CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 6 OKTOBER 1983 [1]

Mijne heren,

Het Finanzgericht te Hamburg heeft het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

1. Is artikel 1, a, van verordening (EEG) nr. 2271/78 van de Commissie van 29 september 1978 (PB L 275 van 30. 9. 1978, blz. 28) (en zes andere verordeningen die er achtereenvolgens voor in de plaats zijn getreden) juncto artikel 4, lid 3, van 's Raads verordening (EEG) nr. 2682/72 van 12 december 1972 (PB L 289 van 27. 12. 1972, blz. 13, speciale uitgave van 9-28 december 1972, blz. 42), zoals het ingevolge 's Raads verordening (EEG) nr. 707/78 van 4 april 1978 (PB L 94 van 8. 4. 1978, blz. 7) is komen te luiden, niet rechtsgeldig voor zover daarin voor de uitvoer van mannitol c.q. sorbitol als bedoeld in tariefnummers 29.04 C II, 39.04 C III en 38.19 T van het gemeenschappelijk douanetarief, waarvoor geen produktierestitutie is voorzien, toepassing van de restitutiepercentages van tabel I en niet van tabel II van de bijlagen van genoemde restitutieverordeningen wordt voorgeschreven?

2. Zo ja, welke gevolgen zijn dan aan de niet-rechtsgeldigheid van genoemde verordeningen verbonden?

De legislatieve context van deze vragen kan als volgt worden geschetst.

a) 's Raads verordening nr. 1009/67 van 18 december 1967 (PB L 308 van 18. 12. 1967, blz. 1) bracht een gemeenschappelijke ordening van de suikermarkt en omschreef de onder die ordening vallende produkten. Volgens artikel 9, lid 6, zouden er bij de produktie van een aantal dier produkten restituties worden verleend, indien zij zouden worden gebruikt bij de vervaardiging van bepaalde produkten van de chemische industrie. Exportrestituties werden in uitzicht gesteld voor de export van die produkten in natuurlijke toestand dan wel in de vorm van de goederen die in een bijlage der verordening waren opgesomd, welke bijlage bij verordening nr. 2100/68 van 20 december 1968 (PB L 309 van 24. 12. 1968, blz. 4) is gewijzigd. De Raad had algemene voorschriften betreffende de toekenning van restituties en de bepaling van het bedrag der restituties vast te stellen (artikel 17).

b) Die algemene voorschriften zijn, onder meer voor de in genoemde bijlage vermelde goederen, vastgesteld bij 's Raads verordening (EEG) nr. 2682/72. Volgens artikel 4, lid 3 van die verordening wordt „ter vaststelling van de restitutievoet ... in voorkomend geval rekening gehouden met de restituties bij de produktie ... die voor de basisprodukten of de daarmede gelijkgestelde produkten in alle Lid-Staten worden toegepast uit hoofde van de verordening houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de betrokken sector."

c) Bij verordening (EEG) nr. 3330/74 van 19 december 1974 (PB L 359 van 31. 12. 1974, blz. 1) is verordening nr. 1009/67/EEG ingetrokken en zijn

1 — Vertaald uit het Engels.

voor de gemeenschappelijke ordening der suikermarkt nieuwe bepalingen vastgesteld. Volgens artikel 9, lid 4, kan (niet: moet) worden besloten restituties bij de produktie te verlenen voor de gespecificeerde produkten die bij de vervaardiging van bepaalde produkten van de chemische industrie worden gebruikt, en volgens artikel 19 kunnen er voor de in eerdere verordeningen, en met name in de bijlage, genoemde produkten, restituties worden toegekend. Laatstgenoemd artikel is op zijn beurt gewijzigd bij 's Raads verordening nr. 705/78 van 4 april 1978 (PB L 94 van 8. 4. 1978, blz. 1), onder meer betrekking hebbende op meerwaaardige alcoholen 29.04 C II mannitol en C III sorbitol, alsook 38.19 T sorbitol, andere dan die bedoeld bij onderverdeling C III van post 29.04. Verordening nr. 2682/72 werd voortaan geacht krachtens verordening nr. 3330/74 te zijn vastgesteld.

d) Volgens 's Raads verordening (EEG) nr. 1400/78 van 20 juni 1978 (PB L 170 van 27. 6. 1978, blz. 9) zou er een produktierestitutie worden verleend voor de produkten genoemd in artikel 1, lid 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 3330/74 en voor sacharosestroop van onderverdeling ex 17.02 D II van het gemeenschappelijk douanetarief, „gebruikt bij de vervaardiging van de in de bijlage vermelde produkten van de chemische industrie". In de bijlage werden, onder meer, onder 29.04 C II en III onderscheidenlijk 38.19 T, mannitol, sorbitol en „andere" sorbitol genoemd.

e) Bij de zeven in de eerste vraag genoemde verordeningen van de Commissie zijn de met ingang van 1 oktober 1978 en tot 30 juni 1980 geldende exportrestituties „voor de in bijlage A van verordening (EEG) nr. 2682/72 genoemde basisprodukten die tevens zijn bedoeld in artikel 1, lid 1, van verordening (EEG) nr. 3330/74 en die worden uitgevoerd in de vorm van de in bijlage I bij verordening (EEG) nr. 3330/74 vermelde goederen", vastgesteld. In tabel I en tabel II zijn voor dezelfde goederen lagere onderscheidenlijk hogere percentages vastgesteld naar gelang zij in de bijlage bij verordening (EEG) nr. 1400/78 onderscheidenlijk niet op tabel I zijn vermeld. In al deze door de Commissie vastgestelde verordeningen wordt artikel 4, lid 3, van verordening (EEG) nr. 2682/72 aangehaald, waarin is bepaald dat bij de vaststelling van de restitutie in voorkomend geval rekening moet worden gehouden met de restituties die in alle genoemde Lid-Staten van toepassing zijn. Hoewel het in deze verordeningen niet letterlijk wordt gezegd, heeft men het kennelijk daarheen willen leiden dat er bij de vaststelling der exportrestitutie met de geldende produktierestituties in dier voege rekening zou worden gehouden dat de „toepasselijkheid" van een produktierestitutie tot verlaging van de exportrestitutie zou leiden.

f) Met ingang van 1 juli 1980 gold de lagere restitutie slechts voor goederen, genoemd in de bijlage bij verordening (EEG) nr. 1400/78, waarvoor reeds een produktierestitutie was toegekend.

De Duitse firma Merck produceerde aanvankelijk partijen mannitol en sorbitol door kristalsuiker om te zetten in een

invertoplossing die vervolgens werd gehydreerd; tot september 1974 werden haar de produktierestitutie alsmede de — lagere — exportrestitutie verleend. Tot 1978 zijn er toen blijkbaar geen verdere produktierestituties toegekend. In 1976 was Merck intussen begonnen bij anderen invertoplossingen aan te kopen, die door Merck zelf werden gehydreerd volgens een systeem dat een continue produktie van mannitol en sorbitol mogelijk maakte.

De Duitse instanties stelden zich op het standpunt dat de invertsuiker-oplossing niet een in artikel 1, lid 1, a, van verordening nr. 3330/74 genoemd produkt was, noch ook een sacharosestroop als in artikel 1 van verordening nr. 1400/78 vermeld, immers in hoofdzaak uit glucose, fructose en water bestond. Er zou dus geen produktierestitutie zijn voorzien. Het schijnt dat Merck dit, met de Commissie, heeft aanvaard.

De Duitse overheid besloot voorts dat voor mannitol en sorbitol, i.e. in de bijlage bij verordening nr. 1400/78 genoemde produkten, een lagere restitutie zou gelden.

De firma Merck was het hiermede niet eens; zij meent dat de restitutieverordeningen aldus moeten worden gelezen dat alleen voor produkten die werkelijk voor een produktierestitutie in aanmerking zijn gekomen, de hogere exportrestitutie niet zou gelden, althans zouden de verordeningen niet rechtsgeldig zijn te achten omdat de Commissie zich niet zou hebben gedragen naar de aan artikel 4, lid 3, van 's Raads verordening nr. 2682/72 duidelijk af te lezen bedoeling dat er bij de vaststelling van exportrestituties met de toepasselijkheid van produktierestituties rekening zou worden gehouden.

Het antwoord van de Commissie kwam er op neer dat een efficiënt en doelmatig beheer juist gebaat was met een stelsel dat een onderzoek naar de vraag of er wel produktierestituties waren aangevraagd, overbodig maakte. Het mocht ervoor worden gehouden dat mannitol en sorbitol uitsluitend werden verkregen uit produkten als bedoeld in bijlage A van verordening nr. 2682/72, die in artikel 1 van verordening nr. 3330/74 waren opgesomd. Mannitol en sorbitol waren in de bijlage van verordening nr. 1400/78 genoemd en daarmee uit. Binnen een redelijke tijd nadat de Commissie van Mercks gewijzigd produktieproces had vernoemen, heeft de Commissie de verordening per 1 juli 1980 gewijzigd.

De verwijzende rechterlijke instantie vraagt of de zeven verordeningen rechtsgeldig zijn. Daarbij wordt evenwel aangenomen dat de instanties waarvan die verordeningen, alsook verordening nr. 1400/78 zijn uitgegaan, de juiste weg hebben bewandeld, i.e. uit het feit dat mannitol en sorbitol in de bijlage van laatstgenoemde verordening worden genoemd, terecht hebben geconcludeerd dat de lagere restituties van toepassing zijn.

De vraag naar de (on)rechtsgeldigheid kan dus pas worden besproken nadat is uitgemaakt of bedoeld uitgangspunt juist is.

De relevante goederen zijn de genoemde goederen „indien zij vermeld zijn in de bijlage". Om uit te maken in hoeverre zulks het geval is, zal men verordening nr. 1400/78 mijns inziens als een geheel moeten lezen. Men mag niet zomaar met de woorden, buiten het redeverband om, te rade gaan. Het is evident dat de produktierestituties voor de genoemde produkten slechts gelden wanneer zij worden gebruikt voor de vervaardiging van de produkten van de chemische industrie

die in de bijlage zijn opgesomd. De in de bijlage opgesomde produkten zijn enkel en alleen die welke met gebruikmaking van de „basisprodukten" zijn vervaardigd. Mannitol en sorbitol vallen dus alleen onder tabel I van de zeven verordeningen, voor zover zij blijken te zijn vervaardigd met gebruikmaking van de basisprodukten bedoeld in artikel 1 van verordening nr. 1400/78. In casu was dat niet het geval. Zij vallen derhalve onder tabel II, zodat zij voor toepassing van de hogere restitutie in aanmerking kwamen.

Zowel een juiste lezing der verordeningen alsook een consequente (en wel de enig consequente) toepassing van artikel 4, lid 3, van 's Raads verordening nr. 2682/72 dwingen mijns inziens tot dit resultaat. De Commissie zag zich hierdoor niet gedwarsboomd in haar primaire bedoeling het onderzoek naar de vraag of er, in daartoe in aanmerking komende gevallen, werkelijk een restitutie was verleend, uit de weg te gaan. Het gaat er in casu niet om of iemand die een produktierestitutie had kunnen aanvragen maar het niet deed, voor de hogere exportrestitutie in aanmerking kan komen. Dat is een heel andere kwestie. Het gaat er thans slechts om welke produkten onder de bijlage van verordening nr. 1400/78 vallen.

Zoals ik ze lees, acht ik deze zeven verordeningen niet ongeldig.

Mocht ik de tegenovergestelde opvatting hebben gehuldigd en van mening zijn geweest dat in een juiste lezing der verordening voor mannitol en sorbitol steeds slechts de lagere exportrestitutie kan worden verleend (ook als er geen produktierestitutie kon worden geclaimd omdat zij niet uit een van de genoemde produkten werden verkregen), dan zou de vraag zijn gerezen of de zeven verordeningen van de Commissie als rechtsgeldig waren te beschouwen voor zover zij mannitol en sorbitol, indien niet voor een produktierestitutie komende, ook niet voor de hogere exportrestitutie in aanmerking brachten.

Zou deze lezing als de juiste moeten worden beschouwd, dan zou de Commissie zich mijns inziens in haar zeven verordeningen niet hebben gedragen naar artikel 4, lid 3, van 's Raads verordening nr. 2682/72. Het gaat niet aan bij de vaststelling van het bedrag van de exportrestitutie voor een bepaald produkt een produktierestitutie in aanmerking te nemen waarvoor het betrokken produkt niet in aanmerking komt. En door alle mannitol en sorbitol, wat de exportrestitutie betreft, over één kam te scheren discrimineert men ten nadele van producenten die niet voor een produktierestitutie in aanmerking komen, hetgeen hen bij producenten die daarop wel aanspraak kunnen maken, in het nadeel brengt.

Ten betoge dat de verordeningen als rechtsgeldig zijn te beschouwen beroept de Commissie zich in hoofdzaak op twee argumenten.

In de eerste plaats zou de Commissie bij de uitvoering van 's Raads verordening nr. 2682/72 over een ruime discretionaire marge beschikken en, ter voorkoming van administratieve moeilijkheden, voor een vereenvoudigde procedure mogen opteren. Ofschoon de Commissie over discretionaire bevoegdheden beschikt en heel in het algemeen mag opteren voor de administratieve procedures die haars inziens de voorkeur verdienen, is haar beleid niet langer rechtsgeldig wanneer zij het aan dat beleid door de Raad gestelde kader te buiten gaat. 's Raads verordening nr. 2682/72 houdt

mijns inziens niet in dat men, ter vergemakkelijking van de administratie, een exportrestitutie zou mogen vaststellen met in aanmerkingneming van een produktierestitutie waarvoor de betrokken goederen niet in aanmerking komen. Er kan in casu niet worden gesproken van een situatie waarin de aan het restitutiestelsel verbonden administratieve moeilijkheden de Commissie geen andere keus dan de vaststelling van zulke verordeningen lieten. Dit blijkt ook wel uit de manier waarop de situatie in juli 1980 werd verholpen.

In de tweede plaats betoogt de Commissie dat zij bij de vaststelling der verordeningen heeft aangenomen dat alleen produkten die voor een produktierestitutie in aanmerking komen, voor de vervaardiging van mannitol en sorbitol werden gebruikt. Dat dit niet het geval bleek, hield verband met een technische ontwikkeling waarvan de Commissie geen kennis droeg. Gaat een onderneming tot toepassing van een nieuw technisch procédé over zonder de Commissie tot de nodige verificatie in staat te stellen, dan handelt zij volgens de Commissie op eigen risico.

Gezien de inlichtingen welke het Hof ten verhore werden verschaft, acht ik dit standpunt niet juist. Er was inderdaad geen sprake van een nieuwe technische ontwikkeling die redelijkerwijs niet had kunnen worden voorzien. Er was iets anders aan de hand: de eerste fase van een proces dat zich over twee fasen uitstrekt (het maken van een invertoplossing en het hydreren ervan) werd blijkbaar in het belang van een efficiënte bedrijfsvoering en ter verzekering van een continue produktie, door een afzonderlijke maatschappij uitgevoerd. Er is dus geen sprake van een nieuwe wetenschappelijke of technische ontwikkeling waarop niet kon worden geanticipeerd. Merck was er bovendien al twee jaar voordat de eerste van de verordeningen der Commissie in werking trad, toe overgegaan. Welke situatie zich zou hebben voorgedaan indien er een geheel nieuwe technische ontwikkeling zou zijn ontdekt waarvan de Commissie in het geheel niet op de hoogte was, is een andere vraag waarmede wij ons in casu niet hebben bezig te houden.

Ik meen dan ook dat de verordeningen der Commissie, voor zover zij mannitol en sorbitol die voor een produktierestitutie niet in aanmerking kwamen, ook van een hogere exportrestitutie uitsloten, als ongeldig zijn te beschouwen.

Hiervan uitgaande, vraagt het Finanzgericht welke gevolgen er aan de ongeldigheid der verordening rechtens zijn verbonden.

Ofschoon het „met betrekking tot de nationale handeling ter uitvoering van een gemeenschapshandeling, ... in de eerste plaats aan de nationale instanties [staat] om in hun eigen rechtsorde de consequenties te trekken uit het feit dat die gemeenschapshandeling in het kader van artikel 177 EEG-Verdrag ongeldig is verklaard" (zaak 23/75 *Rey Soda/Cassa Conguaglio Zucchero,* Jurispr. 1975, blz. 1279), mag het Hof zich uitspreken over de gevolgen, waartoe haar onrechtmatigverklaring van een handeling der Gemeenschap moet leiden. De verwijzende rechter zal het er *in casu* mijns inziens voor hebben te houden dat de onrechtmatige bepaling rechtens geen effect sorteert. Ik acht het niet nodig dat de Commissie verdere, positieve, stappen onderneemt. Onrechtmatigverklaring betekent derhalve dat artikel 1, lid a, van de verordeningen der Commissie, niet langer geldt voor de in de bijlage bij verordening nr. 1400/78 vermelde goederen, waarvoor op een produktierestitutie geen

aanspraak kan worden gemaakt. Waar artikel 1, lid a, op zulke goederen rechtens niet van toepassing is, moeten zij onder artikel 1, lid b, worden gebracht (men zie de arresten, gewezen in de zaken nrs. 238/78, *Ireks Arkady/Raad en Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 2955 en de conclusie van de advocaat-generaal Capotorti, blz. 2991; 66/80, *International Chemical Corporation/Administratie der Staatsfinanciën*, Jurispr. 1981, blz. 1191, en de conclusie van de advocaat-generaal Reischl, blz. 1230; 112/76 *Manzoni/FNROM*, Jurispr. 1977, blz. 1647, en de conclusie van de advocaat-generaal Warner, blz. 1662).

In het licht van de mijns inziens juiste uitlegging van de verordeningen der Commissie, ben ik evenwel van mening dat de aan het Hof gestelde vragen in die zin dienen te worden beantwoord dat bij onderzoek niet is gebleken van feiten of omstandigheden welke aan de rechtsgeldigheid van verordeningen nr. 2271/78, 2555/78, 2807/78, 3115/78, 181/79, 410/79 en 615/79 van de Commissie in de weg staan.

Waar de verwijzing in het kader van de procedure voor de nationale rechter heeft plaatsgevonden, heeft deze zich ook over de kosten van de onderneming uit te spreken, terwijl de Commissie de aan haar zijde gevallen kosten heeft te dragen.