

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. B. ELMER

van 24 april 1997 *

1. In de onderhavige zaak heeft het Finanzgericht Hamburg (Bondsrepubliek Duitsland) het Hof een prejudiciële vraag voorgelegd over de geldigheid van verordening (EEG) nr. 804/68 van de Raad van 27 juni 1968 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten¹ (hierna: „melkverordening”), op grond waarvan restituties worden toegekend voor het aandeel melk in preparaten op basis van koffie, doch niet voor het aandeel melk in preparaten op basis van koffie-extracten. De verwijzende rechter heeft eveneens vragen gesteld over de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te gelasten krachtens verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek² (hierna: „douaneverordening”), alsmede over de bevoegdheid om het Hof prejudiciële vragen te stellen in het kader van de beschikking inzake voorlopige maatregelen.

De toepasselijke gemeenschapsregeling

2. De in casu relevante bepalingen van de melkverordening zijn de volgende:

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — PB 1968, L 148, blz. 13, zoals laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1587/96 van de Raad van 30 juli 1996 tot wijziging van verordening nr. 804/68 (PB 1996, L 206, blz. 21).

2 — PB 1992, L 302, blz. 1, zoals laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 82/97 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 tot wijziging van verordening nr. 2913/92 (PB 1997, L 17, blz. 1).

„Artikel 17

1. Voor zover nodig om de uitvoer (...) op basis van de prijzen (...) in de internationale handel mogelijk te maken, mag het verschil tussen deze prijzen en die in de Gemeenschap door een restitutie bij uitvoer worden overbrugd.”

De bijlage bij de melkverordening noemt de producten waarvoor restitutie kan worden toegekend voor het aandeel melk of zuivelproducten:

„Bijlage

GN-code	Omschrijving
(...)	(...)
ex 2101 10	Preparaten op basis van koffie
(...)	(...)
(...)	(...)”

3. Ten tijde van de feiten van de zaak bepaalde bijlage I bij verordening (EEG) nr. 2658/87 van de Raad van 23 juli 1987 met betrekking tot de tarief- en statistiek-nomenclatuur en het gemeenschappelijk douanetarief³ (hierna: „douanetarief”) als volgt:

3 — PB 1987, L 256, blz. 1, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 2505/92 van de Commissie van 14 juli 1992 tot wijziging van de bijlagen I en II van verordening nr. 2658/87 (PB 1992, L 267, blz. 1).

KRÜGER

GN-code	Omschrijving	Invoerrecht		Bijzondere maatstaf
		autonoom (%) of heffing (AGR)	conventioneel (%)	
1	2	3	4	5
(...)	(...)			
2101 10	— extracten, essences en concentraten van koffie en preparaten op basis van deze produkten			
	— — extracten, essences en concentraten:			
2101 10 11	— — — met een gehalte aan droge uit koffie afkomstige stof van 95 of meer gewichtspers	30	18	—
2101 10 19	— — — andere	30	18	—
	— — preparaten:			
2101 10 91	— — — bevattende geen van melk afkomstige vetstoffen, melkproteïnen, saccharose, isoglucose, glucose of zetmeel, of bevattende minder dan 1,5 gewichtspersent van melk afkomstige vetstoffen, minder dan 2,5 gewichtspersenten melkproteïnen, minder dan 5 gewichtspersenten saccharose of isoglucose, minder dan 5 gewichtspersenten glucose of zetmeel	30	18	—
2101 10 99	— — — andere	20,8	13 + MOB	—
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

4. De toelichtingen van de Internationale Douaneraad bij het geharmoniseerd systeem inzake de omschrijving en de codering van goederen (geharmoniseerd systeem) luiden met betrekking tot post 21.01 als volgt:

„21.01 (...)

Deze post omvat:

1. koffie-extracten, koffie-essences en koffie-concentraten. (...) Bedoelde produkten kunnen vloeibaar zijn of in poedervorm voorkomen. Zij zijn meestal sterk geconcentreerd. Onder deze post valt eveneens oploskoffie. Dit is koffie die is getrokken en daarna gedehydrateerd of koffie die is getrokken en daarna bevroren alvorens te worden gedroogd;

(...)

3. preparaten op basis van de extracten, essences en concentraten, bedoeld in de punten 1 en 2 hiervoor. Hiermede worden uitsluitend preparaten bedoeld op basis van extracten, essences of van concentraten van koffie (...) [en niet bereidingen verkregen door koffie (...) toe te voegen aan andere ingrediënten], daaronder begrepen extracten, enz., waaraan zetmeel of andere koolhydraten in de loop van het fabricageproces zijn toegevoegd;

4. preparaten op basis van koffie (...) Onder deze preparaten vallen onder meer:

a. koffiepasta, bestaande uit gebrande en gemalen koffie, plantevet en soms andere ingrediënten;

(...)”

5. De in casu relevante bepalingen van de douaneverordening zijn de volgende:

„Titel I

Algemene bepalingen

Hoofdstuk 1

Toepassingsgebied en basisdefinities

Artikel 1

Dit wetboek, alsmede de communautaire en nationale bepalingen die ter uitvoering ervan worden vastgesteld, vormen de douanewetgeving. Onverminderd de bijzondere

bepalingen die op andere gebieden zijn vastgesteld, is het wetboek van toepassing op

Afdeling 4

Uitvoer

— het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en derde landen;

Artikel 161

(...)

1. De regeling uitvoer maakt het mogelijk dat communautaire goederen het douanegebied van de Gemeenschap verlaten.

Titel IV

De uitvoer brengt mee de toepassing van de voor het verlaten van genoemd gebied vastgestelde formaliteiten, met inbegrip van de handelspolitieke maatregelen en, in voorkomend geval, de rechten bij uitvoer.

Douanebestemmingen

2. Met uitzondering van (...) dienen alle voor uitvoer bestemde communautaire goederen onder de regeling uitvoer te worden geplaatst.

(...)

(...)

Hoofdstuk 2

Titel VIII

Recht op beroep

Douaneregelingen

Artikel 243

(...)

1. Iedere persoon heeft het recht beroep in te stellen tegen beschikkingen van de

douaneautoriteiten die betrekking hebben op de toepassing van de douanewetgeving en die hem rechtstreeks en individueel raken.

Artikel 244

Instelling van beroep heeft ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking geen schorsende werking.

De persoon die de douaneautoriteiten om een beschikking betreffende de toepassing van de douanewetgeving heeft verzocht, doch binnen de in artikel 6, lid 2, bedoelde termijn van deze autoriteiten geen beschikking heeft verkregen, heeft eveneens het recht beroep in te stellen.

De douaneautoriteiten schorten de tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking evenwel geheel of gedeeltelijk op indien zij gegronde redenen hebben om aan de overeenstemming van die beschikking met de douanewetgeving te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.

Het beroep moet worden ingesteld in de Lid-Staat waar de beschikking is genomen of waar om een beschikking is verzocht.

Indien de aangevochten beschikking tot de toepassing van rechten bij invoer of van rechten bij uitvoer leidt, dient ingeval van opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking een zekerheid te bestaan of te worden gesteld. (...)"

2. Het recht op beroep kan worden uitgeoefend:

a) in een eerste fase (bezwaar), bij de daartoe door de Lid-Staten aangewezen douaneautoriteit;

De procedure voor de nationale rechter en de prejudiciële vragen

b) in een tweede fase (beroep), bij een onafhankelijke instantie, die overeenkomstig de in de Lid-Staten geldende bepalingen, een rechterlijke instantie of een gelijkwaardig gespecialiseerd orgaan kan zijn.

6. Krüger GmbH & Co. KG (hierna: „Krüger”) is producent van het product „Cappuccino Tasse”, dat wordt bereid op basis van koffie-extracten en onder meer magere melk bevat. Bij de uitvoer van het product in 1993 ontving Krüger een uitvoerrestitutie voor het

aandeel magere melk/magere-melkpoeder in het uitgevoerde product ten bedrage van in totaal 89 411 DM (46 155 ECU). Hiervan gaf zij 68 457,02 DM (35 338 ECU) door aan haar klanten.

7. Bij brief van 3 februari 1994 verzocht Krüger het Hauptzollamt Hamburg-Jonas aan te geven, waarom haar dochtermaatschappij geen restitutie had gekregen bij de uitvoer van hetzelfde product. Bij brief van 11 februari 1994 antwoordde het Hauptzollamt Hamburg-Jonas, dat uitvoerrestituties enkel werden toegekend voor het aandeel magere melk in preparaten op basis van koffie, doch niet voor het aandeel magere melk in preparaten op basis van koffie-extracten.

8. Bij beschikking van 30 mei 1994 vorderde het Hauptzollamt Hamburg-Jonas terugbetaling van de restitutie van 89 411 DM die bij de uitvoer van Cappuccino Tasse in 1993 aan Krüger was toegekend, op grond dat dit bedrag ten onrechte was betaald, aangezien het product was bereid op basis van koffie-extracten en niet op basis van koffie.

9. Bij brief van 30 juni 1994 diende Krüger tegen deze beschikking bezwaar in. Blijkens het dossier is op dit bezwaar nog geen beslissing genomen.

10. Op 18 juli 1994 verzocht Krüger het Hauptzollamt Hamburg-Jonas om opschorting van de tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeschikking van 30 mei 1994. Dit verzoek werd op 3 augustus 1994 afgevoerd.

11. Daarop stelde Krüger bij het Finanzgericht Hamburg een vordering in strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging. Bij beschikking van 21 september 1995 wees het Finanzgericht Hamburg, onder verwijzing naar artikel 244 van de douaneverordening, Krügers vordering toe op grond dat er twijfel bestond omtrent de geldigheid van de melkverordening. Het Finanzgericht Hamburg stond eveneens hogere voorziening toe tegen de beschikking inzake de opschorting van de tenuitvoerlegging en legde het Hof de volgende prejudiciële vragen voor:

„1) Is [de melkverordening], met haar bijlage, (...) in strijd met artikel 40, lid 3, tweede alinea, EG-Verdrag en dus ongeldig, voor zover zij geen uitvoerrestitutie toekent voor het aandeel melk of zuivelproducten in levensmiddelen-toebereidingen die onder postonderverdeling 2101 10 van de gecombineerde nomenclatuur vallen en zijn bereid op basis van extracten, essences of concentraten van koffie?

2) Staat een schending van het discriminatieverbod in de weg aan de vordering tot terugbetaling van een uitvoerrestitutie die is toegekend voor

het aandeel melk of zuivelproducten in levensmiddelentoebereidingen die onder postonderverdeling 2101 10 van de gecombineerde nomenclatuur vallen en zijn bereid op basis van extracten van koffie?

richt in gevallen als het onderhavige krachtens § 128, lid 3, tweede volzin, juncto § 115, lid 2, sub 1, van de Finanzgerichtsordnung, hogere voorziening toestaat?"

3) Is artikel 244 van [de douane-verordening] van toepassing op de opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikkingen waarbij een toegekende uitvoerrestitutie wordt teruggevorderd?

De eerste vraag

4) Zo vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: moet de opschorting van de tenuitvoerlegging in geval van twijfel omtrent de geldigheid van het gemeenschapsrecht waarop de beschikking is gebaseerd, worden beoordeeld aan de hand van artikel 244 van [de douaneverordening] of aan de hand van andere criteria en, zo ja, welke?

12. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of het feit dat uitvoerrestituties worden toegekend voor het aandeel melk en zuivelproducten in preparaten op basis van koffie, doch niet voor het aandeel melk en zuivelproducten in preparaten op basis van koffie-extracten, een schending vormt van het in artikel 40, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag neergelegde verbod van elke discriminatie tussen producenten of verbruikers van de Gemeenschap, zodat de melkverordening ongeldig is.

5) Zo vraag 3 ontkennend wordt beantwoord: aan de hand van welke criteria moet de opschorting van de tenuitvoerlegging worden beoordeeld in geval van twijfel omtrent de geldigheid van het gemeenschapsrecht waarop de terugvorderingsbeschikking is gebaseerd?

13. Volgens Krüger is de melkverordening in strijd met artikel 40, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag, aangezien twee identieke of vergelijkbare producten zonder reden verschillend worden behandeld. De twee producten worden als levensmiddelen en in de levensmiddelenindustrie als halffabrikaten gebruikt. De verbruikers maken geen onderscheid tussen koffie als drank die is bereid op basis van koffie-extracten en die welke is bereid op basis van gebrande koffie. Voor de

6) Moet artikel 177, tweede alinea, EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het is uitgesloten dat het Finanzge-

levensmiddelenindustrie wordt de keuze tussen deze twee grondstoffen of halffabrikaten uitsluitend door de prijs bepaald. De restitutiebedragen spelen een belangrijke rol in de groothandel en de ongelijke behandeling van preparaten op basis van koffie en preparaten op basis van koffie-extracten leidt derhalve tot concurrentievervalsing. Het is geen theoretische ongelijke behandeling, omdat er volgens verzoekster preparaten bestaan die zijn bereid op basis van koffie en waaraan melk is toegevoegd, die recht op restitutie geven.

14. De Commissie en de Raad hebben gesteld, dat het niet om identieke producten gaat en hebben dienaangaande verwezen naar de toelichtingen van de Internationale Douaneraad, waar als voorbeeld van preparaten op basis van koffie koffiepasta wordt genoemd en als voorbeeld van preparaten op basis van koffie-extracten oploskoffie. De ingrediënten, het productieproces en de prijs zijn verschillend. Voorts worden preparaten op basis van koffie in bepaalde soorten van etablissementen geserveerd, terwijl preparaten op basis van koffie-extracten in andere soorten van etablissementen worden geserveerd. Preparaten op basis van koffie smaken anders dan preparaten op basis van koffie-extracten en laten na gebruik residuen achter, zodat zij preparaten op basis van koffie-extracten niet kunnen vervangen.

Verder is de waarde van de magere melk/magere-melkpoeder in preparaten op basis van koffie-extracten gering in vergelijking

met de totale prijs van deze producten. Het risico dat de producenten de magere melk/magere-melkpoeder door een ander product vervangen, is dus gering, zodat het niet noodzakelijk werd geacht een uitvoerrestitutie toe te kennen voor het aandeel magere melk/magere-melkpoeder in preparaten op basis van koffie-extracten. Bij preparaten op basis van koffie daarentegen maakt de waarde van de magere melk/magere-melkpoeder een belangrijk deel van de totale prijs uit, zodat het noodzakelijk werd geacht voor deze producten wel een uitvoerrestitutie toe te kennen.

De Association des fabricants de café soluble des pays de la CEE (Afcasole, Parijs), de Fédération européenne des associations de torréfacteurs de café (EUCA, Brussel) en de Kaffeerösterverband, Hamburg, hebben de Commissie laten weten, dat thans geen preparaten op basis van koffie op de markt zijn waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd.

15. De Raad heeft er voorts aan herinnerd, dat volgens de rechtspraak van het Hof discriminatie enkel kan worden vastgesteld op de grondslag van een concrete vergelijking van de reële gevolgen van het verschil in behandeling tussen twee groepen van marktdeelnemers en niet op de grondslag van een zuiver theoretische gevolgtrekking uit de bepalingen van de regeling. Krüger heeft evenwel niet aangetoond, dat er marktdeelnemers zijn die gunstiger zouden worden behandeld dan zichzelf. Blijkens de rechtspraak van het Hof sluit de eventuele substitueerbaarheid van de producten niet uit, dat een verschil in behandeling gerechtvaardigd kan zijn.

16. Uit een taalkundige analyse van de tekst van tariefpost 2101 10 blijkt, dat het douanetarief duidelijk onderscheid maakt tussen preparaten „op basis [van] extracten, essences of concentraten” van koffie enerzijds en preparaten „op basis van koffie” anderzijds. Dit onderscheid vloeit taalkundig voort uit de herhaling van de woorden „op basis van” na het woord „of”. Toentertijd werd het niet noodzakelijk geacht aan elk van deze producten in het douanetarief een afzonderlijke postonderverdeling te wijden; door de preparaten in de posten 2101 10 91 en 2101 10 99 onder te verdelen verliep de indeling integendeel dwars door deze twee hoofdgroepen van preparaten.

17. Bij de vaststelling van de melkverordening achtte de gemeenschapswetgever het, gelet op de uiteenzettingen van de Raad en de Commissie, noodzakelijk uitvoerrestituties toe te kennen voor het aandeel melk in preparaten „op basis van koffie”, aangezien de waarde van het aandeel melk daarin relatief hoog was. Het werd daarentegen niet noodzakelijk geacht, uitvoerrestituties toe te kennen voor het aandeel melk in preparaten „op basis van extracten, essences of concentraten” van koffie, aangezien de waarde van het aandeel melk in deze producten relatief gering was.

18. Daar het douanetarief geen aparte postonderverdelingen voor preparaten „op basis van extracten, essences of concentraten” van koffie en preparaten „op basis van koffie” kende, kon er derhalve vanuit het oogpunt van wetgevingstechniek niet mee worden volstaan, dat de melkverordening naar een

bepaalde post van het douanetarief verwees. Derhalve moest bij de redactie van de melkverordening de verwijzing naar de relevante tariefpost, post 2101 10, worden gepreciseerd in dier voege, dat enkel het aandeel melk in preparaten „op basis van koffie” recht gaf op steun; dat het slechts om een deelgebied van de genoemde post ging, werd duidelijk door plaatsing van de aanduiding „ex” voor het nummer van de post, waaruit blijkt, dat het ging om een groep producten die uit deze tariefpost was afgeleid.

19. Of er inderdaad vroeger, thans of in de toekomst preparaten op basis van koffie waaraan melk is toegevoegd bestonden of bestaan, is zonder belang. In beginsel kan men zich dergelijke producten voorstellen, bijvoorbeeld voor gebruik in espressomachines. Er is geen reden om te twifelen aan de juistheid van de opmerking van de Raad en de Commissie, dat de waarde van het aandeel melk in preparaten „op basis van extracten, essences of concentraten” van koffie lager is dan de waarde van het aandeel melk in preparaten „op basis van koffie”. De oorzaak van dit verschil in waarde wordt niet gepreciseerd. Het kan wellicht worden verklaard door het feit, dat de waarde van de koffie in preparaten met een aandeel melk, bij overigens gelijk blijvende omstandigheden, hoger is wanneer het gaat om een preparaat „op basis van extracten, essences of concentraten” dan wanneer het gaat om een preparaat „op basis van koffie”, aangezien voor eerstgenoemd product laatstgenoemd product moet worden verwerkt.

20. In dit verband speelt het geen rol, dat de gecombineerde nomenclatuur nadien is gewijzigd, te weten bij verordening (EG) nr. 3115/94 van de Commissie van 20 december 1994⁴, zodat er thans twee postonderverdelingen⁵ voor preparaten bestaan, waarvan de ene preparaten op basis van koffie-extracten omvat en de andere andere producten. Deze verordening is op 1 januari 1995 in werking getreden, doch het Hauptzollamt Hamburg-Jonas had reeds op 11 februari 1994 beslist, dat er geen restituties konden worden toegekend voor melk en zuivelproducten in preparaten op basis van koffie-extracten. Mijns inziens is er geen reden om aan te nemen, dat het besluit van het Hauptzollamt Hamburg-Jonas van 11 februari 1994 zou zijn beïnvloed door de wijzigingen die bij verordening van 20 december 1994 in het douanetarief zijn aangebracht.

21. Derhalve moet worden nagegaan, of het feit dat wel restituties worden toegekend voor het aandeel melk in preparaten op basis van koffie, doch niet voor het aandeel melk in preparaten op basis van koffie-extracten, een discriminatie in de zin van artikel 40, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag oplevert.

22. Om te bepalen of er sprake is van discriminatie, moet in beginsel worden nagegaan, of preparaten op basis van koffie-extracten waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd, kunnen worden gesubstitueerd door

preparaten op basis van koffie waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd. Het Hof beschikt slechts over weinig gegevens voor de beantwoording van deze vraag en de beslissing wordt nog bemoeilijkt door het feit, dat er thans mogelijkwijs geen preparaten op basis van koffie bestaan waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd. Krüger heeft niet concreet een product genoemd, dat als uitgangspunt voor een analyse van de substitueerbaarheid zou kunnen dienen. Mijns inziens is een standpuntbepaling met betrekking tot de vraag, of de producten substitueerbaar zijn, evenwel niet nodig.

23. Zoals hierboven is uiteengezet, maakt de waarde van het aandeel melk/zuivelproducten in preparaten op basis van koffie-extracten, etcetera, een relatief kleiner deel uit van de eindprijs dan de waarde van het aandeel melk/zuivelproducten in preparaten op basis van koffie. Zoals de Raad en de Commissie hebben opgemerkt, is het gevaar dat de melk door een ander product wordt vervangen groter naarmate de melk een groter deel van de prijs van het eindproduct uitmaakt. Om deze reden werd het uitsluitend noodzakelijk geacht uitvoerrestituties toe te kennen voor het aandeel melk in preparaten op basis van koffie. Mijns inziens is dit een geldige objectieve reden om preparaten op basis van koffie waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd anders te behandelen dan preparaten op basis van koffie-extracten waaraan melk of zuivelproducten zijn toegevoegd.

24. Om bovenstaande redenen geef ik het Hof in overweging, op de eerste vraag te antwoorden, dat bij onderzoek in het licht van

4 — PB 1994, L 345, blz. 1.

5 — Postonderverdelingen 2101 10 92 en 2101 10 98.

de verwijzingsbeschikking en de andere uit de stukken voortvloeiende gegevens, niet is gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid van de melkverordening kunnen aantasten.

De tweede vraag

25. Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een schending van het discriminatieverbod van artikel 40, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag in de weg staat aan de vordering tot terugbetaling van een uitvoerrestitutie die is toegekend voor het aandeel melk of zuivelproducten in levensmiddelentoebereidingen op basis van koffie-extracten.

26. Deze vraag veronderstelt, dat bij de beantwoording van de eerste vraag is vastgesteld, dat artikel 40, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag is geschonden. Zoals hierboven gezegd, is van een dergelijke schending evenwel geen sprake. Derhalve behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

De derde vraag

27. Met de derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of artikel 244 van de douaneverordening de opschorting van de

tenuitvoerlegging regelt van een beschikking waarbij een toegekende uitvoerrestitutie wordt teruggevorderd.

28. Volgens Krüger is een beschikking tot terugvordering van uitvoerrestituties een beschikking van de douaneautoriteiten die betrekking heeft op de toepassing van de douanewetgeving in de zin van artikel 243, lid 1, van de douaneverordening. Weliswaar worden in artikel 1, eerste volzin, van de douaneverordening enkel de douaneverordening en de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen als douanewetgeving aangemerkt, doch volgens artikel 1, tweede volzin, wordt het toepassingsgebied ervan gevormd door het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en derde landen voor de onder de gemeenschapsverdragen vallende goederen. Aangezien uitvoerrestituties noodzakelijkerwijs betrekking hebben op de uitvoer van goederen in derde landen, vallen zij binnen het toepassingsgebied van de douaneverordening. De artikelen 161 en 162 van de douaneverordening bevestigen, dat de douanewetgeving eveneens de procedure voor de uitvoer omvat. De procedure betreffende uitvoerrestituties is integrerend bestanddeel van de procedure voor de uitvoer of houdt althans rechtstreeks verband met deze procedure en valt dus onder de douanewetgeving in ruime zin.

29. Volgens de Commissie en het Hauptzollamt Hamburg-Jonas is opschorting van de tenuitvoerlegging op grond van artikel 244 van de douaneverordening enkel mogelijk in het kader van het materiële toepassingsgebied van de douaneverordening, dat wordt gevormd door uit- en invoerrechten. Terug-

betaling van ten onrechte uitgekeerde restituties valt niet binnen dit toepassingsgebied.

30. De Commissie heeft voorts verklaard, dat uitvoerrestituties waren gebaseerd op bijzondere bepalingen van de respectieve marktordeningen. Volgens de terminologie van de douaneverordening (zie artikel 1) gaat het in casu om „bijzondere bepalingen die op andere gebieden zijn vastgesteld”. Het feit dat de toekenning van uitvoerrestituties afhankelijk is van de daadwerkelijke uitvoer en derhalve verband houdt met de in de artikelen 161 en 162 van de douaneverordening geregelde procedure voor de uitvoer, houdt niet in dat het materiële toepassingsgebied van de douaneverordening wordt uitgebreid. Op grond van artikel 244, tweede alinea, van de douaneverordening is opschorting van de tenuitvoerlegging van een beschikking slechts toegestaan indien er gegronde redenen bestaan om aan de overeenstemming van de beschikking met de douanewetgeving te twijfelen of indien onherstelbare schade dreigt, doch niet indien wordt getwijfeld aan de geldigheid van het aan de beschikking ten grondslag liggende gemeenschapsrecht. Bovendien gelden deze criteria voor de opschorting van de tenuitvoerlegging volgens de tekst van de bepaling enkel voor de douaneautoriteiten. Artikel 244 bevat daarentegen geen criteria voor de opschorting door een rechterlijke instantie of een gelijkwaardig orgaan (zie artikel 243, lid 2, sub b). Artikel 244 is derhalve niet geschikt als algemene regel inzake voorlopige maatregelen.

31. Er zij aan herinnerd, dat volgens artikel 243, lid 1, van de douaneverordening iedere persoon het recht heeft beroep in te

stellen tegen beschikkingen van de douaneautoriteiten die betrekking hebben op de toepassing van de douanewetgeving en die hem rechtstreeks en individueel raken. Artikel 244 bepaalt voorts, dat instelling van beroep geen schorsende werking heeft, doch dat de douaneautoriteiten de tenuitvoerlegging van de aangevochten beschikking geheel of gedeeltelijk opschorten indien er gegronde redenen zijn om aan de overeenstemming van de beschikking met de douanewetgeving te twijfelen of indien de belanghebbende onherstelbare schade dreigt te lijden.

32. Uit deze bepalingen blijkt nadrukkelijk, dat voor opschorting van de tenuitvoerlegging in aanmerking komen de beschikkingen die betrekking hebben op de toepassing van de douanewetgeving. Krachtens artikel 1 van de douaneverordening vormen de douaneverordening, alsmede de bepalingen die ter uitvoering ervan worden vastgesteld, de douanewetgeving. De douanewetgeving betreft de heffing van in- en uitvoerrechten. Bij uitvoerrestituties gaat het om uitbetalingen, zodat zij per definitie geen douanerechten of heffingen zijn. Een beschikking betreffende de terugbetaling van uitvoerrestituties wordt evenmin op de grondslag van de douanewetgeving gegeven, doch op de grondslag van de bepalingen inzake uitvoerrestituties in de betrokken marktordering. De in artikel 244, tweede alinea, gestelde voorwaarde voor opschorting van de tenuitvoerlegging, dat er gegronde redenen moeten zijn om aan de overeenstemming van de aangevochten beschikking met de douanewetgeving te twijfelen, kan dus niet worden vervuld in zaken waarin het om verzoeken om terugbetaling van uitvoerrestituties gaat.

33. Voor het overige stem ik in met de uitspraken van de Commissie.

34. Derhalve geef ik het Hof in overweging, op de derde vraag te antwoorden, dat artikel 244 van de douaneverordening aldus moet worden uitgelegd, dat het niet van toepassing is op verzoeken om terugbetaling van uitvoerrestituties.

De vierde vraag

35. De vierde vraag is aldus geformuleerd, dat zij slechts behoeft te worden beantwoord, indien het antwoord op de derde vraag luidt, dat artikel 244 van de douaneverordening aldus moet worden uitgelegd, dat het de opschorting van de tenuitvoerlegging regelt van beschikkingen inzake de terugbetaling van een uitvoerrestitutie. Gezien het door mij in overweging gegeven antwoord op de derde vraag, kan de vierde vraag onbeantwoord blijven.

De vijfde vraag

36. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in feite te vernemen, op welke grondslag een nationale rechterlijke instantie kan besluiten tot opschorting van de tenuitvoer-

legging van een administratieve beschikking in geval van twijfel omtrent de geldigheid van de regel van gemeenschapsrecht krachtens welke de administratieve beschikking is gegeven.

37. De Commissie heeft verwezen naar de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde algemene beginselen inzake opschorting van de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale bestuurshandeling [zie arresten Hof van 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Zuckerfabrik Soest ⁶, en 9 november 1995, zaak C-465/93, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft e. a. (I) ⁷]. Volgens de Commissie is er geen aanleiding om deze rechtspraak aan artikel 244 van de douaneverordening aan te passen. Deze bepaling maakt opschorting van de tenuitvoerlegging mogelijk, wanneer er wordt getwijfeld aan de geldigheid of het gevaar van onherstelbare schade bestaat. Het is wellicht verdedigbaar de nationale rechterlijke instanties op douanegebied dergelijke ruime bevoegdheden toe te kennen, doch dit kan niet op alle gebieden geschieden. Om de rechten van de verdediging van de gemeenschapsinstellingen te waarborgen, dienen de in de genoemde arresten gestelde voorwaarden voor voorlopige maatregelen te worden aangevuld met de voorwaarde, dat de nationale rechterlijke instantie de gemeenschapsinstelling van welke de handeling waarvan de geldigheid wordt betwist, afkomstig is, in de gelegenheid moet stellen haar standpunt te bepalen.

38. Volgens Krüger kan artikel 244 van de douaneverordening in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof naar analogie

6 — Jurispr. 1991, blz. I-415.

7 — Jurispr. 1995, blz. I-3761.

worden toegepast. De procedure voor de uitvoer is nauw verbonden met de procedure voor uitvoerrestitutie en zonder analoge toepassing zou het gemeenschapsrecht een lacune vertonen, die tot discriminatie zou leiden.

— indien de nationale rechter bij de beoordeling van al die voorwaarden de uitspraken van het Hof of het Gerecht van eerste aanleg over de wettigheid van de verordening, of een beschikking in kort geding waarbij op communautair vlak soortgelijke voorlopige maatregelen zijn getroffen, cerbiedigt”.

39. Het Hof heeft laatstelijk in het arrest Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e. a. (I) (reeds aangehaald) de voorwaarden gepreciseerd waaronder een nationale rechterlijke instantie voorlopige maatregelen kan gelasten met betrekking tot een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale handeling. Volgens de rechtspraak mogen voorlopige maatregelen door de nationale rechter slechts worden getroffen:

„— indien die rechter ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de gemeenschapshandeling koestert en hij, wanneer de vraag betreffende de geldigheid van de betwiste handeling nog niet aan het Hof is voorgelegd, deze vraag zelf verwijst;

— indien de zaak spoedeisend is in die zin, dat voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de partij die erom verzoekt, ernstige en onherstelbare schade lijdt;

— indien de rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap;

40. Zoals hierboven gezegd, vindt artikel 244 van de douaneverordening geen toepassing op verzoeken om terugbetaling van ten onrechte uitbetaalde uitvoerrestituties. De inning van douanerechten en heffingen bij particulieren en de terugbetaling aan dezen van ten onrechte geïnde rechten zijn mijns inziens van geheel andere aard dan de uitbetaling van uitvoerrestituties en de terugbetaling van mogelijkerwijs ten onrechte aan particulieren uitbetaalde restituties, en dit verschil is eveneens merkbaar wanneer het gaat om de voorwaarden voor opschorting van de tenuitvoerlegging van dergelijke beschikkingen.

41. Mijns inziens had de verwijzende rechter derhalve uitspraak moeten doen op het door Krüger ingediende verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de terugbetalingsbeschikking overeenkomstig de door het Hof in zijn rechtspraak, laatstelijk in de zaak Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e. a. (I) (reeds aangehaald), opgestelde criteria.

42. Volgens de Commissie kan een nationale rechterlijke instantie de gevolgen van voorlopige maatregelen voor het belang van de

Gemeenschap niet beoordelen zonder de medewerking van de gemeenschapsinstellingen en dienen de in de rechtspraak opgestelde voorwaarden derhalve te worden aangevuld met het vereiste, dat de nationale rechterlijke instantie de gemeenschapsinstelling van welke de handeling waarvan de geldigheid wordt betwist, afkomstig is, in de gelegenheid stelt haar standpunt te bepalen.

43. Uit bovenstaand citaat uit 's Hofs arrest van 9 november 1995, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft e. a. (I), blijkt, dat een nationale rechterlijke instantie enkel voorlopige maatregelen met betrekking tot een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale handeling kan gelasten, indien hij naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap. De redenen voor deze voorwaarde zijn te vinden in de rechtsoverwegingen 42 tot en met 45 van het arrest Atlanta Fruchthandels-gesellschaft e. a. (I). Volgens rechtsoverweging 43 dient de nationale rechter ter naleving van deze verplichting om rekening te houden met het belang van de Gemeenschap, eerst na te gaan of aan de betrokken gemeenschapshandeling niet elke nuttige werking wordt ontnomen, wanneer zij niet onmiddellijk wordt toegepast.

44. 's Hofs rechtspraak inzake voorlopige maatregelen verleent de nationale rechterlijke instanties dienaangaande een zeer ruime bevoegdheid. De nationale rechterlijke instanties dienen deze behoedzaam en terughoudend uit te oefenen. Vanzelfsprekend kan niet volledig worden uitgesloten, dat het in bepaalde zaken nuttig kan zijn, dat de nationale rechter, indien het nationale procesrecht dit toestaat, zich bijvoorbeeld tot de Commissie wendt om nadere inlichtingen omtrent de redenen voor deze of gene bepaling te verkrijgen. In het algemeen zal de nationale

rechter het evenwel wellicht nuttiger achten om de partijen bij het geding, en in strafzaken het Openbaar ministerie, te verzoeken om de noodzakelijke inlichtingen te vergaren over het standpunt van de gemeenschapsinstellingen op een bepaald gebied, wanneer dat voor de rechterlijke instantie noodzakelijk is om het belang van de Gemeenschap te kunnen beoordelen. *Mijns inziens is een zaak als de onderhavige niet geschikt om te preciseren op welke wijze de nationale rechterlijke instanties erop moeten toezien, dat de belangen van de Gemeenschap naar behoren worden gewaarborgd.*

45. Om bovenstaande redenen geef ik het Hof in overweging, op deze vraag te antwoorden, dat een nationale rechterlijke instantie de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale handeling slechts mag opschorten:

— indien die rechter ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de gemeenschaps-handeling koestert en hij, wanneer de vraag betreffende de geldigheid van de betwiste handeling nog niet aan het Hof is voorgelegd, deze vraag zelf verwijst;

— indien de zaak spoedeisend is in die zin, dat voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de partij die erom verzoekt, ernstige en onherstelbare schade lijdt;

— indien de rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap;

— indien de nationale rechter bij de beoordeling van al die voorwaarden de uitspraken van het Hof of het Gerecht van eerste aanleg over de wettigheid van de verordening, of een beschikking in kort geding waarbij op communautair vlak soortgelijke voorlopige maatregelen zijn getroffen, eerbiedigt.

beschikking inzake voorlopige maatregelen moet worden toegestaan. De bepalingen van de Finanzgerichtsordnung maken het aldus mogelijk, dat een hogere rechter de voorwaarden voor voorlopige maatregelen onderzoekt, hetgeen in het belang van het gemeenschapsrecht is.

De zesde vraag

46. Met de zesde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of artikel 177, tweede alinea, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het is uitgesloten dat een rechterlijke instantie die in het kader van een prejudiciële verwijzing naar het Hof de opschorting van de tenuitvoerlegging van een administratieve beschikking heeft gelast, hogere voorziening tegen zijn opschortingsbeschikking toestaat.

48. Er zij op gewezen, dat een nationale rechterlijke instantie die wegens twijfel omtrent de geldigheid van het gemeenschapsrecht voorlopige maatregelen gelast, volgens de rechtspraak van het Hof [zie laatstelijk arrest Atlanta Fruchthandels-gesellschaft e. a. (I), reeds aangehaald] een prejudiciële vraag betreffende de geldigheid naar het Hof moet verwijzen, wanneer deze vraag nog niet aan het Hof is voorgelegd.

47. Volgens de Commissie wordt de plicht van een rechterlijke instantie tot verwijzing van een prejudiciële vraag in het kader van een beschikking inzake voorlopige maatregelen door het toestaan van hogere voorziening tegen deze beschikking niet beperkt. Indien de rechterlijke instantie die op de hogere voorziening uitspraak doet, de beschikking inzake voorlopige maatregelen vernietigt, verdwijnt namelijk de grondslag voor de verwijzingsplicht. Het toestaan van hogere voorziening doet evenmin afbreuk aan het recht om een prejudiciële vraag voor te leggen. Volgens de Duitse rechtspraak is een zaak die aanleiding geeft tot prejudiciële verwijzing steeds van principiële betekenis, waardoor hogere voorziening tegen een

49. Deze plicht geldt eveneens voor nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen vatbaar zijn voor hogere voorziening bij een hogere instantie. Deze verwijzingsplicht vindt immers zijn verklaring in het feit, dat de voorlopige maatregel die de nationale rechter treft om de volle werking van de definitieve uitspraak van het Hof over de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verzekeren, de facto inbreuk maakt op een gemeenschapshandeling. Wanneer de nationale rechterlijke instanties met betrekking tot een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale handeling voorlopige maatregelen konden gelasten zonder het Hof dienaangaande een vraag voor te leggen, zou het de facto de nationale rechterlijke instanties vrijstaan aan gemeenschapsrechtelijke handelingen voorbij te gaan, zonder dat het

Hof zich definitief zou kunnen uitspreken over de geldigheid van de betrokken gemeenschapshandeling. Hieruit volgt, dat de verwijzingsplicht onlosmakelijk is verbonden met de beschikking van een nationale rechterlijke instantie waarbij voorlopige maatregelen worden gelast met betrekking tot een op het gemeenschapsrecht gebaseerde nationale handeling. Indien de beschikking inzake voorlopige maatregelen in hogere voorziening wordt vernietigd, vervalt ook de daarmee verbonden plicht om het Hof een prejudiciële vraag voor te leggen.

50. Om deze redenen geef ik het Hof in overweging, op de zesde vraag te antwoorden, dat artikel 177, tweede alinea, van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het niet is uitgesloten dat een nationale rechterlijke instantie die de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale bestuurshandeling opschort en het Hof wegens gegronde twijfel omtrent de geldigheid van de gemeenschapsverordening dienaangaande een vraag voorlegt, hogere voorziening tegen zijn opschortingsbeschikking toestaat.

Conclusie

51. Om bovenstaande redenen geef ik het Hof in overweging, de door het Finanzgericht Hamburg gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Bij onderzoek in het licht van de verwijzingsbeschikking en de andere uit de stukken voortvloeiende gegevens, is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid kunnen aantasten van verordening (EEG) nr. 804/68 van de Raad van 27 juni 1968 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelproducten, zoals laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1587/96 van de Raad van 30 juli 1996 tot wijziging van verordening nr. 804/68.
- 2) Artikel 244 van verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek, zoals laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 82/97 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 tot wijziging van verordening nr. 2913/92, moet aldus worden uitgelegd, dat het niet van toepassing is op de opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikkingen inzake de terugbetaling van uitvoerrestituties.

- 3) Artikel 189 van het Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat een nationale rechterlijke instantie de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale bestuurshandeling slechts mag opschorten:
- indien die rechter ernstige twijfel omtrent de geldigheid van de gemeenschapshandeling koestert en hij, wanneer de vraag betreffende de geldigheid van de betwiste handeling nog niet aan het Hof is voorgelegd, deze vraag zelf verwijst;
 - indien de zaak spoedeisend is in die zin, dat voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de partij die erom verzoekt, ernstige en onherstelbare schade lijdt;
 - indien de rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap;
 - indien de nationale rechter bij de beoordeling van al die voorwaarden de uitspraken van het Hof of het Gerecht van eerste aanleg over de wettigheid van de verordening, of een beschikking in kort geding waarbij op communautair vlak soortgelijke voorlopige maatregelen zijn getroffen, eerbiedigt.
- 4) Artikel 177, tweede alinea, van het Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het niet is uitgesloten dat een nationale rechterlijke instantie die de tenuitvoerlegging van een op een gemeenschapsverordening gebaseerde nationale bestuurshandeling opschort en het Hof wegens gegronde twijfel omtrent de geldigheid van de gemeenschapsverordening dienaangaande een vraag voorlegt, hogere voorziening tegen zijn opschortingsbeschikking toestaat.”