CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 10 mei 2001 [1]

1. De varkensvleesproductie is stellig een van de parels van de Deense landbouw, zowel door de kwaliteit van het vlees als door het marktaandeel dat het zich bij de uitvoer heeft verworven. Niettemin is een aspect van de toepasselijke regelgeving aanleiding tot kritiek van de zijde van Nygård, een varkenshouder. Deze bezat in Denemarken een eigen slachterij waarvoor zijn productie bestemd was. Vanaf 1993 concentreert hij zich echter op de uitvoer van levende dieren naar Duitsland en Nederland, markten waarop hij ongeveer 25 000 varkens per jaar afzet.

2. Nygård beklaagt zich namelijk over een heffing die in Denemarken over zijn export wordt geïnd ten behoeve van het Svineafgiftsfonden (varkensheffingfonds; hierna: „fonds"), dat deel uitmaakt van het overheidsapparaat, maar bestuurd wordt door Danske Slagterier, een organisatie van coöperatieve slachterijen. De grondslag van dit fonds is gelegen in de „lov om administration af Det Europæiske Økonomische Fællesskabs forordninger om markedsordninger for landbrugsvarer" (Deense wet betreffende de uitvoering van met name de verordeningen van de Europese Gemeenschappen inzake de marktordeningen voor landbouwproducten) nr. 414 van 13 juni 1990.

3. In § 6, lid 1, van deze wet wordt bepaald dat de minister van Landbouw

„regels [kan] vaststellen inzake de betaling van heffingen op in Denemarken geproduceerde landbouwproducten en de betaling van die heffingen op gelijkwaardige in Denemarken ingevoerde landbouwproducten, alsook met betrekking tot de omvang waarin die heffingen dienen te worden terugbetaald voor landbouwproducten die bij de fabricage van industriële producten worden gebruikt. De heffingen worden gestort in een fonds voor de betrokken sector waarin zij worden opgelegd [...]."

§ 6, lid 3, bepaalt:

„De minister van Landbouw[stelt] de uitvoeringsbepalingen vast voor de betaling van de in de leden 1 en 2 vermelde openbare middelen."

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

4. § 7, lid 1, van wet nr. 414 van 13 juni 1990 bepaalt:

„De middelen van de fondsen worden aangewend ter financiering van maatregelen in verband met afzetbevordering, onderzoek en proeven, productontwikkeling, advisering, opleiding, ziektepreventie, ziektebestrijding en controle, alsmede voor alle andere maatregelen waarvoor de minister van Landbouw toestemming geeft. De middelen worden ook aangewend om de kosten die door de controle op de toepassing ervan ontstaan, te dekken. De in § 6, lid 1, bedoelde middelen moeten worden aangewend in de sectoren waarin zij zijn geheven."

5. Overeenkomstig wet nr. 414 van 13 juni 1990 heeft de minister van Landbouw besluit nr. 74 van 30 januari 1992 vastgesteld, krachtens hetwelk de heffingen over de export van Nygård zijn geïnd. Dit besluit bepaalt onder meer:

„§ 1

1. Een productieheffing wordt toegepast voor elk varken — met inbegrip van zeugen, beren, loopvarkens en biggen — dat in Denemarken wordt geproduceerd en geslacht en dat na controle door de overheidsinstantie is goedgekeurd voor menselijke consumptie. De heffing is eveneens verschuldigd voor varkens die zijn geslacht voor particuliere consumptie.

2. De heffing bedraagt 7,00 DKK voor elk varken met een slachtgewicht van maximum 100 kg en 17,50 DKK voor elk varken met een slachtgewicht van meer dan 100 kg.

[...]

§ 2

1. Voor in exportslachthuizen geslachte varkens is het betrokken slachthuis gehouden de in § 1 bedoelde heffing te innen bij de leverancier, en elke week [...] het Svineafgiftsfonden het aantal varkens mee te delen dat in elk van beide gewichtsklassen in de loop van de voorgaande week is geslacht en voor consumptie is goedgekeurd, en het fonds de uit dien hoofde verschuldigde heffingen te betalen.

2. Voor de in particuliere slachthuizen geslachte varkens is het betrokken slachthuis gehouden binnen een termijn van ten hoogste twee weken na de slacht de in § 1 bedoelde heffing te betalen aan het Svineafgiftsfonden [...]. De betalingskaart wordt verstrekt door de controlerende veearts, die

gehouden is het Svineafgiftsfonden onmiddellijk na afgifte van het controleattest het aantal in elke gewichtsklasse geslachte varkens mee te delen.

§ 3

1. Voor elk varken — met inbegrip van zeugen, beren, loopvarkens en biggen — dat in Denemarken wordt geproduceerd en dat levend wordt uitgevoerd, moet de exporteur een heffing van 7,00 DKK betalen voor elk varken met een levend gewicht van ten hoogste 120 kg, en van 17,50 DKK voor elk varken met een levend gewicht van meer dan 120 kg.

2. De exporteur is gehouden binnen een termijn van ten hoogste twee weken na de uitvoer het Svineafgiftsfonden op de hoogte te brengen [...] van de uitvoer, met opgaaf van het aantal levende varkens in elke gewichtsklasse, en het Svineafgiftsfonden de uit dien hoofde verschuldigde heffing te betalen."

6. Dit hele heffingstelsel, waardoor fondsen kunnen worden vrijgemaakt om de productie van het Deense varkensvlees op een hoger peil te brengen, is als staatssteun overeenkomstig artikel 93 EG-Verdrag (thans artikel 88 EG) bij de Commissie aangemeld en door haar als zodanig goedgekeurd.

7. Omdat Nygård weigerde het bedrag van de heffing te betalen dat ingevolge § 3, lid 1, van besluit nr. 74 van 30 januari 1992 over de periode van 1 augustus 1992 tot 1 juli 1993 werd gevorderd, is hij voor het Retten i Skjern gedagvaard. Het Retten heeft zijn stelling dat de inning van de heffing in strijd is met het gemeenschapsrecht, verworpen en hem veroordeeld tot betaling van 101 776,73 DDK, vermeerderd met interessen.

8. Bij het Vestre Landsret (appelrechter) heeft Nygård dezelfde argumenten aangevoerd. Hij betoogt in wezen primair, dat de van hem verlangde heffing moet worden beschouwd als een heffing van gelijke werking als een uitvoerrecht, die ingevolge artikel 9 en volgende EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 23 en volgende EG) verboden is. Subsidiair stelt hij dat, zo deze heffing geen heffing van gelijke werking is, zij een ingevolge artikel 95 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 90 EG) verboden discriminerende binnenlandse belasting is — een bepaling die volgens vaste rechtspraak van het Hof zowel voor ingevoerde als voor uitgevoerde producten geldt. [2]

9. Hij stelt ook dat het feit dat de litigieuze heffing wordt toegepast binnen een door de

2 — Arresten van 23 januari 1975, Van der Hulst (51/74, Jurispr. blz. 79, punten 34 en 35); 25 januari 1977, Bauhuis (46/76, Jurispr. blz. 5, punt 25), en 29 juni 1978, Larsen en Kjerulff (142/77, Jurispr. blz. 1543, punten 20—27).

Commissie goedgekeurde regeling, niet ten gevolge kan hebben dat daardoor de inning ervan rechtmatig is.

10. Het Vestre Landsret besloot gevolg te geven aan het door het fonds bestreden verzoek van Nygård om het Hof een prejudiciële vraag te stellen, en wel niet omdat het twijfels had omtrent de gemeenschapsrechtelijke kwalificatie van de betrokken heffing — integendeel, volgens hem verschafte de rechtspraak van het Hof alle benodigde elementen om die kwalificatie zelf vast te stellen — maar omdat het Hof nog niet had beslist over de vraag of een nationale rechter een heffing geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan verklaren wegens strijd met het gemeenschapsrecht, wanneer die heffing deel uitmaakt van een door een besluit van de Commissie goedgekeurde steunmaatregel, waarvan de onrechtmatigheid uitsluitend door het Hof zou kunnen worden vastgesteld.

11. De door het Veste Landsret gestelde vragen luiden als volgt:

„1) Moeten de artikelen 9 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 23 EG), 12 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 25 EG) en artikel 16 EG-Verdrag (ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam), *dan wel* artikel 95 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 90 EG) aldus worden uitgelegd, dat deze bepalingen, respectievelijk deze bepaling, eraan in de weg staan, dat een publiekrechtelijk orgaan in een lidstaat een productieheffing oplegt voor varkens die in de betrokken lidstaat worden geproduceerd en die levend naar een andere lidstaat worden uitgevoerd, indien

— een overeenkomstige heffing wordt opgelegd voor elk varken dat in de betrokken lidstaat wordt geproduceerd en verkocht voor de slacht op de binnenlandse markt,

— de nadere regels voor de berekening van de heffing niet leiden tot een verschil in behandeling tussen de twee groepen producten, aangezien met de vaststelling van verschillende ‚gewichtsklassen' voor geslachte, respectievelijk levende varkens het gemiddelde verschil tussen ‚geslacht gewicht' en ‚levend gewicht' kan worden geacht te zijn gecompenseerd, maar

— de belastingschuld voor varkens die worden verkocht voor de slacht op de binnenlandse markt, ontstaat bij de levering aan de slachthuizen, en voor levend uitgevoerde varkens bij de uitvoer,

— de heffing in het eerste geval wordt gedragen door de producent, en in het tweede geval door de exporteur, ongeacht of deze tevens de producent is, en

— geen heffing verschuldigd is voor varkens die levend worden verkocht op de binnenlandse markt, en

— een deel van de heffingopbrengst wordt besteed aan activiteiten die naar hun aard en hoofddoel de primaire productie van varkens in de lidstaat betreffen, zodat ook de productie van varkens voor de uitvoer daarvan profiteert, terwijl een ander deel van de heffingopbrengst wordt besteed aan activiteiten die naar hun aard en hoofddoel enkel de slacht en de verwerking in de lidstaat, alsook de afzet van binnenslands verwerkte afgeleide producten van het primaire product op de binnenlandse markt en de exportmarkten betreffen, zodat de productie van varkens voor de uitvoer daar niet van profiteert?

2) Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord, maakt het dan in dit opzicht verschil, dat de heffingsregeling overeenkomstig artikel 93, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 3, EG) bij de Commissie is aangemeld en door de Commissie als geoorloofde staatssteun is goedgekeurd?"

12. Bij lezing van deze vragen komt in combinatie met de verstrekte toelichting over het betrokken heffingstelsel duidelijk naar voren dat de nationale rechter geheel op de hoogte is van de onderzoeksmethode die het Hof hanteert om de aard van een nationale heffing te bepalen in het licht van de artikelen 9 en volgende van het Verdrag enerzijds en artikel 95 van het Verdrag anderzijds.

13. De nationale rechter verstrekt namelijk een hele reeks gegevens over de werkingssfeer van de heffing, de wijze van berekening en inning, de aanwending ervan door het orgaan dat de heffing int, alsook de voordelen die de verschillende heffingsplichtigen aan die aanwending kunnen ontlenen. Dat zijn juist punten die het Hof als relevant heeft beschouwd bij de kwalificatie van een nationale heffing in verband met de verbodsbepalingen van het Verdrag.

14. De partijen in het hoofdgeding alsmede de Deense regering hebben gemeend een reeks verduidelijkingen, preciseringen en zelfs correcties te moeten aanbrengen wat deze punten betreft, waarvan ik de juistheid niet wil bestrijden, maar die volgens mij niet beslissend zijn voor de overwegingen van het Hof, die op het vlak van de beginselen moeten blijven.

15. Zodra de nationale rechter de moeite heeft genomen om zorgvuldig de kenmerken vast te stellen van de heffing waarvan hij wil weten of deze gemeenschapsrechte-

lijk geoorloofd is, vereist de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof en de nationale rechters zoals die is geregeld in artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) dat het Hof zijn antwoord opstelt op de grondslag van de feiten die de nationale rechter bewezen acht. [3]

16. Als partijen in het hoofdgeding de door de nationale rechter vastgestelde feiten wensen te bestrijden dan staat het hun zeker vrij om dat te doen met de hun ter beschikking staande nationale rechtsmiddelen, maar het Hof is niet het geschikte forum voor dit soort argumenten.

17. Na deze verduidelijking kan ik direct beginnen met de behandeling van de eerste vraag, waarbij ik meteen erop wijs dat ik mij in zeer hoge mate zal laten leiden door de opmerkingen van de Commissie, die ik zeer nuttig acht omdat deze uit de overvloedige rechtspraak aangaande heffingen van gelijke werking en binnenlandse belastingen die arresten naar voren halen die zijn gewezen in zaken waarin de concrete omstandigheden vergelijkbaar zijn met het hier te behandelen Deense belastingstelsel.

3 — Zie met name arresten van 16 maart 1978, Ohlschläger (104/77, Jurispr. blz. 791, punt 14), en 13 maart 2001, Preussen Elektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2159, punt 40).

De eerste vraag

18. Volgens vaste rechtspraak kan eenzelfde heffing voor de toepassing van het Verdrag niet gelijktijdig tot de categorie van heffingen van gelijke werking en die van de binnenlandse belastingen behoren. [4]

19. Omdat het verbod van heffingen van gelijke werking als invoer- dan wel uitvoerrechten in het intracommunautaire verkeer absoluut is, in die zin dat wanneer een heffing als zodanig wordt gekwalificeerd, de inning ervan eenvoudigweg verboden is, terwijl in het geval van binnenlandse belastingen het verbod slechts dat gedeelte van de belasting treft waardoor deze discriminerend of beschermend van aard wordt, zal ik eerst nagaan of wij in casu te maken hebben met een heffing van gelijke werking als een uitvoerrecht.

20. Ik wil om te beginnen erop wijzen dat volgens vaste rechtspraak geldt:

„dat ongeacht benaming en structuur een eenzijdig opgelegde geldelijke last — ook al moge zij gering zijn — die wegens grensoverschrijding op nationale of buitenlandse

4 — Zie bijvoorbeeld arresten van 1 juli 1969, Sociaal Fonds Diamantarbeiders I (2/69 en 3/69, Jurispr. blz. 211, punten 18—20), en 18 juni 1975, IGAV (94/74, Jurispr. blz. 699, punt 13).

goederen wordt gelegd en geen douanerecht is in eigenlijke zin, derhalve een heffing van gelijke werking in de zin van de artikelen 9, 12, 13 en 16 van het Verdrag oplevert, zelfs wanneer deze last niet ten behoeve van de staat wordt geheven, geen enkel discriminerende of beschermende werking heeft en het belaste product niet met enige nationale productie concurreert". [5]

21. Omdat deze definitie van heffing van gelijke werking bijzonder belang hecht aan het feit dat de last bij de grensoverschrijding wordt opgelegd, dient deze definitie enigszins te worden aangescherpt ter voorkoming dat het moment van de inning belangrijker wordt dan het belastbare feit en de werkingssfeer van artikel 95 van het Verdrag in elkaar schrompelt.

22. Daarom verduidelijkt hetzelfde arrest enerzijds:

„dat te dien aanzien uit de artikelen 95 en volgende blijkt, dat het begrip van gelijke werking niet mede omvat belastingen welke op dezelfde wijze op gelijksoortige of vergelijkbare nationale producten binnen de staat worden geheven, dan wel, bij gebreke van zodanige producten, in het kader van een algemene binnenlandse belasting vallen of tot doel hebben om binnen de in het Verdrag getrokken grenzen zodanige binnenlandse belastingen te compenseren". [6]

Anderzijds geeft het arrest van 31 mei 1979 [7] in detail de voorwaarden aan waaronder een heffing niet onder artikel 9 en volgende van het Verdrag, maar onder artikel 95 daarvan valt. Volgens dit arrest geldt: „wil een heffing op ingevoerde producten deel uitmaken van een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen, zij gelijksoortige binnenlandse en geïmporteerde producten even zwaar en in hetzelfde stadium van verhandeling dient te belasten en dat ook het belastbare feit voor beide producten hetzelfde moet zijn." [8]

23. Als men nu de litigieuze heffing alleen aan de criteria van deze arresten toetst, dan kan slechts worden vastgesteld dat de kwalificatie ervan allesbehalve duidelijk is. De bij de uitvoer opgelegde heffing lijkt inderdaad wel zijn pendant te vinden in de heffing op de varkens die op de Deense markt voor de slacht worden aangeboden, zodat men zou kunnen menen dat er in Denemarken een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen op varkenshouderijproducten bestaat, doch het is niet duidelijk of in dit stelsel de uitgevoerde producten op dezelfde wijze worden getroffen als de producten die voor de consumptie of de verwerking in het binnenland bestemd zijn.

5 — Arrest van 1 juli 1969, Commissie/Italië (24/68, Jurispr. blz. 193, punt 9).

6 — Ibidem, punt 11.

7 — Arrest Denkavit Loire (132/78, Jurispr. blz. 1923).

8 — Ibidem, punt 8.

24. Op varkens die voor de slacht in Denemarken worden geleverd, wordt de heffing namelijk slechts toegepast als zij na slachting en als karkas zijn goedgekeurd voor menselijke consumptie, terwijl de uitgevoerde varkens stelselmatig aan de heffing worden onderworpen, of zij nu wel of niet voor de slacht bestemd zijn en — voorzover dat het geval mocht zijn — ook zonder dat het criterium van de goedkeuring voor menselijke consumptie speelt.

25. De verkoop van varkens aan Deense marktdeelnemers wordt alleen belast als de koper de gekochte varkens voor de slacht bestemt, terwijl bij verkoop voor uitvoer de heffing wordt toegepast ongeacht de bestemming — slacht, mesterij of fokkerij — die de koper aan de uitgevoerde varkens geeft.

26. In geval van verkoop voor de slacht in Denemarken wordt de heffing overigens gedragen door de producent, in geval van uitvoer door de exporteur, ongeacht of deze ook de producent is.

27. Volstaan deze verschillen die Nygård ter ondersteuning van zijn argumenten aanvoert, om te kunnen stellen dat de heffing op uitgevoerde varkens slechts schijnbaar past binnen een algemeen stelsel van binnenlandse belastingen en wij dus met een heffing van gelijke werking te maken hebben?

28. Op deze netelige vraag geeft de rechtspraak een ondubbelzinnig antwoord. In het arrest van 10 maart 1981 [9] heeft het Hof geoordeeld dat een binnenlandse heffing die wordt toegepast op levend uitgevoerde dieren op het tijdstip van levering voor de uitvoer, niet valt onder het verbod van heffingen van gelijke werking als uitvoerrechten, indien zij tevens stelselmatig en volgens dezelfde criteria op niet-uitgevoerde dieren wordt toegepast op het tijdstip van levering voor de slacht.

29. Het Hof heeft daarbij overwogen dat achter de uiterlijke schijn, dus toepassing op het tijdstip van de slacht enerzijds en de heffing op het tijdstip van de uitvoer anderzijds, het belastbare feit in beide gevallen moest worden geacht hetzelfde te zijn omdat de belasting wordt geheven op het moment dat de dieren uit de nationale veestapel worden weggehaald.

30. Een dergelijke aanpak die voor de beoordeling of het verhandelingsstadium waarin de heffing wordt toegepast, hetzelfde is bij enerzijds producten die op nationaal grondgebied worden verwerkt of voor consumptie aldaar bestemd zijn en anderzijds in- of uitgevoerde producten, de economische werkelijkheid achter de uiterlijke schijn laat prevaleren, is ook in andere

9 — Arrest Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.(36/80 en 71/80, Jurispr. blz. 735, punt 23).

arresten van het Hof te vinden waarin deze aanpak definitief is bevestigd. [10]

31. Als men dus ervan uitgaat dat de Deense heffing op alle varkens in hetzelfde verhandelingsstadium drukt, dan kunnen de andere door Nygård naar voren gebrachte elementen de kwalificatie als binnenlandse belasting niet wegnemen.

32. De Deense regeling voorkomt namelijk discriminaties in de hoogte van de heffing, die van de gewichtsklasse van het betrokken dier afhangt, door voor levend uitgevoerde dieren het onvermijdelijke verschil tussen een levend dier en een karkas te compenseren.

33. Nygård stelt weliswaar dat hij niettemin wordt gediscrimineerd omdat hij veel dieren met een laag gewicht uitvoert die na uitvoer vetgemest worden, terwijl de in Denemarken geslachte dieren merendeels in een veel hogere gewichtsschaal vallen, maar dit verschil heeft te maken met de door belanghebbende gemaakte economische keuzen en niet met een bewust discriminerende inrichting van de Deense regeling, waarvan men, volgens mij, niet kan verlangen dat zij de ten behoeve van de heffing te onderscheiden categorieën eindeloos vermeerdert om ongeacht het commercieel beleid van de heffingplichtigen een volmaakte gelijkheid qua heffinglast te bereiken.

34. Evenzo is het zeker spijtig voor Nygård dat de door hem uitgevoerde varkens later bij de slacht in de lidstaat van invoer aan een soortgelijke heffing worden onderworpen, maar de rechtspraak wijst duidelijk en zeer consequent af dat een dergelijke heffing in aanmerking genomen moet worden bij de vaststelling van de aard van de in Denemarken verschuldigde heffing. [11]

35. Dezelfde in de rechtspraak gehanteerde aanpak leidt tot de vaststelling dat in feite altijd de producent de last van de heffing zal dragen: welke marktdeelnemer juridisch de heffing ook verschuldigd is, het is duidelijk dat de verkoopprijs van het dier dat uit de nationale veestapel wordt weggehaald of, om de door partijen in het geding gebruikte uitdrukking te gebruiken, dat het stadium van de primaire productie verlaat, rekening zal houden met de aan die overgang verbonden heffing.

36. Alvorens de kwalificatie als heffing van gelijke werking te kunnen verwerpen, moet er nog een laatste punt worden onderzocht.

10 — Arresten van 11 juni 1992, Sanders Adour en Guyomarc'h Orthez Nutrition animale (C-149/91 en C-150/91, Jurispr. blz. I-3899, punt 22), en 2 april 1998, Outokumpu (C-213/96, Jurispr. blz. I-1777, punt 25).

11 — Zie arresten, reeds aangehaald in voetnoot 2, van der Hulst (punten 34 en 35), Bauhuis (punt 25) en Larsen en Kjerulff (punten 20—27).

Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet een heffing, ook wanneer deze alle kenmerken van een binnenlandse belasting lijkt te bezitten, als heffing van gelijke werking worden gekwalificeerd indien de last die zij voor de nationale productie betekent, volledig wordt gecompenseerd zonder dat aan de in- of uitgevoerde producten een of andere compensatie ten goede komt.

37. Volgens het arrest van 2 augustus 1993 [12] moet het criterium van compensatie van lasten worden verstaan in de zin van een, in de loop van een referentieperiode te verifiëren, financiële gelijkwaardigheid tussen het totale bedrag van de op de nationale producten toegepaste heffing en de voordelen die uitsluitend aan deze producten ten goede komen.

38. Gezien de informatie die de verwijzende rechter heeft verstrekt, lijken de werkzaamheden van het fonds dat door de betrokken heffing wordt gefinancierd, gedeeltelijk ten goede te komen aan de primaire productie, dus aan de levend geëxporteerde varkens. Er is daarom niets tegen om de kwalificatie heffing van gelijke werking als een uitvoerrecht definitief te verwerpen.

39. Uit de kwalificatie als binnenlandse belasting, die voor de hier te onderzoeken heffing moet worden aangehouden, volgt echter niet dat tegen de toepassing ervan vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt geen bezwaar kan worden gemaakt. De regeling van artikel 95 van het Verdrag met betrekking tot binnenlandse belastingen is er immers juist om discriminatie ten nadele van ingevoerde of, volgens de hierboven aangehaalde uitlegging van het Hof, uitgevoerde producten te voorkomen.

40. Discriminatie kan zich echter op verschillende niveaus voordoen. Zij kan overduidelijk zijn, als het heffingspercentage voor in- of uitgevoerde producten hoger is dan voor nationale of voor de nationale markt bestemde producten; zij kan minder opvallend zijn als zij plaats vindt op het vlak van de aan de betrokkenen toekomende compensatie. Zij is echter verboden, in welke vorm zij zich ook voordoet.

41. Bij de Deense heffing waarover de nationale rechter vragen stelt, zou zich op het vlak van de compensatie een discriminatie kunnen voordoen.

42. Volgens de verwijzingsbeschikking besteedt het door de heffing gefinancierde fonds 40 % van zijn budget aan activiteiten die ten goede komen aan de primaire productie, dat wil zeggen alle in Denemarken geproduceerde varkens, en 60 % aan activiteiten met betrekking tot de slacht, de

12 — Arrest CELBI (C-266/91, Jurispr. blz. I-4337, punt 19).

verwerking van karkassen uit Deense slachterijen en de afzetbevordering, zowel op de binnenlandse markt als voor de export, van varkensvlees en verwerkingsproducten van in Denemarken geslachte varkens.

43. Als deze verdeling, anders dan het fonds en de Deense regering stellen, juist is, dan kan niet worden betwist dat de heffingplichtigen die levende varkens uitvoeren worden gediscrimineerd.

44. Want terwijl over het uitgevoerde varken en het in Denemarken geslachte varken eenzelfde heffingsbedrag wordt opgelegd, wordt de opbrengst van die heffing voor meer dan de helft aan activiteiten besteed waarvan levend uitgevoerde varkens per definitie geheel niet kunnen profiteren.

45. Daar artikel 95 rechtstreekse werking heeft, staat het aan de nationale rechter om dit artikel toe te passen, en wel niet om te verhinderen dat de heffing op levende varkens wordt toegepast, maar om de discriminatie van die varkens op te heffen, omdat volgens vaste rechtspraak — en anders dan bij heffingen van gelijke werking geldt — het discriminerend karakter van een binnenlandse belasting niet tot gevolg heeft dat de inning ervan eenvoudigweg is verboden.

De tweede vraag

46. Gezien de zowel door het fonds en de Deense regering als de Commissie ingediende opmerkingen zal de tweede vraag geen werkelijke moeilijkheden opleveren. Er bestaat namelijk grote eenstemmigheid over, dat het feit dat een nationale heffing als de onderhavige onderdeel vormt van een steunregeling die dat de Commissie krachtens artikel 93 van het Verdrag uitdrukkelijk heeft goedgekeurd, niet eraan in de weg kan staan dat een nationale rechter vaststelt dat de inning van die heffing in strijd met het gemeenschapsrecht is, of dat hij de inning ervan geheel of gedeeltelijk verbiedt.

47. In haar analyse van het arrest van 21 mei 1980, Commissie/Italië [13], merkt de Commissie op dat daarin wordt gesteld dat „uit de algemene structuur van het Verdrag blijkt dat deze procedure [die van artikel 93 van het Verdrag] nooit mag leiden tot een resultaat dat strijdig zou zijn met de specifieke verdragsbepalingen inzake bijvoorbeeld de binnenlandse belas-

13 — 73/79, Jurispr. blz. 1553, punt 11.

tingen" en komt zij tot de conclusie dat „de eventuele goedkeuring door de Commissie van een door heffingen gefinancierde steunregeling de schending van artikel 95 door die heffingen niet kan ‚dekken'".

48. Dat is een conclusie die ik alleen maar kan onderschrijven. Wanneer de marktdeelnemer rechtstreeks aan het Verdrag het recht ontleent om geen heffing van gelijke werking of een discriminerende binnenlandse belasting te krijgen opgelegd, valt niet goed in te zien hoe de Commissie onder het voorwendsel dat die heffing of belasting deel uitmaakt van een steunregeling die door haar als geheel positief is beoordeeld, hem dit recht zou kunnen ontnemen. Artikel 93 van het Verdrag verleent de Commissie geenszins de bevoegdheid om de werking van de artikelen 9 en volgende of artikel 95 van het Verdrag te beperken.

49. Aan de nationale rechter dient derhalve te worden geantwoord dat het gemeenschapsrechtelijk voor de toelaatbaarheid van een heffing van gelijke werking of een discriminerende binnenlandse belasting inderdaad geen verschil maakt dat deze heffing deel uitmaakt van een steunregeling die bij de Commissie is aangemeld en door haar krachtens artikel 93 van het Verdrag is goedgekeurd.

50. Is de door de verwijzende rechter gestelde vraag hiermee uitputtend beantwoord? Ik ben daarvan niet overtuigd.

51. Als voor de toelaatbaarheid van de heffing de goedkeuring van de Commissie niet uitmaakt, geldt dit dan ook voor de bevoegdheden van de nationale rechter?

52. Met andere woorden, is de nationale rechter die te maken krijgt met een heffing of een binnenlandse belasting, bevoegd deze buiten toepassing te laten, zelfs als hij daardoor de werking opheft die een besluit van de Commissie in de nationale rechtsorde heeft, en wel een besluit waarbij de steunregeling inclusief de financiering ervan door de oplegging van die heffing wordt toegelaten? Zal hij daardoor niet automatisch dezelfde beslissing nemen als wanneer hij de ongeldigheid van de beslissing van de Commissie zou vaststellen? En is hij gelet op het arrest Foto-Frost [14] bevoegd dat te doen?

53. Deze vraag is enige overdenking waard. Wil zij zich echt voordoen, dan moet de goedkeuring van de nationale steunregeling door de Commissie wel mede betrekking hebben op de financiering ervan. Als men de Deense regering wil geloven, die dienaangaande verwijst naar de aan haar gerichte brief van 28 oktober 1991 [SG (91)D/20129] is dit juist het geval, en op die veronderstelling is ook de vraag van de nationale rechter gebaseerd.

54. Deze vraag is tot nu toe nog niet gesteld. Weliswaar bestaat er overvloedige

14 — Arrest van 22 oktober 1987 (314/85, Jurispr. blz. 4199).

rechtspraak over de verhouding tussen de artikelen 9 en volgende dan wel artikel 95 van het Verdrag enerzijds en de artikelen 92 en volgende EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) anderzijds, doch deze heeft geenszins betrekking op het geval dat de inning van de heffing of de binnenlandse belasting uitdrukkelijk door de Commissie krachtens artikel 93 van het Verdrag als element van een steunregeling is goedgekeurd.

55. De rechtspraak bevestigt uitsluitend dat eenzelfde heffing kan vallen onder de artikelen 9 en volgende dan wel artikel 95 van het Verdrag en tegelijkertijd deel van een steunregeling als bedoeld in artikel 92 van het Verdrag kan zijn en dus vanuit deze beide aspecten kan worden getoetst.

56. De nationale rechter zal de ongeldigheid van de beslissing van de Commissie niet rechtstreeks vaststellen, maar een handeling van nationaal recht nietig verklaren of althans buiten werking stellen, en wel geheel als het gaat om een heffing van gelijke werking en gedeeltelijk als het gaat om een binnenlandse belasting van artikel 95 van het Verdrag. Hiervoor zal hij echter de hindernis moeten nemen van de goedkeuring ingevolge artikel 93 van het Verdrag, die van haar kant erop is gebaseerd dat er volgens de Commissie geen onverenigbaarheid is met de gemeenschappelijke markt. Hij gaat de door de Commissie aan een lidstaat verleende goedkeuring tot toepassing van een heffing ter financiering van een bepaalde activiteit buiten werking stellen. En hij kan dat, gelet op de voorrang van het gemeenschapsrecht die onbetwistbaar voor de besluiten van de Commissie geldt, alleen terecht doen, als hij meent dat de Commissie door de betrokken goedkeuring te verlenen haar bevoegdheden heeft overschreden.

57. Het reeds aangehaalde arrest Foto-Frost baseert zich echter juist onder meer op het vermoeden van de geldigheid van de handelingen van de instellingen en behoudt de vaststelling van de ongeldigheid van die handelingen voor aan het Hof.

58. Is er een verschil tussen het geval waarin de nationale rechter twijfel heeft over een besluit van de Commissie waarbij niet alleen een steunmaatregel wordt goedgekeurd maar ook de financieringswijze ervan, en dat waarin de nationale rechter zich afvraagt of een besluit van de Commissie waarbij naheffing wordt bevolen, geldig is? Moet het reeds aangehaalde arrest Foto-Frost, dat het tweede geval betreft, geen toepassing vinden in het eerste geval? De tegenwerping dat de nationale rechter voorbij moet kunnen gaan aan de goedkeuring van de Commissie in een geval als het onderhavige, waarin de marktdeelnemer zich beroept op een artikel van het Verdrag met rechtstreekse werking, gaat mijns inziens niet op, want dan zou ook moeten worden aangenomen dat de nationale rechter ingeval een particulier opkomt tegen een nationale maatregel ter uitvoering van een verordening die in strijd met algemene beginselen van het gemeenschapsrecht zou zijn, zelf de ongeldigheid van die verordening kan vaststellen. Of men gaat ervan uit — hetgeen ik mij niet kan voorstellen — dat artikel 95 van het

Verdrag rechten verleent die meer bescherming verdienen dan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.

59. Er bestaan in feite twee oplossingen.

60. Of het arrest Foto-Frost heeft een strikt beperkte werkingssfeer, zodat de nationale rechter in een geval als het onderhavige, waarin hij zich niet rechtstreeks behoeft uit te spreken over de geldigheid van een handeling van secundair recht, niet gehouden is de zaak aan het Hof voor te leggen om de handeling de facto buiten werking te kunnen stellen.

61. Of de in het reeds aangehaalde arrest Foto-Frost genoemde redenen waarom de nationale rechter iedere bevoegdheid wordt ontzegd om een negatief oordeel uit te spreken over de geldigheid van een handeling van secundair recht, zijn ook in ons geval van toepassing, want de vaststelling dat het gemeenschapsrecht geschonden is door de nationale heffing, betekent automatisch — ook al is dit alleen maar impliciet — dat de door de Commissie in het kader van de procedure van artikel 93 van het Verdrag verleende goedkeuring om die heffing te innen, onrechtmatig is.

62. De eerste oplossing zou het voordeel hebben dat de nationale rechter niet verplicht is om het Hof vragen te stellen waarvan het antwoord volgens hem en, zoals dat in casu inderdaad ook is, bijna voor de hand ligt.

63. Zij zou daarentegen het grote nadeel hebben dat een fictie tot regel wordt verheven, omdat bij deze oplossing wordt gedaan alsof het probleem van de nationale rechter volstrekt niets te maken heeft met de vraag naar de geldigheid van een gemeenschapshandeling.

64. Daarom neig ik persoonlijk naar de tweede oplossing, die weliswaar stringent is, maar strookt met het reeds aangehaalde arrest Foto-Frost en de daaraan ten grondslag liggende voorwaarden, en die volgens mij door de nationale rechters volledig begrepen zou worden, zoals wordt aangetoond door het feit dat de Deense rechter alhoewel hij het antwoord op zijn eerste vraag kende, zich toch tot het Hof gewend heeft, omdat hij zich volstrekt bewust was van de problematiek die de tweede vraag omvat.

65. In elk geval heeft deze oplossing het in mijn ogen zeer belangrijke voordeel dat de problemen worden vermeden die vroeg of laat zeker zouden rijzen als de toelaatbaarheid van een afzonderlijk element van een goedgekeurde steunregeling werd getoetst door een rechter die niet bevoegd is om te beslissen over de geldigheid van de door de Commissie aan de lidstaat verleende goedkeuring van die regeling.

Conclusie

66. Na het onderzoek van de door het Vestre Landsret gestelde vragen te hebben afgesloten, geef ik het Hof in overweging deze als volgt te beantwoorden:

„1) De artikelen 9 en 12 EG-Verdrag (thans, na wijziging, de artikelen 23 EG en 25 EG) alsmede artikel 16 EG-Verdrag (ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam) moeten aldus worden uitgelegd dat het verbod van heffingen van gelijke werking als douanerechten geen betrekking heeft op een heffing die door een publiekrechtelijk orgaan wordt geïnd op varkens die in een lidstaat worden geproduceerd en voor de slacht op de binnenlandse markt of voor de levende uitvoer naar andere lidstaten worden verkocht, voorzover die heffing gelijk is en de opbrengst ervan verdeeld wordt over activiteiten die niet uitsluitend ten goede komen aan de afzet van de voor de binnenlandse markt bestemde varkens, maar ook aan die van de naar andere lidstaten levend geëxporteerde varkens.

Een heffing op varkens die in een lidstaat zijn geproduceerd en die voor de slacht op de binnenlandse markt of voor de levende uitvoer naar andere lidstaten worden verkocht, valt onder het discriminatieverbod van artikel 95 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 90 EG), wanneer de besteding van de heffingsopbrengst impliceert dat de fiscale last zwaarder drukt op de afzet van varkens die levend naar andere lidstaten worden uitgevoerd, dan op de afzet van varkens die voor de slacht in de betrokken lidstaat worden verkocht.

2) De omstandigheid dat een nationale heffing deel uitmaakt van een door de Commissie krachtens de voorschriften inzake staatssteun goedgekeurde steunregeling, maakt geen verschil voor de toepassing van de in de artikelen 9 en volgende EG-Verdrag en artikel 95 EG-Verdrag vervatte verbodsbepalingen op deze heffing. Wanneer een nationale rechter meent dat een van deze verbodsbepalingen van toepassing is op een heffing waarvoor die goedkeuring is verleend, dient hij het Hof overeenkomstig de procedure van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) te verzoeken om over de juistheid van zodanige toepassing te beslissen."