CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 7 april 2022 [1]

Zaak C-163/21

AD e.a.
tegen
PACCAR Inc,
DAF TRUCKS NV,
DAF Trucks Deutschland GmbH

[verzoek van de Juzgado de lo Mercantil no. 7 de Barcelona (handelsrechtbank nr. 7 Barcelona, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie – Heimelijke afspraken met betrekking tot prijsstelling en brutoprijsverhogingen van vrachtwagens in de Europese Economische Ruimte – Ex novo vervaardiging van relevant bewijsmateriaal ter kwantificatie van de kunstmatige prijsstijging en van de geleden schade”

I. Inleiding

1. Richtlijn 2014/104/EU [2] beoogt met name de harmonisatie van de regels inzake bewijsvoering in de context van de privaatrechtelijke handhaving („private enforcement”) van de Unierechtelijke mededingingsregels. In dat kader kunnen de mogelijkheden van partijen in een schadevorderingsprocedure om hun rechten daadwerkelijk te kunnen uitoefenen, afhankelijk zijn van de mogelijkheid om toegang te krijgen tot relevant bewijsmateriaal. Toch is dit soort bewijsmateriaal misschien niet altijd in het bezit van of gemakkelijk toegankelijk voor de partij waarop de bewijslast rust. [3]

2. Voorts kan blijken dat ook de tegenpartij niet in het bezit is van relevant bewijsmateriaal omdat dergelijk materiaal voordien niet bestond. Om te kunnen voldoen aan een verzoek om overlegging van dergelijk bewijsmateriaal, zou deze partij het ex novo moeten vervaardigen door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren.

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PB 2014, L 349, blz. 1).

[3] Zie punt 9 van de mededeling van de Commissie betreffende de bescherming van vertrouwelijke informatie door nationale rechterlijke instanties in procedures voor de privaatrechtelijke handhaving van het EU-mededingingsrecht (PB 2020, C 242, blz. 1).

3. Dit is de achtergrond van de onderhavige prejudiciële verwijzing die het Hof de gelegenheid biedt om in het licht van richtlijn 2014/104 duidelijk te maken of een partij bij de procedure kan vorderen dat de tegenpartij wordt gelast bewijsmateriaal te overleggen dat zij ex novo moet vervaardigen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat nationale rechterlijke instanties in een procedure met betrekking tot een schadevordering in de Unie op verzoek van een eiser die daartoe een met redenen omkleed verzoek heeft ingediend met daarin alle redelijkerwijs voor hem beschikbare feiten en relevant bewijsmateriaal, welke toereikend om zijn schadeclaim aannemelijk te maken, de verweerder of een derde partij kunnen gelasten toegang te verlenen tot het relevante bewijsmateriaal waarover zij zeggenschap hebben, behoudens de in dit hoofdstuk beschreven voorwaarden. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale rechterlijke instanties op verzoek van de verweerder ook de eiser of een derde kan gelasten toegang te verlenen tot relevant bewijsmateriaal.

[…]”

B. Spaans recht

5. Richtlijn 2014/104 is in Spaans recht omgezet bij 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 (koninklijk wetsbesluit 9/2017 tot omzetting van richtlijnen van de Europese Unie op financieel, commercieel en gezondheidsgebied, alsook inzake de terbeschikkingstelling van werknemers) van 26 mei 2017 (BOE nr. 126 van 27 mei 2017).

III. Feiten en hoofdgeding

6. Op 19 juli 2016 heeft de Europese Commissie besluit C(2016) 4673 final vastgesteld inzake een procedure op grond van artikel 101 [VWEU] en artikel 53 van de [Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER)] (Zaak AT.39824 – Vrachtwagens) (PB 2017, C 108, blz. 6; hierna: „besluit van 19 juli 2016”). Verweersters in het hoofdgeding, PACCAR Inc, DAF TRUCKS NV en DAF Trucks Deutschland GmbH, behoorden tot de adressaten van dit besluit.

7. Bij dit besluit heeft de Commissie het bestaan van een kartel vastgesteld waaraan vijftien internationale vrachtwagenproducenten hadden deelgenomen en dat betrekking had op twee categorieën producten, namelijk vrachtwagens met een gewicht tussen 6 en 16 ton en vrachtwagens van meer dan 16 ton. Tot deze categorieën behoorden zowel vrachtwagens als trekker-opleggers.

8. Hoewel de verwijzende rechter dit niet heeft gepreciseerd, volgt uit het besluit van 19 juli 2016 dat de inbreuk op artikel 101 VWEU met betrekking tot verweersters in het hoofdgeding is vastgesteld voor de periode van 17 januari 1997 tot en met 18 januari 2011.

9. Op 25 maart 2019 hebben verzoekers in het hoofdgeding, AD e.a., in hun hoedanigheid van kopers van vrachtwagens die mogelijkerwijs vallen binnen de reikwijdte van de inbreuk als bedoeld in het besluit van 19 juli 2016, op grond van artikel 283 bis van de Ley de Enjuiciamiento Civil (Spaans wetboek van burgerlijke rechtsvordering) verzocht om toegang tot bewijsmateriaal in het bezit van verweersters in het hoofdgeding. In dit verband hebben zij de noodzaak aangevoerd om toegang te krijgen tot bepaalde bewijsmiddelen ter kwantificatie van de kunstmatige prijsstijging, met name teneinde een vergelijking te maken tussen de aanbevolen prijzen vóór, tijdens en na de kartelperiode. Hun verzoek heeft meer specifiek betrekking op ten eerste de lijst van geproduceerde modellen in de periode van 1 januari 1990 tot en met 30 juni 2018, ingedeeld naar jaar en overeenkomstig bepaalde kenmerken, ten tweede de prijzen af fabriek (brutoprijzen) van elk van de modellen op die lijst en ten derde de „total delivery cost" van deze modellen.

10. Verweersters in het hoofdgeding hebben bezwaar gemaakt tegen dit verzoek en daarbij onder meer aangevoerd dat sommige van de gevraagde documenten ad hoc moesten worden opgesteld.

11. Na te zijn gehoord over de opportuniteit van het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof, hebben verweersters in het hoofdgeding aangegeven dat de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 bedoelde verzoeken om toegang geen bewijsmateriaal kunnen omvatten dat nog niet bestaat. Bijgevolg kan de opstelling daarvan niet worden verlangd op grond van deze bepaling, te meer daar dit, gelet op de beginselen van noodzakelijkheid, evenredigheid en beperking van de kosten, een buitensporige last voor de gedaagde partij zou kunnen inhouden die verder gaat dan die welke voortvloeit uit het louter verlenen van toegang tot documenten. Verzoekers in het hoofdgeding bepleiten een tegenovergestelde uitlegging van deze bepaling.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

12. In die omstandigheden heeft de Juzgado de lo Mercantil no. 7 de Barcelona (handelsrechtbank nr. 7 Barcelona, Spanje) bij beslissing van 21 februari 2020, binnengekomen bij het Hof op 11 maart 2021, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Dient artikel 5, lid 1, van richtlijn [2014/104] aldus te worden uitgelegd dat de overlegging van relevant bewijsmateriaal uitsluitend betrekking heeft op reeds bestaande documenten die in het bezit zijn van de verweerder of van een derde of, indien dit niet het geval is, omvat artikel 5, lid 1, dan ook de mogelijkheid om documenten te overleggen die de partij tot wie het verzoek om informatie is gericht ex novo moet vervaardigen, door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren?"

13. De partijen in het hoofdgeding, de Spaanse en de Nederlandse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Er is geen terechtzitting gehouden.

V. Beoordeling

14. Met zijn enige prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 aldus moet worden uitgelegd dat de overlegging van relevant bewijsmateriaal uitsluitend betrekking heeft op reeds bestaande documenten die in het bezit zijn van de verweerder of van een derde of, indien dit niet het geval is, deze bepaling dan ook de

mogelijkheid omvat om documenten te overleggen die de partij tot wie het verzoek om informatie is gericht ex novo moet vervaardigen, door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren.

15. Alvorens deze vraag te onderzoeken, moet allereerst worden ingegaan op de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, om vervolgens na te gaan of richtlijn 2014/104 van toepassing is in het hoofdgeding.

A. Ontvankelijkheid

16. Verzoekers in het hoofdgeding zijn van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Zij betogen dat dit verzoek betrekking heeft op de hypothetische situatie waarin de inbreukmaker documenten ex novo moet vervaardigen. In casu is een dergelijke vervaardiging echter niet noodzakelijk om te voldoen aan het verzoek om overlegging van de in het hoofdgeding in geding zijnde bewijzen.

17. Zonder de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing te betwisten, wijzen verweersters in het hoofdgeding erop dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 2004/48/EG[4] toestaat om overlegging te gelasten van bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt. Zij brengen in herinnering dat deze bepaling volgens de Commissie voor een partij de verplichting kan inhouden om bewijsmateriaal binnen haar organisatie te vergaren, ook bij afzonderlijke juridische entiteiten die onder haar zeggenschap staan.[5] Volgens verweersters in het hoofdgeding geldt hetzelfde met betrekking tot richtlijn 2014/104. Niettemin voeren zij aan dat zij, teneinde te voldoen aan het bij de verwijzende rechter ingediende verzoek, niet zozeer bewijsmateriaal moeten creëren dat nog niet bestaat, maar documenten ex novo moeten vervaardigen.

18. Met betrekking tot deze twee argumenten moet ik opmerken dat de verwijzende rechter zich er inderdaad toe beperkt te verklaren dat het verzoek om overlegging van bewijsmateriaal in casu betrekking heeft op documenten die, zoals zij worden opgevraagd, *mogelijk* nog niet bestaan en nog moeten worden opgesteld.

19. Er zij echter aan herinnerd dat vragen die het Unierecht betreffen, vermoed worden relevant te zijn en dat het Hof in beginsel verplicht is uitspraak te doen.

20. Bovendien is in het kader van een procedure overeenkomstig artikel 267 VWEU de verwijzende rechter bij uitsluiting bevoegd de feiten van het bij hem aanhangige geding vast te stellen en te beoordelen, en dient het Hof zijn onderzoek in beginsel te beperken tot de elementen die de verwijzende rechter hem ter beoordeling heeft voorgelegd en zich daaraan te houden. Het mag zich enkel laten leiden door de feiten die de verwijzende rechter als vaststaand beschouwt, en kan niet gebonden zijn door hypotheses die door een van de partijen in het hoofdgeding zijn geformuleerd.[6]

21. Hieruit volgt dat de onderhavige prejudiciële vraag ontvankelijk is.

[4] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45).

[5] Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie [COM(2013) 404 final].

[6] Zie met name arrest van 2 april 2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267, punt 22).

B. Toepasselijkheid van richtlijn 2014/104

22. De vraag of richtlijn 2014/104 van toepassing is in het hoofdgeding, lijkt geen twijfel op te roepen bij de verwijzende rechter en is geen onderwerp van debat tussen de belanghebbenden bij de procedure bij het Hof. Niettemin zal ik deze vraag onderzoeken, aangezien er, gelet op bepaalde onduidelijkheden met betrekking tot de omstandigheden van het hoofdgeding, twijfel bestaat over de materiële en temporele toepasselijkheid van deze richtlijn in deze zaak.

1. Materiële toepasselijkheid van richtlijn 2014/104

a) Probleemstelling

23. De verwijzende rechter geeft aan dat het verzoek om overlegging van bewijsmateriaal naar aanleiding van het besluit van 19 juli 2016 is ingediend op grond van artikel 283 bis van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

24. In dit verband zij opgemerkt dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal op grond van artikel 283 bis van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering volgens bepaalde auteurs ook vóór het inleiden van de bodemprocedure kan worden ingediend.[7] In dat geval moet de partij die dit verzoek heeft ingediend, een bodemprocedure inleiden binnen een termijn van 20 dagen.[8]

25. Uit de onderhavige prejudiciële verwijzing blijkt niet duidelijk of het verzoek om overlegging van het in het hoofdgeding in geding zijnde bewijsmateriaal ingediend is in het kader van een reeds bij de verwijzende rechter ingestelde schadevordering. Uit de verwijzingsbeslissing kan alleen worden opgemaakt dat verzoekers in het hoofdgeding ter ondersteuning van dit verzoek hebben aangevoerd dat aan alle voorwaarden was voldaan die nodig zijn voor een redelijke beoordeling van de haalbaarheid van de voorgenomen schadevorderingen („acciones de daños que se pretenden ejercitar”).

26. Zonder uitdrukkelijk te verduidelijken dat het verzoek om overlegging van het in het hoofdgeding in geding zijnde bewijsmateriaal in het kader van een reeds bij de verwijzende rechter ingestelde schadevordering is ingediend, geven verzoekers in het hoofdgeding te kennen dat de procedure die tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële vraag heeft geleid, een procedure voor toegang tot bewijsbronnen betreft.

27. De Spaanse regering geeft daarentegen aan dat verzoekers in het hoofdgeding een schadevordering hebben ingesteld op grond van het besluit van 19 juli 2016. In datzelfde verband is de Commissie de mening toegedaan dat de verwijzende rechter wenst te vernemen welke uitlegging dient te worden gegeven aan artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 in het kader van een schadevordering wegens inbreuken op de mededingingsregels. Verweersters in het hoofdgeding betogen, zij het minder eenduidig, dat het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in

[7] Zie Marcos, F., „Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working Paper IE Law School*, 2018, AJ8-241-I, blz. 28. Het lijkt, volgens de Spaanse wet en volgens deze auteur, te gaan om een termijn van 20 dagen vanaf de datum waarop het verzoek om overlegging van bewijsmateriaal is ingewilligd.

[8] Artikel 283 bis, onder e), van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering bepaalt dat wanneer er geen bodemprocedure wordt ingeleid, de nationale rechter de partij die om overlegging van bewijsmateriaal heeft verzocht, ambtshalve verwijst in de kosten en aansprakelijk stelt voor de schade die zij heeft berokkend aan de persoon tegen wie de maatregelen waren gericht.

het kader van een procedure voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht die voortvloeide uit het besluit van 19 juli 2016. Bovendien refereren zij in hun schriftelijke opmerkingen aan de schadevordering van verzoekers in het hoofdgeding („hun vordering").

28. Ook met inachtneming van de schriftelijke opmerkingen van de belanghebbende partijen kan uit de inhoud van de onderhavige prejudiciële verwijzing bijgevolg niet eenduidig worden afgeleid of het verzoek om overlegging van het in het hoofdgeding in geding zijnde bewijsmateriaal al dan niet is ingediend voordat een schadevordering werd ingesteld, dan wel of dit werd ingediend bij of na het instellen van een dergelijke vordering.

29. Artikel 1 van richtlijn 2014/104, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied", bepaalt in lid 2 ervan dat deze richtlijn met name de regels vaststelt voor de handhaving van de mededingingsregels „in schadevorderingen voor de nationale rechterlijke instanties". In datzelfde verband wordt in artikel 22, lid 2, van genoemde richtlijn, dat ziet op de toepassing in de tijd van nationale omzettingsmaatregelen anders dan de maatregelen die de materiële bepalingen van deze richtlijn omzetten, de temporele werkingssfeer ervan vastgesteld onder verwijzing naar een uiterste datum waarop een vordering tot schadevergoeding bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig is gemaakt. [9]

30. De aldus afgebakende werkingssfeer van richtlijn 2014/104 lijkt zich a priori niet uit te strekken tot vóór het instellen van een schadevordering ingediende verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal. Sommige nationale wetgevers [10] en ook sommige auteurs [11] lijken deze richtlijn in die zin uit te leggen. Volgens deze uitlegging zou het de lidstaten evenwel zijn toegestaan om regels vast te stellen met betrekking tot dergelijke verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal. Artikel 5, lid 8, van genoemde richtlijn bepaalt immers dat het de lidstaten is toegestaan om, onverminderd artikel 5, leden 4 en 7, en artikel 6 ervan, regels in te voeren die tot een ruimere toegang tot bewijsmateriaal zouden leiden.

31. Aangezien er twijfel bestaat over de vraag of er reeds een schadevordering bij de verwijzende rechter aanhangig was gemaakt, dien ik te onderzoeken of de in het voorgaande punt van deze conclusie uiteengezette uitlegging gegrond is.

b) Beoordeling

32. In sommige taalversies [12] is artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104, waarvan de verwijzende rechter om uitlegging verzoekt, minder restrictief en categorisch verwoord dan artikel 1, lid 2, van deze richtlijn.

[9] Volgens deze bepaling zorgen „[d]e lidstaten […] ervoor dat iedere, krachtens artikel 21 vastgestelde nationale maatregel anders dan de maatregelen bedoeld in lid 1 niet van toepassing is op vorderingen tot schadevergoeding die voor 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt".

[10] Zie Malinauskaite, J., 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, deel 9, nr. 8, blz. 501.

[11] Zie 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, deel 16, nr. 1, blz. 113, en Petr, M., „Czech Republic", Piszcz, A., (red.), *Implementation of the EU Damages Directive in Central and Eastern European Countries*, University of Warsaw Faculty of Management Press, Warschau, 2017, blz. 98. Zie in die zin ook, maar minder categorisch, Rodger, B.J., Sousa Ferro, M., 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, deel 26, nr. 4, blz. 488 en 489.

[12] Met name in de Engelse en de Franse taalversie, waarin staat dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal kan worden ingediend in „procedures *met betrekking tot* een schadevordering in de Unie" (cursivering van mij), terwijl met name in de Poolse taalversie wordt verwezen naar „schadevorderingsprocedures" („w postępowaniu o odszkodowanie").

33. Ook bij de omschrijving van het begrip „bewijsmateriaal” in artikel 2, punt 13, van richtlijn 2014/104 wordt in sommige taalversies [13] verwezen naar elk type bewijsmiddel dat ontvankelijk is „bij *de nationale rechterlijke instantie bij wie de zaak aanhangig is gemaakt*” en in andere taalversies [14] naar bewijsmiddelen die ontvankelijk zijn „bij *de aangezochte nationale rechterlijke instantie*”, zonder te preciseren dat het een schadevordering betreft (cursivering van mij).

34. Nog belangrijker is echter dat de wil van de Uniewetgever om de werkingssfeer van artikel 5 van richtlijn 2014/104 niet te beperken tot verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal die tezamen met of na het instellen van een schadevordering zijn ingediend, ook lijkt door te klinken in artikel 5, lid 3, en in artikel 6, lid 4, onder b), van deze richtlijn.

35. Artikel 5, lid 3, van richtlijn 2014/104 bevat een niet uitputtende opsomming van te hanteren criteria bij de evenredigheidsbeoordeling van een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal.

36. In dezelfde geest verwijst artikel 6, lid 4, onder b), van richtlijn 2014/104, dat ziet op de overlegging van bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt, naar artikel 5, lid 3, van deze richtlijn en preciseert het dat de nationale rechters bij het beoordelen van de evenredigheid van een bevel tot het verlenen van toegang overeenkomstig laatstgenoemde bepaling, eveneens de vraag in overweging nemen of de partij die om toegang verzoekt, zulks doet in het kader van een schadevordering voor een nationaal gerecht.

37. In dit verband wijst overweging 22 van richtlijn 2014/104 erop dat het met het oog op een doeltreffende bescherming van het recht op schadevergoeding niet nodig is dat de eiser toegang wordt verleend tot elk document met betrekking tot een geding uit hoofde van artikel 101 of artikel 102 VWEU op de enkele grond dat hij „voornemens is een vordering tot schadevergoeding in te stellen”, aangezien het hoogst onwaarschijnlijk is dat de schadevordering moet worden gebaseerd op alle gegevens van het dossier van die procedure. Ook overweging 27 van deze richtlijn verwijst naar de „toegang [van de benadeelde partijen] […] tot het relevante bewijsmateriaal dat zij nodig hebben om hun schadevorderingen voor te bereiden”.

38. Uit artikel 6, lid 4, onder b), van richtlijn 2014/104, gelezen in het licht van de overwegingen 22 en 27 ervan, volgt dat bepaalde bewijselementen met betrekking tot procedures van mededingingsautoriteiten aan een eiser kunnen worden meegedeeld op diens verzoek om overlegging van bewijsmateriaal als bedoeld in artikel 6 van deze richtlijn, indien hij voornemens is een vordering tot schadevergoeding te stellen. Hetzelfde dient te gelden met betrekking tot artikel 5 van genoemde richtlijn.

39. Het is immers niet aannemelijk dat de Uniewetgever een regeling heeft ingesteld waarbij een persoon die schade heeft geleden ingevolge een inbreuk op het mededingingsrecht, los van elke bodemprocedure een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal kan indienen wanneer de documenten zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevinden, maar een dergelijk verzoek in het kader van een bodemprocedure alleen kan indienen wanneer dat bewijsmateriaal niet in dat dossier voorhanden is. Bovendien kan de omstandigheid dat een mededingingsautoriteit een procedure inleidt een dergelijk onderscheid niet rechtvaardigen. Zoals blijkt uit artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 moet de eiser immers in beide situaties zijn schadeclaim aannemelijk maken om een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal te kunnen indienen.

[13] Met name in de Poolse taalversie („przed sądem krajowym, do którego wpłynęło powództwo”).

[14] Met name in de Franse taalversie.

40. Volledigheidshalve zij hieraan toegevoegd dat hoewel er in beide situaties uiteraard sprake moet zijn van een verband tussen het bewijsmateriaal waarvan om overlegging wordt verzocht en de voorgenomen vordering van de persoon die schade heeft geleden ingevolge een inbreuk op het mededingingsrecht, de verlangde bewijzen in de eerste plaats relevant moeten zijn.

41. Nu blijkt echter dat richtlijn 2014/104 niet aangeeft welke technische samenhang er op procedureel gebied moet bestaan tussen een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal en een schadevordering (een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal als maatregel in een bodemprocedure of een in het kader van een incidentele of zelfs afzonderlijke procedure behandeld verzoek).

42. Evenmin bepaalt richtlijn 2014/104 het tijdstip waarop een schadevordering voor een nationale rechterlijke instantie wordt gebracht.

43. Zelfs indien wordt aangenomen dat richtlijn 2014/104 alleen ziet op in het kader van een schadevordering ingediende verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal die zijn ingediend in het kader van een schadevordering, kan er derhalve van uit worden gegaan dat wanneer een schadevordering op straffe van sancties moet worden ingesteld binnen een korte termijn na de indiening van een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal waarin de aannemelijkheid van de schadevordering is onderbouwd, of eventueel binnen een korte termijn nadat een dergelijk verzoek is ingewilligd, het verzoek om overlegging van bewijsmateriaal is ingediend in het kader van een schadevordering en/of een dergelijke vordering voorwaardelijk inleidt.

c) Bespreking van een tegengestelde uitlegging en argumenten voor de afwijzing ervan

44. Een uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2014/104 die ingaat tegen die welke in punt 38 van deze conclusie is weergegeven, kan a priori worden aanvaard.

45. Er zou immers kunnen worden aangevoerd dat richtlijn 2014/104 zich in beginsel niet uitstrekt tot verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal die vóór het instellen van een bodemprocedure zijn ingediend. Volgens die lezing zou artikel 6, lid 4, onder b), van deze richtlijn uitsluitend zien op die gevallen waarin de nationale wetgever overeenkomstig artikel 5, lid 8, van genoemde richtlijn heeft besloten regels in te voeren die tot een ruimere toegang tot bewijsmateriaal zouden leiden en op grond waarvan met name vóór het instellen van een bodemprocedure om overlegging van bewijsmateriaal kan worden verzocht. In de mate waarin de lidstaten gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om, onverminderd artikel 6 van dezelfde richtlijn, dergelijke regels in te voeren, kan een lidstaat een verzoek om voorafgaande overlegging van bewijsmateriaal, dat op die wijze kan ontsnappen aan de beoordeling van de evenredigheid ervan, niet inwilligen, voor zover deze beoordeling het mogelijk maakt het belang van de publiekrechtelijke handhaving van de mededingingsregels te beschermen.

46. In de eerste plaats biedt een analyse van de totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2014/104 echter geen steun voor een dergelijke uitlegging.

47. In het voorstel voor de richtlijn heeft de Commissie, onder verwijzing naar de resultaten van de raadplegingen, aangegeven dat „[d]e respondenten verheugd [waren] over het leidende beginsel van vergoeding en de daaruit voortvloeiende keuze om geen maatregelen voor te stellen zoals collectieve schadevergoedingsacties naar Amerikaans model en pre-trial openbaarmaking van

bewijsmateriaal”.[15] Hieruit volgt niet dat bewijsmateriaal niet onder toezicht van de nationale rechter openbaar kan worden gemaakt vóór het instellen van een bodemprocedure, wanneer de eiser zijn schadevordering aannemelijk kan maken.

48. Nog belangrijker is echter dat uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat het arrest Pfleiderer[16] tot grote onzekerheid heeft geleid over de categorieën van documenten die openbaar kunnen worden gemaakt, een onzekerheid die richtlijn 2014/104 heeft willen wegnemen.[17] Het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zaak die tot dit arrest heeft geleid, was ingediend in het kader van een geding over een verzoek om volledige toegang tot het dossier van een nationale mededingingsautoriteit met het oog op de voorbereiding van een schadevordering. Blijkbaar heeft de wil om deze onzekerheid weg te nemen ertoe bijgedragen dat deze richtlijn de mogelijkheid om te verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal met het oog op een voorgenomen schadevordering niet vermeldt in de context van artikel 5 van genoemde richtlijn, met als opschrift „Toegang tot bewijsmateriaal”, maar uitsluitend in die van artikel 6 ervan, met als opschrift „Toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt”.[18]

49. In de tweede plaats kan op grond van het bestaande verband tussen artikel 5 en artikel 6 van richtlijn 2014/104 niet worden aangenomen dat de werkingssfeer van laatstgenoemde bepaling ruimer is dan die van eerstgenoemde. Ten eerste bepaalt artikel 6 van deze richtlijn immers dat „met het oog op de behandeling van schadevorderingen”, „naast artikel 5 dit artikel geldt”.[19] Ten tweede wordt de evenredigheidsbeoordeling van het verzoek om overlegging van bewijsmateriaal door de nationale rechter uitgevoerd overeenkomstig artikel 5, lid 3, van genoemde richtlijn. Terwijl de nationale rechter in het kader van artikel 6 van dezelfde richtlijn verplicht is om rekening te houden met de vraag of het verzoek is ingediend in het kader van een schadevordering („nemen de nationale rechters eveneens het volgende in overweging […]”), kan die vraag in voorkomend geval ook in overweging worden genomen wanneer de evenredigheidsbeoordeling wordt uitgevoerd in de afzonderlijke context van artikel 5 van richtlijn 2014/104. Het feit dat de wetgever in artikel 6, lid 4, onder b), van deze richtlijn uitdrukkelijk naar deze vraag heeft verwezen, wijst erop dat hij het verband heeft willen versterken dat moet bestaan tussen een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal dat zich in het dossier van de mededingingsautoriteit bevindt en een schadevordering.

[15] Zie ook het werkdocument van de diensten van de Commissie over schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie (Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules) [SEC(2008) 404 definitief], waarnaar wordt verwezen in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels. In punt 95 van dit werkdocument heeft de Commissie verklaard niet voornemens te zijn om een al te ruime regeling voor pre-trial openbaarmaking van bewijsmateriaal voor te stellen, welke niet zo goed zou stroken met de juridische traditie en de beginselen van burgerlijke rechtsvordering van de lidstaten en in strijd zou kunnen zijn met de beginselen van openbare orde van sommige lidstaten.

[16] Arrest van 14 juni 2011 (C-360/09, EU:C:2011:389).

[17] Zie 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 definitief], alleen beschikbaar in het Engels.

[18] In dezelfde geest verwijst overweging 22 van richtlijn 2014/104, die betrekking heeft op de overlegging van bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt, naar de situatie waarin een eiser „voornemens is een vordering tot schadevergoeding in te stellen”. De bewoordingen van deze overweging, aangehaald in punt 37 van deze conclusie ter ondersteuning van de hier voorgestane uitlegging, zijn duidelijk geïnspireerd door het arrest van 6 juni 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, EU:C:2013:366, punt 33), dat op zijn beurt verwijst naar het arrest van 14 juni 2011, Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389).

[19] Zie artikel 6, lid 1, van richtlijn 2014/104.

50. In de derde plaats kan de overlegging van bewijsmateriaal vóór het instellen van een bodemprocedure soms noodzakelijk zijn om een dergelijke vordering te kunnen instellen. Deze mogelijkheid draagt bij aan het nuttig effect van de artikelen 101 en 102 VWEU. In dit opzicht kan de overweging dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal vóór het instellen van een schadevordering onder bepaalde voorwaarden onder de werkingssfeer van richtlijn 2014/104 valt, bijdragen aan een vermindering van de bestaande verschillen tussen de nationale stelsels van de lidstaten en aan een harmonisatie van de relevante regels met het oog op een doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht van de Unie. [20]

51. Gelet op de in de punten 38 tot en met 43 van deze conclusie uiteengezette overwegingen, dient te worden geoordeeld dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal dat technisch gesproken is ingediend vóór het instellen van een schadevordering, op zijn minst in sommige situaties [21] kan vallen onder de werkingssfeer van richtlijn 2014/104.

2. Temporele toepasselijkheid van richtlijn 2014/104

52. Het verzoek om overlegging van het in het hoofdgeding in geding zijnde bewijsmateriaal is door verzoekers in het hoofdgeding ingediend op 25 maart 2019, dat wil zeggen na 27 december 2016, de datum van omzetting van richtlijn 2014/104 in het Spaanse recht op basis van de nationale uitvoeringsbepalingen ervan.

53. Zoals reeds vermeld in punt 8 van deze conclusie, blijkt bovendien uit het besluit van 19 juli 2016 dat met betrekking tot verweersters in het hoofdgeding de inbreuk is vastgesteld voor de periode van 17 januari 1997 tot en met 18 januari 2011, welke voorafgaat aan de datum van omzetting van richtlijn 2014/104.

54. In deze omstandigheden kan het antwoord op de vraag naar de temporele toepasselijkheid van richtlijn 2014/104 worden gevonden in artikel 22 van deze richtlijn.

55. Overeenkomstig artikel 22, lid 1, van richtlijn 2014/104 mag immers geen terugwerkende kracht worden gegeven aan de nationale maatregelen ter naleving van de materiële bepalingen van deze richtlijn. Dit voorschrift geldt evenwel niet voor de nationale maatregelen tot omzetting van de „andere” bepalingen van genoemde richtlijn. Wat laatstgenoemde omzettingsmaatregelen betreft, dienen de lidstaten overeenkomstig artikel 22, lid 2, van dezelfde richtlijn er alleen voor te zorgen dat deze niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die vóór 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt. Hieruit volgt dat genoemde bepalingen moeten worden toegepast in een procedure die na de omzettingsdatum van richtlijn 2014/104 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig is gemaakt. Deze logica van het toepasbaar stellen van de niet-materiële bepalingen van deze richtlijn op grond van het nationale recht is gebruikelijk met betrekking tot procedurele

[20] Zie in dit verband overweging 7, derde en vierde volzin, van richtlijn 2014/104, waarin wordt verduidelijkt dat „[d]ie verschillen […] onzekerheid [doen] ontstaan over de voorwaarden waaronder benadeelde partijen hun uit het VWEU voortvloeiende recht op schadevergoeding kunnen uitoefenen en […] een negatieve invloed [hebben] op de daadwerkelijke doeltreffendheid van dit recht. Aangezien benadeelde partijen eerder het gerecht in hun lidstaat van vestiging kiezen om een vergoeding te vorderen, leiden de verschillen tussen de nationale regels tot een ongelijk speelveld wat betreft schadevorderingen, en kunnen zij de mededinging op de markten waarop die benadeelde partijen en de inbreukmakende ondernemingen actief zijn, ongunstig beïnvloeden.” Zie in die zin ook de overwegingen 8 en 9 van deze richtlijn.

[21] Met name wanneer er een verband bestaat tussen een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal en een schadevordering, zoals omschreven in het Spaanse recht, welk verband met name leidt tot de verplichting om op straffe van sancties binnen een termijn van 20 dagen een schadevordering in te stellen. Zie voetnoot 8 van deze conclusie.

bepalingen. Ik leid hieruit af dat de verwijzing naar een „nationale maatregel anders dan de [materiële bepalingen]" in de zin van artikel 22, lid 2, van genoemde richtlijn, doelt op een procedurele bepaling.

56. De verwijzende rechter geeft aan dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ertoe strekt duidelijkheid te verkrijgen over het in de artikelen 5 tot en met 8 van richtlijn 2014/104 neergelegde systeem van openbaarmaking van bewijsmateriaal dat bij artikel 283 bis van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering is omgezet in Spaans „procesrecht". Voor de toepassing van artikel 22 van deze richtlijn en gelet op het autonome karakter van de in deze bepaling gebruikte begrippen, is het echter uiteindelijk aan het Hof om vast te stellen welke bepalingen naar hun aard onder de werkingssfeer van genoemde richtlijn kunnen vallen.

57. Ook al kan worden betoogd dat de bepalingen van richtlijn 2014/104 inzake de overlegging van bewijsmateriaal bepaalde rechten verlenen aan marktspelers die betrokken zijn bij de handhaving van de mededingingsregels van de Unie, dit neemt niet weg dat deze rechten alleen kunnen worden uitgeoefend in een procedure voor de nationale rechter en dat deze rechter in wezen door middel van procedurele maatregelen in staat is om de feiten vast te stellen waarop de partijen in de procedure zich beroepen. Hetzelfde geldt, althans in bepaalde situaties, voor een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal dat technisch gesproken is ingediend vóór het instellen van een schadevordering.[22]

58. Derhalve is artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 temporeel van toepassing in het hoofdgeding.

C. Ten gronde

1. Standpunten van de verwijzende rechter en van de belanghebbende partijen

59. De verwijzende rechter zet de argumenten uiteen die pleiten voor de uitlegging dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 uitsluitend ziet op reeds bestaand bewijsmateriaal, alsook de argumenten die zich tegen deze uitlegging verzetten.

60. Wat allereerst de uitlegging betreft dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 uitsluitend ziet op reeds bestaand bewijsmateriaal, voert hij in de eerste plaats aan dat een dergelijke uitlegging steun vindt in de bewoordingen van deze bepaling en in de verduidelijkingen in overweging 14 van deze richtlijn. Genoemde bepaling en overweging hebben immers betrekking op het bewijsmateriaal dat in het bezit is van de verweerder of een derde partij.

61. In de tweede plaats voert de verwijzende rechter aan dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2014/104 verwijst naar de overlegging van specifieke bewijsstukken of relevante categorieën bewijsmateriaal, zo nauwkeurig omschreven als redelijkerwijs mogelijk is op basis van de

[22] Sommige schrijvers zijn weliswaar de mening toegedaan dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal vóór het instellen van een schadevordering niet van procedurele aard is, aangezien een dergelijk verzoek een recht verleent om de overlegging van bewijzen in het kader van een afzonderlijke procedure te vragen. Zie met name 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, deel 16, nr. 1, blz. 113 en 114. Anders dan ik in de punten 38-43 van deze conclusie in overweging geef, gaat deze benadering echter uit van de premisse dat een verzoek om overlegging van bewijsmateriaal vóór het instellen van een schadevordering niet onder de werkingssfeer valt van richtlijn 2014/104.

beschikbare feiten. Overweging 16 van deze richtlijn geeft aan dat een categorie bewijsmateriaal onder meer dient te worden afgebakend aan de hand van de tijdspanne waarbinnen de gevraagde documenten zijn opgesteld.

62. In de derde plaats merkt de verwijzende rechter op dat richtlijn 2014/104 niet verwijst naar de overlegging van „informatie", maar van „bewijsmateriaal".

63. In dezelfde geest verwijst de Nederlandse regering naar meerdere overwegingen van richtlijn 2014/104[23] en naar het voorstel voor de richtlijn[24] tot staving van haar betoog dat deze richtlijn uitsluitend ziet op de overlegging van bestaand bewijsmateriaal of van bewijzen die in het bezit zijn van een partij bij de procedure of van derde partijen.

64. Verweersters in het hoofdgeding ondersteunen deze uitlegging, om dezelfde redenen als die welke zijn aangevoerd door de verwijzende rechter. Zij voegen daaraan toe dat artikel 5, lid 8, van richtlijn 2014/104 de lidstaten toestaat om regels in te voeren die tot een ruimere toegang tot bewijsmateriaal zouden leiden. Volgens verweersters in het hoofdgeding heeft de Spaanse wetgever geen gebruikgemaakt van deze mogelijkheid om verzoeken toe te staan om overlegging van bewijsmateriaal dat nog niet bestaat.

65. Voorts zijn de argumenten van de verwijzende rechter ter ondersteuning van de uitlegging dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 eveneens ziet op ex novo vervaardigde bewijselementen, ontleend aan de teleologische en systematische uitlegging van deze bepaling. In de eerste plaats, aldus deze verwijzende rechter, kan een beperking van het systeem van de overlegging van bewijsmateriaal het recht op volledige schadevergoeding en het doeltreffendheidsbeginsel in gevaar brengen. In de tweede plaats kunnen de in deze richtlijn opgenomen regels inzake de kosten en uitgaven van bewijsoverlegging, in verband met het evenredigheidsbeginsel bij de beoordeling van een verzoek om deze overlegging, inhouden dat de aangezochte partij werk moet verrichten ter vervaardiging van een nieuw document.

66. Verzoekers in het hoofdgeding, de Spaanse regering en de Commissie ondersteunen deze uitlegging, met name om de door de verwijzende rechter aangevoerde redenen.

2. Tekstuele uitlegging

67. In wezen bepaalt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 in de eerste volzin ervan dat een persoon die zich benadeeld acht door een inbreuk op het mededingingsrecht, kan verzoeken om overlegging van relevant bewijsmateriaal waarover de verweerder of een derde partij zeggenschap heeft. In de tweede volzin wordt bepaald dat de eiser of een derde op verzoek van de verweerder kan worden gelast toegang te verlenen tot relevant bewijsmateriaal, zonder te preciseren dat het moet gaan om bewijsmateriaal waarover zij zeggenschap hebben.

[23] In navolging van de verwijzende rechter refereert de Nederlandse regering aan overweging 14 van richtlijn 2014/104, waarin wordt aangegeven dat „[h]et bewijsmateriaal dat nodig is om een schadevordering te staven, […] vaak enkel in het bezit [is] van de tegenpartij of van derden, en […] onvoldoende bekend [is] bij […] de eiser", daaraan toevoegend dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig overweging 28 van deze richtlijn te allen tijde de mogelijkheid moeten hebben om in het kader van een schadevordering het verlenen van toegang te gelasten tot bewijsmateriaal dat „voorhanden" is onafhankelijk van de procedure van een mededingingsautoriteit. Voorts verwijst deze regering naar overweging 39 van genoemde richtlijn, volgens welke de bewijslast de inbreukpleger niet zou mogen belemmeren in diens mogelijkheid gebruik te maken van ander bewijsmateriaal „dan het materiaal dat reeds in zijn bezit is, zoals bewijsmateriaal dat reeds in de procedure is verkregen of dat in handen is van andere partijen of van derden".

[24] De Nederlandse regering verwijst naar het voorstel voor richtlijn 2014/104, waarin de Commissie heeft aangegeven dat „openbaarmaking van bewijsmateriaal dat in het bezit is van de tegenpartij of een derde, […] alleen door de rechter [kan] worden gelast en […] onderworpen [is] aan een strikte en actieve rechterlijke toetsing wat betreft noodzaak, omvang en evenredigheid ervan".

68. Bij lezing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 kan de indruk ontstaan dat de door de eisers ingediende verzoeken, als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, alleen betrekking hebben op reeds bestaand bewijsmateriaal. Want letterlijk genomen, en anders dan de verzoeken van de verweerders als bedoeld in de tweede volzin, moeten de door de eisers ingediende verzoeken kennelijk betrekking hebben op bewijsmateriaal dat in bezit van een derde is.

69. Deze lezing wordt echter tegengesproken door de overwegingen 15 en 39 van richtlijn 2014/104 en vindt, anders dan de Nederlandse regering betoogt, geen enkele steun in de overwegingen 14 en 28 van deze richtlijn.

70. In de eerste plaats maakt overweging 15 van richtlijn 2014/104 aangaande het bezit van bewijsmateriaal immers geen onderscheid tussen verzoeken die door een eiser dan wel een verweerder zijn ingediend („eisers [hebben] het recht […] toegang te krijgen tot voor hun schadeclaim relevant bewijsmateriaal, zonder dat zij individuele bewijsstukken moeten aanwijzen [en] verweerders [kunnen ook] eisers om de toegang tot bewijsmateriaal […] verzoeken"). Voorts bepaalt overweging 39 van deze richtlijn dat de inbreukpleger de mogelijkheid moet hebben om gebruik te maken van bewijsmateriaal „dat in handen is van" andere partijen of van derden.

71. In de tweede plaats is overweging 39 van richtlijn 2014/104 niet-limitatief, aangezien daarin wordt gerefereerd aan „ander bewijsmateriaal dan het materiaal dat reeds in […] bezit [van de inbreukpleger] is, *zoals* bewijsmateriaal dat reeds in de procedure is verkregen of dat in handen is van andere partijen of van derden".[25] De verwijzing naar bewijsmateriaal dat in bezit is van de andere partij of van derden lijkt hoe dan ook niet te zijn ingegeven door de wil om het bewijsmateriaal waarvan om overlegging kan worden verzocht te beperken, maar veeleer door de wil om het bewijsmateriaal in handen van de inbreukpleger op één lijn te plaatsen met bewijsmateriaal in bezit van andere personen.

72. In de derde plaats is het weliswaar juist dat overweging 14 van richtlijn 2014/104 in verband met het bewijsmateriaal dat nodig is om een schadevordering te staven, aangeeft dat het bewijsmateriaal niet altijd, maar „vaak" enkel in het bezit is van de tegenpartij of van derden. Het betreft hier een situatieschets die vervolgens wordt gebruikt om het probleem uiteen te zetten dat richtlijn 2014/104 beoogt op te lossen. Uit deze overweging blijkt immers dat strikte wettelijke voorwaarden voor eisende partijen om reeds bij de aanvang van een vordering in detail alle feiten van hun zaak uiteen te zetten en nauwkeurig gespecificeerde bewijsstukken ter staving over te leggen, de effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding onnodig kunnen belemmeren. Deze overweging lijkt hoe dan ook veeleer te pleiten voor een bevestigend antwoord op de onderhavige prejudiciële vraag.

73. In de vierde plaats worden in overweging 28 van richtlijn 2014/104, die betrekking heeft op artikel 6, lid 9, ervan, de bewoordingen „bewijsmateriaal dat voorhanden is onafhankelijk van de procedure van een mededingingsautoriteit" gebruikt om te verwijzen naar ander bewijsmateriaal dan bedoeld in artikel 6, leden 5 en 6, van deze richtlijn. Het betreft dus elk bewijsmateriaal waarvan de overlegging op grond van deze bepalingen niet automatisch is verboden door genoemde richtlijn om reden van het belang van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[26]

[25] Cursivering van mij.

[26] Om dezelfde reden bevat de definitie van het begrip „reeds bestaande informatie" in artikel 2, punt 17, van richtlijn 2014/104 geen aanwijzingen die nuttig kunnen zijn voor het beantwoorden van de onderhavige prejudiciële vraag, behalve die welke betrekking hebben op het uitwisselbare gebruik van de begrippen „informatie" en „bewijsmateriaal". Zie punt 78 van deze conclusie.

74. Om een antwoord te kunnen geven op de onderhavige prejudiciële vraag, volstaat het bijgevolg niet om een afzonderlijk onderzoek te wijden aan artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 en aan de overwegingen ervan die betrekking hebben op de problematiek die in deze bepaling aan de orde is.

75. Richtlijn 2014/104 bevat meerdere definities die moeten worden aangewend om de betekenis van de daarin vervatte bepalingen te bepalen, in het bijzonder die van artikel 5, lid 1, ervan met betrekking tot de overlegging van relevant bewijsmateriaal.

76. De relevantie van bewijsmateriaal lijkt voort te vloeien uit het bestaan van een verband tussen het gevraagde bewijsmateriaal en de schadevordering[27], terwijl het begrip „bewijsmateriaal", waarvan de uitlegging beslissend is voor het antwoord op de onderhavige prejudiciële vraag, wordt omschreven in artikel 2, punt 13, van richtlijn 2014/104.

77. Volgens deze definitie verwijst het begrip „bewijsmateriaal" naar „elk type bewijsmiddel dat ontvankelijk is bij de nationale rechterlijke instantie bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, en in het bijzonder documenten en andere informatiedragers, ongeacht het medium waarop de informatie is opgeslagen". A priori lijkt hieruit te volgen dat deze definitie „bewijsmateriaal", „bewijsmiddel" en „informatiedrager" als drie uitwisselbare begrippen hanteert.

78. Daarbij komt dat de in artikel 2, punt 17, van richtlijn 2014/104 opgenomen definitie van het begrip „reeds bestaande informatie" het begrip „informatie" toevoegt aan deze drie uitwisselbare begrippen. Dit begrip wordt immers omschreven als „bewijsmateriaal" dat los van de procedure van een mededingingsautoriteit bestaat.

79. De in richtlijn 2014/104 gehanteerde begrippen en de daarin gegeven definities ervan, welke in het kader van deze richtlijn op uitwisselbare en inconsistente wijze worden gebruikt, maken het bijgevolg niet mogelijk om een eenduidig antwoord te geven op de onderhavige prejudiciële vraag. Gelet evenwel op het feit dat de begrippen „bewijsmateriaal" en „informatie" in richtlijn 2014/104 kennelijk uitwisselbaar worden gehanteerd, staat de tekstuele uitlegging van deze richtlijn er in beginsel niet aan in de weg dat artikel 5, lid 1, ervan, voor zover deze bepaling betrekking heeft op de overlegging van „relevant bewijsmateriaal dat in [het bezit van de verweerder of een derde] is", aldus wordt uitgelegd dat genoemde richtlijn de nationale rechterlijke instanties toestaat om overlegging te gelasten van documenten die de partij tot wie het verzoek om informatie is gericht ex novo moet vervaardigen, door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren. Dit neemt hoe dan ook niet weg dat voor de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening moet worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en met de doelstellingen die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt.

[27] Zie overweging 15, tweede volzin, van richtlijn 2014/104, waarin te lezen staat dat „[a]angezien mededingingsgeschillen gekenmerkt worden door informatieasymmetrie, […] het passend [is] ervoor te zorgen dat eisers het recht hebben toegang te krijgen tot *voor hun schadeclaim relevant bewijsmateriaal*, zonder dat zij individuele bewijsstukken moeten aanwijzen" (cursivering van mij).

3. Systematische uitlegging

80. Artikel 6 van richtlijn 2014/104, met als opschrift „Toegang tot bewijsmateriaal dat zich in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt", preciseert in lid 4 ervan dat de nationale rechters bij hun beslissing op de door partijen ingediende verzoeken een bevel kunnen uitvaardigen tot het verlenen van toegang. [28]

81. Bovendien is het overeenkomstig artikel 5, lid 2, van richtlijn 2014/104 mogelijk om op grond van een dergelijk bevel toegang te gelasten tot relevante categorieën bewijsmateriaal.

82. Zoals de verwijzende rechter opmerkt [29], is het inderdaad zo dat overweging 16 van richtlijn 2014/104 aangeeft dat een dergelijke relevante categorie bewijsmateriaal dient te worden afgebakend door middel van de kenmerken die de bestanddelen gemeen hebben en in dat verband verwijst naar „de tijdspanne waarbinnen de documenten [waartoe de toegang wordt gevraagd] zijn opgesteld". Deze overweging verwijst naar meerdere criteria die mogelijkerwijs nuttig zijn voor het afbakenen van een relevante categorie bewijsmateriaal, zonder evenwel uitputtend te zijn. Bovendien verwijst zij ook naar het voorwerp of de inhoud van de bestanddelen van een relevante categorie bewijsmateriaal. Om te voldoen aan een bevel tot toegang tot een aldus afgebakende categorie bewijsmateriaal moet de persoon tegen wie dit bevel is uitgevaardigd, in beginsel gericht beginnen te zoeken naar de gevraagde informatie.

83. Volgens deze logica dienen de nationale rechterlijke instanties bij de evenredigheidsbeoordeling van een verzoek om toegang tot bewijsmateriaal overeenkomstig artikel 5, lid 3, onder b), van richtlijn 2014/104 met name rekening te houden met „de omvang en de kosten van toegang, in het bijzonder voor betrokken derden, om te voorkomen dat gezocht moet worden naar niet-specifieke informatie waarvan het niet waarschijnlijk is dat zij relevant is voor de partijen in de procedure". Hieruit volgt dat de Uniewetgever ermee rekening heeft gehouden dat om te voldoen aan een bevel tot overlegging van bewijsmateriaal, er soms werkzaamheden moeten worden verricht die verder gaan dan het louter ter beschikking stellen van gegevens op een informatiedrager.

84. Derhalve rijst de vraag of dergelijke werkzaamheden kunnen bestaan uit het compileren of rubriceren van informatie, kennis of gegevens. Gelet op het feit dat de tekstuele uitlegging van richtlijn 2014/104, met name om reden van de bestaande verschillen tussen de taalversies ervan [30], geen antwoord op deze vraag kan geven en aangezien de systematische uitlegging ervan hooguit een aanwijzing oplevert voor een bevestigend antwoord op deze vraag, moet thans worden gekeken naar de teleologische uitlegging van deze richtlijn.

[28] Artikel 6, lid 4, onder b), van richtlijn 2014/104 bepaalt dat „[b]ij het beoordelen van de evenredigheid van *een bevel tot het verlenen van toegang* overeenkomstig artikel 5, lid 3, […] de nationale rechters eveneens het volgende in overweging [nemen]: […] de vraag of de partij die om toegang verzoekt, zulks doet in het kader van een schadevordering voor een nationaal gerecht" (cursivering van mij). Bovendien preciseert artikel 5, lid 7, van richtlijn 2014/104, althans de Franse taalversie ervan, dat „les États membres veillent à ce que les personnes à qui une demande de production de preuves est adressée aient la possibilité d'être entendues avant qu'une juridiction nationale *n'ordonne la production d'informations* en application [de cet article]" (cursivering van mij). Uit deze bepaling blijkt dan ook dat de begrippen „bewijsmateriaal" en „informatie" in richtlijn 2014/104 uitwisselbaar worden gehanteerd. Belangrijker is echter dat zij tevens bevestigt dat de nationale rechters die uitspraak doen over verzoeken om overlegging van bewijsmateriaal, kunnen gelasten toegang te geven.

[29] Zie punt 61 van deze conclusie.

[30] Zie voetnoot 28 van deze conclusie.

4. Teleologische uitlegging

85. Zoals verzoekers in het hoofdgeding aanvoeren, kan de teleologische uitlegging van richtlijn 2014/104, dat wil zeggen een uitlegging waarbij de doeleinden van de richtlijn in aanmerking worden genomen, alleen maar leiden tot de conclusie dat een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels noodzakelijk is en dat met het oog daarop de benadeelde partijen de beschikking moeten krijgen over doeltreffende hulpmiddelen teneinde de informatieasymmetrie in evenwicht te brengen. Genoemde richtlijn brengt immers herhaaldelijk haar twee doelstellingen in herinnering: de effectieve privaatrechtelijke handhaving van de regels [31] en het verhelpen van een dergelijke asymmetrie. [32]

86. De Spaanse regering en de Commissie ondersteunen de door verzoekers in het hoofdgeding voorgestane benadering en wijzen erop dat de toegang tot nuttig en authentiek bewijsmateriaal aansluit bij de noodzaak om het nuttig effect te garanderen van de artikelen 101 en 102 VWEU en van het recht op volledige vergoeding, zoals herhaald in artikel 3 van richtlijn 2014/104.

87. Bovendien betogen deze partijen onder verwijzing naar overweging 4 van richtlijn 2014/104 dat de behoefte aan doeltreffende procedurele middelen ook volgt uit het recht op een effectieve rechterlijke bescherming dat is vastgelegd in artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en in artikel 47, eerste alinea, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

88. De Nederlandse regering brengt daartegen in dat wanneer een partij bij de procedure of derde partijen op grond van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 worden verplicht tot overlegging van ex novo gecreëerd bewijsmateriaal, zulks het evenwicht in het gedrang brengt tussen het belang van de eiser bij toegang tot relevant bewijsmateriaal en het belang van de persoon die het bewijsmateriaal overlegt.

89. Wat de overlegging van bewijsmateriaal aangaat, voorziet richtlijn 2014/104 echter in een mechanisme voor de afweging van alle betrokken belangen onder strikte controle van de nationale rechter, met name met betrekking tot de relevantie van het bewijsmateriaal waarom is verzocht [33] en de evenredigheid van de voorwaarden waaronder toegang wordt verleend [34]. Met het oog daarop zijn in artikel 5 van deze richtlijn criteria vastgesteld voor de uitoefening van deze controle. Daarbij zijn de nationale rechterlijke instanties verplicht om tevens rekening te houden met de rechtmatige belangen [35] en de grondrechten van alle betrokken partijen en derden. [36]

90. Nog belangrijker vanuit het oogpunt van de teleologische uitlegging: het bij voorbaat uitsluiten van de mogelijkheid om toegang te verzoeken tot bewijsmateriaal dat de persoon aan wie dit verzoek om toegang is gericht ex novo moet vervaardigen, zou in sommige gevallen leiden tot onoverkomelijke hindernissen voor de privaatrechtelijke handhaving van de mededingingsregels van de Unie. Het past bijgevolg beter bij de geest van de doelstelling van

[31] Zie in de eerste plaats artikel 1, lid 1, van richtlijn 2014/104, volgens hetwelk deze richtlijn bepaalde regels vaststelt die noodzakelijk zijn om ervoor te zorgen dat eenieder die schade heeft geleden ten gevolge van een gepleegde inbreuk op het mededingingsrecht effectief het recht kan uitoefenen volledige vergoeding van die schade te vorderen.

[32] Zie de overwegingen 15, 46 en 47 van richtlijn 2014/104.

[33] Zie punt 76 van deze conclusie.

[34] Zie overweging 16 van richtlijn 2014/104.

[35] Volgens artikel 5, lid 3, tweede volzin, van richtlijn 2014/104 houden de nationale rechterlijke instanties bij de beoordeling van de vraag of een toegang waar een partij om verzoekt evenredig is, rekening met de rechtmatige belangen van alle betrokken partijen en derden.

[36] Zie in die zin artikel 5, lid 7, van richtlijn 2014/104, volgens hetwelk de lidstaten ervoor zorgen dat diegenen die gelast worden toegang te geven tot bewijsmateriaal, in de gelegenheid worden gesteld om gehoord te worden voordat een nationale rechterlijke instantie toegang uit hoofde van dit artikel gelast. Zie ook overweging 53 van deze richtlijn.

richtlijn 2014/104 – het wegwerken van de informatieasymmetrie – om deze mogelijkheid toe te staan en de praktische uitoefening ervan te beperken door de verzoeken om toegang aan een onderzoek te onderwerpen, waarbij de nationale rechterlijke instanties de hoofdrol krijgen toebedeeld.

91. In dit geval komt daarbij dat verweersters in het hoofdgeding zelf aanvaarden dat hun kan worden gevraagd om voldoende nauwkeurige gegevens die in hun systemen beschikbaar zijn, te verstrekken, met inachtneming van het noodzakelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en op voorwaarde dat de vertrouwelijkheid van deze gegevens op passende wijze wordt beschermd. Zodra deze gegevens openbaar zijn gemaakt, kunnen verzoekers in het hoofdgeding deze naar eigen goeddunken gebruiken ter onderbouwing van hun vordering.

92. Het is echter mogelijk dat de overlegging van een groot aantal bewijsstukken, in strijd met de vereisten van relevantie, evenredigheid en noodzakelijkheid, leidt tot een belemmering van de procedure en feitelijk geen oplossing biedt voor de informatieasymmetrie die kenmerkend is voor de privaatrechtelijke handhaving van de mededingingsregels. Zoals verzoekers in het hoofdgeding aanvoeren, kan het verstrekken van – een mogelijk zeer groot aantal – onbewerkte documenten die slechts onvolledig beantwoorden aan het verzoek om toegang en zijn gecompileerd op een wijze die alleen bekend is bij de auteur ervan, ertoe leiden dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 in de praktijk zijn nuttig effect wordt ontnomen. In een dergelijke situatie kan het nodig zijn een deskundige op te dragen om de werkzaamheden te verrichten die de auteur van genoemde documenten met minder inspanning en tegen lagere kosten zelf had kunnen uitvoeren.

93. Derhalve pleit de teleologische uitlegging van richtlijn 2014/104 ervoor om de onderhavige prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

5. Tussenconclusie

94. In het licht van het bovenstaande betoog, de onbevredigende resultaten van de tekstuele uitlegging en de eenduidige conclusies van de systematische en de teleologische uitlegging moet artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 aldus worden uitgelegd dat de overlegging van „relevant bewijsmateriaal", als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, ook betrekking heeft op de documenten die de partij tot wie het verzoek om informatie is gericht ex novo moet vervaardigen, door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren. Hoe dan ook moeten de nationale rechterlijke instanties de overlegging van bewijsmateriaal beperken tot hetgeen relevant, evenredig en noodzakelijk is, met inachtneming van de rechtmatige belangen en de grondrechten van deze partij.

95. In dit kader [37] kunnen de nationale rechterlijke instanties bij wijze van voorbeeld rekening houden met de tijdspanne waarvoor om overlegging van bewijsmateriaal wordt verzocht [38], alsook met mogelijke alternatieven zoals het compileren of rubriceren van de door de tot overlegging van bewijsmateriaal gelaste partij verstrekte gegevens door een deskundige of door de partij die om overlegging ervan heeft verzocht. [39]

96. Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door de resterende argumenten die verweersters in het hoofdgeding en de Nederlandse regering naar voren hebben gebracht.

6. Argument inzake de bevoegdheden van de Commissie

97. Verweersters in het hoofdgeding merken op dat de Commissie in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de bij een onderzoek betrokken ondernemingen enkel kan verplichten tot overlegging van de desbetreffende in hun bezit zijnde documenten. [40] In dit verband verwijzen zij naar de rechtspraak van het Hof alsook naar de conclusie in de zaak HeidelbergCement/Commissie, waarin advocaat-generaal Wahl heeft geoordeeld dat het begrip „inlichtingen" niet zo ver kan worden opgerekt dat van ondernemingen kan worden verlangd dat zij taken vervullen die tot de voorbereiding van een zaak behoren. [41]

98. Ik heb begrip voor dit argument waarmee verweersters in het hoofdgeding kennelijk aanvoeren dat wat de overlegging van bewijsmateriaal betreft, de rechten van een persoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht in beginsel niet verder mogen gaan dan de bevoegdheden waarover de Commissie beschikt bij de handhaving van het mededingingsrecht op initiatief van deze instelling.

99. In de eerste plaats zij echter opgemerkt dat deze bevoegdheden van de Commissie zeer ruime onderzoeksbevoegdheden omvatten [42] en dat de aan een onderzoek onderworpen ondernemingen verplicht zijn om actief samen te werken met deze instelling.

100. In de tweede plaats had de rechtspraak waarnaar verweersters in het hoofdgeding verwijzen, betrekking op een ander juridisch vraagstuk dan hetwelk in de onderhavige prejudiciële verwijzing is opgeworpen. Genoemde rechtspraak had immers betrekking op de vraag of de Commissie de verplichting kan opleggen tot overlegging van documenten die in bezit zijn van een onderneming waarop het onderzoek betrekking heeft, ook wanneer deze documenten kunnen worden gebruikt om ten aanzien van die onderneming het bestaan van mededingingsverstorende gedragingen aan te tonen. Het Hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Dit antwoord is weliswaar onderworpen aan de voorwaarde dat de Commissie geen antwoorden mag verlangen waardoor

37 In dit verband, en zonder een vraag te stellen over de evenredigheidsbeoordeling, merkt de verwijzende rechter op dat indien het Hof een ruime uitlegging zou voorstaan van artikel 5 van richtlijn 2014/104, het antwoord op de prejudiciële vraag ook relevant zal zijn voor die beoordeling, aangezien het een indicatie kan geven met betrekking tot het bereik van deze evenredigheid. Ik beperk me daarom tot het verstrekken van voorbeelden die in het licht van de omstandigheden van het hoofdgeding nuttig kunnen zijn voor de verwijzende rechter.

38 Met betrekking tot verweersters in het hoofdgeding heeft de Commissie vastgesteld dat het kartel waardoor de in casu gestelde schade is veroorzaakt, 14 jaar heeft geduurd (van 17 januari 1997 tot en met 18 januari 2011), terwijl verzoekers in het hoofdgeding om overlegging verzoeken van een prijslijst die een periode van 28 jaar bestrijkt (van 1 januari 1990 tot en met 30 juni 2018).

39 Zie punt 92 van deze conclusie.

40 Zie arrest van 29 juni 2006, Commissie/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, punt 41). Zie ook arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 61).

41 Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak HeidelbergCement/Commissie (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punt 106).

42 Zie de artikelen 17-21 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1).

een onderneming het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen. Hieruit kan echter niet a contrario worden afgeleid dat in geen geval kan worden verlangd dat bewijsmateriaal wordt overlegd door informatie, kennis of gegevens in haar bezit te compileren of te rubriceren.

101. Wat in de derde plaats de conclusie van advocaat-generaal Wahl betreft waarnaar verweersters in het hoofdgeding verwijzen, blijkt ook daaruit niet dat de Commissie onder geen beding de overlegging van dergelijke documenten mag verlangen. Het juridische vraagstuk waarover de advocaat-generaal zich had gebogen, betrof immers de vraag of de Commissie ondernemingen mag verplichten om de verlangde inlichtingen volgens specifieke en strikte instructies aan te leveren. De zaak waarin deze conclusie werd genomen, onderscheidde zich door een bijzondere context waarin, aldus de advocaat-generaal, de voorbereiding van de zaak tegen haar aan de onderzochte onderneming zelf werd „uitbesteed”.[43] Zelfs tegen die achtergrond heeft de advocaat-generaal evenwel niet uitgesloten dat de Commissie inlichtingen kan verlangen die door deze onderneming moesten worden geordend.[44]

102. Aan de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104 volgens welke deze bepaling ook ziet op ex novo vervaardigd bewijsmateriaal, kan derhalve niet worden afgedaan door een betoog dat berust op de stelling dat de bevoegdheden van de Commissie minder ver reiken.

7. Argument inzake de sanctieregeling

103. Uit het feit dat artikel 8, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/104 voorziet in een sanctie voor de vernietiging van relevant bewijsmateriaal, leidt de Nederlandse regering af dat alleen reeds bestaande informatie kan worden aangemerkt als relevant bewijsmateriaal in de zin van artikel 5, lid 1, van deze richtlijn.

104. Dit argument overtuigt mij niet. Hoewel het inderdaad niet mogelijk is om een niet-bestaand bewijs te vernietigen, kan echter wel worden geweigerd om een dergelijk bewijs over te leggen en in voorkomend geval gevolg te geven aan een door een nationale rechterlijke instantie uitgevaardigd bevel tot het verlenen van toegang, welke situatie is bedoeld in artikel 8, lid 1, onder a), van richtlijn 2014/104. Bijgevolg kan niet worden aangevoerd dat deze richtlijn niet voorziet in sancties met betrekking tot ex novo te vervaardigen bewijsmateriaal, om vervolgens daaruit af te leiden dat dergelijk bewijsmateriaal niet valt onder artikel 5, lid 1, ervan.

105. Onverminderd de hiervoor gemaakte aanvullende opmerkingen met betrekking tot de door verweersters in het hoofdgeding en de Nederlandse regering ontwikkelde argumenten, blijf ik bij het standpunt dat ik in punt 94 van deze conclusie naar voren heb gebracht.

VI. Conclusie

106. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de enige prejudiciële vraag van de Juzgado de lo Mercantil no. 7 de Barcelona te beantwoorden als volgt:

„Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de

[43] Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak HeidelbergCement/Commissie (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punt 122).

[44] Zie de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak HeidelbergCement/Commissie (C-247/14 P, EU:C:2015:694, punt 117).

Europese Unie moet aldus worden uitgelegd dat de overlegging van ‚relevant bewijsmateriaal', als bedoeld in de eerste volzin van deze bepaling, ook betrekking heeft op de documenten die de partij tot wie het verzoek om informatie is gericht ex novo moet vervaardigen, door informatie, kennis of gegevens waarover zij beschikt te compileren of te rubriceren.

Hoe dan ook moeten de nationale rechterlijke instanties de overlegging van bewijsmateriaal beperken tot hetgeen relevant, evenredig en noodzakelijk is, met inachtneming van de rechtmatige belangen en de grondrechten van deze partij."