CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN
van 6 december 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Commissie heeft op grond van artikel 169 van het EEG-Verdrag een procedure bij het Hof aanhangig gemaakt, omdat zij van oordeel is dat de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk hun verplichtingen onder het Verdrag niet zijn nagekomen door na te laten in toepassing van verordening nr. 1697/79 [1] tot navordering over te gaan van een zeker bedrag aan heffingen en, bij gebreke van het instellen van zulke navordering, dit bedrag ter beschikking van de Europese Gemeenschappen te stellen ten titel van „eigen middelen" van de Gemeenschappen.

De Commissie beweert dat Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk in toepassing van voornoemde verordening nr. 1697/79 tot navordering hadden moeten overgaan van een aantal „monetair compenserende bedragen" die volgens haar verschuldigd zijn door een Franse en een Britse onderneming.

Achtergrond

2. De richtlijn 69/73 van de Raad [2] stelt een regeling van „actieve veredeling" in, waarbij de invoerder van goederen geen invoerheffingen hoeft te betalen op voorwaarde dat de ingevoerde goederen bestemd zijn om te worden uitgevoerd onder de vorm van „veredelingsprodukten". Het regime van actieve veredeling houdt dus een vrijstelling van invoerheffingen in die wordt gekoppeld aan een voorwaarde van uitvoer van verwerkte produkten („veredelde" produkten) zonder exportrestituties.

Artikel 24 van voornoemde richtlijn voert de mogelijkheid van „equivalentieverkeer" in: onder bepaalde omstandigheden kunnen de bevoegde autoriteiten als veredelingsprodukten eveneens aanmerken, produkten die zijn verkregen door behandeling van goederen van dezelfde soort, van dezelfde hoedanigheid en met dezelfde technische kenmerken als de ingevoerde goederen („vervangende goederen"). Artikel 25 van dezelfde richtlijn laat voorts onder bepaalde gevallen ook een systeem van „voorafgaande uitvoer" van de veredelingsprodukten toe. Dit artikel voorziet dat, wanneer de omstandigheden zulks rechtvaardigen en met inachtneming van de door de bevoegde autoriteit vastgestelde bepalingen, de veredelingsprodukten kunnen worden uitgevoerd (eveneens zonder exportrestituties) alvorens goederen onder de regeling van „actieve veredeling" worden ingevoerd met vrijstelling van invoerrechten.

De richtlijn 75/349 van de Commissie [3] die een aantal nadere regelen inhoudt voor het

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Verordening van de Raad van 24 juli 1979, inzake navordering van de rechten bij invoer of bij uitvoer die niet van de belastingschuldige zijn opgeëist voor goederen welke zijn aangegeven voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide (PB 1979, L 197, blz. 1).

2 — Richtlijn van de Raad van 4 maart 1969, inzake de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met betrekking tot de regeling „actieve veredeling" (PB 1969, L 58, blz. 1).

3 — Richtlijn van de Commissie van 26 mei 1975 betreffende nadere regelen voor het equivalentieverkeer en de voorafgaande uitvoer in het kader van de regeling „actieve veredeling" (PB 1975, L 156, blz. 25).

equivalentieverkeer, bevat twee voor het onderhavige geschil relevante bepalingen. Vooreerst is er artikel 5, punt 1, dat bepaalt dat:

„De vervangende goederen nemen, door in de plaats te treden van de invoergoederen de douanestatus van deze laatste goederen over, zoals de invoergoederen vanaf het moment van hun vervanging geacht moeten worden de daaraan voorafgaande douanestatus van de vervangende goederen over te nemen."

Daarnaast is er artikel 4 van dezelfde richtlijn, dat als volgt luidt:

„De bevoegde autoriteiten wijzen het gebruik maken van het equivalentieverkeer of de voorafgaande uitvoer af indien dit een ongerechtvaardigd voordeel tot gevolg zou hebben ten aanzien van de vrijstelling van douanerechten, heffingen van gelijke werking, landbouwheffingen en andere heffingen, welke in het kader van het algemeen landbouwbeleid of van de op artikel 235 van het Verdrag van toepassing zijnde specifieke regeling voor bepaalde goederen die uit de verwerking van landbouwprodukten verkregen worden, voorzien zijn."

3. Omdat het grondgebied van de Gemeenschap ten opzichte van derde landen een douane-eenheid vormt, is het vanzelfsprekend dat in- en uitvoeroperaties in verschillende landen kunnen plaatsvinden. Omstreeks het begin van 1981 werden de Britse en Franse autoriteiten benaderd door respectievelijk de onderneming Rank Hovis (een vennootschap naar Brits recht) en de Compagnie française commerciale et financière („CFCF", een vennootschap naar Frans recht), die de wens uitdrukten om samen een in- en uitvoerhandel op te zetten op basis van de regeling van actieve veredeling met equivalentieverkeer. De bedoeling was, dat Rank Hovis vanuit Canada zachte tarwe, onder vrijstelling van invoerrechten in het Verenigd Koninkrijk zou invoeren terwijl CFCF vanuit Frankrijk meel als veredelingsprodukt zonder aanspraak op exportrestituties naar derde landen zou uitvoeren. Artikel 11 van voornoemde richtlijn 75/349 voorziet echter dat de invoer van de invoergoederen alleen kan geschieden door of voor rekening van de vergunninghouder van de voorafgaande uitvoer.

Omwille van het nieuwe karakter van het voorgestelde „driehoeksverkeer", werd door onder meer de Britse en de Franse autoriteiten contact opgenomen met de Commissie. Op 12 juni 1981 vond te Brussel een vergadering plaats tussen enerzijds de Commissie en anderzijds vertegenwoordigers van Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Nederland. De vertegenwoordiger van Nederland was blijkens het dossier op de vergadering aanwezig omdat een Nederlandse en een Franse onderneming een gelijkaardig driehoeksverkeer wensten op te zetten met betrekking tot de in- en uitvoer van olieprodukten. Tussen de partijen bestaat betwisting of gedurende deze vergadering enkel de algemene principes van voornoemde richtlijn 69/73 en voornoemde richtlijn 75/349 werden besproken (volgens de Commissie), dan wel of er werd ingegaan op de details van de specifiek voorgenomen transacties (volgens de verweerders). Allezins is duidelijk dat de Commissie tijdens deze vergadering de procedure heeft uiteengezet die zij gevolgd wenste te zien in het geval van equivalentieverkeer waarbij de import- en exportoperaties niet door dezelfde onderneming en/of in hetzelfde land plaats-

vinden. De richtlijnen van de Commissie werden geconcretiseerd in het document SUD/833/81, dat door de Commissie in juni-juli 1981 werd opgesteld en aan de Franse en Britse douane-autoriteiten werd overgemaakt. Het document stelt dat, wanneer de exporteur en de importeur twee verschillende personen zijn, de door artikel 11 van voornoemde richtlijn 75/349 vereiste band tussen in- en uitvoerder tot stand kan worden gebracht middels het oprichten van een tijdelijke vereniging, die dan titularis zou worden van de toelating om een systeem van actieve veredeling op te zetten.

4. Een „groupement d'intérêt économique" (GIE) naar Frans recht, de „GIE Minoran", werd dienvolgens opgericht door Rank Hovis en CFCF. De GIE Minoran verkreeg op 21 oktober 1981 een vergunning van de Franse autoriteiten (met instemming van de Britse autoriteiten) om de voorgenomen transacties uit te voeren. De vergunning had een geldigheidsduur van één jaar. Op grond van deze vergunning werden tussen februari 1982 en september 1982 door Rank Hovis voor rekening van de GIE Minoran een aantal ladingen zachte tarwe uit Canada in het Verenigd Koninkrijk ingevoerd. Tijdens dezelfde periode werd het meel, eveneens voor rekening van de GIE Minoran, door CFCF uitgevoerd vanuit Frankrijk naar derde landen. Alle transacties verliepen zonder toepassing van invoerheffingen of toekenning van uitvoerrestituties. Op 9 augustus 1982 werd een tweede vergunning van dezelfde aard toegekend aan de GIE Minoran, die echter werd opgeschort ingevolge een telex van de Commissie van 22 september 1982. In een brief van 12 juli 1984 deelde de Commissie de betrokken Lid-Staten mee, dat naar haar oordeel de transacties een „ongerechtvaardigd voordeel" in de zin van het hiervoor aangehaalde artikel 4 van richtlijn 75/349 tot gevolg hadden. De Commissie verzocht Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk in deze brief om in toepassing van dit artikel 4 en van artikel 2, punt 1 (eerste alinea), van verordening nr. 1697/79 (hiervoor aangehaald), de „ontweken bedragen" terug te betalen [4]. In antwoord op vragen van respectievelijk Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk welke bedragen de Commissie nagevorderd wenste te zien, preciseerde de Commissie in een brief van 19 december 1984 dat zij om navordering verzocht van monetair compenserende bedragen die voorzien zijn voor, respectievelijk, de uitvoer van meel uit Frankrijk naar derde landen, en de invoer in het Verenigd Koninkrijk van graan dat afkomstig is uit Canada. Nadat een uitwisseling van contacten tussen de Lid-Staten en de Commissie zonder resultaat bleef, leidde de Commissie het onderhavige geschil in bij het Hof in toepassing van artikel 169 van het EEG-Verdrag. In haar verzoekschrift van 23 maart 1987 voert de Commissie aan, dat ten gevolge van het bestaan van een „ongerechtvaardigd voordeel", de verleende vergunningen nietig zijn in toepassing van artikel 4 van richtlijn 75/349/EEG, en eist zij van verweerders dat deze in toepassing van artikel 2, eerste lid, van verordening nr. 1697/79 tot navordering overgaan van de monetair compenserende bedragen die verschuldigd zouden geweest zijn op de transacties, indien deze hadden plaatsgevonden zonder dat vergunningen waren verleend.

5. Er dient op te worden gewezen dat de toepasselijke wetgeving werd gewijzigd sinds de litigieuze feiten zich voordeden; het aan U voorgelegde probleem stelt zich niet meer onder het huidige recht. Inderdaad, artikel 37 van de verordening (EEG) nr. 3677/86 van de Raad van 24 novem-

4 — Artikel 2, eerste lid, van Raadsverordening nr. 1697/79 luidt als volgt: „Wanneer de bevoegde autoriteiten constateren dat het gehele of gedeeltelijke bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer dat wettelijk verschuldigd is voor een goed dat is aangegeven voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide, niet van de belastingschuldige is opgeëist, leiden zij een procedure in tot navordering van de niet-geheven rechten.
Deze procedure kan echter niet meer worden ingeleid na een termijn van drie jaar vanaf de dag waarop het oorspronkelijk van de belastingschuldige opgeëiste bedrag is geboekt, of, indien geen boeking heeft plaatsgevonden, vanaf de dag waarop de douaneschuld ter zake van het betrokken goed is ontstaan."

ber 1986 tot vaststelling van een aantal uitvoeringsbepalingen van verordening (EEG) nr. 1999/85 betreffende de regeling actieve veredeling (PB 1986, L 351, blz. 1) (in extenso geciteerd in het rapport ter terechtzitting), bepaalt dat wanneer gebruik wordt gemaakt van het driehoeksverkeer, monetair compenserende bedragen worden geheven alsof de invoergoederen door de exporteur van de veredelingsprodukten naar de Lid-Staat van invoer waren verzonden.

De rechtsvraag

6. Het Hof dient derhalve te beslissen of de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk op grond van verordening nr. 1697/79 en richtlijn 75/349 verplicht waren tot navordering over te gaan van monetair compenserende bedragen die naar het oordeel van de Commissie door Rank Hovis en CFCF verschuldigd zijn, en, bij gebreke van zulke navordering, krachtens voornoemde verordening nr. 1697/79 gehouden zijn om een corresponderend bedrag ter beschikking te stellen als „eigen middelen" van de Gemeenschappen.

De Commissie meent dat het feit dat de vergunningen die aan de GIE Minoran werden verleend deze laatste toelieten om de heffingen van monetair compenserende bedragen op zowel de ingevoerde zachte tarwe als het uitgevoerde meel volledig te ontwijken, tot gevolg had dat deze vergunningen een „ongerechtvaardigd voordeel" verleenden in de zin van artikel 4 van voornoemde richtlijn 75/349, en dientengevolge, zoals hiervoor in punt 4 vermeld, nietig waren. Bijgevolg zouden de Lid-Staten op grond van het hiervoor aangehaalde artikel 2, punt 1, van verordening nr. 1697/79 verplicht zijn over te gaan tot navordering van de niet-geheven rechten.

Onderhavige procedure werd door de Commissie ingespannen tegen twee Lid-Staten; zij loopt uiteraard niet tegen de ondernemingen Rank Hovis en CFCF die naar het oordeel van de Commissie tot betaling van zekere bedragen gehouden zijn. Niet de rechtspositie en de gedraging van deze ondernemingen staan dus in geding, maar wel de gedraging van de betrokken Lid-Staten, en de vraag of van hen redelijkerwijs kon worden verwacht dat zij een beweerd ongerechtvaardigd voordeel in de zin van artikel 4 van richtlijn 75/349 (hiervoor aangehaald) zouden hebben geïdentificeerd, en zo ja, of zij in toepassing van verordening nr. 1697/79/EEG verplicht waren tot navordering over te gaan van de niet-geïnde heffingen.

Het zogenaamd „ongerechtvaardigd voordeel"

7. Bekijken we eerst waarin het „voordeel" van de litigieuze transactie bestond, alvorens te onderzoeken of dit voordeel als ongerechtvaardigd moet worden beschouwd. Monetair compenserende bedragen zijn, onder andere, bedoeld om artificiële verleggingen in het handelsverkeer te voorkomen die zouden kunnen voortvloeien uit de onderlinge wisselkoersverschillen van de verschillende „groene munten" in de Gemeenschap. Aangezien het gemeenschappelijk douanetarief uitgedrukt wordt in ecu, maar de heffingen en restituties betaalbaar zijn in nationale munt, zouden ondernemingen er belang kunnen bij hebben om goederen vanuit derde landen in te voeren in Lid-Staten met een munt die sinds het vaststellen van het gemeenschappelijk tarief aan waarde heeft gewonnen, of omgekeerd goederen uit te voeren naar derde landen vanuit Lid-Staten met een munt die aan waarde heeft verloren. Daarenboven zouden zij er, wat het intracommunautair verkeer betreft, de voorkeur kunnen aan geven om produkten te koop aan te bieden aan interventiebureaus in een Lid-Staat met een sterke munt, om-

dat de gegarandeerde prijzen eveneens in nationale munt worden uitbetaald. De heffing van monetair compenserende bedragen strekt ertoe om deze verschillen zo goed mogelijk te neutraliseren.

Uit cijfers die door de Commissie werden verstrekt, blijkt dat gedurende de gehele litigieuze periode in het Verenigd Koninkrijk monetair compenserende bedragen werden geheven op de invoer van zachte tarwe („positieve" monetair compenserende bedragen). Uit dezelfde cijfers blijkt eveneens, dat vanaf april 1982 in Frankrijk restituties voor de uitvoer van meel werden verminderd door de heffing van monetair compenserende bedragen („negatieve" monetair compenserende bedragen).

Het „driehoekssysteem" dat werd opgezet door Rank Hovis en CFCF, liet toe om Canadese zachte tarwe in het Verenigd Koninkrijk in te voeren met vrijstelling van invoerrechten (gedefinieerd als de som van het gemeenschappelijk douanetarief en positieve monetair compenserende bedragen), en tegelijk ook meel vanuit Frankrijk uit te voeren zonder aanspraak op exportrestituties (gedefinieerd als het gemeenschappelijke douanetarief, verminderd met negatieve monetair compenserende bedragen). Omdat er geen transacties tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk plaatsvonden, werden er evenmin intracommunautaire monetair compenserende bedragen geheven [5].

5 — Het Verenigd Koninkrijk voert aan, dat het eigenlijke door Rank Hovis gezochte voordeel zijn oorsprong vond in een groeiende disparitеit tussen, enerzijds, de invoerrechten die geheven werden op zachte tarwe en die zich in het voorjaar van 1981 in een opwaartse trend bevonden en, anderzijds, de exportrestituties op meel welke in dezelfde periode aan het dalen waren. Volgens het Verenigd Koninkrijk zocht Rank Hovis zijn toevlucht in het equivalentieverkeer om het inkomstenverlies dat uit deze trend dreigde te volgen, te beperken; het vermijden van monetair compenserende bedragen zou daarbij slechts een secundaire overweging geweest zijn. Ik zal dit „voordeel" niet in mijn analyse betrekken, omdat geen van partijen beweert dat het een „ongerechtvaardigd" voordeel zou zijn.

8. Bekijken we nu het beweerd „ongerechtvaardigd" karakter van het beschreven voordeel. Tussen de partijen bestaat daaromtrent heel wat verschil van mening.

Het feit dat de litigieuze vergunningen toelieten om *zowel* positieve monetair compenserende bedragen (op de invoer van zachte tarwe uit Canada naar het Verenigd Koninkrijk) *als* negatieve monetair compenserende bedragen (op de uitvoer van het meel vanuit Frankrijk naar derde landen) te vermijden, hield volgens de Commissie een „ongerechtvaardigd voordeel" in. Aanvankelijk stelde de Commissie voorop dat dit ongerechtvaardigd voordeel zou voortvloeien uit de toepassing van artikel 5 van richtlijn 75/349 (hiervoor aangehaald, in punt 2), volgens hetwelk de vervangende goederen de douanestatus van de invoergoederen overnemen, en vice-versa. Aan deze regel kon naar het oordeel van de Commissie enkel voldaan worden als de invoergoederen en de vervangende goederen slechts in één Lid-Staat worden in- en uitgevoerd [6]. Het ongerechtvaardigd voordeel zou aldus hebben bestaan in het vermijden van de uitvoer van het Canadese graan van Frankrijk naar het Verenigd Koninkrijk en dus het vermijden van de heffing van intracommunautaire monetair compenserende bedragen. Het bedrag van deze heffingen diende volgens de Commissie het voorwerp te zijn van navordering (ook al had er tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk geen intra-communautair verkeer plaatsgevonden).

In een later stadium verwees de Commissie niet langer naar artikel 5 van richtlijn 75/349. In haar antwoord op een vraag van het Hof [7] preciseerde zij dat de notie van

6 — Zie de brieven van de Commissie van 12 juli 1984 aan de permanente vertegenwoordigingen van Frankrijk respectievelijk het Verenigd Koninkrijk.

7 — Schriftelijk antwoord van 27 april 1988 op de vraag van het Hof van 2 maart 1988.

„ongerechtvaardigd voordeel" verwijst naar een voordeel dat niet resulteert uit de „normale toepassing van het regime (van actieve veredeling) of van andere toelaatbare transacties". Een „normale" toepassing van het systeem van „actieve veredeling" betekent volgens de Commissie dat de in- en uitvoeroperaties (in casu invoer van tarwe en uitvoer van meel) binnen dezelfde Lid-Staat (nl. Frankrijk) zouden hebben plaatsgevonden, zodat driehoeksverkeer niet de mogelijkheid zou bieden de heffing van intracommunautaire monetair compenserende bedragen te vermijden [8]. „Abnormale" toepassingen van het systeem, zoals in het voorliggend geval impliceren het bestaan van een ongerechtvaardigd voordeel en leiden, steeds volgens de Commissie, tot de nietigheid van de verleende vergunningen en dienvolgens van de vrijstellingen van zowel invoer- en uitvoerrechten, met inbegrip van extracommunautaire monetair compenserende heffingen. Om redenen van billijkheid verzocht de Commissie evenwel slechts om navordering van de extracommunautaire monetair compenserende bedragen.

Volgens de Commissie is het bij dit alles onbelangrijk of monetair compenserende bedragen op het ogenblik van het *verlenen* van de vergunning in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk werden geheven. Volgens haar volstond het dat monetair compenserende bedragen *tijdens* de geldingsduur van de vergunningen, voor de gehele duur, in het Verenigd Koninkrijk en, gedurende een zekere periode, ook in Frankrijk werden geheven.

9. De regering van het *Verenigd Koninkrijk* verwerpt voorgaande definities van de Commissie en stelt voorop dat het feit dat de vergunning de niet-heffing van monetair compenserende bedragen toeliet, een normaal gevolg is van het bestaan van de douane-unie en de regeling betreffende het equivalentieverkeer zoals zij gold ten tijde van de litigieuze transacties. De regering van het Verenigd Koninkrijk laat ook opmerken, dat de regeling die van toepassing was ten tijde van de litigieuze transacties voorzag in *ofwel* het toekennen van een vergunning (met vrijstelling van invoer- en uitvoerrechten én monetair compenserende bedragen), *ofwel* in het weigeren van een vergunning. Het verlenen van een vergunning onder voorwaarde van de betaling van monetair compenserende bedragen zou dan ook niet tot de mogelijkheden hebben behoord [9]. De regering van het Verenigd Koninkrijk neemt daarom ook afstand van de stelling van de Commissie dat het bestaan van een „ongerechtvaardigd voordeel" afgeleid moet worden uit het bestaan van monetair compenserende bedragen *tijdens* de geldigheidsduur van een vergunning. Zij meent tenslotte dat de interpretatie van de Commissie ontoelaatbaar is omdat deze zou leiden tot het heffen van lasten zonder dat een duidelijke rechtsgrond voor het opleggen van deze lasten kan worden aangewezen [10].

Het verweer van de *Franse regering* gaat in dezelfde richting. Zij vraagt zich af waarom een vergunning die toelaat om de betaling van monetair compenserende bedragen te vermijden, een „ongerechtvaardigd voordeel" zou inhouden, terwijl niet wordt betwist dat een vergunning die zou toelaten in te spelen op verschillen tussen importheffingen en exportrestituties, geldig is. De Franse regering stelt ook voorop, dat artikel 4 van richtlijn 75/349/EEG Lid-Staten niet de verplichting oplegt om te onderzoeken of

8 — Zie het verzoekschrift van de Commissie, blz. 5 en blz. 9.

9 — De huidige regeling, zo laat de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerken, voorziet die mogelijkheid wél, met name in artikel 37 van verordening nr. 3677/86 (zie hierboven, punt 5).

10 — Met verwijzing naar het arrest van het Hof van 9 juli 1981 in de zaak 169/80, Gondrand Frères, Jurispr. 1981, blz. 1931.

een bepaalde transactie wel „uit de normale toepassing van het systeem" volgt.

Maakt het niet vaststellen van het zogenaamd „ongerechtvaardigd voordeel" een tekortkoming uit?

10. In het licht van de hiervoren geschetste belangrijke meningsverschillen aangaande de definitie, het bestaan én de juridische grondslag van een zogenaamd „ongerechtvaardigd voordeel", dient de vraag te worden beantwoord of verweerders, door het niet vaststellen van een „ongerechtvaardigd voordeel" in de zin van artikel 4 van richtlijn 75/349, in concreto te kort zijn gekomen aan een op hen rustende verplichting van communautair recht. Bij het beantwoorden van die vraag moet ermee rekening worden gehouden dat zowel aan de Commissie als aan de Lid-Staten een niet geringe beoordelingsvrijheid toekomt, wanneer het erop aankomt de inhoud te bepalen van een dergelijk „open" begrip. Dit geldt des te meer wanneer, zoals in casu, ten tijde van het verlenen van de vergunningen geen rechtspraak én geen toepassingsgevallen konden worden aangewezen die het begrip „ongerechtvaardigd voordeel" interpreteerden.

In het algemeen dient te worden aangenomen dat aan verweerders geen tekortkoming kan worden verweten wanneer zij binnen de grenzen zijn gebleven van een redelijke en voorzichtige uitoefening van de hun toekomende beoordelingsvrijheid. Toegepast op het concrete geval komt het mij voor dat verweerders, door in de voorgestelde transacties geen „ongerechtvaardigd voordeel" te hebben gezien, hun beoordelingsvrijheid niet op een onredelijke of onvoorzichtige manier hebben uitgeoefend. Mijn beoordeling steunt op de hierna vermelde omstandigheden.

11. Het kan niet worden betwist dat het in 1981 onduidelijk was of „driehoeksverkeer" binnen het toepassingsgebied van richtlijn 75/349 kon worden gebracht. Artikel 11, punt 1 van deze richtlijn voorziet immers dat „de invoer van de invoer-goederen... alleen [kan] geschieden door of voor rekening van de vergunninghouder van de voorafgaande uitvoer".[11] Het was precies om deze reden dat de vergadering van 12 juni 1981 werd belegd, en het was in aansluiting op deze vergadering dat de Commissie het document SUD/833/81 aan de Franse en Britse autoriteiten overmaakte. Dit document gaf aan op welke wijze aan de eisen van artikel 11 kon worden tegemoet gekomen:

„[L'article 11] poursuit le but d'instituer un lien entre importateur et exportateur/opérateur. Si l'opérateur et l'importateur sont deux personnes différentes, soit établies dans un même Etat membre, soit établies chacun dans un autre Etat membre, ce lien pourrait se réaliser[12] moyennant la constitution d'une association momentanée (société de droit civil) qui deviendrait alors titulaire de l'autorisation du régime du perfectionnement actif."

Het document moge dan in de voorwaardelijke wijs zijn gesteld, het suggereert ontegensprekelijk dat een juridisch samenwerkingsverband tussen twee ondernemingen in verschillende Lid-Staten een toelaatbaar middel is om van het gunstregime van het equivalentieverkeer gebruik te maken. Het is significant dat de Commissie op geen enkele manier, noch tijdens de vergadering van 12 juni 1981, noch in het document SUD/833/81, de implicaties ter sprake heeft ge-

11 — Deze bepaling sluit als dusdanig driehoeksverkeer niet uit voor een vennootschap met vestigingen in twee verschillende Lid-Staten, maar anderzijds voorziet artikel 11, paragraaf 2 van dezelfde richtlijn ook dat de bevoegde autoriteiten in de vergunning de verplichting kunnen opleggen dat de in- en de uitvoer via hetzelfde douanekantoor zou geschieden.

12 — De Engelse tekst luidt: „... such link can be formed..."

bracht van het gebruik van een tijdelijke vereniging door ondernemingen in verschillende landen, voor de heffing van monetair compenserende bedragen. Nochtans betrof het een juridische constructie met bijzondere eigenschappen die van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillen, constructie die gekenmerkt is door een laag gehalte van rechtspersoonlijkheid (als ze die überhaupt heeft) en een hoge mate van transparantie naar de vennoten toe. Het gebruik van deze rechtsconstructie heeft geleid tot een substantiële uitbreiding van de draagwijdte van artikel 11 van richtlijn 75/349: zij laat toe om de regeling van actief veredelingsverkeer open te stellen voor twee volkomen onafhankelijke ondernemingen die in verschillende Lid-Staten zijn gevestigd. Als één van de bedoelingen van richtlijn 75/349, zoals de Commissie meent, gelegen is in het uitsluiten van driehoeksverkeer in gevallen waarin de heffing van monetair compenserende bedragen op intracommunautair goederenverkeer zou worden vermeden, dan heeft zij door haar optreden onmiskenbaar afbreuk gedaan aan het verwezenlijken van deze bedoeling. [13]

12. Men moet derhalve constateren dat de Commissie tijdens de vergadering in Brussel van 12 juni 1981 en in voornoemd document een interpretatie heeft gesuggereerd van richtlijn 75/349, waarvan zijzelf de gevolgen niet overzag. Het valt dan ook moeilijk te begrijpen dat zij verweerders verwijt, het uit de litigieuze vergunningen voortvloeiende voordeel [14] niet als een „ongerechtvaardigd voordeel" te hebben aangemerkt. Weliswaar heeft de Commissie tijdens de mondelinge behandeling gepleit dat haar eigen vergissing „zo zwaar" en „zo evident" was, dat de betrokken Lid-Staten deze hadden moeten opmerken, en niet op haar aanwijzingen hadden mogen verdergaan. In het midden gelaten of de vergissing van de Commissie wel zo evident was, lijkt mij dit geen relevant argument te zijn. Men dient veeleer vast te stellen dat de betrokken Lid-Staten zorgvuldig te werk zijn gegaan door (tenminste de structuur van) de voorgenomen transacties aan de Commissie voor te leggen en dat zij in de gegeven omstandigheden mochten vertrouwen op de interpretatie die door de Commissie werd gesuggereerd.

De mogelijkheid van navordering

13. Ook wanneer het Hof zou beslissen dat verweerders, door de litigieuze transacties niet aan te merken als oorzaak van een ongerechtvaardigd voordeel, zijn te kort gekomen aan een verplichting van communautair recht — hetgeen zou impliceren dat zij de grenzen van een redelijke en voorzichtige beoordeling hebben overschreden, quod non — moet nog worden nagegaan of de door de Commissie geëiste navordering wel mogelijk is.

De Commissie verzoekt verweerders tot navordering over te gaan op basis van artikel 2, punt 1 van verordening nr. 1697/79, hiervoor aangehaald. Daarbij moet tevens rekening worden gehouden met artikel 5, punt 2, van dezelfde verordening, dat bepaalt:

„De bevoegde autoriteiten behoeven niet over te gaan tot navordering van het bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer dat niet is geheven ten gevolge van een vergissing van de bevoegde autoriteiten zelf die de belastingschuldige redelijkerwijze niet kon

13 — De Commissie beaamde tijdens de terechtzitting „dat het mogelijk was" dat zij door het bevestigen van de mogelijkheid om vergunningen voor driehoeksverkeer te verlenen aan entiteiten met een dergelijke mate van transparantie, de weg had geopend voor mogelijke misbruiken. Zie de notulen van de terechtzitting, Franse versie, blz. 33-35.

14 — Voor zover het bestond: zoals hiervoor aangegeven (punt 7), waren er op het ogenblik van het verlenen van de vergunning geen monetair compenserende bedragen van toepassing op transacties van en naar de Franse Republiek.

ontdekken, waarbij deze laatste zijnerzijds te goeder trouw heeft gehandeld en voldaan heeft aan alle voorschriften van de geldende regeling inzake de douaneaangifte."

14. In het arrest Foto-Frost [15] heeft het Hof beslist dat wanneer aan de drie in artikel 5, punt 2 van verordening nr. 1697/79 genoemde voorwaarden voldaan is, de bevoegde autoriteiten niet langer tot navordering „a posteriori" kunnen overgaan en de belastingplichtige *recht* heeft op niet-navordering. In zo een geval kan de betrokken Lid-Staat niet worden verweten dat hij weigert tot navordering over te gaan. In dergelijk geval is de Lid-Staat er evenmin toe gehouden de overeenkomstige eigen middelen ter beschikking te stellen. Artikel 9 van dezelfde verordening nr. 1697/79 bepaalt immers:

„tot de inwerkingtreding van de communautaire bepalingen waarbij de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de Lid-Staten moeten overgaan tot de vaststelling van de eigen middelen die voortvloeien uit de heffing van rechten bij invoer of bij uitvoer, zijn de Lid-Staten, indien zij niet zijn overgegaan tot navordering van de rechten bij invoer of bij uitvoer *ter uitvoering van deze verordening*, niet verplicht de overeenkomstige eigen middelen in de zin van verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 2891/77 vast te stellen" (nadruk toegevoegd).

15. Ik ben van oordeel dat in casu aan de drie in het arrest Foto-Frost genoemde voorwaarden voldaan is, althans wanneer men uitgaat, zoals wij nu doen, van de (in mijn ogen verkeerde) veronderstelling dat verweerders een beoordelingsfout hebben begaan.

15 — Arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, zaak 314/85, Jurispr. 1987, blz. 4199.

Aan de *eerste voorwaarde*, dat de niet-inning van de heffingen voortvloeit uit een vergissing van de bevoegde autoriteiten, is dan meteen — bij veronderstelling — voldaan.

Ook de *tweede voorwaarde* die voor de toepassing van artikel 5, punt 2, van verordening nr. 1697/79/EEG moet zijn vervuld, met name dat de belastingplichtige de vergissing van de douaneautoriteiten redelijkerwijze niet kon opmerken, is in casu vervuld. In *Foto-Frost* hechtte het Hof belang aan het feit dat zelfs bij gespecialiseerde Duitse rechters twijfel bestond over het al dan niet verschuldigd zijn van de rechten in kwestie, en dat het in die omstandigheden aan een onderneming niet kon worden verweten de vergissing van de douaneautoriteiten niet te hebben opgemerkt. In de voorliggende zaak meen ik dat de betrokken ondernemingen, al zijn het grote ondernemingen, de bij veronderstelling aanwezig geachte vergissing van de Franse en Britse autoriteiten evenmin hadden moeten opmerken. Gelet op de omstandigheid dat beide ondernemingen contact hebben opgenomen met hun respectievelijke douaneautoriteiten aangaande de toelaatbaarheid van de voorgenomen transacties — autoriteiten die op hun beurt de Commissie hebben geraadpleegd — en in acht genomen de merkelijke onzekerheid die ten tijde van de litigieuze transacties ook bij de Commissie bestond met betrekking tot het begrip „ongerechtvaardigd voordeel", kon van de betrokken ondernemingen niet redelijkerwijze worden verwacht dat zij de vergissing van de bevoegde autoriteiten zouden hebben ontdekt.

Uit de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen op voorhand contact hebben opgenomen met de bevoegde autoriteiten en uit het feit dat door de Commissie niet wordt aangevoerd dat de betrokken ondernemingen onjuiste of onvolledige aangiftes zouden hebben ingediend, volgt dat ook aan de *derde voorwaarde* is voldaan.

De kosten

16. Artikel 69, punt 2, van het procedurereglement van het Hof bepaalt dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen „voor zover zulks gevorderd is" (de Franse tekst luidt: „s'il est conclu en ce sens"). Op dit punt stelt zich een probleem in zaak 92/87 wat de Franse Republiek betreft. Zij heeft tijdens de schriftelijke procedure niet gevorderd de Commissie tot de kosten te veroordelen. Wel heeft zij een verzoek in die zin geformuleerd in de loop van de mondelinge procedure, met name in een schriftelijk commentaar bij een document dat de Commissie heeft overgemaakt in antwoord op een vraag die door het Hof werd gesteld tijdens de pleidooien. De vraag is dan, of een bij die gelegenheid geformuleerd verzoek nog als een „vordering" kan worden beschouwd.

Mijns inziens moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Als principe moet worden vooropgesteld dat een partij enkel kan „vorderen" tijdens de schriftelijke procedure (in het geval van Frankrijk: in haar verweerschift of in haar dupliek). Een vordering is niet meer op haar plaats in opmerkingen die na de pleidooien worden gemaakt in een stuk dat bestemd is om een door de Commissie overgemaakt document te becommentariëren. De Franse Republiek dient derhalve geacht te worden geen (tijdige) vordering te hebben ingesteld en dient derhalve haar eigen kosten te dragen. (Vgl. arrest van 29 oktober 1980, zaak 139/79, Maizena/Raad, Jurispr. 1980, blz. 3393, r. o. 39, en arrest van 6 oktober 1982, zaak 59/81, Commissie/Raad, Jurispr. 1982, blz. 3329, r. o. 41.)

Conclusie

17. Op grond van voorgaande analyse stel ik het Hof voor:

1) voor recht te verklaren dat verweerders, de Franse republiek en het Verenigd Koninkrijk, in onderhavige zaak de hun toekomende beoordelingsvrijheid onder artikel 4 van richtlijn 75/349 niet op onredelijke of onvoorzichtige wijze hebben uitgeoefend, en dat zij derhalve, door geen gevolg te geven aan het verzoek van de Commissie om een bepaald bedrag aan heffingen na te vorderen of een corresponderend bedrag aan eigen middelen ter beschikking te stellen van de Gemeenschappen, niet aan hun verdragsverplichtingen zijn te kort gekomen;

2) in subsidiaire orde, voor recht te verklaren dat ook wanneer verweerders Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk de hun toekomende beoordelingsvrijheid onder artikel 4 van richtlijn 75/349 op onredelijke of onvoorzichtige wijze zouden hebben uitgeoefend, zij, in acht genomen de artikelen 2, punt 1, 5, punt 2, en 9 van verordening nr. 1697/79 niet gehouden waren over te gaan tot de door de Commissie geëiste navordering c. q. terbeschikkingstelling.

3) De Commissie te veroordelen tot de kosten van het geding, met uitzondering van de kosten van de Franse Republiek, die ten laste dienen te blijven van de Franse Republiek zelf.