

New Babylon  
Bezuidenhoutseweg 57  
2594 AC Den Haag

Postbus 11756  
2502 AT Den Haag  
telefoon (070) 515 30 00  
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken  
& Droogleever  
Fortuijn *advocaten*  
*en notarissen*

## BEZORGEN

Hoge Raad der Nederlanden  
Belastingkamer  
Kazernesstraat 52  
2514 CV Den Haag

onze ref. BJD/-/10032944  
uw ref. F 10/01358  
inzake Schriftelijke interventie door de Europese  
Commissie in de zaak [REDACTED] B.V.

A.L. Kruijmer  
advocaat  
t (070) 515 37 69  
f (070) 515 30 41  
al.kruijmer@pelsrijcken.nl

16 december 2010

Edelhoogachtbaar College,

### Inleiding

- 1 Bij brief van 18 november 2010 heeft U de Europese Commissie ("de Commissie") in de gelegenheid gesteld om, uiterlijk 17 december 2010, schriftelijke opmerkingen in te dienen in het cassatieberoep van [REDACTED] B.V. ("belanghebbende") Tevens heeft u het procesdossier van de cassatieprocedure meegestuurd. Bij de stukken zat ook de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel van 16 november 2010 ("conclusie A-G").
- 2 De Commissie zegt u dank voor het toezenden van de stukken en maakt gebruik van de mogelijkheid om, op grond van art. 15, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1/2003 en art. 89h, lid 1, Mededingingswet, schriftelijke opmerkingen in te dienen.

### Bevoegdheid van de Commissie

- 3 De Commissie maakt uit de conclusie A-G op dat volgens belanghebbende een interventie van de Commissie in een (althans deze) cassatieprocedure niet

toelaatbaar zou zijn. De Commissie bestrijdt dat. Zij sluit zich aan bij de punten 3.20 tot en met 3.22 van de conclusie A-G. De vraag of een opgelegde boete voordeel ontnemt of bestraft of beide is geen feitenkwestie maar een juridische kwestie omtrent de kwalificatie van de boete.

4 Ook op het punt van de werking in de tijd van Verordening 1/2003 verwijst de Commissie naar de overwegingen van de A-G (punten 3.8 tot en met 3.17), die aansluiten bij hetgeen de Commissie daaromtrent zelf ter zitting van 2 december 2009 bij het Hof Amsterdam naar voren heeft gebracht. Aangezien Verordening 1/2003 geen overgangsrecht bevat, werkt zij in beginsel onmiddellijk. Als procedureregeling heeft art. 15, lid 3, van Verordening 1/2003 in elk geval onmiddellijke werking in hangende geschillen, ook als de feiten die voorwerp zijn van het geschil hebben plaats gevonden voordat Verordening 1/2003 van toepassing is geworden.

5 Aangaande de coherente toepassing van de artt. 101 en 102 VWEU wijst de Commissie op de omstandigheid dat, hoewel zij de fiscale aftrekbaarheid van door haar opgelegde mededingingsboeten in strijd acht met het in het Unierecht neergelegde doeltreffendheidsbeginsel, in sommige lidstaten de rechtspraak een gedeeltelijke aftrekbaarheid toch lijkt te aanvaarden (zie het door belanghebbende overgelegde arrest van het Hof van beroep van Antwerpen van 23 juni 2003). Een uniforme uitlegging en toepassing van het Unierecht, die eventueel via een prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie kan worden nagestreefd, is aangewezen om binnen de Unie een coherente toepassing van het mededingingsrecht – en daardoor ook een gelijke behandeling van belastingplichtigen – te verzekeren.

#### **Uitleg van het nationale recht**

6 De Commissie neemt kennis van het standpunt van de A-G dat, naar nationaal recht, de aftrekuitsluiting voor alle bestuurlijke geldboeten geldt, met inbegrip van "EU-kartelboeten", ongeacht de precieze strekking daarvan (conclusie, hoofdstuk 6). De A-G trekt daaruit de conclusie dat de kwalificatie van de EU-kartelboete als deels volledig bestraffend dan wel deels voordeelontnemend in het midden kan blijven. Er is volgens de A-G hoe dan ook niet een gedeelte van een boete als "voordeelontnemend" aan te wijzen.

7 De Commissie laat zich niet uit over de voorgestelde uitleg van het nationale recht, anders dan dat die in essentie overeen lijkt te komen met wat het Hof Amsterdam daaromtrent heeft overwogen in de rov. 5.5.3 en 5.5.4 van de bestreden uitspraak. Voor het geval de Hoge Raad de conclusie van de A-G op dit onderdeel niet zou volgen, kan hij toekomen aan de vraag naar de strekking van een door de Commissie opgelegde boete. Het zesde cassatiemiddel is immers gericht tegen de door het Hof Amsterdam gegeven uitleg van de aftrekuitsluiting, waarbij belanghebbende zich opnieuw baseert op de stelling dat de opgelegde mededingingsboete deels een

voordeelontnemende strekking zou hebben en in zoverre niet onder de aftrekuitsluiting zou vallen. De Commissie verwijst naar de blz. 10 en 11 van het cassatieberoepschrift van belanghebbende van 21 mei 2010.

### **Het karakter van een door de Commissie opgelegde mededingingsboete**

8 In de schriftelijke opmerkingen die zij op 24 september 2009 in de hoger beroep procedure bij het Hof Amsterdam heeft ingediend, heeft de Commissie toegelicht dat mededingingsboeten van de Unie een punitief en afschrikwekkend karakter hebben. Deze schriftelijke interventie, die door het Hof Amsterdam integraal is afgedrukt in rov. 5.2 van zijn uitspraak van 11 maart 2010, geeft het standpunt van de Commissie volledig weer. Hieronder vat de Commissie dat standpunt samen.

9 De Commissie wijst erop dat volgens het Hof van Justitie de door de Commissie opgelegde mededingingsboeten ten doel hebben te bestraffen en af te schrikken.<sup>1</sup> De bedoeling is het gedrag van ondernemingen te sturen, zodat zij in de toekomst geen inbreuken meer begaan, door de begane inbreuken streng te bestraffen. Het doel van de boetes is dus bestraffen en afschrikken.

10 Het valt niet uit te sluiten dat in de meeste gevallen het effect van een boete zou kunnen 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 houden<sup>2</sup> en ervoor zorgen dat de boete in elk geval hoger uitvalt dan het bedrag van het onrechtmatige voordeel.<sup>3</sup> Het voordeel dat een onderneming van de onrechtmatige mededingingspraktijk heeft genoten kan dus meespelen bij de berekening van de hoogte van geldboete in die zin dat de boete niet lager mag uitvallen dan dit onrechtmatig verkregen voordeel. Dit betekent echter niet dat bij het bepalen van de geldboete een bepaald bedrag wordt berekend dat overeenkomt met het onrechtmatig verkregen voordeel en een ander bedrag dat overeenkomt met het bestraffend gedeelte. Integendeel, de boete heeft in haar geheel een bestraffend karakter. Voordeelontneming is niet het doel van een geldboete, maar enkel een van de mogelijke gevolgen.

<sup>1</sup> HvJ 15 juli 1970, ACF Chemiefarma NV/Commissie, zaak 41/69, Jur. 1970, 661, r.o. 173; HvJ 7 juni 1983, SA Musique Diffusion française e.a./Commissie, gevoegde zaken 100 tot 103/80, Jur. 1983, 1825, r.o. 105-106.

<sup>2</sup> HvJ 7 juni 1983, SA Musique Diffusion française e.a./Commissie, gevoegde zaken 100 tot 103/80, Jur. 1983, 1825, r.o. 129. Zie ook punt 5, onder (b), van de 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. 1998, C 9/3.

<sup>3</sup> Zie punt 31 van de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, Pb. 2006, C 210/2. De Commissie merkt op dat op de berekening van de in onderhavige zaak opgelegde geldboete nog de richtsnoeren van 1998 van toepassing waren.

11 In die zin onderscheidt de geldboete zich van schadevergoedingsacties die benadeelde partijen kunnen instellen tegen overtreders van mededingingsregels, en die wel tot doel hebben om bij deze laatsten het met de "benadeling" overeenstemmende "voordeel" weg te nemen. Niet is bestreden dat een te betalen schadevergoeding wél aftrekbaar kan zijn (zie hieronder).

12 In hoofdstuk 7 van zijn conclusie (waarin hij het vijfde cassatiemiddel bespreekt) gaat de A-G in op het karakter van de EU-kartelboete. Hij overweegt (punt 7.8., slot):

"De EU-kartelboete daarentegen heeft een hybride karakter. Hij kan, net als de NMa-boete, zowel vergelding als (algemene en speciale) afschrikking als voordeelontnemering dienen en de Commissie specificiert niet daartussen."

En concludeert (punt 7.9., slot):

"Hoewel een – aanmerkelijke – voordeelontnemende component van de EU-kartelboete dus mijns inziens niet valt te ontkennen, maakt de Commissie bij het opleggen van kartelboeten geen onderscheid tussen een punitief deel, een algemeen en preventief deel en een voordeelontnemend deel. Bij ontbreken van gegevens over de omvang van de aan het bestaan van het kartel toerekenbare illegale omzet en winst van de kartellist kan afsplitsing van een voordeelontnemend boetedeel niet anders dan willekeurig zijn. Zelfs boeten die aan de vermoedelijk door het kartel gegenereerde omzet gekoppeld zijn, zeggen nog weinig over de illegale winst, nog daargelaten dat ook de schatting van de illegale omzet een slag in de lucht kan zijn."

13 De A-G benadrukt dus dat de door de Commissie opgelegde kartelboete een voordeelontnemende *component* heeft. Dat standpunt wijkt materieel niet af van het standpunt van de Commissie omtrent aard en strekking van een door haar opgelegde mededingingsboete. Een kartelboete heeft volgens de Commissie geen voordeelontnemend doel of strekking, in die zin dat een gedeelte van het boetebedrag zou zijn aan te merken als (uitsluitend) voordeelontnemend en het restant als (uitsluitend) afschrikwekkend. De boete vormt één geheel, waarvan afschrikking het doel is en voordeelontnemering een van de effecten.

14 In de aan de conclusie aangehechte bijlage leek de A-G een licht afwijkend standpunt in te nemen. Hij merkte daar op dat mededingingsboetes (van de Commissie én van de NMa) zowel een voordeelontnemende als een punitieve strekking hebben (zie hoofdstuk 6 en de conclusie in 7.1). Voordeelontnemering was, naast afschrikking, volgens de A-G een van de doelen van de boete. Het komt de Commissie voor dat de A-G in de onderhavige zaak zijn betoog iets heeft genuanceerd, mogelijk mede gelet op de interventie van de Commissie in de hoger beroepsprocedure bij het Hof Amsterdam. Voor het resultaat maakt een en ander echter geen verschil. De Commissie kan zich vinden in het zo juist geciteerde punt 7.9 van de conclusie van 16 november 2010.

- 15 Als een behaald voordeel al kan worden berekend, dient dit niet te worden afgesplitst en fiscaal anders behandeld dan de rest van de boete. Een andere oplossing zou ook niet "pragmatisch" zijn, zoals de A-G terecht opmerkt onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis (conclusie, punten 6.3 en 7.12).

**(Gedeeltelijke) aftrek van kartelboetes ook principieel niet aanvaardbaar**

- 16 Gehele of gedeeltelijke aftrek van een door de Commissie opgelegde boete doet afbreuk aan de doeltreffendheid van de sanctie en daarmee aan de volle werking van het Unierecht. Naar het oordeel van de Commissie is (gedeeltelijke) aftrek van een mededingingsboete van de Unie daarom in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel, dat een bijzondere uitdrukking vormt van het beginsel van loyale samenwerking of de Unietrouwverplichting (art. 4, lid 3, VEU; voorheen art. 10 EG). Art. 4, lid 3, VEU houdt de volgende bepalingen in:

"Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.

De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen."

- 17 Volgens de Commissie zou een lidstaat het beginsel van loyale samenwerking schenden als zou worden bepaald dat door de Commissie opgelegde geldboeten vanwege een inbreuk op het Europese mededingingsrecht geheel dan wel gedeeltelijk aftrekbaar zijn voor de belasting. Fiscale aftrek geeft immers een aanzienlijk voordeel voor de belastingplichtige in die zin dat een deel van de boete wordt "teruggegeven" door de overheid. Aangezien geldboetes een bestraffend en afschrikkend karakter hebben, ondermijnt de fiscale aftrekbaarheid (ook de gedeeltelijke aftrekbaarheid) de afschrikkende werking van deze boetes. Nationale maatregelen die een fiscale aftrekbaarheid van door de Commissie opgelegde boetes inhouden zijn dan ook maatregelen die de doelstellingen van de Unie (in casu de toepassing van de mededingingsregels)<sup>4</sup> in gevaar brengen en zijn daarom strijdig met het doeltreffendheidsbeginsel vervat in het beginsel van loyale samenwerking.

<sup>4</sup> Zie art. 3, lid 3, VEU gelezen in samenhang met Protocol (nr. 27) bij het VEU en het VWEU betreffende de interne markt en de mededinging.

18

Terecht wijst de A-G in die context (conclusie, punt 8.1 en ook reeds in de toegevoegde bijlage, punt 5.4) naar het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-429/07.<sup>5</sup> In punten 37 tot en met 39 van dit arrest overwoog het Hof:

"De doeltreffendheid van de krachtens artikel 83, lid 2, sub a, EG [nu artikel 103, lid 2, sub a, VWEU] door de nationale of communautaire mededingingsautoriteiten opgelegde sancties is dus een voorwaarde voor de coherente toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG [nu artikelen 101 en 102 VWEU].

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.

In de omstandigheden van het hoofdgeding is het duidelijk dat de uitkomst van het geding inzake de fiscale aftrekbaarheid van een gedeelte van een door de Commissie opgelegde geldboete kan raken aan de doeltreffendheid van de door de communautaire mededingingsautoriteit opgelegde sanctie. De beschikking van de Commissie waarbij zij aan een vennootschap een geldboete heeft opgelegd, zou namelijk aanzienlijk aan doeltreffendheid inboeten indien deze boete voor de betrokken vennootschap, althans voor een aan haar gelieerde vennootschap, volledig of gedeeltelijk aftrekbaar zou zijn van haar belastbare winst, aangezien een dergelijke mogelijkheid tot gevolg zou hebben dat de last van de betrokken boete door een verlaging van de belastingdruk gedeeltelijk zou worden gecompenseerd."

19

Zoals Advocaat-Generaal Mengozzi in zijn conclusie bij zaak C-429/07 aangaf,<sup>6</sup> overwoog het Gerecht reeds in zaak T-10/89 *Hoechst/Commissie* dat de Commissie niet kan worden geacht te aanvaarden dat een boete omwille van haar fiscale aftrekbaarheid gedeeltelijk door de overheid zou worden gedragen.<sup>7</sup> Door de fiscale aftrekbaarheid worden de in de Europese mededingingsregels neergelegde verbodsbepalingen immers ineffectief en wordt afbreuk gedaan aan de afschrikwekkende werking van geldboeten opgelegd om de naleving van die verbodsbepalingen te respecteren.

20

Bovendien merkt de Commissie op dat eventuele latere schadevergoedingen aan de slachtoffers van een kartel (die wellicht aftrekbaar kunnen zijn), ertoe strekken om bij overtreders van de mededingingsregels het onrechtmatig verkregen voordeel te ontnemen door het aan derden onrechtmatig toegebrachte nadeel te vergoeden. Bij toekenning van schadevergoedingen zouden overtreders van mededingingsregels dus tweemaal een fiscale compensatie krijgen voor de belasting die heeft gewogen op de belaste, onrechtmatig verkregen winsten.

<sup>5</sup> HvJ 11 juni 2009, X, zaak C-429/07, nog niet gepubliceerd in Jur.

<sup>6</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X, punt 34, voetnoot

<sup>7</sup>

Ger. 10 maart 1992, Hoechst tegen Commissie, T-10/89, Jur. 1992, II-629, r.o. 369.

- 21 Hieruit leidt de Commissie af dat fiscale aftrekbaarheid van een door de Commissie opgelegde boete niet kan worden aanvaard.

### **Vrij verkeer en mededingingsrecht**

- 22 Met betrekking tot het in het cassatieberoep aangevoerde middel waarin een verband wordt gelegd tussen de (weigering van) fiscale aftrekbaarheid en de bepalingen van het Unierecht inzake vrij verkeer, merkt de Commissie enkel op dat deze argumenten niet af kunnen doen aan de verplichting van de lidstaten het doeltreffendheidsbeginsel bij de handhaving van de Europese mededingingsregels te respecteren. Hoe dan ook zou een consistente toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel moeten leiden tot uitsluiting in alle lidstaten van fiscale aftrekbaarheid van door de Commissie opgelegde geldboetes, waardoor de aan het vrij verkeer ontleende argumenten zonder voorwerp worden.

- 23 Het argument dat een dubbele aftrekuitsluiting zou leiden tot een verzwaring van de door de Commissie opgelegde boete moet eveneens worden verworpen. De aftrekuitsluiting verzwart de door de Commissie opgelegde boete niet, maar zorgt er enkel voor dat de nationale belastingwetgeving de afschrikkende werking van deze boete niet ondermijnt. Als alle betrokken lidstaten de fiscale aftrekbaarheid van geldboeten zouden uitsluiten is het gevolg dat de afschrikkende werking – en dus de doeltreffendheid – van de geldboeten niet in het gedrang komt.

### **Discriminatie**

- 24 Een van de andere kritiekpunten van de Commissie op de uitspraak in eerste aanleg van de Rechtbank Haarlem was dat een ongerechtvaardigd onderscheid in behandeling werd aangebracht tussen een NMa-boete (niet aftrekbaar) en een door de Commissie opgelegde mededingingsboete (gedeeltelijk wel aftrekbaar). Verwezen zij naar de punten 3.16 en 3.17 van de schriftelijke opmerkingen die de Commissie bij het Hof Amsterdam heeft ingediend. De Commissie acht een dergelijk onderscheid (eveneens) in strijd met art. 4, lid 3 VEU (art. 10 EG). Volgens het in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde gelijkwaardigheidsbeginsel mogen de regels en voorwaarden die gelden voor het geldend maken van rechten die particulieren rechtstreeks ontleen aan het Unierecht, niet ongunstiger zijn dan deze voor het geldend maken van rechten ontleend aan het nationaal recht.<sup>8</sup> In domeinen die niet zijn geharmoniseerd moet de afdwinging van regels van Unierecht op gelijkwaardige wijze worden verzekerd als de afdwinging van regels van nationaal recht.

- 25 Op basis van een uitvoerige analyse van de wetsgeschiedenis heeft de A-G betoogd dat een onderscheid tussen een NMa-boete en een door de Commissie

<sup>8</sup> Zie HvJ 13 juli 2006, Manfredi e.a., gevoegde zaken C-295/07 tot C-298/04, Jur. 2006, I-6619, r.o. 62 en 71.


opgelegde boete door de wetgever zeker niet is bedoeld; de wetgever zou juist EU-boetes uitdrukkelijk gelijk hebben willen stellen aan nationale bestuurlijke boetes. Indien de Hoge Raad de conclusie van de A-G op dit onderdeel volgt, doet zich dus geen discriminatie voor.

- 26 Belanghebbende beroept zich ook op discriminatie, maar dan vanuit internationaal perspectief, namelijk voor zover andere lidstaten wel (gedeeltelijke) belastingaftrek van mededingingsboetes zouden toestaan. Naar het oordeel van de Commissie kan de feitelijke juistheid van die aanname in het midden blijven omdat, zoals opgemerkt in de punten 15 tot en met 20 hiervoor, aftrek indruist tegen het doeltreffendheidsbeginsel.

#### **Tot slot**

- 27 Aan punt 8.10 van de conclusie A-G ontleent de Commissie dat belanghebbende kennelijk van oordeel is dat "het boetedossier" van de Commissie een "op de zaak betrekking hebbend stuk is" in de zin van art. 8:42 van de Algemene wet bestuursrecht. De Commissie kan deze vraag naar nationaal recht niet beoordelen, maar wijst erop dat de toegang tot het dossier van de Commissie wordt beheerst door bepalingen van Europees recht, in het bijzonder art. 15 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en – voor anderen dan de bij een procedure betrokken partijen - Verordening (EG) nr. 1049/2001.
- 28 Met betrekking tot de vraag of al dan niet prejudiciële vragen dienen te worden gesteld aan het Hof van Justitie meent de Commissie dat er geen aanleiding bestaat de door belanghebbende voorgestelde vragen te stellen.
- 29 Indien de Hoge Raad, anders dan de A-G, tot het oordeel zou komen dat het voor de beslechting van het onderhavige cassatieberoep noodzakelijk is vast te stellen of een door de Commissie opgelegde mededingingsboete (mede) een voordeelontnemend karakter heeft, kan de vraag rijzen of het verenigbaar is met het Unierecht (in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel) om (gedeeltelijke) aftrek toe te staan. In dat geval lijkt het stellen van een prejudiciële vraag noodzakelijk, gelet op art. 267, derde alinea, VWEU.
- 30 Mede gelet op de stand waarin het geding zich thans reeds bevindt ziet de Commissie geen aanleiding de Hoge Raad te verzoeken mondelinge opmerkingen te mogen maken (zie art. 89h, lid 1, laatste zin, van de Mededingingswet). Wel zou de Commissie graag een afschrift ontvangen van een eventuele reactie van partijen in het hoofdgeding op de onderhavige schriftelijke opmerkingen.



6/2  
Hoogachtend,  
  
A.L. Kruijmer