

Gerechtshof Amsterdam
Sector Belastingrecht
Nr. BK-06/00252
24 september 2009

Schriftelijke opmerkingen

ingediend door de

Europese Commissie, te dezen
vertegenwoordigd door mr. B.J. Drijber en mr.
A.L. Kruijmer, advocaat-gemachtigden

In het hoger beroep van

De inspecteur van de
Belastingdienst/Utrecht-Gooi/kantoor
Utrecht

tegen

██████████ B.V., ██████████

1 Inleiding

- 1.1 De onderhavige opmerkingen worden ingediend op grond van artikel 15, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003, zoals in nationaal recht ten uitvoer gelegd in artikel 89h lid 1 Mededingingswet. Deze opmerkingen volgen op het arrest van het Hof van Justitie van 11 juni 2009 in zaak C-429/07. Daarin oordeelde het Hof van Justitie kort gezegd dat de Commissie bevoegd is in deze fiscale procedure als *amicus curiae* tussen te komen.
- 1.2 Hierna zal de Commissie eerst opmerkingen maken naar aanleiding van de in hoger beroep aangevochten uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 22 mei 2006.
- 1.3 Vervolgens zal de Commissie ingaan op de vraag of het met het Europees gemeenschapsrecht, meer in het bijzonder artikel 10 EG, verenigbaar is dat een door de Commissie opgelegde geldboete wegens een gemaakte inbreuk op de Europese mededingingsregels op grond van het fiscale recht van een lidstaat geheel of gedeeltelijk voor aftrek in aanmerking komt.

- 1.4 Ter informatie van uw Hof vermeldt de Commissie nog dat het beroep van ██████ AG tegen de boeteschikking van de Commissie door het Gerecht van eerste aanleg is verworpen.¹ ██████ heeft een hogere voorziening ingesteld bij het Hof van Justitie.

2 Het karakter van de communautaire geldboete

- 2.1 Het Hof van Justitie heeft erkend dat door de Commissie opgelegde geldboeten een punitief en afschrikkend doel hebben: "dat zij ten doel hebben zowel ongeoorloofde gedragingen tegen te gaan als herhaling daarvan te voorkomen".² De bedoeling is het gedrag van ondernemingen te sturen, zodat zij in de toekomst geen inbreuken meer zouden begaan, door de begane inbreuken streng te bestraffen. Het doel van boetes is dus bestraffen en afschrikken. Voor een splitsing in twee delen bestaat geen grondslag.
- 2.2 De geldboeten worden niet door de strafrechter opgelegd, maar door de Commissie (een bestuursorgaan). Net als de boeten die de Nederlandse Mededingingsautoriteit kan opleggen, maken de communautaire boeten deel uit van het administratief sanctierecht. Het is dan ook om die reden dat tijdens de administratieve procedure³ (en ook, weliswaar in mindere mate, tijdens het vooronderzoek⁴) bepaalde rechten worden toegekend aan de ondernemingen die verdacht worden een inbreuk te hebben begaan, zoals de rechten van verdediging, het vermoeden van onschuld, een zekere bescherming tegen zelfbeschuldiging ("self incrimination") (zonder dat er een absoluut wijzigrecht bestaat). Ook wordt het opleggen van boetes voor de toepassing van artikel

¹ Arrest van 8 juli 2008, ██████

² Arrest van het Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma NV tegen Commissie, Zaak 41/69, Jurispr. 1970 bladzijde 661, overweging 173, zie ook Arresten van het Hof van 7 juni 1983, SA Musique Diffusion française en anderen tegen Commissie, Gevoegde zaken 100 tot 103/80, Jurispr. 1983 bladzijde 1825, overwegingen 105-106 en Arresten van het Gerecht van 6 april 1995, G. B. Martinelli tegen Commissie, Zaak T-150/89, Jurispr. 1995 blz. II-1165 overweging 59, en van 11 december 1996, Van Megen Sports Group BV tegen Commissie, Zaak T-49/95, Jurispr. 1996 blz. II-1799, overweging 53, van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn AG tegen Commissie, Zaak T-229/94, Jurispr. 1997 blz. II-1689, overweging 127 en van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland Company en Archer Daniels Midland Ingredients Ltd tegen Commissie, Zaak T-224/00, Jurispr. 2003 blz. II-2597, overweging 56, en recent van 12 december 2007, BASF en UCB tegen Commissie, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, overwegingen 43-45.

³ Zie Arresten van het Hof van 8 juli 1999, Høls AG tegen Commissie, Zaak C-199/92 P, Jurispr. 1999, blz. I-4287, overweging 149 en 28 juni 2005 (grote kamer), Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH en anderen (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brügg Rohlsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) en ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) tegen Commissie, Gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. 2005 blz. I-05425, overweging 202.

⁴ Arrest van het Hof van 18 oktober 1989, Orkem tegen Commissie, Zaak 374/87, Jurispr. 1989 blz. 3283.

6 EVRM gezien als een "criminal charge".⁵ Mede daarom zijn boetebeschikkingen onderworpen aan volle rechterlijke toetsing.

- 2.3 Het effect van een boete zal in de meeste gevallen zijn dat een als gevolg van de inbreuk op de mededingingsregels genoten voordeel wordt weggenomen. Indien de omvang van het genoten voordeel objectief kan worden vastgesteld - in de meeste gevallen zal het moeilijk zijn daarvan een betrouwbare schatting te geven - , kan de Commissie daarmee rekening houden⁶ en ervoor zorgen dat de boete hoger uitvalt dan het bedrag van het onrechtmatige voordeel.⁷ Het proffijt dat een onderneming van de onrechtmatige mededingingspraktijken heeft genoten is dus wel een parameter voor de berekening van de (minimale) hoogte van de boete, maar betekent geenszins dat het betrokken bedrag moet worden onderscheiden van de rest van de boete, in die zin dat het eerste deel zou strekken tot voordeelontneming en slechts het tweede deel tot bestraffing. Voordeelontneming is een minimumvereiste om inbreuken op het mededingingsrecht effectief te bestrijden, maar niet het doel van een dergelijke boete.
- 2.4 In de aangevochten uitspraak heeft de rechtbank Haarlem geoordeeld dat het bedrag van een door de Commissie opgelegde boete kan (zelfs moet) worden gesplitst in een punitief gedeelte en een voordeelontnemend gedeelte. Daarmee heeft de rechtbank de argumentatie gehonoreerd, die belanghebbende schijnt te hebben ontleend aan een door het advocatenkantoor Freshfields (Duitsland) in opdracht van haar moederbedrijf opgestelde opinie. Deze (Engelstalige) opinie bevindt zich bij de gedingstukken.
- 2.5 De Commissie stelt vast dat deze opinie overwegend betrekking heeft op het Duitse belastingrecht. Wat specifiek over geldboeten van de Commissie staat opgemerkt, is beperkt te noemen. Er staat, op blz. 5: "For EU monetary fines, it should be verified that, besides a sanction, a EU cartel law fine also contains a levy portion" (...) "which must be estimated if necessary by the finance authority" (onderstreeping toegevoegd). Op blz. 6, onder II, staat:

5 De "autonome" kwalificatie van de mededingingsprocedures betreffende boeten als een "strafvordering" omwille van de natuur van de inbreuken en de zwaarte van de straffen doet geen afbreuk aan de administratieve kwalificatie van de boetes als niet strafrechtelijk door artikel 23, lid 5 Verordening 1/2003. Doordat de mededingingsboeten volgens de eigen regelgeving een administratief karakter hebben, en dus buiten het strafrecht (in de strikte betekenis vallen, bestaat er geen bezwaar tegen de vereniging van de onderzoeks-, vervolgings- en beslissingsbevoegdheid in handen van de Commissie (zie Arrest van het Gerecht van eerste aanleg Lafarge/Commissie, Zaak T-54/03, overwegingen 36 tot 47; zie ook het Arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 23 november 2006, Zaak Jusla/Finland, overweging 43.

6 Zie ook de arresten van het Gerecht van eerste aanleg Deutsche Bahn/Commissie, Zaak T-229/94, Jurispr. 1997, blz. II-1689, overweging 127, en GMA CGM e.a./Commissie, Zaak T-213/00, Jurispr. 2003, blz. II-913.

7 Zie punt 31 van de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd. Zie ook voetnoot 8. Omgekeerd geldt niet dat een geringe impact van de inbreuk op de markt een boeteverlagende omstandigheid zou opleveren.

"In an analysis of the abstract legal principles and practise of the European Court of Justice and the Commission, there is clear proof that EC cartel law fines also have a double function, i.e. that they do not punish or sanction behaviour that is in violation of cartel law, but that they are also intended to absorb the economic benefits that have been accrued by the company from its behaviour in violation of cartel law. It is therefore presumable that, besides a purely sanctioning portion, there is also an independent levy portion in each EC cartel law fine. To substantiate this, we would refer to the detailed presentation by Scholz/Haus in their article in EuZW 2002, 682 ff."

Freshfields poneert hier dus dat het "presumable" is dat EG mededingingsboetes een "levy portion" bevatten, maar de auteurs onderbouwen niet de "clear proof" van deze stelling, anders dan door verwijzing naar een tijdschriftartikel. In deze omstandigheden kan aan deze opinie geen betekenis worden toegekend.

2.6 De Rechtbank Haarlem heeft haar opvatting omtrent het karakter van door de Commissie opgelegde geldboetes gebaseerd op vier overwegingen (zie rov. 5.6 tot en met 5.8). Kort samengevat:

- Afwezigheid van een absoluut boeteplafond
- Boetes hebben geen strafrechtelijk karakter
- Boetes moeten volgens de Boeterichtsnoeren afschrikwekkend zijn*
- Hoogte van de boete is mede gebaseerd op de behaalde omzet

2.7 In haar schriftelijke opmerkingen in de prejudiciële procedure heeft de Commissie reeds stelling genomen tegen deze vier elementen. Hetgeen zij daar heeft opgemerkt, wordt hieronder vrijwel woordelijk herhaald:

- (a) De "afwezigheid van een absoluut boeteplafond" heeft niets te maken met het karakter van de sanctie, en is trouwens voor discussie vatbaar daar er wel degelijk een (relatief) plafond is van 10% van de wereldwijde omzet. Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben bovendien recent de verenigbaarheid van de sanctiebepaling met het

* Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, PB C 9 van 14 januari 1998 biz. 3. In 2006 zijn deze richtsnoeren vervangen door nieuwe richtsnoeren, maar toen de Commissie aan [redacted] een boete oplegde van 249,6 miljoen EUR (in 2002) golden de Richtsnoeren uit 1998. Overigens bevatten de Richtsnoeren uit 2006 geen andersluidende aanwijzingen omtrent het karakter van de boete.

legaliteitsbeginsel voor sancties (straffen in de ruime zin van het woord) aanvaard.⁹

- (b) De ontkenning van het strafrechtelijke karakter slaat enkel op het strafrechtelijke karakter in de strikte zin van het woord, maar niet op het sanctionerende of punitieve karakter in de ruimere zin van het woord. Zou het wel om strafrechtelijke sancties in de strikte zin gaan, dan zou twijfel kunnen bestaan over de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever om in Verordening 17 (thans Verordening 1/2003) de Commissie deze bevoegdheid toe te kennen.
- (c) De vermelding in de Boeterichtsnoeren dat de boetes afschrikwekkend moeten zijn kan niet gelden als een argument tegen het punitieve karakter, maar moet juist als een argument worden gezien dat de boetes punitief zijn. Afschrikking wordt immers nagestreefd door een zeker leed (een aanzienlijk boetebedrag) toe te brengen aan de overtreder, zodat deze in de toekomst geen inbreuken meer zal plegen.
- (d) Tenslotte kan de verhouding met de omzet bij het bepalen van het niveau van de boete van de verschillende karteldeelnemers niet als een doorslaggevend argument worden weerhouden tegen het punitieve karakter van de boetes, daar dit als een indicatie van de capaciteit om schade te berokkenen wordt meegenomen, en niet als een indicatie van een voordeel dat zou moeten worden ontnomen.

2.8 Ook in de literatuur is de aangevochten uitspraak op dit punt sterk bekritiseerd. De Commissie verwijst naar het artikel van W.W. Geursen, 'De aftrekbaarheid van kartelboetes – een tussenstand: Commissieboetes wel, NMa-boetes niet'.¹⁰

3 Gedeeltelijke aftrek onverenigbaar met het gemeenschapsrecht

3.1 Volgens de Commissie is de gedeeltelijke aftrek van boetes, zoals door de Rechtbank Haarlem aangenomen, in strijd met het Europees recht, te weten artikel 10 EG. In de eerste plaats, omdat een gedeeltelijke aftrek afbreuk doet aan de effectiviteit van de boete en daarmee aan de nuttige werking van de Europese mededingingsregels. In de tweede plaats, omdat een gedeeltelijke aftrek in strijd is met het non-discriminatiebeginsel (ook wel genoemd: het equivalentiebeginsel).

Effectiviteit

3.2 Artikel 10 van het EG-Verdrag bevat een algemene goede trouw bepaling:

⁹ Arresten van het Gerecht van 5 april 2006, Degussa AG tegen Commissie, bevestigd door het Hof van Justitie bij arrest van 22 mei 2008. Zie inmiddels ook het arrest van 6 mei 2009, zaak T-116/04, Wieland Werke tegen Commissie.

¹⁰ Zie MBB april 2009, nr. 4, blz. 143 t/m 155.

“De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervullingen van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.”

Artikel 10 EG vormt bijvoorbeeld de rechtsgrondslag voor de verplichting van de nationale rechter om nationale bepalingen die de omzetting vormen van een Europese richtlijn, ‘richtlijnconform’ uit te leggen.

- 3.3 Volgens de Commissie handelt een lidstaat, waaronder mede is begrepen een rechtsprekende instantie, in strijd met artikel 10 EG indien wordt bepaald dat door de Commissie opgelegde geldboeten vanwege een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, geheel dan wel gedeeltelijk aftrekbaar zouden zijn voor de belasting. Nu boetes een punitief en afschrikkend karakter hebben, zou naar de opvatting van de Commissie de fiscale aftrekbaarheid (ook gedeeltelijke aftrekbaarheid) van deze boetes de afschrikkende werking ervan aanzienlijk kunnen ondermijnen.¹¹
- 3.4 Fiscale aftrek geeft immers een aanzienlijk voordeel voor de belastingsplichtige, waardoor een deel van de boete (namelijk het percentage dat weegt op de marginale winst van de belastingsplichtige) als het ware wordt ‘teruggegeven’ door de overheid. Welnu, nationale maatregelen, zoals de aanvaarding van fiscale aftrek voor boetes opgelegd door de Commissie, zouden dan ook maatregelen zijn die de doelstellingen van het Verdrag (*in casu* de toepassing van de mededingingsregels)¹² ernstig in gevaar brengen, en kunnen als dusdanig bij toepassing van artikel 10 EG verboden zijn.¹³ Lidstaten dienen zich immers te onthouden van dergelijke maatregelen.
- 3.5 Verder is de rechtbank voorbij gegaan aan het feit dat eventuele latere schadevergoedingen (die wellicht aftrekbaar kunnen zijn) aan de slachtoffers van het

¹¹ Hieraan doet niets af de rechtspraak dat de Commissie niet gehouden is een boete te verminderen om rekening te houden met fiscale verschillen, daar hierbij geen uitspraak werd gedaan over de verenigbaarheid van fiscale aftrek met artikel 10 EG (zie Arrest van het Hof van 15 juli 1970, *Buchler & Co. tegen Commissie*, Zaak 44/69, *Jurispr.* 1970 blz. 733, overweging 51).

¹² Zie artikel 3, lid 1, sub g), EG-Verdrag.

¹³ Zie voor een toepassing van artikel 10 EG in verband met artikelen 81 en 82 Arrest van het Hof van 14 december 2000, *Masterfoods Ltd tegen HB Ice Cream Ltd.*, Zaak C-344/98, *Jurispr.* 2000 blz. I-11369; zie ook voor een toepassing van artikel 10 EG in het belastingrecht Arrest van het Hof van 15 januari 2004, *Intervention Board for Agricultural Produce tegen Penrycoed Farming Partnership*, Zaak C-230/01, *Jurispr.* 2004 blz. I-937.

kartel, de functie kunnen hebben het onwettige voordeel te ontnemen door een onwettig toegebracht nadeel (teveel betaalde prijs) aan derden te vergoeden en zo de excessieve prijs op een normaal niveau te herstellen. In een dergelijk geval zou betrokkene immers tweemaal een fiscale compensatie krijgen voor de belasting die heeft gewogen op de (belaste) excessieve winsten.

- 3.6 Ook kunnen nog normatieve bezwaren worden opgeworpen tegen aftrekbaarheid, daar hierdoor een fiscaal voordeel wordt gegeven aan ondernemingen wegens het plegen van een (zeer) ernstige inbreuk op het gemeenschapsrecht. Dit zou erop neerkomen dat inbreuken een "normale" en aanvaarbare economische handeling zijn waarvan boetes als het ware een kostprijs-element zouden zijn, of dat boetes op het punt van aftrekbaarheid gelijk te stellen zijn met bijvoorbeeld giften.
- 3.7 De Commissie meent dan ook dat artikel 10 EG zich verzet tegen fiscale aftrek van boetes die zij heeft opgelegd ter beteugeling van inbreuken op de mededingingsregels.
- 3.8 Tot op heden heeft de Europese rechter hierover geen expliciete uitspraak gedaan. Een impliciete maar nochtans duidelijke aanwijzing dat ook de Europese rechter ervan uitgaat dat boetes niet aftrekbaar zijn, is echter te vinden in het arrest *Hoechst/Commissie* (polypropyleen). Het Gerecht van eerste aanleg overwoog (punt 369):

"Indien de boete uit de winst vóór belasting moest worden betaald, zou in feite een deel van de boete zijn gedragen door de Lid-Staat waaronder de onderneming fiscaalrechtelijk ressorteert, aangezien daardoor voor de onderneming de maatstaf van heffing zou zijn verminderd."

Het Gerecht voegde hieraan toe: "Bij de vaststelling van het bedrag van de aan Hoechst opgelegde geldboete kan de Commissie evenwel onmogelijk van die hypothese zijn uitgegaan."

- 3.9 In zijn conclusie voorafgaande aan het arrest in zaak C-429/07 wijst Advocaat-Generaal Mengozzi, in voetnoot 7, op deze passage uit het arrest Hoechst. Hij merkt naar aanleiding daarvan het volgende op:

"Door te stellen dat de Commissie 'onmogelijk van die hypothese [kan] zijn uitgegaan', heeft het Gerecht naar mijn mening willen beklemtonen dat die situatie incoherent zou zijn met de aansprakelijkheidsregeling voor ondernemingen die in strijd handelen met het verbod van artikel 81, lid 1, EG, aangezien dat verbod daarmee ineffectief zou worden en zou worden afgedaan aan de afschrikwekkende werking van de geldboeten die worden opgelegd om de naleving van dat verbod te verzekeren."

- 3.10 Deze zienswijze lijkt ook door te klinken in het arrest zelf, waar het Hof in punt 38 overweegt:

"In het kader van een procedure betreffende in artikel 83, lid 2, sub a, EG voorziene sancties op het gebied van mededingingsversturende praktijken, kan de beslissing die moet worden genomen door de rechterlijke instantie waarbij de zaak aanhangig is, raken aan de doeltreffendheid van deze sancties, en dreigt die dus de coherente toepassing van de artikelen 81 EG of 82 EG te ondermijnen."

- 3.11 De gedachte dat aftrekbaarheid van boetes afbreuk doet aan de effectiviteit ervan is overigens ook terug te vinden in een latere uitspraak van de Rechtbank Haarlem, waarin het ging om de aftrekbaarheid van een door de NMA opgelegde geldboete.¹⁴ De rechtbank overwoog:

"De aftrekuitsluiting van geldboeten dient de effectiviteit van straffen, die zou worden uitgehouden door fiscale aftrekbaarheid ervan. Met de aftrekuitsluiting wordt voorkomen dat een deel van de opgelegde strafsancie op de fiscus wordt afgewenteld".

- 3.12 Het inzicht dat de fiscale aftrekbaarheid van boetes (niet alleen strafrechtelijke boetes in enge zin, maar ook administratieve boetes met een repressief en afschrikwekkend karakter) niet kan worden aanvaard, omdat het de effectiviteit van die boetes ondermijnt, wordt ook in andere jurisdicties gedeeld. Ter illustratie verwijst de Commissie naar de volgende Britse en Amerikaanse uitspraak:

- Het House of Lords stelde in zijn arrest van 17 juni 1999 in de zaak McKnight (Her Majesty's Inspector of Taxes) v Sheppard, waar het ging om een boete opgelegd aan een "stockbroker" door het "disciplinary committee of the Stock Exchange": "the reason in my opinion is much more specific and relates to the particular character of a fine or penalty. Its purpose is to punish the taxpayer and a court may easily conclude that the legislative policy would be diluted if the taxpayer were to share the burden with the rest of the community by a deduction for the purposes of tax."
- De United States Supreme Court stelde in zijn arrest van 17 maart 1958 in de zaak Tank Truck Rentals (356 U.S. 30): "Deduction of fines and penalties uniformly has been held to frustrate state policy in severe and direct fashion by reducing the "sting" of the penalty prescribed by the state legislature."

¹⁴ Rechtbank Haarlem, 3 oktober 2006, nummer AWB 06/493, LJN: BF7320.

- 3.13 De Commissie concludeert daarom dat artikel 10 van het Verdrag er zich tegen verzet dat een lidstaat zou toestaan dat een door de Commissie opgelegde boetes wegens inbreuk op artikelen 81 of 82 EG geheel of gedeeltelijk fiscaal aftrekbaar zijn, omdat dit het repressieve en afschrikwekkende karakter en effect daarvan ondermijnt. Het feit dat de Gemeenschapswetgever geen harmonisatie heeft doorgevoerd van de aftrekposten bij de inkomsten- of winstbelastingen, doet aan deze conclusie niet af. Dit gegeven laat namelijk onverlet de algemene verplichtingen die rechtstreeks voortvloeien uit het EG-Verdrag.
- 3.14 De eventuele suggestie dat een volledige aftrekuitsluiting zou leiden tot een benadeling van de beboete onderneming als de boete volledig drukt op onrechtmatig verkregen inkomsten waarover wel belasting is betaald,¹⁵ kan volgens de Commissie niet worden aanvaard. Los van het feit dat het in de praktijk moeilijk is vast te stellen of het als boete te betalen bedrag nu geheel of gedeeltelijk in mindering komt op "onrechtmatige inkomsten" of op "rechtmatige inkomsten", mag de aftrekbaarheid van boetes niet afhangen van toevallige resultaten die de onderneming in het voor de vaststelling van de boete relevante referentiejaar heeft behaald. Dat is overigens ook precies de reden waarom niet winstgevendheid maar omzet mede bepalend is voor de hoogte van een op te leggen boete. Dat laatste blijkt niet alleen uit het feit dat de maximale boete is gesteld op 10% van de totale omzet van de onderneming, maar ook uit het feit dat, volgens de Richtsnoeren uit 2006, "de waarde van de verkochte goederen of diensten die met de inbreuk verband houden"¹⁶ de maatstaf vormt voor het bepalen van "het basisbedrag" van de boete.
- 3.15 Zoals gezegd is het doel van de boete om te straffen en af te schrikken (zie hiervoor, punten 3.3 e.v.). Het karakter van de boete verandert niet als een boete feitelijk tot gevolg heeft dat een onrechtmatig behaald voordeel wordt afgeroomd.

Non-discriminatie

- 3.16 Het is opmerkelijk te noemen dat de Rechtbank Haarlem de aftrekuitsluiting van artikel 3.14, lid 1, onder c, IB 2001 wél volledig van toepassing acht op boetes van de NMa, maar niet op boetes opgelegd door de Commissie, in weerwil van de tekst van

15 In die zin A.M.A. de Beer, Mededingingsboeten zijn (volledig) aftrekbaar, Weekblad voor fiscaal recht 6823, p. 1002/1007.

16 Zie punt 12 e.v. De NMa hanteert in de Boetecode 2007 een vergelijkbare benadering, door uit te gaan van de "betrokken omzet" waarvan de "boetegrondslag" een percentage vormt (zie punten 21 - 25 van de Boetecode 2007).

deze wetsbepaling.¹⁷ Een ongelijke behandeling van NMa-boetes en communautaire boetes is des te opmerkelijker, nu het nationale mededingingsrecht in hoge mate geënt is op het Europese mededingingsrecht. De NMa is bevoegd (en verplicht) het Europese mededingingsrecht toe te passen. Zij heeft aan ondernemingen één boete opgelegd voor gedragingen die zowel op grond van het nationale mededingingsrecht (artikel 6 Mededingingswet) als het Europese mededingingsrecht (artikel 81 EG) verboden waren, zonder dat de boete was gesplitst in een "nationaal" en een "Europees" deel. Het heeft iets volledig ongenijms als wel een splitsing zou moeten worden aangebracht. Ook valt niet goed uit te leggen dat de boete voor de overtreding van het Europese mededingingsrecht wel gedeeltelijk aftrekbaar zou zijn als de Commissie dezelfde overtreding had onderzocht en met een zelfde bedrag zou hebben beboet als de NMa.

- 3.17 Naar het oordeel van de Commissie is een ongelijke behandeling van deze communautaire en NMa-boetes, nu daar geen enkele objectieve rechtvaardiging voor bestaat, strijdig met artikel 10 EG. Dienaangaande verwijst de Commissie naar de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde beginsel van equivalentie.¹⁸ Deze rechtspraak, ontstaan met betrekking tot het geldend maken van rechten die individuen rechtstreeks kunnen ontlenen aan het gemeenschapsrecht (de daarvoor geldende regels en voorwaarden mogen niet ongunstiger zijn dan voor het geldend maken van rechten ontleend aan het nationale recht), is gesteund op het algemene beginsel dat op rechtsgebieden die niet zijn geharmoniseerd, het gemeenschapsrecht op een zelfde wijze moet worden behandeld als het nationale recht, met inbegrip van regels die bron zijn van *verplichtingen* voor private partijen. Daarbij komt dat lidstaten in zijn algemeenheid verplicht zijn passende sancties te stellen op overtredingen van het gemeenschapsrecht.¹⁹

4 Slotopmerkingen

- 4.1 De Commissie verzoekt Uw Hof om met vorenstaande opmerkingen rekening te houden.

¹⁷ Het maken van dit onderscheid berust naar het de Commissie voorkomt op formele criteria, die geen recht doen aan de materiële overeenstemming tussen Europese en nationale kartelboetes. Zie ook de aangehaalde artikelen van Geurssen (§ 5.2.1) en De Beer (p. 1009).

¹⁸ Arresten van het Hof van 20 september 2001, *Courage Ltd tegen Bernard Crehan en Bernard Crehan tegen Courage Ltd en anderen*, Zaak C-453/99, Jurispr. 2001 blz. I-6297, overweging 29, van 10 juli 1997, *Rosalba Palmisani tegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Zaak C-261/95, Jurispr. 1997 blz. I-4025, overweging 27 en van 16 mei 2000, *Shirley Preston e.a. tegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust e.a. en Dorothy Fletcher e.a. tegen Midland Bank plc.*, Zaak C-78/98, Jurispr. 2000 blz. I-3201, overweging 31.

¹⁹ Zie zaak 68/88, *Commissie/Griekenland*, Jur. 1989, blz. 2965, punten 23-25; C-231/96, *Edis*, Jurispr. 1998, blz. I-4990, punten 34-37; en C-354/99 *Commissie/Ierland*, Jurispr. 2001, blz. I-7657, punt 46.

- 4.2 Voor het geval de partijen in de procedure op de onderhavige opmerkingen reageren, verzoekt de Commissie in de gelegenheid te worden gesteld om overeenkomstig artikel 89h, lid 3, laatste zin, Mededingingswet daar weer op te reageren.
- 4.3 Indien een zitting wordt georganiseerd, ontvangt de Commissie daarvan graag bericht. Zij zal dan bezien of zij Uw Hof zal verzoeken om ter zitting mondelinge opmerkingen te maken, zoals bedoeld in artikel 89h, lid 1, Mededingingswet.
- 4.4 Indien uw Hof twijfels zou hebben over de argumentatie en uitlegging die door partijen en de Commissie in deze opmerkingen naar voren zijn gebracht, zou het opnieuw een prejudiciële beslissing te verzoeken aan het Hof van Justitie, ditmaal over de vraag of de plicht tot loyale samenwerking zoals vervat in art 10 EG en de beginselen van de effectiviteit en equivalentie zich verzetten tegen de fiscale aftrekbaarheid van boetes opgelegd door de Commissie (of de nationale mededingingsautoriteiten) wegens inbreuken op artikelen 81 en 82 EG.



B.J. Drijber



A.L. Kruijmer

behandeld door	mr. B.J. Drijber
correspondentie	postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 37 69
fax	(070) 515 30 41
e-mail	bj.drijber@pelsrijcken.nl
zaaknummer	10020245