrensmyndigheten, varvid det är tillgången till administrativa handlingar som avses, ii) tillgången till handlingar hos den domstol i medlemsstaten som är behörig i konkurrensmål, varvid det är tillgången till rättegångshandlingar som avses, och iii) tillgängligheten till sådana administrativa handlingar eller rättegångshandlingar i syfte att väcka civilrättslig talan. Detta kan medföra bevisupptagning under förberedelserna inför en rättegång (så kallad *pre-trial discovery*) eller skyldighet att lämna ut handlingar i samband med civilrättsliga mål.

11 — Dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos (REG 2004, s. I-5257), punkt 42 och där angiven rättspraxis.

12 — Domen i de ovannämnda förenade målen Orfanopoulos, punkt 45.

13 — På unionsnivå hänvisar jag till i) kommissionens handlingar, ii) handlingarna i målet vid tribunalen, och iii) bevisningen vid en nationell domstol som ska ta ställning till de civilrättsliga följderna av en rättsstridig konkurrensbegränsning. Se även dom av den 21 september 2010 i de förenade målen C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P, Sverige m.fl. mot API och kommissionen (REU 2010, s. I-8533). I punkterna 79–82 i nämnda dom påpekar domstolen att dömande verksamhet är utesluten från den rätt till tillgång till handlingar som garanteras i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43) och de skyldigheter att lämna insyn som föreskrivs i artikel 225 EG (nu artikel 15.3 FEUF). I punkterna 21–39 i generaladvokaten Maduros förslag till avgörande i det målet undersöks de olika nationella och internationella synsätten vad gäller tillgång till domstolshandlingar.

14 — Se, exempelvis, rapporten "Beslutsbefogenheter" av den 31 oktober 2012 från Europeiska konkurrensnätverkets (European Competition Network) (nedan kallat ECN) arbetsgrupp för samarbetsfrågor och rättssäkerhet. På sidorna 5 och 6 i rapporten påpekas det att det finns följande tre grundläggande institutionella modeller för att säkerställa tillämpningen av konkurrensreglerna i EU: i) Den monistiska förvaltningsmodellen, där en enda förvaltningsmyndighet utreder ärenden och fattar tillämpningsbeslut. I vissa rättsordningar kan myndigheten sakna behörighet att fatta beslut om att ålägga böter. ii) Den dualistiska förvaltningsmodellen, där utredning och beslutsfattande har delats upp mellan två organ. Det ena organet ansvarar för utredningen av ärenden, vilka senare hänskjuts till det andra organet som ansvarar för att avgöra ärendet. iii) Domstolsmodellen, där en domstol antingen fattar beslut både i sak och om böter, eller endast beslut om böter, varvid beslutet i sak överlämnas åt konkurrensmyndigheten. På sidan 9 i rapporten klargörs det att Österrike hör till den första av de två domstolsmodellerna, nämligen den renodlade domstolsmodellen.

27. Enligt tolkningsfrågornas entydiga ordalydelse hör förevarande mål till den andra kategorin, det vill säga tillgång till handlingar som innehas av en domstol som är behörig att fatta ett avgörande i kartellmål som är av offentlighetsrättslig art. Ansökan om att få tillgång till dessa handlingar, även om den tekniskt sett tycks ha registrerats av kartelldomstolen som en fortsättning på kartellmålet, är fristående både från den materiella överträdelsen av unionsrätten och/eller nationell konkurrensrätt och från varje civilrättslig talan om skadestånd som eventuellt kan komma att väckas vid behörig civildomstol.¹⁵

28. Förevarande tvist vid kartelldomstolen är därför på intet sätt hypotetisk och unionsrätten kan klart påverka tvistens utgång, nämligen huruvida tillgång till de begärda handlingarna ska beviljas eller nekas. Frågorna avseende huruvida sammanslutningen eller dess medlemmar har talerätt eller ett berättigat intresse av att få saken prövad i en eventuell civilrättslig talan som kan komma att väckas, eller vilka bevisregler som är tillämpliga i sådana mål, saknar vidare betydelse för frågan huruvida förevarande begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, även om de klart kan påverka tillämpningen av effektivitetsprincipen. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva sistnämnda förhållande.

29. Med vederbörlig hänsyn till både tillämplig lagstiftning och de aktuella omständigheterna, anser jag att domstolen har tillgång till alla uppgifter för att den ska kunna besvara tolkningsfrågan. Av dessa skäl kan begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning.

B – Svaret på fråga 2

30. Jag har beslutat att besvara tolkningsfrågorna i omvänd ordning, eftersom jag anser att det är mer logiskt i förevarande mål att först diskutera likvärdighetsprincipen, trots att detta utgör den nationella domstolens andra fråga. Jag anser att så är fallet, eftersom frågan om likvärdighet logiskt sett föregår frågan om effektivitet, med beaktande av begränsningarna av nationell processuell autonomi. Oaktat vad den nationella domstolen har angett i inledningen av fråga 2, måste båda frågorna, ur unionsrättslig synvinkel, prövas för att ett användbart svar ska kunna ges.

31. Den andra tolkningsfrågan kan besvaras ganska direkt. Jag delar den ståndpunkt som samtliga parter, utom sammanslutningen, har gjort gällande, enligt vilken 39 § punkt 2 KartG helt enkelt inte är en bestämmelse som, enligt domstolens praxis avseende likvärdighetsprincipen, motsvarar antingen 219 § punkt 2 i civilprocesslagen eller 77 § punkt 1 i straffprocesslagen vid tillämpningen av konkurrensrätten. Det ska tilläggas att denna slutsats inte grundar sig på den allmänna icke-diskrimineringsprincipen utan på likvärdighetsprincipen, vilken enligt fast rättspraxis begränsar nationell processuell autonomi. Enligt den förstnämnda principen får lika situationer inte behandlas olika. Detta tycks inte vara tillämpligt på de aktuella omständigheterna, med hänsyn till att likvärdighetsprincipen har samma syfte.

32. Iakttagandet av likvärdighetsprincipen förutsätter att den aktuella nationella bestämmelsen tillämpas på samma sätt på talan som grundar sig på åsidosättande av unionsrätten som på talan som grundar sig på åsidosättande av nationell rätt "när föremålet och grunden för talan är likartade".¹⁶ Likvärdighetsprincipen ska emellertid inte tolkas så, att den ålägger en medlemsstat en skyldighet att utvidga sina mest fördelaktiga nationella bestämmelser på ett område till att omfatta samtliga fall av talan på ett visst rättsområde.¹⁷

15 — Kartelldomstolen använder det aktnummer i registret som återges ovan i fotnot 9. Sammanslutningen har registrerats som intervenient i förevarande mål.

16 — Dom av den 19 juli 2012 i mål C-591/10, Littlewoods Retail, punkt 31.

17 — Domen i det ovannämnda målet Littlewoods Retail, punkt 31.

33. Uppgiften att jämföra de olika nationella förfarandena, i likvärdighetshänseende, åligger i regel den nationella domstolen, vilken ska pröva likheten mellan de olika typerna av talan vad avser deras föremål, grund och väsentliga beståndsdelar.¹⁸ För att avgöra om en nationell processuell regel är mindre förmånlig, ska den nationella domstolen beakta regelns ställning i förfarandet i dess helhet, förfarandets innehåll och bestämmelsernas särdrag.¹⁹

34. Domstolen har dock ibland tagit ställning till huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är förenlig med likvärdighetsprincipen. Vid några tillfällen har domstolen gett en antydning om sin ståndpunkt, samtidigt som den ändå har överlåtit på den nationella domstolen att avgöra frågan.²⁰ Vid andra tillfällen har domstolen slutgiltigt tagit ställning till huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är förenlig²¹ med kraven på likvärdighet. Enligt min mening bör sistnämnda tillvägagångssätt tillämpas i förevarande fall.

35. I det här fallet är förbudet mot att ge tredje man tillgång till kartelldomstolens handlingar tillämpligt både på mål som grundar sig på unionens konkurrensrätt och på österrikisk konkurrensrätt. Med andra ord föreligger det inte någon skillnad i behandling som följer av att framställandet av ett anspråk som grundas på unionsrätten har bedömts eller behandlats annorlunda jämfört med en rent intern situation.²²

36. Enligt min mening är det obestridligt att sådana mål går att jämföra med antingen vanliga civilrättsliga mål eller brottmål, med hänsyn till att ingen av dessa avser skydd av program för förmånlig behandling eller andra särdrag i offentligrättsliga mål i samband med genomförandet av konkurrenspolitiken.

37. Jag föreslår därför att den andra frågan ska besvaras så, att den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen inte utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som 39 § punkt 2 KartG.

C – Svaret på fråga 1

1. Inledande synpunkter

38. Kartelldomstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida det är förenligt med unionsrätten att lagstiftningen i en medlemsstat innehåller ett förbud mot att ge tredje man tillgång till handlingar som ingetts till kartelldomstolen om parterna i det offentligrättsliga konkurrensmålet inte har lämnat sitt samtycke. Den nationella domstolens farhågor leder närmare bestämt till frågan huruvida ett sådant förbud är förenligt med rätten att begära ersättning för den skada som orsakats genom ett förbjudet avtal eller ett förfarande i en civilrättslig talan mot parterna i detta avtal, såsom domstolen slog fast i domen i målet *Courage och Crehan*²³ och bekräftade i domen i målet *Manfredi*.²⁴

39. Saken kompliceras av det faktum att en del av den information som sammanslutningen begär tillgång till samlades in i samband med ett program för förmånlig behandling, från ett av de företag mot vilka sammanslutningen skulle vilja väcka talan.

18 — Domen i det ovannämnda målet *Littlewoods Retail*, punkt 31, vari det hänvisas till dom av den 29 oktober 2009 i mål C-63/08, *Pontin* (REG 2009, s. I-10467).

19 — Dom av den 8 september 2011 i mål C-177/10, *Rosado Santana* (REU 2011, s. I-7907), punkt 90 och där angiven rättspraxis.

20 — Se, exempelvis, domen i det ovannämnda målet *Rosado Santana*, punkt 91, och dom av den 19 juni 2003 i mål C-34/02, *Sante Pasquini* (REG 2003, s. I-6515), punkterna 64–73.

21 — Dom av den 26 januari 2010 i mål C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* (REU 2010, s. I-635), punkt 46.

22 — Domen i det ovannämnda målet *Sante Pasquini*, punkt 59.

23 — Punkt 26.

24 — Punkt 78.

40. I domen i målet *Pfleiderer* tillämpade domstolen ett synsätt som enligt min mening även gäller i förevarande tvist. Den slog fast att det varken i EG-fördragets konkurrensregler eller i förordning nr 1/2003 föreskrivs gemensamma regler om förmånlig behandling eller gemensamma regler beträffande rätten till tillgång till handlingar som avser ett förfarande för förmånlig behandling och som frivilligt översänts till en nationell konkurrensmyndighet inom ramen för ett nationellt program för förmånlig behandling.²⁵ Domstolen fann vidare att det ankommer på medlemsstaterna att, i avsaknad av tvingande unionsrättsliga bestämmelser på området, införa nationella bestämmelser avseende rätt till tillgång till handlingar som avser program för förmånlig behandling, för dem som lidit skada av en konkurrensbegränsande samverkan,²⁶ under förutsättning att medlemsstaterna inte gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att genomföra unionsrätten. Vad närmare bestämt beträffar konkurrensrätten ska medlemsstaterna tillse att de bestämmelser som införs eller tillämpas inte innebär att en effektiv tillämpning av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF undergrävs.²⁷

41. Detta ledde domstolen till en slutsats i domen i målet *Pfleiderer* som även är relevant i förevarande mål, trots att det institutionella sammanhanget var ett annat i målet *Pfleiderer*, vilket avsåg tillgång till administrativa handlingar i stället för rättegångshandlingar. Domstolen slog nämligen fast att vid bedömningen av en ansökan om tillgång till handlingar i samband med ett nationellt program för förmånlig behandling ska det göras en avvägning mellan intresset av att skydda information som den som ansökt om förmånlig behandling frivilligt lämnat (effektiviteten hos detta program och därmed den effektiva tillämpningen av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF skulle kunna påverkas, om handlingar som avser ett förfarande för förmånlig behandling lämnades ut till dem som har för avsikt att väcka en skadeståndstalan)²⁸ och nödvändigheten av att se till att tillämpliga nationella bestämmelser varken är mindre förmånliga än de som avser en liknande begäran som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att erhålla skadestånd.²⁹ Domstolen slog fast att en sådan intresseavvägning endast kan göras av de nationella domstolarna i varje enskilt fall.³⁰ Jag kommer strax att återkomma till innebörden av dessa domskäl.

42. Som domstolen slog fast i domen i de förenade målen *C-430/93* och *C-431/93*, *van Schijndel*, ska dessutom varje fall, som rör frågan huruvida en nationell processuell regel gör det omöjligt eller orimligt svårt att tillämpa unionsrätten, bedömas med beaktande av regelns ställning i förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella instanserna. Ur denna synvinkel finns det anledning att i förekommande fall beakta de principer som ligger till grund för det nationella rättssystemet, som till exempel skyddet för rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp.³¹ Vederbörlig hänsyn måste därför också tas till denna princip.

25 — Punkt 20. I punkt 21 i domen i målet *Pfleiderer* påpekade domstolen att varken kommissionens tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (EUT C 101, 2004, s. 43) eller tillkännagivandet om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, 2006, s. 17), vilka båda avser förmånlig behandling, är bindande för medlemsstaterna. I punkt 22 i domen i målet *Pfleiderer* framhöll domstolen att inom ramen för ECN utarbetades och antogs under år 2006 ett standardprogram för förmånlig behandling i syfte att harmonisera vissa delar av de nationella programmen på området. Inte heller detta standardprogram var bindande för medlemsstaternas domstolar.

26 — Domen i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkt 23.

27 — Domen i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkt 24 och där angiven rättspraxis.

28 — Domen i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkterna 25 och 26. Jag instämmer vidare i generaladvokaten Mazáks påpekande i punkt 34 i hans förslag till avgörande i målet *Pfleiderer*, där det anges att när "en medlemsstat, i form av sin konkurrensmyndighet eller sina konkurrensmyndigheter, har ett program för förmånlig behandling för att säkerställa en effektiv tillämpning av artikel 101 FEUF anser jag, trots den processuella autonomi som medlemsstaten åtnjuter vad gäller tillämpningen av denna bestämmelse, att medlemsstaten är skyldig att se till att programmet har inrättats och fungerar på ett effektivt sätt".

29 — Domen i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkt 30.

30 — Domen i det ovannämnda målet *Pfleiderer*, punkt 31.

31 — Dom av den 14 december 1995 i de förenade målen *C-430/93* och *C-431/93*, *van Schijndel* (REG 1995, s. I-4705), punkt 19.

43. Domskälen i målet Pfleiderer är visserligen relevanta i förevarande mål, men det är även viktigt att vara uppmärksam på skillnaderna. I det målet ville den nationella domstolen få klarhet i hur en skadelidande tredje mans tillgång till upplysningar som ett företag som ansökt om förmånlig behandling hade överlämnat till en nationell konkurrensmyndighet kunde påverka det system för samarbete och utbyte av information som anges i artiklarna 11 och 12 i förordning nr 1/2003 inom ramen för förfaranden för förmånlig behandling.³²

44. Fråga 1 i förevarande mål avser dock ett förbud som uppställs i nationell lagstiftning avseende *samtliga* handlingar i kartelldomstolens akt om parterna inte lämnar sitt samtycke, oavsett huruvida handlingarna rör förfaranden för förmånlig behandling eller ej, och i enlighet med vilket den nationella domstolen är förhindrad att göra den intresseavvägning som domstolen föreskrev i domen i målet Pfleiderer.

45. Med andra ord ligger förevarande tvist i vissa avseenden närmare den frågeställning som domstolen tog ställning till i målet Courage och Crehan, vilket avsåg ett förbud i brittisk rätt mot att parter i rättsstridiga avtal, inbegripet avtal som stred mot artikel 101 FEUF, väckte talan om skadestånd. Enligt min mening angavs grundtanken i punkt 26 i domen i målet Courage och Crehan, vilken har följande lydelse:

”Den fulla verkan av artikel 85 i fördraget, och särskilt den ändamålsenliga verkan av det förbud som stadgas i dess första stycke, skulle kunna ifrågasättas om inte varje person *kan* begära ersättning för en skada som ett avtal eller ett handlande som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen påstås ha orsakat honom.”³³

46. Den avgörande frågan är därför följande: Ska den österrikiska inskränkningen, såsom den beskrivits av kartelldomstolen, anses innebära att sammanslutningen eller dess medlemsföretag inte kan begära ersättning för skada som en rättsstridig kartell har orsakat dem, i den meningen att det österrikiska förbudet gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt?³⁴ I enlighet med vad domstolen slog fast i domen i målet DEB, måste frågan ställas huruvida sammanslutningen har tillgång till ett rättsmedel som säkerställer ett effektivt domstolsskydd av de rättigheter som den har enligt unionsrätten:³⁵ kan sammanslutningen göra gällande sina rättigheter enligt unionsrätten vid österrikisk domstol?³⁶

47. Slutligen måste vederbörlig hänsyn tas till artikel 19.1 FEU och till i vilken utsträckning denna artikel utgör en ytterligare garanti för effektivitetsprincipen. Enligt artikel 19.1 FEU är medlemsstaterna skyldiga att fastställa de möjligheter till överklagande ”som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten”. Mot bakgrund av denna fördragsbestämmelse tycks med andra ord normalnivån för ett effektivt domstolsskydd av rättigheter som grundar sig på unionsrätten vara högre än den traditionella formulering som hänvisar till praktisk omöjlighet eller orimliga svårigheter. Enligt min mening betyder det att nationella rättsmedel måste vara tillgängliga, skyndsamma och rimligt kostnadseffektiva.³⁷

32 — Se generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande, punkt 22.

33 — Min kursivering.

34 — Vilket ansågs vara fallet i exempelvis dom av den 22 december 2010 i mål C-279/09, DEB (REU 2010, s. I-13849), där det slogs fast att en nationell lagstiftning enligt vilken ett förskott på rättegångskostnaderna måste erläggas innan skadeståndstalan kan väckas mot staten med stöd av unionsrätten, då rättshjälp inte kunde beviljas, kunde strida mot rätten till domstolsprövning. Domstolen överlät åt den nationella domstolen att bedöma om så faktiskt var fallet med hänsyn till de faktiska omständigheterna.

35 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-13/01, Safalero (REG 2003, s. I-8679), punkt 54.

36 — Se generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i mål C-12/08, Mono Car Styling (REG 2009, s. I-6653), punkt 84, där det hänvisas till punkterna 38–40 i domstolens dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271).

37 — Se, analogt, domen i det ovannämnda målet DEB.

48. Ur konkurrenspolitisk synvinkel avser förevarande mål debatten om så kallad *private enforcement* av konkurrensreglerna (privata aktörers möjlighet att på civilrättslig väg genomdriva efterlevnaden av konkurrensreglerna). Till skillnad från situationen i Förenta staterna, är kanske begreppet inte det mest lämpliga i detta sammanhang, med beaktande av att det inom unionens konkurrensrätt inte finns sådana institut som förfaranden för bevisupptagning under förberedelserna inför en rättegång, grupptalan eller skadestånd i bestraffningssyfte. Enligt min mening försöker de som utsatts för konkurrensbegränsningar i Europeiska unionen, kanhända till skillnad från dem som befinner sig i motsvarande situation i Förenta staterna, endast få till stånd ett rättsligt skydd för ett civilrättsligt anspråk eller en civilrättslig rättighet snarare än att genomdriva efterlevnaden av en offentlig politik.

2. Domstolens praxis om nationella bevisregler och de allmänna principerna om ändamålsenlig verkan

49. Det följer av rättspraxis att medlemsstaterna ska säkerställa att bevisreglerna, i synnerhet reglerna för hur bevisbördan ska fördelas, som tillämpas på en talan som rör en tvist avseende åsidosättande av unionsrätten inte gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt för enskilda att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.³⁸

50. Domstolen har exempelvis slagit fast att det ankommer på den nationella domstolen att undersöka om en enskild, som vill väcka skadeståndstalan enligt unionsrättens regler om statens skadeståndsansvar, har kunnat använda sig av ett undantagsförfarande som tillåter att vittnen hörs, eller, om så inte är fallet, om han på annat vis, i synnerhet skriftligen, har kunnat framlägga bevisning avseende den skada han vållats.³⁹ I annat fall skulle bevisreglerna göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt, i synnerhet det sistnämnda, för enskilda att utöva de rättigheter de har enligt unionsrätten.⁴⁰ Med andra ord är inskränkningar av rätten att förete bevisning som är ”av avgörande betydelse för klagandens talan”⁴¹ oförenliga med den ändamålsenliga verkan. Andra bevisregler beträffande vilka domstolen har slagit fast att de nationella domstolarna ska pröva huruvida principen om ändamålsenlig verkan har åsidosatts innefattar de bevisregler som äventyrar principen om parternas likställighet i processen.⁴²

51. Att det krävs samtycke av den som har överträtt konkurrensreglerna för att få tillgång till rättegångshandlingar avseende offentlighetsrättsliga konkurrens mål har enligt min mening en betydande avskräckande verkan på utövandet av rätten att begära civilrättsligt skadestånd för överträdelse av unionens konkurrensrätt.⁴³ Domstolen har slagit fast att om en enskild har avskräckts från att väcka talan i tid av den som begått överträdelsen, kommer den sistnämnde inte ha rätt att åberopa nationella processuella regler om tidsfrister för väckande av talan.⁴⁴ Jag kan inte se någon anledning att begränsa tillämpningen av denna princip till preskriptionstider, utan jag skulle förespråka att den utvidgas till att omfatta betungande bevisregler som har en liknande avskräckande verkan.⁴⁵ Jag skulle vidare ifrågasätta att rättsmedel som avskräcker personer från att göra gällande rättigheter som följer av unionsrätten är förenliga med artikel 19.1 FEU.

38 — Dom av den 3 februari 2000 i mål C-228/98, Dounias (REG 2000, s. I-577), punkt 69 och där angiven rättspraxis, av den 29 april 2004 i mål C-224/02, Pusa (REG 2004, s. I-5763), punkt 44, och av den 24 april 2008 i mål C-55/06, Arcor (REG 2008, s. I-2931), punkt 191 och där angiven rättspraxis. Se även, med avseende på bevisregler, dom av den 7 september 2006 i mål C-526/04, Laboratoires Boiron (REG 2006, s. I-7529), punkterna 52–57, och dom av den 1 juli 2010 i mål C-35/09, Speranza, REU 2010, s. I-6581, punkt 47.

39 — Domen i det ovannämnda målet Dounias, punkt 71.

40 — Domen i det ovannämnda målet Dounias, punkt 71.

41 — Punkt 50 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet Dounias.

42 — Se, exempelvis, dom av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), och av den 6 november 2012 i mål C-199/11., Otis m.fl..

43 — Dom av den 15 april 2010 i mål C-542/08, Barth (REU 2010, s. I-3189), punkt 40.

44 — Se, exempelvis, domen i det ovannämnda målet Levez, punkt 32, där det slogs fast att det förhållandet att en arbetsgivare hade lämnat vilseledande uppgifter om lönenivån för manliga arbetstagare som utförde ett likvärdigt arbete hade ”[gjort] det omöjligt” för B.S. Levez att i tid väcka talan.

45 — Se, traditionellt sett, dom av den 9 november 1983 i mål 199/82, San Giorgio (REG 1983, s. I-3595; svensk specialutgåva, volym 7, s. 389).

3. Artikel 47 i stadgan

52. Som domstolen nyligen påpekade består principen om ett effektivt domstolsskydd i artikel 47 i stadgan av flera delar, såsom rätten till försvar, principen om parternas likställdhet i processen, rätten till domstolsprövning samt rätten att erhålla rådgivning, låta sig försvaras och företrädas.⁴⁶ Rätten till domstolsprövning innefattar även, enligt domstolens praxis, en ”behörighet” för nationella domstolar att pröva alla sakfrågor och rättsfrågor som är relevanta i de mål som är anhängiga vid dem.⁴⁷ Enligt min mening kan en nationell domstol som ska besluta om de civilrättsliga följderna av en rättsstridig konkurrensbegränsning inte ha en sådan ”behörighet”, om den i praktiken är förhindrad att få tillgång till viktigt bevismaterial, såsom de handlingar som sammanställts i offentlighetsliga konkurrensfall och i vilka en rättsstridig konkurrensbegränsning, som till exempel en kartell, redan har konstaterats.

53. Att begränsa tillgången till avgörande bevismaterial undergräver följaktligen parternas rätt att få sin tvist prövad av domstol.⁴⁸ Det påverkar även deras rättigheter att väcka talan på ett ändamålsenligt sätt.⁴⁹

54. Rätten att få sin sak prövad i domstol är emellertid inte oinskränkt.⁵⁰ Den kan bli föremål för inskränkningar, under förutsättning att de inte medför en kränkning av kärnan i rätten till domstolsprövning, att de syftar till att uppnå ett berättigat mål och att de medel som används står i proportion till det eftersträvade målet.⁵¹

55. Artikel 47 är även relevant i förevarande mål eftersom den garanterar en rättvis rättegång, vilket syftar till att skydda intressena för de företag som har deltagit i kartellen. Jag anser att tredje man i princip inte ska beviljas tillgång till redogörelser som det företag som ansökt om förmånlig behandling frivilligt har lämnat, och i vilka företaget anger sig självt.⁵² Rätten att inte ange sig själv är sedan länge fastställd i unionsrätten⁵³ och den kan direkt göras gällande gentemot nationella konkurrensmyndigheter som införlivar unionsbestämmelser.⁵⁴

56. Det är riktigt att programmen för förmånlig behandling inte garanterar något skydd mot skadeståndsanspråk⁵⁵ och att rätten att inte ange sig själv inte gäller i privaträttsliga sammanhang. Trots detta utgör både skäl som avser grunderna för rättsordningen och skäligheten gentemot den part som har lämnat komprometterande uppgifter inom ramen för ett program för förmånlig behandling tungt vägande skäl mot att ge tillgång till domstolhandlingar i offentlighetsliga konkurrensfall när den part som drar fördel av dessa har hörts som vittne av den konkurrensmyndighet som beivrat överträdelsen.

46 — Domen i det ovannämnda målet Otis m.fl., punkt 48.

47 — Domen i det ovannämnda målet Otis m.fl., punkt 49.

48 — Se generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i de förenade målen C-87/90, C-88/90 och C-89/90, Verholen m.fl. (REG 1991, s. I-3757), punkt 33.

49 — Domen i det ovannämnda målet DEB, punkt 45, vari det hänvisas till Europadomstolens dom i målet Steel och Morris mot Förenade kungariket, nr 68416/01, Recueil des arrêts et décisions 2005-II, § 59.

50 — Domen i det ovannämnda målet DEB, punkt 45.

51 — Domen i det ovannämnda målet DEB, punkt 47, vari det hänvisas till Europadomstolens dom av den 13 juli 1995 i målet Tolstoy-Miloslavsky mot Förenade kungariket, serie A nr 316-B, §§ 59–67, och av den 19 juni 2001 i målet Kreuz mot Polen, nr 28249/95, Recueil des arrêts et décisions 2001-VI, §§ 54 och 55. Se även punkt 38 i generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i det ovannämnda målet Unibet.

52 — Punkt 46 i generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande i det ovannämnda målet Pfeleiderer.

53 — Se, traditionellt sett, dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S Europe mot kommissionen (REG 1982, s. I-1575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 405).

54 — Vilket nyligen upprepades i dom av den 14 november 2012 i mål T-135/09, Nexans France och Nexans mot kommissionen, punkt 128 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 14 september 2010 i mål C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals och Akros Chemicals mot kommissionen m.fl. (REU 2010, s. I-8301).

55 — Se kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, 2006, s. 22), punkt 39, där följande anges: ”Det faktum att ett företag beviljas immunitet eller nedsättning i fråga om böter kan inte skydda det från civilrättsliga följder på grund av dess deltagande i en överträdelse av artikel 81 i EG-fördraget.”

4. Tillämpning på det aktuella målet

57. Domstolen har slagit fast att medlemsstaterna är skyldiga enligt unionsrätten att se till att den nationella lagstiftningen inte ”åsidosätter” rätten till ett effektivt domstolskydd.⁵⁶ De berörda får inte hindras från att göra gällande sina rättigheter vid nationell domstol. Ska det österrikiska förbudet mot att ge tillgång till handlingar avseende mål vid kartell-domstolen, utan samtycke av samtliga parter, anses medföra en sådan verkan?

58. Domstolen har slagit fast att ett utlämnande till tredje man av de handlingar som utväxlats mellan kommissionen och företagen i ett ärende avseende kontroll av en företagskoncentration i princip skulle undergräva såväl skyddet för syftet med utredningen som skyddet för de inblandade företagens affärsintressen, även om ärendet har genomförts och avslutats.⁵⁷ Principer av detta slag⁵⁸ konkurrerar dock på unionsnivå med bestämmelserna om tillgång till handlingar och kravet på insyn, såsom föreskrivs både i unionslagstiftningen och i unionens primärrätt.⁵⁹

59. Till följd av detta har domstolen utvecklat en praxis, vilken har omfattat mål som avser tillgång till handlingar som innehas av kommissionen i konkurrensutredningar⁶⁰ och vilken i huvudsak innebär att tvingande krav av detta slag ska vägas mot varandra med hänsyn till bedömningen av varje enskild begärd handling. Det betyder att ett direkt förbud mot att ge tillgång till kommissionshandlingar som har samlats in i samband med utredningen av en kartell är otänkbart på unionsnivå.

60. Dessa principer, vilka har utvecklats med avseende på tillgång till handlingar som innehas av Europeiska kommissionen, kan inte direkt tillämpas på nationell nivå. De ger dock en kontext, en ram och ett perspektiv vid bedömningen av huruvida totalförbudet i österrikisk rätt är förenligt med principen om ändamålsenlig verkan.

61. Såsom framgår av domstolens avgörande i målet Pfleiderer ska på samma sätt vederbörlig hänsyn även tas till kravet på skydd för program för förmånlig behandling. I enlighet med punkt 26 i kommissionens tillkännagivande om samarbete mellan kommissionen och EU-medlemsstaternas domstolar vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget⁶¹ ”... kommer kommissionen inte att överlämna upplysningar till nationella domstolar som en person som har ansökt om förmånlig behandling frivilligt har lämnat, utan föregående samtycke från den personen”. Det förhållandet att Europeiska unionens kommission har medgett en förmånlig behandling ger dock, som jag redan har nämnt, inte någon garanti i samband med en civilrättslig skadeståndstalan.⁶²

62. Sådana överväganden är även relevanta vid bedömningen av huruvida 39 § punkt 2 KartG är förenlig med unionsrätten, särskilt när en civilrättslig skadeståndstalan fyller en kompletterande funktion i Europeiska unionen,⁶³ vid genomförandet av konkurrensrätten. Mot denna bakgrund bör rätten, vilken följer av domarna i målen Courage och Crehan samt Manfredi, för enskilda parter att

56 — Domen i det ovannämnda målet *Mono Car Styling*, punkt 49 och där angiven rättspraxis.

57 — Dom av den 28 juni 2012 i mål C-404/10 P, kommissionen mot *Éditions Odile Jacob*, punkterna 123 och 124.

58 — Därutöver kan nämnas exempelvis det närliggande begreppet skydd för affärshemligheter. Dom av den 29 mars 2012 i mål C-1/11, *Interseroh*, och av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones m.fl.* (REG 2007, s. I-5305).

59 — Se särskilt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43).

60 — Se, exempelvis, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot *Éditions Odile Jacob*, och dom av den 22 maj 2012 i mål T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg* mot kommissionen.

61 — EUT C 101, 2004, s. 54.

62 — Det är värt att notera att tribunalen nyligen fann att det var nödvändigt att låta parterna få ta del av kommissionens handlingar vid tribunalens kansli, då målet grundade sig på uppgifter som lämnats av ett företag i samband med ett förfarande för förmånlig behandling. Se dom av den 14 november 2012 i mål T-140/09, *Prysmian*.

63 — Se inlagor, kommissionens arbetsdokument som åtföljer vitboken om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler SEK(2008) 404, punkt 2, s. 7.

begära skadestånd från ekonomiska aktörer som har överträtt Europeiska unionens konkurrensrätt enligt min mening inte utvecklas så till den grad att det skulle äventyra effektiviteten hos offentlighetsliga genomförandemekanismer, oavsett om det rör sig om europeiska eller nationella mekanismer.

63. Den österrikiska bestämmelsen har försvarats med ett argument som avser att den österrikiska lagstiftaren har gjort den nödvändiga avvägningen mellan motstående allmänna och enskilda intressen och funnit det lämpligt att ge absolut företräde åt allmänintresset av en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna. Enligt min mening är dock, bortsett från vissa situationer som faller utanför konkurrensrättens tillämpningsområde, en intresseavvägning som inte lämnar något utrymme för ett av de motstående intressena inte förenlig med proportionalitetsprincipen.

64. Ur proportionalitetssynvinkel anser jag därför att det vore lämpligare med en lagbestämmelse som gav oinskränkt skydd för dem som deltar i ett program för förmånlig behandling, men som krävde att intressena för övriga deltagare i en konkurrensbegränsande samverkan ska vägas mot intressena för dem som påstås vara utsatta för en konkurrensbegränsning. I Österrike är omfattningen av sekretesskyddet för kartelldomstolens handlingar inte begränsat till de deltagande företagens affärshemligheter. Vidare anser jag att deltagande i en rättsstridig konkurrensbegränsning i sig inte utgör en affärshemlighet som förtjänar skydd enligt unionsrätten, med undantag av de företag som beviljats en förmånlig behandling.⁶⁴

65. Jag anser följaktligen att ett totalförbud mot att ge tillgång till de domstolshandlingar som innehas av kartelldomstolen, om parterna inte har gett sitt samtycke, utgör ett oproportionerligt hinder för rätten till domstolsprövning, vilken garanteras genom artikel 47 i stadgan, i synnerhet då kartelldomstolens domar, såsom anges i handlingarna i målet, inte görs tillgängliga för allmänheten.

66. Vad som enligt min mening krävs, i enlighet med kravet på ändamålsenlig verkan, är en möjlighet för en nationell domstol som ska ta ställning till tredje mans tillgång till domstolshandlingar att göra en intresseavvägning av det slag som antydde i domen i målet Pfleiderer. En sådan intresseavvägning skulle göra det möjligt för den nationella domstolen att ställa alla motstående omständigheter mot varandra, såsom skyddet för berättigade affärshemligheter för de företag som deltagit i konkurrensbegränsningen, å ena sidan, mot medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 19.1 FEU att fastställa de möjligheter till överklagande ”som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten”, å andra sidan. Den nationella lagstiftaren får reglera vilka omständigheter som ska beaktas vid en sådan intresseavvägning, men inte förhindra att intresseavvägningen äger rum, eventuellt med undantag för uppgifter som lämnats av företag som beviljats en förmånlig behandling.

67. I domstolens praxis har det slagits fast att det ”[g]enom EG-fördraget har ... införts flera olika typer av talan som privatpersoner i förekommande fall kan väcka direkt vid gemenskapsdomstolen. Genom fördraget skapas emellertid inte några andra former av rättsliga förfaranden vid de nationella domstolarna, i syfte att upprätthålla gemenskapsrätten, än de som redan föreskrivs i den nationella rätten ... Det förhåller sig på annat sätt endast om det av den nationella rättsordningens systematik framgår att det inte finns någon form av rättsligt förfarande som ens prejudiciellt ger möjlighet att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten ...”.⁶⁵

64 — Se påpekandena angående affärshemligheter i punkt 33 i mitt förslag till avgörande i mål C-136/11, Westbahn Management. Kommissionen har alltid publicerat de kommissionsbeslut i vilka unionens konkurrensrätt tillämpas, genom att vid behov utelämnat de uppgifter som utgör affärshemligheter.

65 — Domen i det ovannämnda målet Unibet, punkterna 40 och 41 samt där angiven rättspraxis.

68. Kartelldomstolen ska därför vid sin bedömning ta vederbörlig hänsyn till de alternativa sätt att samla in bevisning som föreskrivs i österrikisk rätt. Dessa innefattar exempelvis processuella regler om utlämnande av handlingar i samband med civilrättsliga mål eller bestämmelser som reglerar tillgången till den federala konkurrensmyndighetens administrativa handlingar, jämte 219 § punkt 2 och 273 § i civilprocesslagen, innan beslut fattas om vilka delar av dess handlingar som eventuellt ska lämnas ut till tredje man, i syfte att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom ramen för en skadeståndstalan, i enlighet med domarna i målen *Courage* och *Crehan* samt *Manfredi*, som väckts mot ekonomiska aktörer som befunnits vara skyldiga till överträdelse av artikel 101 FEUF. Samma prövning ska göras med avseende på beräkningen av skadestånd.⁶⁶

69. Sammanfattningsvis måste det, inom de ramar som den nationella lagstiftaren får fastställa och förutsatt att de unionsrättsliga principer som angetts ovan iakttas, finnas ett visst utrymme för att göra en avvägning mellan allmänintresset av ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna och de enskilda intressena för dem som utsatts för överträdelse av konkurrensreglerna.

70. Jag föreslår därför att domstolen ska besvara fråga ett så, att principen om ett effektivt domstolsskydd, såsom den tillämpas mot bakgrund av artikel 19.1 FEU, utgör hinder för en sådan bestämmelse i den nationella konkurrenslagstiftningen som 39 § punkt 2 KartG, vilken förbjuder att tredje man som vill väcka en civilrättslig skadeståndstalan mot kartelldeltagarna ges tillgång till kartelldomstolens handlingar om kartelldeltagarna inte har lämnat sitt samtycke.

V – Förslag till avgörande

71. Jag föreslår följaktligen att de tolkningsfrågor som kartelldomstolen har ställt ska besvaras enligt följande:

1. Den unionsrättsliga effektivitetsprincipen, såsom den tillämpas mot bakgrund av artikel 19.1 FEU, utgör hinder för en bestämmelse i den nationella konkurrenslagstiftningen, enligt vilken det är tillåtet att ge tredje man, som inte är part i ett konkurrensfall men som vill förbereda en skadeståndstalan gentemot deltagarna i ett avtal som prövats i nämnda mål, tillgång till en nationell domstols handlingar, vilka har samlats in inom ramen för ett konkurrensfall som rör tillämpningen av unionens konkurrensrätt, endast om alla parter i konkurrensfallet lämnar sitt samtycke därtill. Svaret blir ett annat endast om det i nationell rätt föreskrivs alternativa sätt för att säkra bevisning för att unionens konkurrensrätt har överträtts och för att fastställa skadans omfattning som ger ett effektivt domstolsskydd vad gäller rätten att begära civilrättsligt skadestånd vid överträdelse av dessa bestämmelser och som är förenliga med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.
2. Den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen utgör inte hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken tredje man som inte är part i ett konkurrensfall, utan undantag kan få tillgång till en nationell domstols handlingar, vilka har samlats in inom ramen för detta konkurrensfall som rör tillämpningen av unionens konkurrensrätt, endast om alla parter i konkurrensfallet lämnar sitt samtycke därtill, när bestämmelsen är tillämplig på samma sätt på rent nationella konkurrensfall, men skiljer sig från nationella bestämmelser som är tillämpliga på tredje mans tillgång till rättegångshandlingar i andra typer av mål, särskilt tvistemål, frivillig rättsvård och brottmål.

66 — Generaladvokaten Sharpston har hävdats att praktiska problem avseende fastställandet av skadans omfattning inte räcker för att det ska vara "[i praktiken] omöjligt eller orimligt svårt" att föra en skadeståndstalan. Se punkt 49 i hennes förslag till avgörande i målet *Unibet*. Enligt min mening är detta en fråga om svårighetsgrad, vilken ska bedömas av den nationella domstolen mot bakgrund av artikel 19.1 FEU.