

VU Research Portal

Case note: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Zaak C-429/07, X BV: de Commissie als opgedrongen vriend van de fiscale rechter bij het bepalen van de aftrekbaarheid van kartelboetes)

Geursen, W.W.

2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Geursen, W. W., (2009). *Case note: Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Zaak C-429/07, X BV: de Commissie als opgedrongen vriend van de fiscale rechter bij het bepalen van de aftrekbaarheid van kartelboetes)*, Jun 11, 2009. (Actualiteiten Mededingingsrecht; Vol. 2009).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Zaak C-429/07, X BV: de Commissie als opgedrongen vriend van de fiscale rechter bij het bepalen van de aftrekbaarheid van kartelboetes

De Europese Commissie meldde zich eigener beweging als *amicus curiae* bij de belastingkamer van het Gerechtshof Amsterdam op basis van art. 15, lid 3 van Verordening 1/2003. Dit was de tweede maal dat de Commissie gebruik maakte van deze bevoegdheid.¹ De belastingrechter twijfelde echter of de Commissie wel bevoegd was in een fiscaal geschil te interveniëren, omdat het daarin niet de toepassing van art. 81/82 EG betrof en stelde daarover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ). Het HvJ heeft deze vragen positief beantwoord in zijn arrest van 11 juni 2009 in zaak C-429/07, X BV, omdat met de aftrek van de boete de effectiviteit van het toezicht op art. 81 EG in het geding was.² In deze bijdrage zal dit arrest worden besproken en becommentarieerd. Daarbij zijn mijns inziens de meest in het oog springende punten dat de Commissie een ruimere bevoegdheid heeft dan de nationale autoriteiten; die laatsten zouden in deze zaak niet de bevoegdheid hebben gehad te interveniëren. Bovendien is de bevoegdheid van de Commissie mijns inziens dermate ruim geformuleerd door het HvJ, dat de Commissie mag interveniëren in elk geschil dat de effectieve handhaving van art. 81/82 EG betreft. Zij zou daarmee schriftelijke opmerkingen mogen maken in bijvoorbeeld geschillen omtrent privaatrechtelijke of strafrechtelijke handhaving waar de hoogte van de schadevergoeding, respectievelijk de straf de effectieve handhaving moeten waarborgen. Daarnaast heeft het HvJ in een overweging ten overvloede – wat mij betreft ten onterechte – vermeldt dat de aftrekbaarheid de doeltreffendheid van de kartelboete ondermijnt.

1. Achtergrond nationale procedure

Bij Commissiebesluit van 27 november 2002 kreeg de

Duitse vennootschap de Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG (Knauf KG) een boete van € 85,8 miljoen voor deelname aan het gipsplatenkartel in de Benelux, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk in de periode 1992-1998.³ Knauf KG heeft de boete zelf opgesplitst in een bestraffend gedeelte van circa € 33,3 miljoen en een voordeelontnemend gedeelte van circa € 52,2 miljoen.⁴ Het voordeelontnemende gedeelte van de boete heeft zij in 2002 doorbelast aan haar werkmaatschappijen, zijnde verkoopkantoren, in de betreffende landen. De doorbelasting vond plaats op basis van het relatieve aandeel van die verkoopkantoren in de omzet die was gerealiseerd met de verkoop van gipsplaten in de bewuste periode 1992-1998. Aan het Nederlandse verkoopkantoor van de Knauf-groep, X BV, werd € 2,5 miljoen doorbelast. X BV heeft dit bedrag in haar aangifte vennootschapsbelasting 2002 in mindering gebracht op haar belastbare winst. De inspecteur heeft de aftrek van de doorbelaste boete bij het vaststellen van de aanslag niet overgenomen en het belastbaar bedrag € 2,5 miljoen hoger vastgesteld dan aangegeven door X BV. Het voornaamste geschilpunt is of en in hoeverre de boetes onder de zogenaamde aftrekuitsluiting vallen.⁵ Die regeling is in de fiscale wetgeving ingevoerd met de pluk-ze-wetgeving, waarmee boetes met een bestraffend karakter niet kunnen worden afgetrokken van de belastbare winst, maar (straf)maatregelen met een voordeelontnemend karakter (waarmee de veroordeelde van zijn wederrechtelijk voordeel wordt 'geplukt') vallen echter niet onder die aftrekuitsluiting en komen dus wel voor aftrek in aanmerking.⁶ Het vennootschapsbelastingtarief in 2002 (het jaar waarin de Nederlandse Knaufgroepsmaatschappij de boete wenst af te trekken) was 34,5%. Wanneer aftrek wordt toegestaan, betekent dat zij € 862.500 minder aan vennootschapsbelasting hoeft te betalen; effectief dus een korting op de boete.⁷ Bezwaar van X BV mocht niet baten, waarna zij

3 Beschikking van de Commissie van 27 november 2002 betreffende een procedure overeenkomstig art. 81 van het EG-Verdrag ten aanzien van BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge SA en Gyproc Benelux NV (Zaak COMP/E-1/37.152 – Gipsplaten) (Pb 2005, L166/8).

4 Uit r.o.v. 4.1 en 5.8 van de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 22 mei 2006, nr. 05/1452, LJN: AX7112, blijkt dat Knauf KG het leedtoevoegend gedeelte voor eigen rekening heeft genomen en het voordeelontnemende gedeelte heeft doorbelast. Uit r.o.v. 2.4 blijkt X BV € 2,5 miljoen kreeg doorbelast, hetgeen 4,79% van het totaal doorbelaste bedrag vormde. Dat betekent dat € 52,2 miljoen is doorbelast. Aangezien de boete € 85,5 miljoen betrof, blijft er nog een € 33,3 miljoen van de boete over voor rekening van Knauf KG.

5 Art. 8 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 jo. Art. 3.14, lid 1 aanhef en onderdeel c, Wet inkomstenbelasting 2001.

6 TK, 1996-1997, 25 019, nr. 3, p. 7 en 8.

7 Met het huidige tarief van 25,5% vennootschapsbelasting betekent dat een (in de vorm van een rechtspersoon gevoerde) onderneming effectief maar 74,5% van de boete zou dragen.

1 De eerste maal was in 2006 bij het Parijse Cour d'Appel over de uitlegging van de groepsvrijstellingsverordening motorvoertuigen (Europese Commissie, Verslag over het Mededingingsbeleid 2006, p. 37, par. 72); de tweede maal dus in deze zaak (Europese Commissie, Verslag over het Mededingingsbeleid 2007, p. 34, par. 92). In 2008 lijkt de Commissie niet te hebben geïnterveneerd (Europese Commissie, Verslag over het Mededingingsbeleid 2008, p. 32, par. 115)

2 nog niet gepubliceerd; wel al te vinden op de website van het HvJ: <http://www.curia.europa.eu>.

beroep instelde bij de Rechtbank Haarlem. De Rechtbank Haarlem oordeelde in haar vonnis van 22 mei 2006 dat het voordeelontnemende deel van een communautaire kartelboete van de fiscale winst aftrekbaar was.⁸ Overigens is ook de aftrekbaarheid van NMa-boetes reeds in geschil geweest. De Rechtbanken Haarlem en Breda oordeelden dat NMa-boetes niet aftrekbaar zijn, aangezien (Nederlandse) bestuurlijke boetes niet splitsbaar zijn in een voordeelontnemend en punitief gedeelte, waardoor zij in hun geheel niet aftrekbaar zijn.⁹ Tegen de uitspraak van de Rechtbank Haarlem in de Knauf-zaak heeft de belastinginspecteur hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Amsterdam.

In die hoger beroepsprocedure heeft de Europese Commissie zich gemeld – of in de ogen van het Gerechtshof: (misschien) onbevoegd opgedrongen – als *amicus curiae*, om te betogen dat “[d]e fiscale aftrekbaarheid van de boeten de afschrikkende werking ervan aanzienlijk [zou] kunnen beperken en de doelstellingen van het Verdrag en in het bijzonder de toepassing van de mededingingsregels [zou] ondermijnen.”¹⁰ De Commissie kan op grond van art. 15, lid 3 Verordening 1/2003 ambtshalve interveniëren in een nationale procedure. De relevante zinsnede van die bepaling luidt als volgt. “(...) Indien de coherente toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag zulks vereist, kan de Commissie, eigener beweging, schriftelijke opmerkingen bij de rechterlijke instanties van de lidstaten indienen. (...)”

Het Gerechtshof Amsterdam twijfelt aan de bevoegdheid van de Commissie, omdat het in het bij hem aanhangige geschil niet gaat om de ‘toepassing’ van art. 81/82 EG en heeft het Hof van Justitie van de EG de volgende prejudiciële vraag gesteld.

“Is de Commissie op grond van artikel 15, derde lid, van verordening 1/2003, bevoegd uit eigen beweging schriftelijk opmerkingen te maken in een procedure die betrekking heeft op de aftrekbaarheid van de door belanghebbende over 2002 gerealiseerde (fiscale) winst van een boete die wegens overtreding van het [communautaire] mededingingsrecht door de Commissie aan X KG is opgelegd en die (gedeeltelijk) aan belanghebbende is doorbelast?”

2. Procedure bij en antwoord van het HvJ

2.1. Conclusie A-G Mengozzi

A-G Mengozzi begint met het onderstrepen van een

bekening van de Commissie. Deze zaak valt in de categorie ‘atypische gevallen’ en is niet een ‘typische geval’ waarin de nationale rechter art. 81/82 EG concreet op een bepaalde situatie toepast en waarop de *amicus curiae* procedure het oog heeft.¹¹ Op grond van artikel 15 lid 3 Verordening 1/2003 is de Commissie bevoegd wanneer het de coherente toepassing van artikel 81/82 betreft.

De A-G gaat aan de haal met het begrip coherentie en legt dat zo uit dat in deze zaak sprake is van coherente toepassing waardoor de Commissie in deze zaak bevoegd is. Hij onderscheidt twee soorten coherentie: interne coherentie en externe coherentie. Interne coherentie betekent volgens hem zoveel als “de coherente toepassing van de in deze bepalingen geformuleerde voorwaarden”. Onder externe coherentie verstaat hij “dat deze bepalingen een logische en begrijpelijke plaats behouden binnen het grotere kader van het stelsel van de communautaire mededingingsregels of van het Verdrag.” Hij constateert dat “[o]fschoon de rechtstheoretici geen gemeenschappelijke definitie van het coherentiebegrip hanteren, zijn zij in het algemeen van mening dat met dit begrip in wezen wordt bedoeld op elementen van een rechtstelsel die, bij elkaar genomen, betekenisvol zijn”.¹²

De A-G vervolgt dat coherentie en uniformiteit weliswaar nauw zijn verbonden, maar dat “bij coherentie (...) gradaties mogelijk [zijn] die bij uniformiteit principieel ontoelaatbaar zijn”. Zo zou wanneer de effectieve toepassing van art. 81/82 EG in het geding is sprake kunnen zijn van ‘coherente toepassing’.¹³ Dat brengt hem bij het punt dat in plaats van de uitdrukking ‘coherente toepassing’ in de andere taalversies dan de Nederlandse de uitdrukking “uniforme toepassing” wordt gebezigd.¹⁴ Overigens constateert hij dit verschil slechts, maar gaat niet in op de voor de uitkomst wezenlijke vraag van welke tekst moet worden uitgegaan: coherente of uniforme toepassing.

Uitgaande van het (bredere) begrip externe coherentie concludeert hij dat die uitdrukking “rekbaar genoeg [is] om het mechanisme van artikel 15, lid 3, eerste alinea, derde zin, van verordening nr. 1/2003 ook van toepassing te laten zijn op situaties waarin een nationale rechterlijke instantie de uniforme en zelfs effectieve toepassing van artikel 81 EG of artikel 82 EG in gevaar zou brengen of zou kunnen brengen. Een dergelijke benadering ligt des te meer in de rede waar verordening nr. 1/2003 moet zorgen voor een doeltreffende en eenvormige toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG (...)”.¹⁵

Overigens geeft A-G Mengozzi in zijn conclusie aan dat hij geen standpunt wenst in te nemen over de vraag of de aftrekbaarheid geoorloofd is of niet¹⁶ en vindt hij dat het Gerechtshof Amsterdam daarover een nieuwe prejudiciële vraag zou kunnen stellen.¹⁷ Desalniettemin

⁸ Uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 22 mei 2006, nr. 05/1452, LJN: AX7112.

⁹ Zo probeerde Rietvink BV de boete voor haar deelname aan het groenvoorzieningensectorkartel (Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 30 mei 2006 in zaak 5418 Rietvink B.V. (voorheen Gebr. Hogenbirk Groep B.V.), Eijkelboom B.V. en Gebr. Hogenbirk Wegenbouw B.V.) af te trekken. Uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 3 oktober 2008, nr. 08/493, LJN: BF7320. Zie nader mijn noot daarover in AM 2009, p. 35. Tot eenzelfde oordeel en om dezelfde redenen kwam de Rechtbank Breda ten aanzien van de boete van Vodafone die haar kartelboete in de mobiele operatorszaak (Besluit van de d-g NMa van 20 december 2002 in zaak 2658 – Mobile operators) wilde aftrekken: uitspraak van de Rechtbank Breda van 28 januari 2009, nr. 07/2983, LJN: BH6870 en ten aanzien van de boetes van Bouwbedrijf Wagemakers B.V. (Besluit van de d-g NMa van 29 juni 2006 in zaak 3938_561/4 - B&U) en van Holding Combinatie Wagemakers II B.V. en diezelfde werkmaatschappij (Besluit van de d-g NMa van 29 juni 2006 in zaak 3938_581/7 - B&U): uitspraak van de rechtbank Breda van 28 september 2009, nr. 09/147, LJN: BK0009.

¹⁰ Het standpunt van de Commissie blijkt uit par. 26 van het in die zaak door het HvJ EG opgemaakte rapport ter terechtzitting.

¹¹ Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 24.

¹² Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 28 en voetnoot 6, waarin hij verwijst naar N. McCormick, ‘Coherence in Legal

Justification’, in: A. Peczenik (ed.), *Theory of Legal Science*, Reidel, 1984, p. 235.

¹³ Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 34.

¹⁴ Het betreft de Deense, Italiaanse, Zweedse versie; daarnaast komt de term

uniform ook voor in de preambule van de Duitse, Deense en Zweedse versie;

Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 33.

¹⁵ Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 34.

¹⁶ Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, voetnoot

7.

¹⁷ Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, par. 65.

geeft hij in een voetnoot toch zijn mening weer waar hij aangeeft dat deze problematiek “reeds – althans impliciet – aan de orde lijkt te zijn geweest in het arrest van het Gerecht van 10 maart 1992, Hoecht AG/Commissie (T-10/89, Jurispr. blz. II-629, punten 368 en 369). Daarin sloot het Gerecht de mogelijkheid uit dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de door haar wegens schending van het verbod van artikel 81, lid 1, EG opgelegde geldboete was uitgegaan van de hypothese dat die boete uit winst vóór belasting moest worden betaald, omdat dan ‘in feite een deel van de boete zou zijn gedragen door de lidstaat waaronder de onderneming fiscaalrechtelijk ressorteert’, aangezien daardoor voor de onderneming de maatstaf van heffing zou zijn vermindert. 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 afschrikkende werking van de geldboeten die worden opgelegd om de naleving van dat verbod te verzekeren.”¹⁸

Kortom, hij concludeert daarmee dat de aftrekbaarheid van de kartelboete de effectieve toepassing – en dus wat hij noemt de ‘externe coherentie’ – van het kartelverbod van art. 81 EG zou kunnen ondermijnen en dus is de Commissie bevoegd in onderhavige zaak schriftelijke opmerkingen in te dienen.

2.2. Arrest van het HvJ

Het HvJ begint met de *amicus curiae* procedure van hoofdstuk IV van Verordening 1/2003 te plaatsen in het kader van het beginsel van loyale samenwerking van art. 10 EG en herinnert eraan dat de nationale rechter de plicht heeft “te waken over de toepassing en de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde” en benadrukt dat ten aanzien van het communautaire mededingingsrecht zowel de Commissie als de nationale rechter bevoegd (en verplicht) zijn die te handhaven.¹⁹ Vervolgens onderstreept het HvJ dat art. 15 van Verordening 1/2003 “een stelsel van wederzijdse informatie-uitwisseling tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de lidstaten in[voert]”.²⁰

Art. 15 lid 3 van Verordening 1/2003 geeft zowel de nationale lidstaten als de Commissie de bevoegdheid eigener beweging te interveniëren in zaken die aanhangig zijn bij nationale rechters. Volgens het HvJ leidt een letterlijke interpretatie van die bepaling tot de conclusie dat de bevoegdheid van de nationale autoriteiten en de Commissie niet gelijk zijn. De nationale autoriteiten mogen slechts schriftelijke opmerkingen maken betreffende onderwerpen in verband met de ‘toepassing’ van art. 81/82 EG, terwijl de Commissie schriftelijke opmerkingen mag maken wanneer het de ‘coherente toepassing’

van die bepalingen betreft.²¹ Volgens het HvJ kan de Commissie derhalve ook bevoegd zijn wanneer er geen sprake is van ‘toepassing’ van die bepalingen door de nationale rechter (*stricto sensu*), maar wanneer de ‘coherente toepassing’ van die bepalingen wél in het geding is. Dat in de preambule de interventiebevoegdheden van de nationale autoriteiten en de Commissie in één adem worden genoemd, doet volgens het HvJ niets aan die conclusie af. In de preambule betreft het slechts de typische situatie waar nationale rechters art. 81/82 EG toepassen; dan zijn zowel de nationale autoriteiten als de Commissie bevoegd. Dat “sluit andere gevallen waarin de Commissie opmerkingen kan maken niet uit”.²² Bovendien kan de preambule slechts helpen bij de uitleg, maar kan het zelf geen (zelfstandig bindend) voorschrift vormen en de bevoegdheid van de Commissie dus niet beperken.²³

X BV en de Nederlandse regering hebben betoogd dat een dergelijke uitleg in strijd is met de mededeling van de Commissie betreffende de *amicus curiae* procedure, waarin ook de Commissie geen onderscheid maakt tussen de bevoegdheid van de nationale autoriteiten en de Commissie wanneer zij eigener beweging schriftelijke opmerkingen in willen dienen; ook daar worden beiden in één adem genoemd.²⁴ Volgens het HvJ moet in die mededeling echter ook gelezen worden dat de Commissie bevoegd is in zaken te interveniëren waar het de ‘coherente toepassing’ van art. 81/82 EG betreft, aangezien die vallen onder het algemene begrip “onderwerpen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het Verdrag”; bovendien kan de mededeling niet prevaleren boven de Verordening.²⁵

De Commissie heeft geprobeerd de brug te slaan tussen (de aftrekbaarheid van) de boete enerzijds en de coherente toepassing van art. 81/82 EG anderzijds via de band van art. 83 EG waarin de bevoegdheid tot het opleggen van geldboeten is neergelegd. Volgens het HvJ vormen art. 81/82 EG en art. 83 EG EG ‘een volledig stelsel’ voor controle, waarin met name art. 83, lid 2, sub a, EG – op basis waarvan de Commissie geldboeten mag opleggen – beoogt de nakoming van de verbodsbepalingen te verzekeren.²⁶ Daarbij verwijst het HvJ naar de conclusie van A-G Mengozzi die constateert dat “er tussen de geldboeten en de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG een wezenlijk verband” bestaat. Wanneer de sancties van art. 83 EG zouden worden losgekoppeld van de verbodsbepalingen van art. 81/82 EG, wordt de doeltreffendheid van het toezicht ontnomen. Die doeltreffendheid van de sancties zijn volgens het HvJ “een voorwaarde voor de coherente toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG”. Een natio-

21 R.o. 28-30.

22 R.o. 31; Het HvJ verwijst hier naar overweging 21 van de considerans van Verordening 1/2003.

23 R.o. 31; Het HvJ verwijst hier naar zijn arresten van 13 juli 1989 in zaak 215/88, Casa Fleischhandels, (Jurispr. 1989, p. 2789), r.o. 31 en van 24 november 2005 in zaak C-136/04, Deutsches Milch-Kontor (Jurispr. 2005, p. I-10095), r.o. 32 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

24 (Punten 31-35 van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2004, C101/54).

25 R.o. 32.

26 R.o. 33 en 34.

18 Conclusie van A-G Mengozzi van 5 maart 2009 in zaak C-429/07, X BV, voetnoot 7.

19 R.o. 20-22; het HvJ verwijst daarbij naar zijn beschikking van 13 juli 1990 in zaak C-2/88, Zwartveld e.a. (Jurispr. 1990, p. I-3365), r.o. 18 en zijn arrest van 14 december 2000 in zaak C-344/98, Masterfoods en HB (Jurispr. 2000, p. I-11369), r.o. 56.

20 R.o. 24.

nale rechter die een beslissing moet nemen omtrent die sancties, raakt daarmee de doeltreffendheid daarvan en “dreigt die dus de coherente toepassing van de artikelen 81 EG of 82 EG te ondermijnen”.²⁷

Volgens het HvJ is het in de zaak X BV “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.”²⁸ Het HvJ antwoordt het Gerechtshof Amsterdam dat: “artikel 15, lid 3, eerste alinea, derde zin, van verordening nr. 1/2003 aldus moet worden uitgelegd dat de Commissie op grond van deze bepaling bevoegd is, uit eigen beweging bij een rechterlijke instantie van een lidstaat schriftelijke opmerkingen in te dienen in een procedure die betrekking heeft op de volledige of gedeeltelijke aftrekbaarheid, van de belastbare winst, van een door haar wegens schending van artikel 81 EG of artikel 82 EG opgelegde geldboete”.²⁹

3. Commentaar

3.1. De Commissie en de nationale rechter zijn bevoegd; de nationale autoriteit niet

Het is mijns inziens opmerkelijk te noemen dat het HvJ begint met een referentie naar het beginsel van loyale samenwerking van art. 10 EG. Daarmee plaatst het de vraag van de nationale rechter naar de bevoegdheid van de Commissie naast de verplichting die de nationale rechter, en in dit geval het Gerechtshof Amsterdam, heeft als ‘gewone gemeenschapsrechter’³⁰ of – zoals Jans hem in zijn oratie noemde – de ‘eerste-lijns’ Europese rechter³¹ om de juiste en effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen.³² Daarmee lijkt het de vraag niet louter in het licht van de bevoegdheid van de Commissie te plaatsen, maar aan de verwijzende rechter ook de boodschap mee te geven: “Let op: ook u bent verplicht het gemeenschapsrecht toe te passen, ook als de Commissie niet bevoegd is te interveniëren!” Overigens is de verwijzing naar art. 10 EG niet geheel nieuw. De Commissie plaatste de samenwerking ook in het licht van art. 10 EG, maar dan als plicht voor haarzelf “de natio-

nale rechterlijke instanties bij te staan” en daarbij “neutraal en objectief te blijven”.³³ Nu het HvJ deze verplichting voor de rechter onderstreept, is het wel de vraag hoe moet worden omgegaan met de opmerking van de Commissie in haar mededeling betreffende de *amicus curiae* procedure dat de nationale rechter niet is gebonden aan de “door de Commissie verleende bijstand”.³⁴ In de verplichting van art. 10 EG waarin het HvJ de *amicus curiae* procedure plaatst, lijkt de verleende bijstand minder vrijblijvend voor de nationale rechter dan de mededeling ons doet geloven.

Door een letterlijke interpretatie onderscheidt het HvJ verschillende bevoegdheden in art. 15 lid 3 Verordening 1/2003 voor nationale autoriteiten enerzijds en de Commissie anderzijds. De nationale autoriteiten mogen alleen interveniëren wanneer het de ‘toepassing’ van art. 81/82 EG (*stricto sensu*) betreft en niet wanneer het de ‘coherente toepassing’ van die bepalingen betreft. Die bevoegdheid is alleen gereserveerd voor de Commissie. Als de NMa zich in deze zaak zou hebben gemeld, zou zij blijkbaar dus niet bevoegd zijn geweest. Door die letterlijke interpretatie zet het HvJ de nationale autoriteiten buitenspel. Overigens lijkt mij dat een erg geforceerde oplossing, waartoe het HvJ is gedwongen door voor een letterlijke uitleg te kiezen. Uit de voorbereidende documenten lijkt het helemaal niet de bedoeling te zijn geweest voor de Commissie een verdergaande bevoegdheid te creëren dan voor de nationale autoriteiten. In de artikelsgewijze toelichting van het voorstel van de Commissie van Verordening 1/2003 geeft de Commissie aan dat met “[d]eze bepaling met name de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten de mogelijkheid [wil] bieden de aandacht van de nationale rechterlijke instanties te vestigen op punten die van groot belang zijn voor een coherente toepassing van het communautaire mededingingsrecht”.³⁵ Geen onderscheid dus; wellicht dat een teleologische of wetshistorische uitleg tot een ander resultaat had geleid.

3.2. Letterlijke interpretatie was onjuist

Uniforme vs. coherente toepassing

Het HvJ kiest expliciet voor een letterlijke interpretatiemethode. Het gaat daarmee voorbij aan zijn eigen eisen waar het die interpretatiemethode betreft. Bij een letterlijke uitlegging van secundair gemeenschapsrecht dienen immers de verscheidene talen waarin de verordening is opgesteld en die gelijkelijk authentiek zijn te worden vergeleken.³⁶ Wanneer tussen die taalversies verschillen bestaan, dient de betrokken bepaling te “worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt”.³⁷

27 R.o. 36-38 en par. 38 van de conclusie van de A-G.

28 R.o. 39.

29 R.o. 40 en dictum.

30 Conclusie van A-G Bot van 6 mei 2008 in zaak C-455/06, *Heemskerck en Schaap*, par.128; of zoals *Am Ende* de rechter noemt: *de last line of defence*; *M. Am Ende*, ‘It’s getting cramped on board: Ne ultra petita, Reformatio in pejus and the Principle of Effectiveness’, *European Law Reporter* 2008, p. 420-426.

31 J.H. Jans, ‘Doorgeschoten? Enkele opmerkingen over de gevolgen van de Europeanisering van het bestuursrecht voor de grondslagen van de bestuursrechtsspraak, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het publiekrecht, in het bijzonder het nationale en internationale bestuursrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen op dinsdag 31 mei 2005, te vinden op <http://redes.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2005/j.h.jans/jans.pdf> en onder dezelfde titel als boek bij Europa Law Publishing, Groningen, 2005.

32 Dit wordt ook onderstreept in overweging 7 van de preambule van Verordening 1/2003.

33 Punt 19 van de mededeling van de Commissie betreffende de *amicus curiae* procedure.

34 Punt 19 van de mededeling van de Commissie betreffende de *amicus curiae* procedure.

35 Voorstel van de Commissie van 27 september 2000, p. 25, commentaar bij lid 3 (COM 2000/582 def.).

36 Arrest van het HvJ van 17 december 1998 in zaak C-236/97, *Codan* (Jurispr. 1998, p. I-8679), r.o. 25 onder verwijzing naar het arrest van het HvJ van 6 oktober 1982 in zaak 283/81, *Cilfit* (Jurispr. p. 3415), r.o. 18.

37 Arrest van het HvJ van 17 december 1998 in zaak C-236/97, *Codan* (Jurispr.).

De A-G constateerde in onderhavige zaak dat er een verschil is in de verscheidene taalversies. Wat in de Nederlandse versie de 'coherente toepassing' wordt genoemd, is in andere taalversies de 'uniforme toepassing'.

De A-G concludeert dat dat geen synoniemen zijn. De 'coherente toepassing' is een ruimer begrip dan de 'uniforme toepassing'. Dat lijkt me juist op voorwaarde dat we uit moeten gaan van het begrip 'externe coherentie'. Wanneer de effectiviteit (van de controle) in het geding is, zoals in deze zaak door de aftrek van de kartelboete, zou dat volgens de A-G wel onder de (extern) coherente toepassing vallen, maar niet onder de uniforme toepassing van art. 81/82 EG. De verschillende taalversies leiden dus tot een verschillende oplossing van de prejudiciële vraag.

Eventueel zou er mijns inziens geen sprake zijn van verschillen in de verscheidene taalversies wanneer van het begrip 'interne coherentie' wordt uitgegaan. Bij 'interne coherentie' gaat het om de cumulatieve criteria van art. 81/82 EG en niet om het gehele samenstel van mededingingsregels waar de A-G op lijkt te duiden met 'externe coherentie'. In dat geval lijken 'coherentie' en 'uniformiteit' (praktisch) synoniemen. Uit het voorstel van de Commissie maak ik op dat met coherentie wordt geduid op uniformiteit, aangezien coherentie wordt geplaatst in het licht van de prejudiciële procedure van art. 234 EG; die bepaling dient een uniforme uitlegging te verzekeren.³⁸ Overigens was bij die letterlijke uitleg van 'uniforme toepassing' de Commissie niet bevoegd geweest.

Overigens was bij die letterlijke uitleg de Commissie niet bevoegd geweest.

Wanneer we uit moeten gaan van 'externe coherentie' is er hier sprake van een verschil in de taalversies van art. 15, lid 3 Verordening 1/2003. De uitkomst van dit geschil is sterk afhankelijk van welke taalversie wordt uitgegaan; zeker wanneer het HvJ letterlijk interpreteert.

In dat geval had het HvJ volgens zijn eigen interpretatieregels moeten overgaan op een contextuele/systematische en teleologische uitleg. Solan noemt dit de Augustijnse methode, waarbij door de hoeveelheid aan taalversies en de hoge waarschijnlijkheid van divergentie tussen die taalversies het HvJ eigenlijk altijd wordt gedwongen tot het systematisch en teleologisch interpreteren.³⁹

Niet letterlijke, maar contextuele en teleologische uitleg

Het HvJ staat dan ook niet bekend om het gebruik van de

letterlijke interpretatiemethoden. Het HvJ interpreteert vaak teleologisch en wordt – (wellicht) ten onrechte⁴⁰ – verweten activistisch te zijn⁴¹ door met name contextueel en teleologisch te interpreteren⁴² – en ziet soms zelfs expliciet af van een letterlijke uitlegging en kiest “voor een andere, die zijn inziens meer in overeenstemming was met het doel en stelsel van de gehele betrokken regeling”.⁴³ Zoals Rosas, rechter bij het HvJ, ook bevestigde: “it is common place to hold that the ECJ follows a ‘teleological’ method of interpretation advancing the general objective of European integration and the more specific objectives of EU primary and secondary law”⁴⁴. Volgens oud-president Mertens de Wilmars bestaat er voor het HvJ zelfs een verplichting om systematisch en teleologisch te interpreteren, omdat het gemeenschapsrecht een “*interprétation dynamique et évolutive*” vereist -, terwijl het nationaal recht vaker statisch is en dus meer letterlijk en wetshistorisch moet worden geïnterpreteerd.⁴⁵ Ook de wens om nuttig effect aan bepalingen te geven zorgt ervoor dat systematische en teleologische uitlegmethode de overhand hebben.⁴⁶ Gezien het verschil in de onderscheiden taalversies (uniform vs. coherent) had het dus op de weg van het HvJ gelegen expliciet juist niet te kiezen voor de letterlijke uitleg, maar een contextuele en teleologische uitleg te geven of die interpretatie de voorkeur te geven die het nuttig effect het meeste waarborgt.

Ten aanzien van de uitleg van art. 15 lid 3 Verordening 1/2003 dient de context op twee niveau's te worden onderscheiden, doordat die bepaling naar art. 81/82 EG verwijst. Zowel het systeem van die verordening als de context van art. 81/82 EG moeten worden meegenomen. Daarbij kunnen we de 'coherente toepassing van art. 81/82 EG' ook nog eens in tweeën splitsen. Wat betekent het begrip 'coherente toepassing'? En wat betekent het begrip 'art. 81/82 EG'? Zijn dat alle communautaire mededingingsregels of alleen die twee bepalingen zelf? Als we met dat laatste beginnen en de context van art. 81/82 EG in ogenschouw nemen, dan lijkt het HvJ wel (impliciet) de contextuele interpretatiemethode te hebben toegepast toen het oordeelde dat art. 81, 82 én 83 EG

40 Dat het HvJ de letterlijke interpretatiemethode, ondersteund door de wetshistorische, ook wel eens de voorkeur geeft boven de teleologische interpretatiemethode (in dit geval wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel) blijkt uit zijn recente arrest van 22 mei 2008 in zaak C-462/06, *Glaxosmithkline / Rouard* (n.g.g.), r.o. 23-25 en 33; zie ook: A. Albers-Llorens, 'The European Court of Justice: More than a Teleological Court', *The Cambridge yearbook of European legal studies*, Vol. 2, 1999, p. 373.

41 H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Boom Juridische uitgever, Den Haag, 2009.

42 Zie nader over de interpretatiemethoden van het HvJ: N.M.L. Dhondt en W.W. Geursen, 'Over gedeelde bevoegdheden en hiërarchie in interpretatiemethoden', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, nr. 10, oktober 2008, p. 276.

43 Conclusie van advocaat-generaal Mayras van 24 januari 1980 in zaak 67/79, *Fellinger* (Jurispr. 1980, p. 535), p. 550.

44 A. Rosas, Statement by Judge Rosas at the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) during their 30th meeting in Strasbourg, 19-20 September 2005 (Strasbourg, 15/09/05, CAHDI (2005) 15).

45 J. Mertens de Wilmars, 'Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés Européennes', *Cahiers de Droit Européen*, 1986, p. 5.

46 Volgens het HvJ "is het vaste rechtspraak dat, wanneer een gemeenschapsrechtelijke bepaling voor verschillende uitleggingen vatbaar is, de voorkeur moet worden gegeven aan de uitlegging die de nuttige werking van de bepaling kan verzekeren". Arrest van het HvJ van 9 maart 2006 in zaak C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie en Stichting Natuur en Milieu* (Jurispr. 2006, p. I-2443), r.o. 20; hier verwijst het HvJ naar zijn arresten van 22 september 1988 in zaak 187/87, *Saarland e.a.* (Jurispr. 1988, p. 5013), r.o. 19 en van 4 oktober 2001 in zaak C-403/99, *Italië/Commissie* (Jurispr. 2001, p. I-6883), r.o. 28.

1998, p. I-8679), r.o. 26 onder verwijzing naar de arresten van het HvJ van 7 december 1995 in zaak C-449/93, *Rockfon* (Jurispr. 1995, p. I-4291), r.o. 28 en van 24 oktober 1996 in zaak C-72/95, *Kraaijeveld e.a.* (Jurispr. 1996, p. I-5403), r.o. 28.

38 Voorstel van de Commissie van 27 september 2000, p. 25, commentaar bij lid 3 (COM 2000/582 def.), p. 10. Zie ook: arrest van het HvJ van 14 december 2000 in gevoegde zaken C-300/98 en C-392/98, *Parfums Christian Dior SA* (Jurispr. 2000, p. I-11307), r.o. 38.

39 Augustinus stelde voor om de Latijnse, Griekse en Hebreeuwse versie van de bijbel te vergelijken om tot de ware interpretatie te komen; L.M. Solan, 'Statutory Interpretation in the EU: The Augustinian Approach', *Brooklyn Law School Legal Studies Paper No. 78*, July 2007; zie ook P. Pescatore, 'Interprétation des lois et conventions plurilingues dans la Communauté européenne', *Cahiers de droit* 25, 4 (1984), p. 989.

‘een volledig stelsel’ vormden en het begrip ‘art. 81/82 EG’ ook de sancties betreft die zijn genomen via de band van art. 83 EG. Dat lijkt mij een juiste contextuele uitleg. Doordat het HvJ echter expliciet was begonnen met een letterlijke uitleg van de ‘coherente toepassing’, diende deze het oordeel omtrent art. 83 EG slechts ter schraging van de letterlijke interpretatiemethode en was het kwaad al geschied door de nationale autoriteiten buitenspel te zetten. Dat het begrip ‘art. 81/82 EG’ ruimer moet worden uitgelegd, wordt mijns inziens ook bevestigd door de systematiek van art. 15 zelf. In art. 15, lid 1, Verordening 1/2003 is bepaald dat de rechter de Commissie om bijstand kan verzoeken wanneer het ‘de toepassing van de communautaire mededingingsregels’ betreft. Dat is breder dan alleen art. 81/82 EG en lijkt min of meer gelijk aan het door het HvJ gehanteerde begrip het ‘volledige stelsel van mededingingsregels’. Deze contextuele uitleg is een bevestiging dat we het begrip ‘art. 81/82 EG’ breder mogen lezen. Op die manier is lid 3 het spiegelbeeld van lid 1.

Dan blijft nog over of vanuit de systematiek kan worden bepaald hoe het begrip ‘coherente toepassing’ moet worden geïnterpreteerd. In hoofdstuk IV gaan alleen art. 15 en 16 in op de verhouding tussen de nationale rechters en de mededingingsautoriteiten.⁴⁷ Art. 16, lid 1 codificeert de Masterfoods-uitspraak.⁴⁸ Daarbij dient de rechter te voorkomen dat zijn uitspraak in strijd geraakt met een besluit van de Commissie betreffende dezelfde partijen en feiten. Deze bepaling heeft als opschrift: “uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht”. Art. 15, lid 3 zou in samenhang met art. 16, lid 1 zo gelezen kunnen worden dat zij slechts strekt ter voorkoming van discrepanties met mogelijke Commissiebeschikkingen, althans moet waarborgen dat art. 81/82 EG op dezelfde manier, dus uniform – zoals het opschrift ook meldt –, wordt toegepast door zowel de Commissie als de nationale rechter; ook wanneer de zaak alleen bij de rechter aanhangig is en de Commissie de zaak niet in onderzoek heeft. Het betreft de waarborging van de uniformiteit en dus niet de waarborging van de ‘externe coherentie’ waaronder ook de effectiviteit valt. Overigens lijkt die beperkte(re) uitleg vanuit de context van art. 16 ook logisch, omdat het om de toepassing van de communautaire mededingingsregels gaat op een feitencomplex en niet zoals in deze zaak om de vraag of een nationale (fiscale) regel in strijd is met de effectiviteit van de mededingingsbepalingen.

Dat het begrip ‘coherente toepassing’ beperkt moet worden uitgelegd, wordt mijns inziens ook bevestigd door de systematiek van art. 15 zelf. Zoals reeds vermeld, is in lid 1 bepaald dat de rechter de Commissie om bijstand kan verzoeken wanneer het ‘de toepassing van de communautaire mededingingsregels’ betreft en in lid 3 dat nationale autoriteiten ook eigener beweging kunnen interveniëren wanneer het de ‘toepassing’ betreft. Het gaat in die gevallen alleen om de ‘toepassing’ en

niet om de ‘coherente toepassing’. Als we het begrip ‘coherente toepassing’ in die context lezen gaat het om de ‘toepassing’ *stricto sensu* en niet om de (extern) coherente toepassing. Op die manier is lid 3 wederom het spiegelbeeld van lid 1. Doordat het HvJ nu een duidelijk onderscheid maakt tussen ‘toepassing’ enerzijds en ‘coherente toepassing’ anderzijds hebben de nationale autoriteiten ‘minder’ bevoegdheid en is de bevoegdheid van de Commissie ook ‘beperkter’ wanneer het op verzoek van de nationale rechter op grond van lid 1 intervieneert dan wanneer het eigener beweging intervieneert op grond van lid 3. De interpretatie die het HvJ nu heeft gekozen staat mijns inziens haaks op de systematiek van de verordening.

Bij een teleologische interpretatie is de eerste vraag: wat is het doel van de samenwerkingsregeling? Een van de doelen van Verordening 1/2003 is blijkens de toelichting van de Commissie bij haar voorstel “het aantal gevallen van particuliere rechtshandhaving voor de nationale rechterlijke instanties te doen toenemen”.⁴⁹ Uit de preambule van Verordening 1/2003 blijkt dat dat een van de doelen is – zij het summier –, aangezien de samenwerking kan plaatsvinden in “rechtszaken tussen particulieren”. Daarnaast kunnen de nationale rechters met de Commissie samenwerken wanneer zij optreden “als openbare handavingsinstanties of als beroepsinstanties”.⁵⁰ Het doel is ruim geformuleerd, althans ruimer dan alleen die zaken waar het de *private enforcement* betreft. De preambule lijkt erop te duiden dat de rechter moet kunnen samenwerken met de Commissie wanneer hij wordt geconfronteerd met de toepassing van de communautaire mededingingsregels, ongeacht de achtergrond/het rechtsgebied van het geschil. Dat duidt erop dat de Commissie moet kunnen interveniëren bij een rechter bij wie een fiscaal geschil aanhangig is.

Tot slot zou nog de interpretatie kunnen worden gekozen die het nuttig effect het meeste waarborgt. Als we mogen kiezen uit de begrippen die de A-G tegen elkaar afzet: interne vs. externe coherentie, dan lijkt de ruime uitleg van externe coherentie het nuttig effect het meest te waarborgen. Die ruime uitleg wordt gesteund door de teleologische uitleg, maar in het geheel niet door de systematische.

Als we deze benadering kiezen en de letterlijke interpretatie links laten liggen, rijst tot slot – overigens buiten de grenzen van dit geschil – de vraag of de nationale autoriteiten dezelfde bevoegdheid hebben als de Commissie onder art. 15 lid 3 Verordening 1/2003. Het nuttig effect van de decentrale handhaving vereist mijns inziens dat de nationale autoriteiten dezelfde bevoegdheid als de Commissie hebben.

Het HvJ had wat mij betreft met alleen een teleologische interpretatie van art. 15 lid 3 Verordening 1/2003 moeten beredeneren dat de sancties van art. 83 EG niet los van de art. 81/82 EG kunnen worden beschouwd en integraal onderdeel uitmaken van de ‘communautaire mededingingsregels’. De rechter

⁴⁷ Art. 15 is qua inhoud en systematiek niet vergelijkbaar met art. 11 dat de samenwerking tussen Commissie en nationale autoriteiten regelt.

⁴⁸ Arrest van het HvJ van 14 december 2000 in zaak C-344/98, *Masterfoods Ltd t. HB Ice Cream Ltd./Van den Bergh Foods Ltd.* (Jurispr. 2000, p. I-11369).

⁴⁹ Voorstel van de Commissie van 27 september 2000, p. 25, commentaar bij lid 3 (COM 2000/582 def.), p. 10.

⁵⁰ Overweging 21 van de considerans van Verordening 1/2003.

– ongeacht zijn rechtsgebied – die aan een boete ‘komt’ die op grond van art. 83 EG is opgelegd ‘komt’ dan ook aan de toepassing van art. 81/82 EG.

3.3. Onbegrensde bevoegdheid door de Commissie?!

Doordat het HvJ het begrip ‘coherente toepassing’ erg ruim interpreteert wordt de bevoegdheid van de Commissie daarmee praktisch onbegrensd. Allereerst is het goed te realiseren dat de materiele vraag in de zaak X BV helemaal niet gaat om de vraag of en hoe de communautaire mededingingsregels op de feiten kunnen worden toegepast, maar om de vraag of een nationaalrechtelijke (fiscale) regel in strijd is met het gemeenschapsrecht.⁵¹ Dat is typisch een situatie die aan het HvJ moet worden voorgelegd, als prejudiciële vraag op grond van art. 234 EG, waarbij de Commissie kan interveniëren, of waarover de Commissie een inbreukprocedure kan beginnen op grond van art. 226 EG; in ieder geval niet een vraag waarover de Commissie reeds op nationaal niveau mag interveniëren.

Met deze ruime uitleg geeft het HvJ de Commissie de bevoegdheid om reeds in een nationale procedure tussen te komen wanneer het gaat om de vraag of nationaal recht in strijd is met de communautaire mededingingsregels. Niet alleen het fiscaal recht kan afbreuk doen aan de effectiviteit van die bepalingen. Ook nationale regels van bestuurs-, civiel- en strafrechtelijke aard kunnen dat doen. Wat te denken van zaken omtrent privaatrechtelijke handhaving waar de hoogte van de schadevergoeding de effectieve handhaving⁵² moet waarborgen en waar een passing on defence afbreuk zou doen aan die effectiviteit.⁵³ Ook de hoogte van de strafmaat bij strafrechtelijke vervolging op basis van nationaal recht van inbreuken op art. 81/82 EG dient de afschrikwekkendheid te waarborgen, dus de effectiviteit van het toezicht.⁵⁴ Hetzelfde zou kunnen gelden voor de ‘persoonlijke’ boete die de NMa zou kunnen opleggen aan de feitelijk leidinggever/opdrachtgever wegens overtreding van art. 81/82 EG.⁵⁵

51 Althans, wanneer aftrek is toegestaan; daarover heeft het Gerechtshof Amsterdam nog geen uitspraak gedaan.

52 Vergelijk met het arrest van het HvJ van 20 september 2001 in zaak C-453/99, *Courage Ltd t. Bernard Crehan* (Jurispr. 2001, p. I-6297).

53 Zie daarover nader: R. van den Bergh, ‘Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking’, *Markt & Mededinging*, 05/2006, p. 143.

54 Zie daarover nader: R. de Bree, ‘Mededingingsrecht in het strafrecht: “Law in the making”’, *AM* 2008, p. 211 en ook het arrest van het HvJ van 13 september 2005 in zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, waarin het HvJ *Kaderbesluit 2003/80/JBZ* omtrent strafrechtelijke handhaving van milieubescherming vernietigde, aangezien de gemeenschap op grond van art. 175 EG bevoegd was de strafrechtelijke handhaving in een richtlijn vast te leggen (Jurispr. 2005, p. I-7879). Uit dat arrest concludeert W. Wils, agent in de X BV zaak voor de Commissie, dat op grond van art. 83 EG de gemeenschap ook bevoegd is strafrechtelijke handhaving van de art. 81/82 EG voor te stellen; W.P.J. Wils, ‘Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?’, in: C.D. Ehlermann, I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon (2007). Overigens is Whelan van mening dat dat alleen zou kunnen gelden voor hardcore-overtredingen van art. 81 lid 1 EG en niet voor niet-hardcore overtredingen, noch voor overtredingen van art. 82 EG; P.M. Whelan, *Contemplating the Future: Personal Criminal Sanctions for Infringements of EC Competition Law*, (2008) 19(2) *King’s Law Journal*, p. 364.

55 Althans, voorzover de NMa überhaupt bevoegd is werknemers te beboeten voor inbreuken op art. 81/82 EG, aangezien art. 56, lid 1 onder a Mw jo. art. 57, lid 1 Mw alleen boetes kunnen worden opgelegd voor de overtreding van art. 6 en 24 Mw. Art. 89 Mw verklaart hoofdstuk 7 Mw, waaronder voornoemde bepalingen vallen, wel van toepassing wanneer de NMa overtredingen op art. 81/82 EG

De Commissie zou met de bevoegdheid die haar nu is gegeven door het HvJ schriftelijke opmerkingen mogen maken in al die geschillen; wat mij betreft is dat een veel te vergaande bevoegdheid die wellicht in strijd is met de procedurele autonomie.

3.4. Is de aftrekbaarheid toegestaan?

Niet gevraagd, maar ten overvloede overwogen

Het Gerechtshof Amsterdam heeft slechts een vraag gesteld omtrent de bevoegdheid van de Commissie om te interveniëren. Het heeft niet de materiele vraag gesteld of aftrek vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt laakbaar is. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt ook dat namens de Commissie “is verklaard dat de wens tot het maken van opmerkingen geen verband houdt met de vraag of de fiscale aftrekbaarheid van een door een instelling van de Europese Unie opgelegde boete op zichzelf beschouwd (en ongeacht nationaalrechtelijke bepalingen op dat punt) in strijd komt met het Europese recht. Het Hof gaat ook overigens ervan uit dat de aftrekbaarheid van de (fiscale) winst van een boete die door een instelling van de Europese Unie is opgelegd, op zichzelf niet in strijd is met het Europese recht.” Ook lijken de partijen – blijkens het rapport ter terechtzitting – daar niet op in te zijn gaan. Het HvJ constateert daarin zelfs dat de aan hem “gestelde vraag uitsluitend betrekking [heeft] op de mogelijkheid voor de Commissie om in een zaak die aanhangig is bij een nationale rechterlijke instantie als de rechterlijke instantie in het hoofdgeding, opmerkingen te maken, zonder in die zaak partij te zijn, krachtens artikel 15, lid 3, derde en vierde zin, van verordening nr. 1/2003, op grond waarvan zij opmerkingen kan maken wanneer de coherente toepassing van artikel 81 of artikel 82 EG zulks vereist.” Toch komt het HvJ in een – wat mij betreft overweging ten overvloede – tot het oordeel dat de boete “aanzienlijk aan doeltreffendheid [zou] 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.”⁵⁶ De A-G doet dat ook in een voetnoot van zijn conclusie.

Allereerst is het wellicht wel erg geforceerd om niet in te gaan op de meest prangende vraag van dit geschil en zich te beperken tot alleen de bevoegdheidsvraag. Het had dan ook op de weg van de verwijzende rechter gelegen om ook een tweede vraag te stellen in de trant van: “Moet het gemeenschapsrecht, in het bijzonder art. 81 en 83 EG zo worden uitgelegd, dat het verzet zich tegen een nationale bepaling, zoals in het hoofdgeding, die de aftrek van het voordeelontnemende deel van een communautaire kartelboete toestaat bij het bepalen van de belastbare winst?” Nu heeft geen van de partijen zich hierover uitgelaten, terwijl de A-G en het HvJ dat wel doen. De vraag is of de aftrek van de boete daadwerkelijk afbreuk doet aan de effectiviteit van het toezicht op inbreuken op het kartelverbod.

dient te handhaven, maar duidelijk is niet of zij daarbij de bevoegdheid heeft ook persoonlijke boetes uit te delen; dat zou in strijd kunnen zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Het lijkt mij in elk geval nog geen uitgemaakte zaak.

56 R.o. 39.

Ondermijnt de aftrek de effectiviteit van de boete?

Met de overweging ten overvloede lijkt op het eerste gezicht het pleit beslecht ten nadele van de belastingplichtige. Aftrek van de kartelboete ondermijnt de doeltreffendheid van de boete. Daar kan ik inkomen voor zover het het punitieve gedeelte betreft. Wat betreft het voordeelontnemende gedeelte ligt dat meen ik aanzienlijk genuanceerder. Wattel vraagt zich in zijn dissertatie af of die aftrek geen afbreuk doet aan “de volle en uniforme werking” van het gemeenschapsrecht en of dat niet in strijd is met het beginsel van gemeenschapsrouw van art. 10 EG.⁵⁷ Maar daarbij plaatst hij de kanttekening dat de aftrekbaarheid van het voordeelontnemende gedeelte van de boete juist geen afbreuk doet aan de effectiviteit.⁵⁸ Dat is niet nader onderbouwd, maar die conclusie deel ik. Wat mij betreft kan de aftrek niet los worden gezien van het feit dat de kartelwinst (die met de boete wordt ontnomen) in het verleden ook al eens belast is geweest. De (latere) aftrek is vanuit dat gezichtspunt niets anders dan een correctie op de in het verleden belaste winst; die wordt daarmee immers teruggedraaid. Daarmee wordt de boete geenszins afgewenteld op de fiscus en de aftrek pakt daarmee neutraal uit ten aanzien (van de effectiviteit) van de boete. De aftrek van het voordeelontnemende gedeelte van de boete is wat mij betreft dan ook niet aan te merken als de aftrek van de boete waarmee die boete gedeeltelijk op de fiscus wordt afgewenteld. Dat is anders voor het punitieve gedeelte.

3.5. Strijd met het gelijkheidsbeginsel

Zoals reeds gezegd, heeft de Rechtbank Haarlem, de rechter die het beroep in eerste aanleg behandelde, geoordeeld dat het voordeelontnemende gedeelte van de communautaire boete aftrekbaar is, terwijl NMa-boetes niet aftrekbaar zijn.⁵⁹ De Commissie heeft bij het HvJ nog betoogd dat de uitspraken van de Rechtbank Haarlem “strijdig [zijn] met het beginsel van gelijke behandeling, waar daarin onderscheid wordt gemaakt tussen door een nationale mededingingsautoriteit opgelegde boeten, die niet aftrekbaar zijn, en door de communautaire autoriteiten opgelegde boeten, die aftrekbaar zouden kunnen zijn”.⁶⁰ Die gelijkheid zou echter kunnen worden opgelost wanneer (het voordeelontnemende gedeelte van) NMa-boetes ook aftrekbaar zouden zijn; maar dat is een door de Commissie ongewenste uitkomst. Hierop gaat het HvJ niet in. Dat hoefde ook niet (meer) nu het in zijn overweging ten overvloede reeds oordeelde dat het niet is toegestaan communautaire boetes af te trekken van de belastbare winst. Door te verwijzen naar het beginsel van gelijkheid, kan ook de vraag worden gesteld in hoeverre dat beginsel wordt geschonden doordat de aftrek van een communautaire kartelboete in de ene lidstaat

wel is toegestaan en in de andere niet. Overigens is rechtsgelijkheid op nationaal niveau één van de redenen geweest de aftrek van boetes uit te sluiten. Door de aftekuitsluiting is de fiscale positie van de beboete persoon immers niet (meer) relevant.⁶¹ Een natuurlijk/rechtspersoon die een hoog belastingtarief betaalt, zou met aftrek van (het punitieve gedeelte van) een boete meer op de fiscus kunnen ‘afwentelen’ dan een natuurlijk/rechtspersoon die een laag belastingtarief betaalt. Dat geldt ook op communautair niveau in zaken waarin karteldeelneemers in verschillende lidstaten zijn gevestigd en waarbij bijvoorbeeld de ene karteldeelnemer de boete wel kan aftrekken en de andere niet, of waarbij de ene karteldeelnemer de boete tegen een hoger tarief kan aftrekken dan de andere, waarmee de eerste meer afgewenteld op de fiscus en uiteindelijk een lager bedrag van de boete hoeft te dragen.

Zowel HvJ als Gerecht van Eerste Aanleg hebben bevestigd dat de Commissie bij de vaststelling van (de hoogte van) de boete echter geen rekening hoeft te houden met de eventuele aftrekbaarheid van de boete. Zo was het in de beroepsprocedure tegen boetes voor het Kinine en Kinidine-kartel duidelijk dat Buchler, een van de Duitse karteldeelneemers, de boete niet in aftrek kon brengen van haar in Duitsland belastbare winst, terwijl de Nederlandse karteldeelnemer, de NV Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie (Nedchem), die boete (klaarblijkelijk) wel kon aftrekken van haar in Nederland belastbare winst. De Commissie had met dat verschil geen rekening gehouden bij het bepalen van de hoogte van de boetes. Volgens het hof behoeft de Commissie dat ook niet te doen.⁶²

3.6. Art. 15, lid 3, Verordening 1/2003: ongewenst

Tot slot lijkt het me nog nuttig te vermelden dat art. 15, lid 3, Verordening 1/2003 niet zonder slag of stoot tot stand is gekomen en veel stof heeft doen opwaaien.⁶³ De bepaling is door de Raad veranderd ten opzichte van het initiële voorstel van de Commissie.⁶⁴ Het Europees Parlement was niet gecharmeerd van het feit dat de Commissie en de nationale autoriteiten ‘eigener beweging’ opmerkingen mochten indienen, omdat dat “een onnodige en ongerechtvaardigde inbreuk [zou] zijn op de gerechtelijke processen van nationale gerechtelijke instanties”⁶⁵. Nederland wilde lid 3 zelfs helemaal schrappen.⁶⁶

Wellicht is dat de verklaring dat de Nederlandse regering in deze procedure probeerde de bevoegdheid van de Commissie zoveel mogelijk te beperken. Daarmee steunde de Nederlandse regering de argumenten van

57 P.J. Wattel, ‘De fiscale behandeling van het wederrechtelijke’, FM nr. 58, Deventer: Kluwer 1992, p. 137.

58 Wattel, a.w., p. 138.

59 W.W. Geursen, ‘De aftrekbaarheid van kartelboetes – een tussenstand: Commissieboetes wel, NMa-boetes niet’, MBB Maandblad belastingbeschouwingen, nr. 4, april 2009, p. 143-155.

60 Het standpunt van de Commissie blijkt uit par. 27 van het in die zaak door het HvJ EG opgemaakte rapport ter terechtzitting

61 TK 1988-1989, 20 857, nr. 3, p. 2 en 3.

62 Arrest van het HvJ EG van 15 juli 1970 in zaak 44/69, Buchler & Co. (Jurispr. 1970, p. 733), r.o. 50 en 51; zie daarover ook Wattel, a.w., p. 138; Arrest van het GvEA van 11 maart 1999 in zaak T-148/94, Preussag Stahl AG (Jurispr. 1999, p. II-613), r.o. 11.

63 T.M. Snoep, ‘Samenwerking tussen de commissie en de Nederlandse rechter na invoering van verordening 1/2003’, Markt & Mededinging 06/2003, p. 198.

64 Compromistekst van het voorzitterschap over de voorgestelde verordening van 20 november 2001 (13563/01), p. 31.

65 Verslag van rapporteur Jonathan Evans van 21 juni 2001 (A5-0229/2001), amendement 12 (Pb 2002, C72 E/305).

66 Compromistekst van het voorzitterschap over de voorgestelde verordening van 16 mei 2002 (8383/02), p. 36, voetnoot 60.

X BV. Of de belastingdienst gediend was van de interventie van de Commissie is ongewis, aangezien de belastinginspecteur zelf niet heeft opgetreden in de prejudiciële procedure.⁶⁷ Ook uit de verwijzingsbeschikking blijkt niet of hij daarvan gediend was. Gezien het standpunt omtrent (de strijdigheid met het gemeenschapsrecht van) de aftrekbaarheid van de kartelboete dat de Commissie innam in de prejudiciële procedure mag worden verwacht dat de belastinginspecteur niet onwelwillend stond tegenover haar interventie.

4. Conclusie

Al met al meen ik dat het HvJ een schuiver heeft gemaakt door zonder meer letterlijk te interpreteren. Daarbij heeft zich niet gehouden aan zijn eigen regels, waarbij letterlijke interpretatie niet meer mogelijk is wanneer de verschillende taalversies anders luiden; dan moet er contextueel en teleologisch worden geïnterpreteerd. Er was hier sprake van verschillende taalversies. Dat doet de vraag rijzen of de Commissie mag interveniëren wanneer de 'uniforme toepassing' van art. 81/82 EG of de 'coherente toepassing' daarvan op het spel staat. Het HvJ gaat zonder meer uit van dat laatste. Deze wat mij betreft onjuiste keuze heeft twee gevolgen. Het eerste gevolg is dat de Commissie na dit arrest een ruimere bevoegdheid heeft dan nationale autoriteiten. Die mogen namelijk op grond van de letterlijke interpretatie alleen interveniëren wanneer er sprake is van 'toepassing' (*stricto sensu*) van art. 81/82 EG. Ten tweede wordt de Commissie bevoegd om zich te melden bij de nationale (fiscale) rechter wanneer het niet alleen om de uniforme toepassing van art. 81/82 EG gaat (A-G Mengozzi noemt dat de interne coherentie), maar ook wanneer het de 'externe coherentie' van art 81/82 EG betreft; het begrip coherentie is daarmee ruimer dan uniformiteit.

⁶⁷ Overigens gebeurt het vreemd genoeg in belastinggeschillen vaker dat de regering van de lidstaat de kant kiest van de belastingplichtige en niet die van de belastinginspecteur: arresten van het HvJ van 3 maart 2005 in zaak C-172/03, Heiser (*Jurispr.* 2005, p. I-1627) en van 3 april 2008 in zaak C-103/06, Derouin (*Jurispr.* 2008, p. I-1853). Overigens was dat in die zaken nog niet zo erg voor de belastinginspecteur, aangezien die zelfstandig kon optreden in Luxemburg. Voor Nederland is het echter usance dat de agenten van het ministerie van Buitenlandse zaken niet alleen het regeringsstandpunt verkondigen (namens de lidstaat Nederland), maar ook optreden namens overheidsinstanties; de belastinginspecteur zal dan ook niet als zelfstandige partij deelnemen aan een prejudiciële procedure bij het HvJ, terwijl hij daar wel het recht toe zou hebben op grond van art. 23 tweede alinea van het Statuut van het Hof van Justitie jo. art. 104 lid 2 van het Reglement voor de Procesvoering van het Hof van Justitie. Wanneer dan het standpunt van het ministerie van Financiën conflicteert met het standpunt van een andere departement, loop de belastinginspecteur het risico het onderspit te delven in dier voege dat de agenten namens de lidstaat Nederland een ander standpunt inneemt, dan de belastinginspecteur zou hebben gedaan.

Onder de externe coherentie valt ook de effectiviteit van het toezicht via sancties; die effectiviteit kan worden aangetast door de aftrek van kartelboetes van de belastbare winst toe te staan. Met die té ruime bevoegdheid zou zij ook eigener beweging schriftelijke opmerkingen mogen maken in bijvoorbeeld geschillen omtrent privaatrechtelijke of strafrechtelijke handhaving waar de hoogte van de schadevergoeding, respectievelijk de straf de effectieve handhaving moeten waarborgen.

Daarnaast heeft het HvJ voor zijn beurt gesproken door toch in te gaan op de gemeenschapsrechtelijke toelaatbaarheid van de aftrek van de boete, ondanks de expliciete opmerkingen van de Commissie, de A-G én het HvJ zelf dat de prejudiciële zaak alleen betrekking had op de bevoegdheid van de Commissie en niet op de toelaatbaarheid van de aftrekbaarheid. Het moet gezegd, deze vraag is zo nauw verweven met de vraag of de 'coherente toepassing' in het geding is, dat het wel erg theoretisch zou zijn hier niet op in te gaan. Het had dan ook allereerst op de weg van de belastingkamer van het Gerechtshof Amsterdam gelegen daarover een prejudiciële vraag te formuleren. Het probleem is nu dat zowel de Commissie, de A-G als het HvJ toch hebben geoordeeld dat de aftrek van de kartelboete laakbaar is, zonder dat X BV en de belastinginspecteur, de partijen in het hoofdgeding, zich daarover hebben kunnen uitspreken; geen hoor en wederhoor op het meest cruciale punt van het geschil in het hoofdgeding. Bovendien is het oordeel te ongenueanceerd. Met de aftrek van (alleen) het voordeelontnemende deel van de boete wordt namelijk alleen een correctie toegepast op het verleden. Toen is het voordeel (de kartelwinst) immers belast; door de aftrek wordt die belastingheffing ongedaan gemaakt. Daarmee wordt de boete niet (gedeeltelijk) afgewenteld op de fiscus.

Helaas op de twee cruciale punten van deze zaak is het HvJ mijns inziens met een onjuist oordeel gekomen. Wellicht dat de verwijzende rechter toch nóg een prejudiciële vraag kan stellen over de laakbaarheid van de aftrek, zoals ook de A-G opperde. Daarbij zou hij kunnen benadrukken dat deze zaak niet ging over die materiele vraag, zoals expliciet onderstreept door het HvJ zelf. Daardoor hebben partijen geen opmerkingen kunnen maken over het meest cruciale punt van dit geschil. Maar wellicht stuurt het HvJ die vragen per kerende post met een beschikking retour als zijnde beantwoord – met een overweging ten overvloede – en daarmee afgedaan.

WG