Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 7 april 2022 [1]

Mål C-163/21

AD m.fl.
mot
PACCAR Inc,
DAF TRUCKS NV,
DAF Trucks Deutschland GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (Handelsdomstol nr 7 i Barcelona, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser – Hemlig samverkan om prissättning och höjningar av bruttopriset inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet för lastbilar – Skapande *ex novo* av relevanta bevis som gör det möjligt att kvantifiera den artificiella ökningen av priserna och den lidna skadan”

I. Inledning

1. Syftet med direktiv 2014/104/EU [2] är att harmonisera bland annat reglerna för utlämnande av bevis i samband med privat tillämpning (”private enforcement”) av Europeiska unionens konkurrensregler. I det sammanhanget kan möjligheten för parterna i skadeståndsmål att effektivt utöva sina rättigheter vara beroende av deras möjlighet att få tillgång till relevanta bevis. Det kan hända att den part som har bevisbördan inte förfogar över eller lätt kan få tillgång till sådana bevis. [3]

2. Det kan också hända att motparten inte heller förfogar över bevis som är relevanta, av det skälet att dessa inte redan är befintliga. Om den parten då uppmanas att lämna ut sådana bevis, behöver den för att kunna efterkomma begäran nyskapa dessa bevis (skapa dem *ex novo*) genom att sammanställa eller klassificera information, kunskap eller uppgifter som den har i sin besittning.

[1] Originalspråk: franska.

[2] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (EUT L 349, 2014, s. 1).

[3] Se punkt 9 i kommissionens meddelande om nationella domstolars skydd av konfidentiell information i förfaranden som rör privat genomdrivande av EU:s konkurrensregler (EUT C 242, 2020, s. 1).

3. Detta är sammanhanget för förevarande begäran om förhandsavgörande, som ger domstolen tillfälle att klargöra huruvida en part i ett förfarande mot bakgrund av direktiv 2014/104 kan yrka att dess motpart ska föreläggas att lämna ut bevis som denna motpart måste skapa *ex novo*.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. I artikel 5.1 i direktiv 2014/104 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att nationella domstolar i förfaranden som rör skadeståndstalan i unionen, på begäran av en kärande som har lagt fram en utförlig motivering med rimligen tillgängliga fakta och bevis som är tillräckliga för att styrka rimligheten i hans eller hennes skadeståndsanspråk, kan förelägga svaranden eller en tredje part att lämna ut relevanta bevis som de förfogar över, på de villkor som anges i detta kapitel. Medlemsstaterna ska se till att nationella domstolar, på svarandens begäran, kan förelägga käranden eller en tredje part att lämna ut relevanta bevis.

…”

B. Spansk rätt

5. Direktiv 2014/104 har införlivats med den spanska rättsordningen genom Real Decreto-ley 9/2017, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (kungligt lagstiftningsdekret 9/2017 om införlivande av EU-direktiv på områdena finans, handel och hälsa samt arbetstagares rörlighet) av den 26 maj 2017 (BOE nr 126, 27 maj 2017).

III. Bakgrunden och förfarandet i det nationella målet

6. Den 19 juli 2016 antog Europeiska kommissionen beslut C(2016) 4673 final om ett förfarande enligt artikel 101 [FEUF] och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) (ärende AT.39824 – Lastbilar) (EUT C 108, 2017, s. 6, nedan kallat beslutet av den 19 juli 2016). Det beslutet riktade sig bland annat till PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV och DAF Trucks Deutschland GmbH som är svarande i det nationella målet.

7. Genom beslutet slog kommissionen fast förekomsten av en kartell som hade inbegripit femton internationella lastbilstillverkare och avsett två produktkategorier, nämligen lastbilar med en vikt mellan 6 och 16 ton och lastbilar med en vikt över 16 ton, både konventionella lastbilar och tunga dragbilar.

8. Av beslutet av den 19 juli 2016 framgår – oaktat att den hänskjutande domstolen inte har påpekat detta – att överträdelsen av artikel 101 FEUF, såvitt svarandena i det nationella målet anbelangade, befanns ha förelegat under perioden från den 17 januari 1997 till den 18 januari 2011.

9. Kärandena i det nationella målet, AD m.fl., har köpt lastbilar som kan omfattas av den överträdelse som beslutet av den 19 juli 2016 avser. Den 25 mars 2019 begärde de med stöd av artikel 283 bis i Ley de Enjuiciamiento Civil (civilprocesslagen) att få tillgång till bevis som svarandena i det nationella målet förfogade över. Därvid gjorde de gällande att de behövde erhålla viss bevisning för att kunna kvantifiera den artificiella prisökningen, bland annat i syfte att göra en jämförelse av rekommenderade priser före, under och efter kartellperioden. Närmare bestämt begärde de tillgång dels till en förteckning över de modeller som tillverkades under perioden från den 1 januari 1990 till den 30 juni 2018, klassificerade per år och efter vissa kännetecken, dels till internpriserna fritt fabrik (bruttopriserna) för var och en av modellerna på den förteckningen, dels till ”Total Delivery Cost” för dessa modeller.

10. Svarandena i det nationella målet bestred denna begäran och gjorde därvid bland annat gällande att vissa av de begärda handlingarna skulle behöva tas fram just för det aktuella ändamålet.

11. Som svar på en fråga om det lämpliga i att begära förhandsavgörande av EU-domstolen, angav svarandena i det nationella målet att en sådan begäran om utlämnande som åsyftas i artikel 5.1 i direktiv 2014/104 inte kan avse bevis som inte redan är befintliga. Således är det enligt nämnda svarande inte möjligt att med stöd av den bestämmelsen ställa krav på utarbetande av bevis, särskilt med tanke på att detta skulle kunna ålägga en svarandepart en börda som mot bakgrund av principerna om nödvändighet, proportionalitet och kostnadsminimering är att anse som oskäligt tung och går utöver vad som är rimligt att förvänta sig i samband med ett rent utlämnande av handlingar. Kärandena i det nationella målet förespråkar däremot en motsatt tolkning av den aktuella bestämmelsen.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

12. Mot bakgrund av ovanstående beslutade Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (Handelsdomstol nr 7 i Barcelona, Spanien), genom beslut av den 21 februari 2020 som inkom till EU-domstolen den 11 mars 2021, att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 5.1 i [direktiv 2014/104] tolkas så, att utlämnande av relevanta bevis enbart avser redan befintliga handlingar som svaranden eller tredje part förfogar över, eller, tvärtom, så, att artikel 5.1 också inbegriper en möjlighet till utlämnande av handlingar som den part till vilken begäran om information ställs måste skapa *ex novo*, genom sammanställning eller klassificering av information, kunskap eller uppgifter som denna har i sin besittning?”

13. Skriftliga yttranden har inkommit från parterna i det nationella målet, från den spanska och den nederländska regeringen och från kommissionen. Förhandling har inte hållits i målet.

V. Bedömning

14. Den hänskjutande domstolen har ställt sin enda tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 5.1 i direktiv 2014/104 ska tolkas så, att vad som avses med utlämnande av relevanta bevis enbart är utlämnande av redan befintliga handlingar som svaranden eller tredje part förfogar över, eller om den bestämmelsen även inbegriper en möjlighet att få till stånd utlämnande av handlingar

som den part till vilken begäran om information ställs måste skapa *ex novo*, genom att sammanställa eller klassificera information, kunskap eller uppgifter som nämnda part har i sin besittning.

15. Innan jag tar mig an denna fråga finner jag det påkallat att inledningsvis undersöka först huruvida förevarande begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning och sedan huruvida direktiv 2014/104 är tillämpligt på det nationella målet.

A. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

16. Kärandena i det nationella målet anser att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning utan ska avvisas. Enligt dem avser nämligen denna begäran ett hypotetiskt fall där den som har begått en överträdelse måste utarbeta handlingar *ex novo*, medan det i det aktuella fallet inte är nödvändigt att utarbeta några handlingar *ex novo* för att den begäran om utlämnande av bevis som är i fråga i det nationella målet ska kunna efterkommas.

17. Svarandena i det nationella målet har, utan att ifrågasätta möjligheten att ta upp förevarande begäran om förhandsavgörande till prövning, påpekat att det enligt artikel 6.1 i direktiv 2004/48/EG[4] är möjligt att förelägga en motpart att lägga fram bevis som den förfogar över. Därvid har svarandena i det nationella målet erinrat om att den bestämmelsen enligt kommissionen skulle kunna medföra att en part blev skyldig att söka efter bevisning inom sin organisation och även hos separata rättsliga enheter under dess kontroll.[5] Enligt svarandena i det nationella målet gäller detsamma för direktiv 2014/104. De har emellertid gjort gällande att vad de skulle behöva göra för att efterkomma den begäran som har framställts vid den hänskjutande domstolen inte är att skapa skriftlig bevisning som inte redan är befintlig utan i stället att skapa information *ex novo*.

18. Jag noterar på tal om båda dessa argument att det är riktigt att den hänskjutande domstolen har inskränkt sig till att ange att begäran om utlämnande av bevis i det aktuella fallet avser handlingar som *kan tänkas* inte redan vara befintliga i den form i vilken de har begärts utlämnade utan kräva en utarbetandeinsats.

19. Emellertid vill jag erinra om att frågor som rör unionsrätten omfattas av en presumtion för relevans och att EU-domstolen i princip är skyldig att uttala sig om dem.

20. Vidare gäller att eftersom den hänskjutande domstolen i ett sådant förfarande som avses i artikel 267 FEUF är ensam behörig att fastställa och bedöma de faktiska omständigheterna i det mål som den har att avgöra, ska EU-domstolen i princip begränsa sin prövning till de uppgifter som den hänskjutande domstolen har beslutat att lägga fram för den och således hålla sig till den situation som den hänskjutande domstolen anser vara fastställd, varför EU-domstolen inte kan vara bunden av påståenden som har gjorts av någon av parterna i det nationella målet.[6]

21. Följaktligen kan förevarande begäran om förhandsavgörande tas upp till prövning.

[4] Europaparlamentets och rådets direktiv av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 2004, s. 45).

[5] Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser (COM(2013) 404 final).

[6] Se, bland annat, dom av den 2 april 2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, punkt 22).

B. Huruvida direktiv 2014/104 är tillämpligt

22. Den hänskjutande domstolen förefaller inte betvivla att direktiv 2014/104 är tillämpligt i det nationella målet, och detta är inte heller något som de berörda har diskuterat under förfarandet vid EU-domstolen. Med tanke på att omständigheterna i det nationella målet i vissa avseenden är något oklara och att det därför råder visst tvivel om huruvida dessa omständigheter omfattas av det materiella och tidsmässiga tillämpningsområdet för det direktivet, kommer jag emellertid ändå att ta upp den frågan.

*1. Tillämpligheten av direktiv 2014/04 med avseende på det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*)*

a) Beskrivning av problemet

23. Den hänskjutande domstolen har angett att begäran om utlämnande av bevis har framställts med stöd av artikel 283 bis i civilprocesslagen och med anledning av beslutet av den 19 juli 2016.

24. Härvidlag vill jag påpeka att en begäran om utlämnande av bevis med stöd av artikel 283 bis i civilprocesslagen enligt vissa författare kan framställas även innan någon talan har väckts i sakfrågan.[7] Då måste den part som har framställt begäran väcka talan i sakfrågan inom 20 dagar.[8]

25. Det framgår inte tydligt av förevarande begäran om förhandsavgörande att den begäran om utlämnande av bevis som är i fråga i det nationella målet framställdes inom ramen för ett förfarande där skadeståndstalan redan hade väckts vid den hänskjutande domstolen. Vad som framgår av begäran om förhandsavgörande är endast att kärandena i det nationella målet till stöd för sin begäran om utlämnande av bevis gjorde gällande att samtliga villkor för att rimligheten i de planerade skadeståndsanspråken (”acciones de daños que se pretenden ejercitar”) skulle kunna bedömas på ett skäligt sätt var uppfyllda.

26. Kärandena i det nationella målet har angett – utan att uttryckligen ta upp frågan huruvida den begäran om utlämnande av bevis som är i fråga i det nationella målet framställdes inom ramen för ett förfarande där skadeståndstalan redan hade väckts vid den hänskjutande domstolen – att det förfarande som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande är ett förfarande som avser tillgång till källor till bevisning.

27. Den spanska regeringen har däremot angett att kärandena i det nationella målet har väckt skadeståndstalan på grundval av beslutet av den 19 juli 2016. I linje med detta har kommissionen angett att den anser att vad den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i är hur artikel 5.1 i direktiv 2014/104 ska tolkas i samband med en skadeståndstalan för överträdelse av konkurrensreglerna. Svarandena i det nationella målet har på ett mindre entydigt sätt angett att begäran om förhandsavgörande har framställts på privat initiativ inom ramen för ett

[7] Se Marcos, F., ”Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working Paper IE Law School*, 2018, AJ8-241-I, s. 28. Det förefaller som, enligt denna spanska bestämmelse och denne författare, det är fråga om en frist på 20 dagar från den dag då ansökan om bevisuppgift togs emot.

[8] Om talan inte väcks i sakfrågan, ska den nationella domstolen enligt artikel 283 bis led e i civilprocesslagen ex officio förplikta den part som har begärt utlämnande av bevis att ersätta rättegångskostnaderna och förklara denna part ansvarig för den skada som den har åsamkat den person mot vilken åtgärderna har vidtagits.

domstolsförfarande avseende tillämpning av konkurrensrätten vars ursprung står att finna i beslutet av den 19 juli 2016. I sitt skriftliga yttrande har de därutöver också hänvisat till den ersättningstalan som kärandena i det nationella målet har väckt (”deras talan”).

28. Det är således inte möjligt att med ledning av innehållet i förevarande begäran om förhandsavgörande – inte ens om man beaktar de berördas skriftliga yttranden – entydigt slå fast att den begäran om utlämnande av bevis som är i fråga i det nationella målet inte framställdes före väckandet av en skadeståndstalan utan i samband med eller efter väckandet av en sådan talan.

29. I artikel 1 i direktiv 2014/104, vars rubrik lyder ”Syfte och tillämpningsområde”, stadgas emellertid i punkt 2 att vad som fastställs i det direktivet bland annat är regler för tillämpningen av konkurrensreglerna ”i fall av skadeståndstalan vid nationella domstolar”. I artikel 22.2 i samma direktiv, som rör tillämpligheten i tiden för de nationella införlivandebestämmelser som inte innebär införlivande av de materiella bestämmelserna i direktivet, anges också i linje med detta det tidsmässiga tillämpningsområdet för dessa införlivandebestämmelser genom hänvisning till ett datum för väckande av skadeståndstalan vid nationell domstol. [9]

30. Det sålunda fastställda tillämpningsområdet för direktiv 2014/104 förefaller i princip inte omfatta en begäran om utlämnande av bevis som framställs innan skadeståndstalan väcks. Vissa nationella lagstiftare [10] och vissa författare i doktrinen [11] förefaller också göra en sådan tolkning av det direktivet. Denna tolkning medger emellertid att medlemsstaterna inför regler för en sådan begäran om utlämnande av bevis. Enligt artikel 5.8 i nämnda direktiv får nämligen medlemsstaterna – dock utan att det påverkar artiklarna 5.4, 5.7 och 6 i direktivet – införa regler som möjliggör ett system för att lämna ut bevis i större omfattning.

31. Med tanke på det tvivel som råder om huruvida skadeståndstalan redan har väckts vid den hänskjutande domstolen, behöver jag se närmare på huruvida det finns fog för den tolkning som har redovisats i föregående punkt i detta förslag till avgörande.

b) Bedömning

32. Artikel 5.1 i direktiv 2014/104, som den hänskjutande domstolen önskar få tolkad, har i vissa språkversioner [12] en mindre restriktiv och mindre kategorisk lydelse än artikel 1.2 i samma direktiv.

[9] Enligt den bestämmelsen ska ”[m]edlemsstaterna … säkerställa att de nationella bestämmelser som antas i enlighet med artikel 21, utöver de bestämmelser som avses i punkt 1, inte ska tillämpas på skadeståndstalan som väckts vid en nationell domstol före den 26 december 2014”.

[10] Se Malinauskaite, J., och Cauffman, C., ”The Transposition of the Antitrust Damages Directive in the Small Member States of the EU – A Comparative Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, vol. 9, nr 8, s. 501.

[11] Se Kirst, P., ”The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe”, *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, nr 1, s. 113, och Petr, M., ”Czech Republic”, i: Piszcz, A. (red.), *Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries, University of Warsaw Faculty of Management Press*, Warszawa, 2017, s. 98. Se även, för ett liknande resonemang men mindre kategoriskt, Rodger, B.J., Sousa Ferro, M., och Marcos, F., ”A Panacea for Competition Law Damages Actions in the EU? A Comparative View of the Implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, nr 4, s. 488 och 489.

[12] Bland annat i den franska och den engelska versionen, där det anges att medlemsstaterna ska se till att det är möjligt att framställa en begäran om utlämnande av bevis i ”förfaranden *som rör* skadeståndstalan i unionen” (min kursivering), samtidigt som det i bland annat den polska versionen hänvisas till ”skadeståndsförfaranden” (”w postępowaniu o odszkodowanie”).

33. Vidare definieras begreppet ”bevis” i artikel 2.13 i direktiv 2014/104 i vissa språkversioner[13] genom en hänvisning till alla former av bevismaterial som får läggas fram ”för *den nationella domstol där talan väckts*” medan det i andra språkversioner[14] hänvisas till alla former av bevismaterial som får läggas fram ”för *den nationella domstol vid vilken anhängiggörande skett*”, utan att det preciseras att det är fråga om skadeståndstalan (min kursivering).

34. Än mer väsentligt är att en önskan från unionslagstiftarens sida att inte inskränka tillämpningsområdet för artikel 5 i direktiv 2014/104 till fall där en begäran om utlämnande av bevis framställs samtidigt med eller efter väckandet av skadeståndstalan förefaller stå i samklang med artiklarna 5.3 och 6.4 b i det direktivet.

35. I artikel 5.3 i direktiv 2014/104 anges en icke uttömmande uppsättning kriterier som ska tillämpas vid bedömning av huruvida en begäran om utlämnande av bevis är proportionerlig.

36. Artikel 6.4 b i direktiv 2014/104, vilken rör utlämnande av bevis som finns i en konkurrensmyndighets ärendeakt, innehåller i linje med detta en hänvisning till artikel 5.3 i direktivet, och där anges också att nationella domstolar vid prövning i enlighet med den sistnämnda bestämmelsen av huruvida det vore proportionerligt att utfärda ett föreläggande om utlämnande av information även ska överväga huruvida begäran om utlämnande har framställts med avseende på en skadeståndstalan vid en nationell domstol.

37. På motsvarande sätt anges i skäl 22 i direktiv 2014/104 att ett effektivt skydd för rätten till ersättning kan säkerställas utan att samtliga handlingar i förfaranden enligt artikel 101 eller 102 FEUF lämnas ut till en sökande enbart av det skälet att denne ”har för avsikt att väcka talan om skadestånd”, eftersom det är ytterst osannolikt att en sådan skadeståndstalan måste grunda sig på samtliga omständigheter i den aktuella ärendeakten. På liknande sätt hänvisas i skäl 27 i samma direktiv till de skadelidande parternas möjlighet att ”erhålla de relevanta bevis som de behöver för att förbereda sin skadeståndstalan”.

38. Av artikel 6.4 b i direktiv 2014/104 jämförd med skälen 22 och 27 i detta framgår att den som har framställt en sådan begäran om utlämnande av bevis som avses i artikel 6 i det direktivet och har för avsikt att väcka skadeståndstalan kan ges tillgång till vissa bevis som rör förfaranden vid konkurrensmyndigheter. Detsamma torde gälla såvitt avser artikel 5 i samma direktiv.

39. Unionslagstiftaren lär nämligen inte ha skapat en ordning där den som har lidit skada till följd av en överträdelse av konkurrensrätten kan framställa en begäran om utlämnande av bevis utan att ha väckt talan i sak om de aktuella handlingarna återfinns i en konkurrensmyndighets ärendeakt men däremot kan framställa en sådan begäran uteslutande inom ramen för en sådan talan om de aktuella bevisen återfinns någon annanstans. Dessutom skulle den omständigheten att det är en konkurrensmyndighet som ger upphov till ett förfarande inte kunna motivera en sådan åtskillnad. I båda fallen måste nämligen den som framställer begäran – såsom följer av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 – kunna styrka rimligheten i sitt skadeståndsanspråk.

40. För fullständighetens skull vill jag tillägga att det visserligen i båda dessa fall måste finnas en koppling mellan de bevis som begärs utlämnade och den talan som en person, som har lidit skada till följd av en överträdelse av konkurrensrätten, avser att väcka men att de begärda bevisen framför allt måste vara relevanta.

[13] Bland annat i den polska versionen (”przed sądem krajowym, do którego wpłynęło powództwo”).

[14] Bland annat i den franska versionen.

41. Däremot förefaller det inte närmare anges i direktiv 2014/104 vilket formellt samband som på den processuella nivån ska föreligga mellan en begäran om utlämnande av bevis och en skadeståndstalan (exempelvis att begäran om utlämnande av bevis utgör en åtgärd inom ramen för ett förfarande i sak eller att begäran prövas inom ramen för ett accessoriskt förfarande eller till och med inom ramen för ett separat förfarande).

42. Inte heller anges det i direktiv 2014/104 när skadeståndstalan ska väckas vid nationell domstol.

43. Detta betyder att även om man antar att direktiv 2014/104 uteslutande avser fall där begäran om utlämnande av bevis framställs inom ramen för en skadeståndstalan, är det möjligt att anse att i fall där skadeståndstalan vid vite av sanktioner måste väckas inom en kort frist efter framställandet av begäran om utlämnande av bevis och rimligheten i skadeståndsanspråket har styrkts eller eventuellt inom en kort frist efter att begäran tagits emot, ska denna anses ha framställts inom ramen för en skadeståndstalan och/eller anses ge upphov, under vissa förutsättningar, till en sådan talan.

c) Diskussion om en motsatt tolkning och argument för att den bör förkastas

44. Det är i princip möjligt att göra en tolkning av bestämmelserna i direktiv 2014/104 som är motsatt mot den tolkning som har redovisats i punkt 38 i detta förslag till avgörande.

45. Man skulle nämligen kunna hävda att direktiv 2014/104 i princip inte är tillämpligt på en begäran om utlämnande av bevis som har framställts innan talan har väckts i sakfrågan. Enligt den tolkningen skulle artikel 6.4 b i det direktivet uteslutande avse fall där den nationella lagstiftaren i överensstämmelse med artikel 5.8 i nämnda direktiv hade valt att införa regler som möjliggör ett system för att lämna ut bevis i större omfattning, närmare bestämt regler som medgav att begäran om utlämnande av bevis framställdes innan talan väcktes i sakfrågan. Eftersom medlemsstaterna inte får utnyttja sin möjlighet att införa sådana regler på ett sätt som strider mot artikel 6 i samma direktiv, skulle en medlemsstat inte kunna godkänna att begäran om utlämnande av bevis framställdes i förväg och därmed kunde undslippa proportionalitetsbedömning, med tanke på att en sådan bedömning gör det möjligt att skydda det intresse som den offentliga tillämpningen av konkurrensreglerna representerar.

46. Det ska emellertid för det första påpekas att en analys av förarbetena till direktiv 2014/104 inte ger stöd för en sådan tolkning.

47. I förslaget till direktiv påpekade kommissionen, med hänvisning till resultaten av samrådet, att ”[u]ppgiftslämnarna [hade] välkomna[t] [valet av] den vägledande principen om ersättning och följdvalet att inte föreslå åtgärder [i amerikansk stil] såsom … bestämmelser om utlämnande av bevis före rättegång”.[15] Av detta följer inte att ett utlämnande av bevis under kontroll av nationell domstol är uteslutet innan talan har väckts i sakfrågan, om den som begär utlämnandet kan styrka rimligheten i sina skadeståndsanspråk.

[15] Se även kommissionens arbetsdokument om skadeståndstalan för överträdelser av unionens konkurrensregler (Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEK(2008) 404 slutlig), som hänvisades till i vitboken om skadeståndstalan för överträdelser av gemenskapens regler om samordnade förfaranden och missbruk av dominerande ställning. I punkt 95 i det arbetsdokumentet angav kommissionen att den inte tydligt föreslog något system med utlämnande före rättegång i alltför stor skala, något som skulle kunna vara svårt att förena med medlemsstaternas rättsliga traditioner och civilprocessrättsliga principer och som skulle kunna strida mot principer som i vissa medlemsstater betraktades som grundläggande för rättsordningen.

48. Än mer väsentligt är att domen Pfleiderer [16] enligt förarbetena hade gett upphov till betydande osäkerhet om vilka kategorier av handlingar som kunde lämnas ut och att direktiv 2014/104 var avsett att undanröja den osäkerheten. [17] Bakgrunden till den begäran om förhandsavgörande som hade framställts i det mål som föranledde den domen utgjordes av ett förfarande där någon i syfte att förbereda en skadeståndstalan hade begärt att få tillgång till en nationell konkurrensmyndighets ärendeakt i dess helhet. Det förefaller som om önskan att undanröja nämnda osäkerhet är en bidragande orsak till att möjligheten att begära utlämnande av bevis i samband med planer på att väcka skadeståndstalan i direktiv 2014/104 inte nämns i artikel 5, vars rubrik lyder ”Utlämnande av bevis”, utan enbart i artikel 6, vars rubrik lyder ”Utlämnande av bevis som finns i en konkurrensmyndighets ärendeakt”. [18]

49. För det andra är sambandet mellan artikel 5 och artikel 6 i direktiv 2014/104 inte så beskaffat att det medger slutsatsen att den sistnämnda bestämmelsen skulle ha ett större tillämpningsområde än den förstnämnda. Till att börja med är nämligen artikel 6 tillämplig ”vid skadeståndstalan”, ”utöver artikel 5”. [19] Vidare ska de nationella domstolarnas bedömning av det proportionerliga i en begäran om utlämnande av bevis utföras i enlighet med artikel 5.3. Inom ramen för artikel 6 är de nationella domstolarna skyldiga att beakta huruvida begäran har framställts med avseende på en skadeståndstalan (”de nationella domstolarna [ska] även överväga …”), och detta kan i förekommande fall beaktas även när proportionalitetsbedömningen utförs enbart inom ramen för artikel 5. Att lagstiftaren uttryckligen har hänvisat till detta i artikel 6.4 b tyder på en önskan att stärka det samband som måste föreligga mellan en begäran om utlämnande av bevis som finns i en konkurrensmyndighets ärendeakt och en skadeståndstalan.

50. För det tredje kan utlämnande av bevis före väckandet av talan i sakfrågan ibland vara nödvändigt för att denna talan ska kunna komma till stånd. Möjligheten att begära ett sådant utlämnande bidrar till den ändamålsenliga verkan av artiklarna 101 och 102 FEUF. Genom att göra bedömningen att även en begäran om utlämnande av bevis som framställs före väckandet av en skadeståndstalan på vissa villkor faller inom tillämpningsområdet för direktiv 2014/104, kan man begränsa skillnaderna mellan de olika medlemsstaternas nationella system och harmonisera de regler som är relevanta för ett effektivt genomförande av unionens konkurrensrätt. [20]

[16] Dom av den 14 juni 2011 (C-360/09, EU:C:2011:389).

[17] Se Commission Staff Working Document – Impact Assessment Report, Damages actions for breach of the EU antitrust rules Accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (SWD(2013) 203 final), som uteslutande finns på engelska.

[18] I linje med detta gäller skäl 22 i direktiv 2014/104, vilket avser utlämnande av bevis som finns i en konkurrensmyndighets ärendeakt, en situation där den som begär utlämnande ”har för avsikt att väcka talan”. Lydelsen av det skälet, som i punkt 37 i detta förslag till avgörande har åberopats till stöd för den tolkning som här förfäktas, är tydligt inspirerad av domen av den 6 juni 2013, Donau Chemie m.fl. (C-536/11, EU:C:2013:366, punkt 33), som i sin tur innehåller en hänvisning till domen av den 14 juni 2011, Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389).

[19] Se artikel 6.1 i direktiv 2014/104.

[20] Se, i detta sammanhang, skäl 7 tredje och fjärde meningarna i direktiv 2014/104, där det anges att de aktuella ”skillnaderna leder till osäkerhet om på vilka villkor skadelidande parter kan utöva den rätt till ersättning som EUF-fördraget ger dem, och påverkar den materiella effekten av en sådan rättighet. Eftersom skadelidande parter ofta väljer sin etableringsmedlemsstat som forum för skadeståndsanspråk leder skillnaderna mellan de nationella reglerna till olika villkor när det gäller skadeståndstalan och kan alltså påverka konkurrensen på de marknader där de skadelidande parterna och de företag som begått överträdelsen är verksamma.” Se även, för ett liknande resonemang, skälen 8 och 9 i det direktivet.

51. Mot bakgrund av resonemanget i punkterna 38–43 i detta förslag till avgörande finner jag att en begäran om utlämnande av bevis som formellt sett har framställts före väckandet av skadeståndstalan kan falla inom tillämpningsområdet för direktiv 2014/104, åtminstone i vissa fall.[21]

*2. Tillämpligheten av direktiv 2014/04 med avseende på det tidsmässiga tillämpningsområdet (*ratione materiae*)*

52. Den begäran om utlämnande av bevis som är i fråga i det nationella målet framställdes av kärandena i det målet den 25 mars 2019, alltså efter den dag – den 27 december 2016 – då direktiv 2014/104 senast skulle ha införlivats, och nämnda begäran grundade sig på de nationella bestämmelser genom vilka det direktivet införlivades med den spanska rättsordningen.

53. Vidare framgår det, som jag har påpekat i punkt 8 i detta förslag till avgörande, av beslutet av den 19 juli 2016 att överträdelsen såvitt avsåg svarandena i det nationella målet befanns ha förelegat under tiden från den 17 januari 1997 till den 18 januari 2011, alltså före dagen för införlivande av direktiv 2014/104.

54. Under dessa omständigheter står svaret på huruvida direktiv 2014/104 är tidsmässigt tillämpligt att finna i artikel 22 i det direktivet.

55. Enligt artikel 22.1 i direktiv 2014/104 får de nationella bestämmelser varigenom de materiella bestämmelserna i det direktivet införlivas inte tillämpas retroaktivt. Den regeln gäller emellertid inte för de nationella bestämmelser varigenom övriga bestämmelser i det direktivet införlivas. Såvitt avser dessa övriga bestämmelser ska medlemsstaterna nämligen enligt artikel 22.2 i samma direktiv endast säkerställa att de inte tillämpas på skadeståndstalan som har väckts vid en nationell domstol före den 26 december 2014. Således ska dessa bestämmelser tillämpas i ett mål som har anhängiggjorts vid en nationell domstol efter dagen för införlivandet av direktiv 2014/104. Att frågan om tillämpligheten av de icke-materiella bestämmelserna i direktivet löses på detta sätt är, i kraft av nationell rätt, typiskt för processuella bestämmelser. Med ledning av detta drar jag slutsatsen att hänvisningen i artikel 22.2 i direktiv 2014/104 till ”nationella bestämmelser … utöver [materiella] bestämmelser” gäller för processuella bestämmelser.

56. Den hänskjutande domstolen har angett att syftet med begäran om förhandsavgörande är att uppnå klarhet såvitt avser det system för utlämnande av bevis som regleras i artiklarna 5–8 i direktiv 2014/104 och som i den spanska rättsordningen har utvecklats i artikel 283 bis i civilprocesslagen, som enligt den hänskjutande domstolen är av processuell karaktär. Emellertid ankommer det – såvitt avser artikel 22 i det direktivet och med tanke på att de begrepp som används i den bestämmelsen är självständiga till sin karaktär – på EU-domstolen att slutgiltigt avgöra frågan om beskaffenheten hos de bestämmelser som kan falla inom det direktivets tillämpningsområde.

57. Det är visserligen möjligt att hävda att de bestämmelser i direktiv 2014/104 som rör utlämnande av bevis innebär att de ekonomiska aktörer som är inblandade i tillämpningen av unionens konkurrensregler får vissa rättigheter, men det rör sig om rättigheter som uteslutande kan utövas inom ramen för ett förfarande vid en nationell domstol och det handlar i allt

[21] Exempelvis när det mellan en begäran om utlämnande av bevis och ett skadeståndsanspråk föreligger ett sådant samband som finns i spansk rätt och som kommer till uttryck bland annat i en skyldighet för den som har framställt en begäran om utlämnande av bevis att, vid vite av sanktioner, inom 20 dagar därefter väcka skadeståndstalan. Se fotnot 8 i detta förslag till avgörande.

väsentligt om processuella åtgärder som ska göra det möjligt för den domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som parterna i förfarandet har åberopat. Detsamma gäller – åtminstone i vissa fall – såvitt avser en begäran om utlämnande av bevis som formellt sett har framställts före väckandet av en skadeståndstalan. [22]

58. Således är artikel 5.1 i direktiv 2014/104 i tidsmässigt hänseende tillämplig på det nationella målet.

C. Prövning i sak

1. Den hänskjutande domstolens och de berördas ståndpunkter

59. Den hänskjutande domstolen har redogjort för ett antal argument som enligt dess åsikt talar för respektive mot tolkningen att artikel 5.1 i direktiv 2014/104 uteslutande avser redan befintliga bevis.

60. När det till att börja med gäller argument för tolkningen att artikel 5.1 i direktiv 2014/104 uteslutande avser redan befintliga bevis, har den hänskjutande domstolen för det första gjort gällande att den tolkningen får stöd i den bestämmelsens lydelse och i de klargöranden som återfinns i skäl 14 i samma direktiv. Den bestämmelsen och det skälet rör nämligen bevis som svaranden eller tredje part förfogar över.

61. För det andra har den hänskjutande domstolen hävdat att det i artikel 5.2 i direktiv 2014/104 hänvisas till utlämnande av närmare angiven bevisning eller relevanta beviskategorier som ska avgränsas på grundval av rimligen tillgängliga uppgifter. I skäl 16 i direktivet anges att beviskategorier bör definieras bland annat med hänvisning till den tidsperiod under vilken de begärda handlingarna har upprättats.

62. För det tredje har den hänskjutande domstolen påpekat att vad som hänvisas till i direktiv 2014/104 inte är utlämnande av ”information” utan utlämnande av ”bevis”.

63. I linje med detta har den nederländska regeringen hänvisat till ett flertal skäl i direktiv 2014/104 [23] liksom till förslaget till direktiv [24] i syfte att göra gällande att det direktivet uteslutande avser utlämnande av bevis som är befintliga eller som en part i förfarandet eller tredje part förfogar över.

[22] Vissa författare i doktrinen anser förvisso att en begäran om utlämnande av bevis som framställs innan skadeståndstalan väcks inte är av processuell karaktär, eftersom en sådan begäran medför en rätt att kräva utlämnande av bevis inom ramen för ett fristående förfarande. Se, bland annat, Kirst, P., ”The temporal scope of the damages directive: a comparative analysis of the applicability of the new rules on competition infringements in Europe”, *European Competition Journal*, 2020, vol. 16, nr 1, s. 113 och 114. Det synsättet grundar sig emellertid – i motsats till det som jag har föreslagit i punkterna 38–43 i detta förslag till avgörande – på antagandet att en begäran om utlämnande av bevis som framställs innan skadeståndstalan väcks inte faller inom tillämpningsområdet för direktiv 2014/104.

[23] Den nederländska regeringen har i likhet med den hänskjutande domstolen hänvisat till skäl 14 i direktiv 2014/104, där det anges att ”[d]et … ofta enbart [är] motparten eller tredje part som har de bevis som krävs för att styrka en skadeståndstalan, medan käranden ofta inte har tillräcklig kännedom om … dem”, varvid nämnda regering har tillagt att nationella domstolar enligt skäl 28 i direktivet när som helst i samband med en skadeståndstalan bör kunna förelägga om utlämnande av bevis ”som finns” oberoende av en konkurrensmyndighets förfaranden. Samma regering har också hänvisat till skäl 39 i direktivet, där det anges att bevisbördan inte bör påverka möjligheten för överträdaren att använda annan bevisning ”än den som denne förfogar över, till exempel bevis som redan erhållits under förfarandet eller bevisning som innehas av andra parter eller tredje parter”.

[24] Den nederländska regeringen har hänvisat till förslaget till direktiv 2014/104, där kommissionen angav att ”utlämnande av bevis som innehas av motparten eller tredje man kan endast föreläggas av domstolar och [ska] föregås av en strikt och aktiv rättslig prövning vad gäller utlämnandets nödvändighet, omfattning och proportionalitet”.

64. Svarandena i det nationella målet har ställt sig bakom denna tolkning under åberopande av samma argument som den hänskjutande domstolen. Därutöver har de tillagt att artikel 5.8 i direktiv 2014/104 medger att medlemsstaterna inför regler som möjliggör ett system för att lämna ut bevis i större omfattning, varvid de har gjort gällande att den spanska lagstiftaren inte har utnyttjat den möjligheten till att tillåta att en begäran om utlämnande av bevis får avse bevis som inte är befintliga.

65. Till grund för de argument som den hänskjutande domstolen har redovisat till stöd för tolkningen att artikel 5.1 i direktiv 2014/104 även avser bevis som skapas *ex novo* ligger en teleologisk och systematisk tolkning av den bestämmelsen. För det första anser den hänskjutande domstolen att en begränsning av systemet för utlämnande av bevis skulle kunna äventyra rätten till full ersättning och strida mot effektivitetsprincipen. För det andra kan bestämmelserna i nämnda direktiv om utgifter och kostnader för utlämnande av bevis, vilka utgör en aspekt av den proportionalitetsprincip som ska tillämpas i samband med prövningen av en begäran om utlämnande av bevisning, enligt den hänskjutande domstolen innebära att den part som begäran om utlämnande av bevis riktar sig till tvingas utföra ett arbete som innebär att en ny handling skapas.

66. Kärandena i det nationella målet, den spanska regeringen och kommissionen har ställt sig bakom denna tolkning, under åberopande av bland annat de argument som den hänskjutande domstolen har redogjort för.

2. Bokstavstolkning

67. I artikel 5.1 första meningen i direktiv 2014/104 föreskrivs i allt väsentligt att den som påstår sig ha lidit skada till följd av en överträdelse av konkurrensrätten kan begära att få relevanta bevis som svaranden eller tredje part förfogar över utlämnade. I andra meningen stadgas att en svarande ska kunna begära att käranden eller tredje part ska föreläggas att lämna ut relevanta bevis, varvid det inte specificeras att det måste röra sig om bevis som vederbörande förfogar över.

68. Lydelsen av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 kan ge intrycket att en sådan av käranden framställd begäran som åsyftas i den bestämmelsens första mening uteslutande avser redan befintliga bevis. Rent bokstavligt förefaller det nämligen som om en sådan av käranden framställd begäran, till skillnad från en sådan av svaranden framställd begäran som åsyftas i andra meningen, måste röra bevis som en annan person förfogar över.

69. Den tolkningen kan emellertid ifrågasättas med hänvisning till skälen 15 och 39 i direktiv 2014/104, och den får inte – i motsats till vad den nederländska regeringen har gjort gällande – på något sätt stöd i skälen 14 och 28 i det direktivet.

70. För det första görs det nämligen till att börja med i skäl 15 i direktiv 2014/104 inte någon åtskillnad såvitt avser förfogande över bevis mellan en begäran framställd av en kärande respektive en svarande (”kärande [bör] säkerställas rätt att få tillgång till sådana bevis som är relevanta för deras anspråk, utan att de behöver precisera vilka delar av bevismaterialet det rör sig om [, och] svaranden[a] [bör kunna] begära att … kärande[na] lämnar ut bevisning”). Vidare anges det i skäl 39 i det direktivet att överträdaren bör kunna använda bevisning ”som innehas” av andra parter eller tredje part.

71. För det andra är skäl 39 i direktiv 2014/104 inte att anse som uttömmande, eftersom det där hänvisas till ”annan bevisning än den som [överträdaren] förfogar över, *till exempel* bevis som redan erhållits under förfarandet eller bevisning som innehas av andra parter eller tredje parter”. [25] I alla händelser förefaller bakgrunden till att det hänvisas till bevis som innehas av den andra parten eller av tredje part inte vara en önskan att sätta gränser för vilka bevis som kan begäras utlämnade utan att ställa bevis som innehas av överträdaren mot bevis som innehas av andra.

72. För det tredje är det visserligen riktigt att det i skäl 14 i direktiv 2014/104 anges att den bevisning som krävs för att styrka en skadeståndstalan inte alltid men ”ofta” innehas enbart av motparten eller tredje part. Detta är emellertid i det aktuella fallet att anse som en ren upplysning, vilken sedan används för att utpeka det problem som direktiv 2014/104 är avsett att avhjälpa. Av skäl 14 framgår nämligen att det kan vara ett oskäligt hinder för ett effektivt utövande av rätten till ersättning om strikta rättsliga krav ställs på att kärandena redan när talan väcks ska lämna detaljerade upplysningar om alla sakförhållanden och lägga fram exakt angiven styrkande bevisning. I alla händelser förefaller det skälet snarast tala för att den aktuella tolkningsfrågan ska besvaras jakande.

73. För det fjärde används i skäl 28 i direktiv 2014/104, som berör artikel 6.9 i det direktivet, uttrycket ”bevis som finns oberoende av en konkurrensmyndighets förfaranden” i samband med en hänvisning till andra bevis än dem som avses i artikel 6.5 och 6.6 i samma direktiv. Således rör det sig om alla bevis vilkas utlämnande inte i kraft av dessa bestämmelser automatiskt är förbjudet enligt det direktivet, med hänvisning till det intresse som den offentliga tillämpningen av konkurrensrätten representerar. [26]

74. Det är således inte möjligt att besvara den aktuella tolkningsfrågan enbart med ledning av en fristående bedömning av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 och de skäl i det direktivet som rör den problematik som den bestämmelsen avser.

75. Direktiv 2014/104 innehåller ett flertal definitioner som ska användas vid fastställandet av innebörden av bestämmelserna i det direktivet, särskilt innebörden av artikel 5.1 i direktivet, som rör utlämnande av relevanta bevis.

76. Det förefaller som om ett begärt bevis är relevant om det är relevant för ett visst skadeståndsanspråk. [27] Begreppet ”bevis”, vars tolkning är väsentlig för svaret på den aktuella tolkningsfrågan, definieras i artikel 2.13 i direktiv 2014/104.

77. Med ”bevis” avses enligt den definitionen ”alla former av bevismaterial som får läggas fram för den nationella domstol där talan väckts, särskilt handlingar och alla andra föremål som innehåller information, oberoende av lagringsmedium”. Vid första anblicken förefaller det således som om de tre begreppen ”bevis”, ”bevismaterial” och ”föremål som innehåller information” i den definitionen används på ett sådant sätt att de är utbytbara mot varandra.

[25] Min kursivering.

[26] Av samma orsak innehåller definitionen av begreppet ”redan befintlig information” i artikel 2.17 i direktiv 2014/104 inte några upplysningar som är användbara vid besvarandet av den aktuella tolkningsfrågan – bortsett från att det kan vara relevant att begreppen ”information” och ”bevis” används på ett sätt som ger vid handen att de är utbytbara mot varandra. Se punkt 78 i detta förslag till avgörande.

[27] Se skäl 15 andra meningen i direktiv 2014/104, där det anges att ”[e]ftersom tvister avseende konkurrensregler kännetecknas av informationsasymmetri bör … kärande säkerställas rätt att få tillgång till sådana bevis *som är relevanta för deras anspråk*, utan att de behöver precisera vilka delar av bevismaterialet det rör sig om” (min kursivering).

78. Genom definitionen i artikel 2.17 i direktiv 2014/104 av begreppet ”redan befintlig information” sällar sig dessutom begreppet ”information” till dessa tre inbördes utbytbara begrepp. Det begreppet definieras nämligen som ”bevis” som finns oberoende av en konkurrensmyndighets förfaranden.

79. Följaktligen kan den aktuella tolkningsfrågan inte heller besvaras på ett entydigt sätt med ledning av de begrepp som förekommer i direktiv 2014/104 och definitionerna av dessa, med tanke på att dessa begrepp i det direktivet används som om de vore utbytbara mot varandra och på ett föga enhetligt sätt. Eftersom det förefaller som om begreppen ”bevis” och ”information” såsom de används i direktiv 2014/104 är utbytbara mot varandra, utgör emellertid bokstavstolkningen av det direktivet i princip inte något hinder för att artikel 5.1 i detta, till den del som den bestämmelsen rör utlämnande av ”relevanta bevis som [svaranden eller tredje part] förfogar över”, tolkas på så sätt att det direktivet medger att nationella domstolar förelägger den part som en begäran om information riktar sig till att utlämna handlingar som nämnda part måste skapa *ex novo* genom att sammanställa eller klassificera information, kunskap eller uppgifter som den har i sin besittning. I alla händelser är det vid tolkning av en unionsbestämmelse nödvändigt att beakta inte endast dess lydelse utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i.

3. Systematisk tolkning

80. I punkt 4 i artikel 6 i direktiv 2014/104, vars rubrik lyder ”Utlämnande av bevis som finns i en konkurrensmyndighets ärendeakt”, anges att en nationell domstol som fattar beslut om en begäran framställd av en part kan utfärda ett föreläggande om utlämnande av information. [28]

81. Enligt artikel 5.2 i direktiv 2014/104 är det dessutom möjligt att genom ett sådant föreläggande tvinga någon att lämna ut relevanta beviskategorier.

82. Det är visserligen riktigt, som den hänskjutande domstolen också har påpekat, [29] att det i skäl 16 i direktiv 2014/104 anges att en sådan relevant beviskategori bör identifieras med hänvisning till gemensamma drag i dess grundläggande beståndsdelar och att det i detta sammanhang nämns ”den tidsperiod under vilken de [handlingar som begärs utlämnade] har upprättats”. I detta skäl anges ett flertal aspekter som i förekommande fall kan vara användbara när en relevant beviskategori ska utpekas, men det är inte fråga om någon uttömmande uppräkning. Dessutom hänvisas det där även till syftet med och innehållet i grundläggande beståndsdelar i en relevant beviskategori. För att kunna rätta sig efter ett föreläggande avseende en sålunda utpekad beviskategori måste den som har fått föreläggandet utfärdat mot sig i princip genomföra en riktad sökning efter den begärda informationen.

83. När nationella domstolar bedömer huruvida en begäran om utlämnande av bevis är proportionerlig, ska de i linje med ovanstående enligt artikel 5.3 b i direktiv 2014/104 särskilt ta under övervägande ”omfattningen av och kostnaderna för utlämnandet av bevis, särskilt för

[28] I artikel 6.4 b i direktiv 2014/104 föreskrivs att ”[v]id bedömningen i enlighet med artikel 5.3 av om *ett föreläggande om utlämnande av information* är proportionellt, ska de nationella domstolarna även överväga … b) om den part som begär utlämnande gör detta med avseende på en skadeståndstalan vid en nationell domstol” (min kursivering). Dessutom anges i artikel 5.7 i direktiv 2014/104, åtminstone i den franska versionen, att ”[m]edlemsstaterna ska se till att den som utlämnande [av bevis] ansöks från ges möjlighet att yttra sig innan en nationell domstol *förelägger om utlämnande* [*av information*] enligt denna artikel” (min kursivering). Följaktligen bekräftar den bestämmelsen att begreppen ”bevis” och ”information” i direktiv 2014/104 används som om de vore utbytbara mot varandra. Än mer betydelsefullt är att denna bestämmelse också bekräftar att en nationell domstol som fattar beslut om en begäran om utlämnande av bevis kan utfärda ett föreläggande om utlämnande av information.

[29] Se punkt 61 i detta förslag till avgörande.

eventuella berörda tredje parter, inbegripet för att förebygga icke-specificerade sökningar efter information som sannolikt inte är relevant för parterna i förfarandet”. Av detta följer att unionslagstiftaren har beaktat att det för att kunna rätta sig efter ett föreläggande om utlämnande av information ibland kan vara nödvändigt att utföra arbetsuppgifter som går utöver ett rent överlämnande av föremål som innehåller information.

84. Således uppkommer frågan huruvida sådana arbetsuppgifter kan bestå i sammanställning eller klassificering av information, kunskap eller uppgifter. Eftersom den frågan inte kan besvaras med ledning av en bokstavstolkning av direktiv 2014/104 – bland annat på grund av skillnaderna mellan de olika språkversionerna av detta [30] – och eftersom den systematiska tolkningen endast ger en antydan om att den frågan nog ska besvaras jakande, är det lämpligt att härnäst göra en teleologisk tolkning av det direktivet.

4. Teleologisk tolkning

85. En teleologisk tolkning av direktiv 2014/104, där syftet med detta direktiv beaktas, måste – i enlighet med vad kärandena i det nationella målet har gjort gällande – utmynna i slutsatsen att det är nödvändigt att tillämpa konkurrensreglerna på ett effektivt sätt och att det för det ändamålet är nödvändigt att förse skadelidande parter med lämpliga verktyg som kan råda bot på informationsasymmetrin. I det direktivet hänvisas i själva verket vid flera tillfällen till dess båda mål, nämligen en effektiv privat tillämpning av konkurrensreglerna [31] och avhjälpande av den asymmetrin. [32]

86. Den spanska regeringen och kommissionen har ställt sig bakom det synsätt som förespråkas av kärandena i det nationella målet och har därvid påpekat att beredande av tillgång till användbar och korrekt information är ett sätt att bidra till att garantera den nödvändiga ändamålsenliga verkan både av artiklarna 101 och 102 FEUF och av den i artikel 3 i direktiv 2014/104 bekräftade rätten till full ersättning.

87. Därutöver har den spanska regeringen och kommissionen gjort gällande att behovet av att ha tillgång till effektiva processrättsliga rättsmedel, såsom anges i skäl 4 i direktiv 2014/104, också följer av rätten till ett effektivt domstolsskydd, vilken slås fast i artikel 19.1 andra stycket FEUF och i artikel 47 första stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

88. Den nederländska regeringen har däremot hävdat att om man med stöd av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 ålägger en part i ett förfarande eller en tredje part att lämna ut bevis som den måste skapa *ex novo*, rubbar detta jämvikten mellan den informationsbegärande partens intresse av att få tillgång till relevant information och den informationsutlämnande partens intressen.

89. Till den del som direktiv 2014/104 avser utlämnande av bevis, innehåller emellertid det direktivet en ordning – under strikt kontroll av de nationella domstolarna – som gör det möjligt att väga de berörda intressena mot varandra, särskilt såvitt avser relevansen av de bevis som begärs utlämnade [33] liksom det nödvändiga och proportionerliga i åtgärderna för deras utlämnande. [34]

[30] Se fotnot 28 i detta förslag till avgörande.

[31] Se framför allt artikel 1.1 i direktiv 2014/104, enligt vilken det i det direktivet anges vissa regler som är nödvändiga för att säkerställa att en person som har lidit skada till följd av en överträdelse av konkurrensrätten effektivt kan utöva sin rätt att kräva full ersättning för denna skada.

[32] Se skälen 15, 46 och 47 i direktiv 2014/104.

[33] Se punkt 76 i detta förslag till avgörande.

[34] Se skäl 16 i direktiv 2014/104.

Kriterier för utövandet av denna kontroll anges i artikel 5 i direktivet. När de nationella domstolarna utövar sin kontroll, är de också skyldiga att beakta parternas och tredje parts rättmätiga intressen [35] och grundläggande rättigheter. [36]

90. Av än större betydelse för den teleologiska tolkningen har den omständigheten att om man redan från början uteslöt möjligheten att begära utlämnande av handlingar som den part som begäran riktar sig till behöver skapa *ex novo*, skulle detta i vissa fall leda till att det uppstod oöverstigliga hinder för den privata tillämpningen av unionens konkurrensregler. Således ligger det bättre i linje med andan bakom målet för direktiv 2014/104 – som är avsett att råda bot på informationsasymmetrin – att godta att en sådan möjlighet finns och sedan kringskära den praktiska tillämpningen därav genom att varje begäran om utlämnande av bevis underkastas prövning, varvid de nationella domstolarna ges den centrala rollen.

91. I det aktuella fallet har svarandena i det nationella målet till yttermera visso godtagit att de kan föreläggas att tillhandahålla uppgifter av tillräckligt specifik karaktär som finns att tillgå i deras system, under iakttagande av nödvändighets- och proportionalitetsprinciperna och med ett fullgott skydd för konfidentiell information. När sådana uppgifter i förekommande fall har lämnats ut, kommer kärandena i det nationella målet att kunna behandla dem på det sätt som de finner lämpligt i syfte att underbygga sin talan.

92. Det är emellertid möjligt att en kommunicering av ett stort antal handlingar, vilken strider mot kraven på relevans, proportionalitet och nödvändighet, kan bidra till att skapa ett processuellt hinder och i praktiken inte råder bot på den informationsasymmetri som kännetecknar den privata tillämpningen av konkurrensreglerna. Som kärandena i det nationella målet har gjort gällande, kan den ändamålsenliga verkan av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 de facto helt äventyras om den som har framställt en begäran erhåller obearbetade handlingar, eventuellt i ett mycket stort antal, vilka endast delvis motsvarar begäran och vilka har sammanställts i enlighet med kriterier som endast deras upphovsman känner till. I en sådan situation kan det bli nödvändigt att uppdra åt en expert att utföra det arbete som handlingarnas upphovsman själv skulle ha kunnat utföra med mindre ansträngning och till lägre kostnad.

93. Den teleologiska tolkningen av direktiv 2014/104 talar således för att den aktuella tolkningsfrågan ska besvaras jakande.

5. Provisorisk slutsats

94. Resonemanget ovan ger vid handen – mot bakgrund av de otillfredsställande resultaten av bokstavstolkningen och med hänsyn tagen till de entydiga slutsatser som den systematiska och den teleologiska tolkningen har utmynnat i – att artikel 5.1 i direktiv 2014/104 ska tolkas så, att utlämnande av ”relevanta bevis” i den mening som avses i den bestämmelsens första mening även avser utlämnande av handlingar som den part till vilken begäran om information ställs kan behöva nyskapa (skapa *ex novo*) genom att sammanställa eller klassificera information, kunskap eller uppgifter som nämnda part har i sin besittning. De nationella domstolarna ska i alla händelser begränsa utlämnandet av bevis till vad som är relevant, proportionerligt och nödvändigt, med hänsyn tagen till den partens rättmätiga intressen och grundläggande rättigheter.

[35] Enligt artikel 5.3 andra meningen i direktiv 2014/104 ska nationella domstolar vid bedömningen av huruvida ett utlämnande som begärs av en part är proportionerligt ta hänsyn till alla parters och berörda tredje parters rättmätiga intressen.

[36] Se, för ett liknande resonemang, artikel 5.7 i direktiv 2014/104, enligt vilken medlemsstaterna ska se till att den som utlämnande begärs från ges möjlighet att yttra sig innan en nationell domstol utfärdar föreläggande om utlämnande med stöd av den artikeln. Se även skäl 53 i det direktivet.

95. I detta sammanhang [37] kan de nationella domstolarna exempelvis beakta den period med avseende på vilken utlämnande av bevis begärs [38] liksom förekomsten av alternativ i form av att en expert eller den part som har begärt information utlämnad sammanställer eller klassificerar information som tillhandahålls av den part till vilken föreläggandet om utlämnande av information riktar sig. [39]

96. Denna tolkning påverkas inte av de återstående argument som har framförts av svarandena i det nationella målet respektive den nederländska regeringen.

6. Det argument som grundar sig på kommissionens befogenheter

97. Svarandena i det nationella målet har konstaterat att kommissionen i samband med den offentliga tillämpningen av konkurrensrätten endast kan kräva av de enheter som är föremål för en utredning att de ska överlämna handlingar med anknytning till den utredningen som de besitter. [40] Därvidlag har svarandena i det nationella målet hänvisat till EU-domstolens praxis liksom till generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet HeidelbergCement/kommissionen, där han enligt dem gjorde bedömningen att begreppet ”upplysningar” inte kan utvidgas så mycket att det ges innebörden att ett företag kan åläggas att fullgöra uppgifter som ingår i handläggningen av ärendet. [41]

98. Jag håller med om resonemanget bakom detta argument, som förefaller innebära att svarandena i det nationella målet gör gällande att en person som har lidit skada till följd av en överträdelse av konkurrensrätten i princip inte kan ha rättigheter såvitt avser utlämnande av bevis som är mer långtgående än de befogenheter som kommissionen har när den på eget initiativ tillämpar konkurrensrätten.

99. För det första ska det emellertid påpekas att kommissionens befogenheter innefattar långtgående utredningsbefogenheter [42] och att företag som är föremål för en utredning är skyldiga att aktivt samarbeta med kommissionen.

100. För det andra rörde den rättspraxis som svarandena i det nationella målet har hänvisat till ett annat rättsligt problem än det som aktualiseras av förevarande begäran om förhandsavgörande. Denna praxis rörde nämligen frågan huruvida kommissionen får kräva utlämnande av handlingar som finns hos ett företag som är föremål för en utredning även om dessa handlingar kan användas för att fastställa att det företaget har uppvisat ett konkurrensbegränsande beteende. Den frågan besvarade domstolen jakande, även om den också uppställde villkoret att kommissionen inte får kräva svar genom vilka ett företag skulle komma att erkänna förekomsten av överträdelsen. Det

[37] I detta hänseende har den hänskjutande domstolen, utan att ställa någon fråga som rör proportionalitetsbedömningen, påpekat att för den händelse att EU-domstolen ställer sig bakom en extensiv tolkning av artikel 5 i direktiv 2014/104, blir dess svar på tolkningsfrågan relevant även för den bedömningen, eftersom svaret då kan ge en indikation på proportionalitetens räckvidd. Således inskränker jag mig till att ge illustrerande exempel som mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet kan tänkas bli användbara för den hänskjutande domstolen.

[38] I det aktuella fallet slog kommissionen fast, såvitt avsåg svarandena i det nationella målet, att den kartell som gav upphov till den påstådda skadan hade varat i fjorton år (från den 17 januari 1997 till den 18 januari 2011), medan kärandena i det nationella målet har begärt att få en prislista som omfattar en period av tjugoåtta år (från den 1 januari 1990 till den 30 juni 2018).

[39] Se punkt 92 i detta förslag till avgörande.

[40] Se dom av den 29 juni 2006, kommissionen/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, punkt 41). Se även dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 61).

[41] Förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punkt 106).

[42] Se artiklarna 17–21 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 och 102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1).

går emellertid inte att med ledning av detta *e contrario* dra slutsatsen att det aldrig skulle vara möjligt att begära att någon ska lämna ut handlingar om detta kräver att denne sammanställer eller klassificerar information, kunskap eller uppgifter som vederbörande har i sin besittning.

101. För det tredje framgår det, såvitt avser det förslag till avgörande från generaladvokaten Wahls sida som svarandena i det nationella målet har hänvisat till, inte heller att kommissionen aldrig skulle kunna kräva utlämnande av sådana handlingar. Det rättsliga problem som generaladvokaten granskade rörde huruvida kommissionen har rätt att kräva av företag att de ska lämna upplysningar enligt specifika och strikta anvisningar. I det mål där det aktuella förslaget till avgörande föredrogs, förelåg det ett särskilt sammanhang som enligt generaladvokaten yttrade sig i att handläggningen av ärendet hade ”lagts ut” på det företag som utredningen avsåg. [43] Även i det sammanhanget uteslöt generaladvokaten emellertid inte att kommissionen kunde kräva in upplysningar som det företaget skulle vara tvunget att redigera så att de fick ett visst format. [44]

102. Följaktligen kan den tolkning av artikel 5.1 i direktiv 2014/104 som innebär att den bestämmelsen även avser bevis som skapas *ex novo* inte inskränkas med hänvisning till ett resonemang som grundar sig på att kommissionens befogenheter är mer begränsade.

7. Det argument som grundar sig på sanktionsordningen

103. Den nederländska regeringen har med ledning av den omständigheten att det i artikel 8.1 b i direktiv 2014/104 föreskrivs en sanktion för den som förstör bevisning dragit slutsatsen att det enbart är redan befintliga bevis som kan utgöra relevanta bevis i den mening som avses i artikel 5.1 i det direktivet.

104. Jag finner inte det argumentet övertygande. Det är visserligen inte möjligt att förstöra ett bevis som inte är befintligt, men däremot är det fullt möjligt att vägra att lämna ut ett sådant bevis och i förekommande fall att underlåta att efterkomma ett föreläggande om utlämnande av bevis som har utfärdats av en nationell domstol – en situation som avses i artikel 8.1 a i direktiv 2014/104. Således torde det inte vara möjligt att hävda att det i det direktivet inte föreskrivs några sanktioner avseende bevis som måste skapas *ex novo* och att sådana bevis därför inte omfattas av artikel 5.1 i det direktivet.

105. Med förbehåll för de kompletterande synpunkterna ovan rörande argument anförda av svarandena i det nationella målet och av den nederländska regeringen, står jag fast vid den ståndpunkt som jag har redogjort för i punkt 94 i detta förslag till avgörande.

VI. Förslag till avgörande

106. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den enda tolkningsfrågan från Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona (Handelsdomstol nr 7 i Barcelona, Spanien) enligt följande:

Artikel 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/104/EU av den 26 november 2014 om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell rätt för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser ska tolkas så, att utlämnande av

[43] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punkt 122).

[44] Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet HeidelbergCement/kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punkt 117).

”relevanta bevis” i den mening som avses i den bestämmelsens första mening även avser utlämnande av handlingar som den part till vilken begäran om information ställs kan behöva nyskapa (skapa *ex novo*) genom att sammanställa eller klassificera information, kunskap eller uppgifter som nämnda part har i sin besittning.

De nationella domstolarna ska i alla händelser begränsa utlämnandet av bevis till vad som är relevant, proportionerligt och nödvändigt, med hänsyn tagen till den partens rättmätiga intressen och grundläggande rättigheter.