CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 7 juni 2006 [1]

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de bepalingen inzake de terugvordering van restituties die zijn betaald ter subsidiëring van de uitvoer van zuivelproducten uit de Gemeenschap [2], ingeval deze producten naderhand zijn wederuitgevoerd naar een ander land van bestemming. Deze kwestie is aan de orde omdat naar de Verenigde Staten uitgevoerde producten later zijn wederuitgevoerd naar Canada. Voor producten die rechtstreeks uit de Gemeenschap naar Canada werden uitgevoerd, was de restitutievoet lager dan voor uitvoer naar de Verenigde Staten.

2. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) wenst met name te vernemen of een definitief verkregen restitutie alleen in het geval van misbruik door de exporteur als „onverschuldigd betaald" kan worden beschouwd en, zo dit niet het geval is, in welke omstandigheden er sprake is van een „onverschuldigd betaalde" uitvoerrestitutie. De verwijzende rechter wenst ook te vernemen wanneer een „onregelmatigheid" voortdurend of voortgezet is in de zin van de toepasselijke bepalingen.

De toepasselijke communautaire regeling

Het rechtskader inzake restituties bij de uitvoer van melk en zuivelproducten

3. Ten tijde van de litigieuze transacties waren de algemene voorschriften betreffende de toekenning van gedifferentieerde restituties bij de uitvoer van melk en zuivelproducten vervat in artikel 17 van verordening (EEG) nr. 804/68 [3], die de markt voor deze producten ordende.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Er bestaan twee soorten van uitvoerrestituties: variabele (of „gedifferentieerde") en vaste (of „niet-gedifferentieerde) restituties. In casu gaat het om variabele restituties. Het belang van dit onderscheid wordt hierna in punt 35 kort besproken.

3 — Verordening van de Raad van 27 juni 1968 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelproducten (PB L 148, blz. 13). Verordening nr. 804/68 werd met ingang van 1 januari 2000 ingetrokken bij verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad van 17 mei 1999 met hetzelfde opschrift (PB L 160, blz. 48).

4. Verordening (EEG) nr. 876/68 [4] bevatte de uitvoeringsregels voor de toekenning van restituties bij de uitvoer van melk en zuivelproducten.

5. Artikel 4 van verordening nr. 876/68 bepaalde dat de restitutie op een naar gelang van de bestemming van de producten verschillend bedrag kon worden vastgesteld wanneer de marktomstandigheden dat noodzakelijk maakten.

6. Artikel 6 bepaalde:

„1. De restitutie wordt uitbetaald wanneer het bewijs wordt geleverd dat de producten

— uit de Gemeenschap zijn uitgevoerd, en

— [...] van oorsprong uit de Gemeenschap zijn.

2. In geval van toepassing van artikel 4 wordt de restitutie uitbetaald onder de in lid 1 gestelde voorwaarden, mits het bewijs wordt geleverd dat het product de bestemming heeft bereikt waarvoor de restitutie werd vastgesteld. [...]"

De restitutie bij uitvoer van pecorino

7. Vaststaat dat de voor uitvoer van pecorino vastgestelde restitutievoet ten tijde van de relevante feiten stelselmatig hoger was voor uitvoer naar de Verenigde Staten dan voor uitvoer naar Canada.

4 — Verordening van de Raad van 28 juni 1968 tot vaststelling van de algemene voorschriften betreffende de toekenning van de restituties bij de uitvoer en de criteria voor de vaststelling van het bedrag van de restitutie in de sector melk en zuivelproducten (PB L 155, blz. 1). Deze verordening werd met ingang van 1 januari 1995 ingetrokken bij verordening (EG) nr. 3290/94 van de Raad van 22 december 1994 inzake de aanpassingen en de overgangsmaatregelen in de landbouwsector voor de tenuitvoerlegging van de overeenkomsten in het kader van de multilaterale handelsbesprekingen van de Uruguay-Ronde (PB L 349, blz. 105).

De specifieke voorschriften inzake restituties bij uitvoer

De ten tijde van de relevante feiten toepasselijke voorschriften

8. Ten tijde van de relevante feiten bevatte verordening (EEG) nr. 3665/87 [5] de specifieke voorschriften betreffende de toepassing van het stelsel van restituties bij uitvoer in het algemeen, waaronder de restituties bij uitvoer van melk en zuivelproducten. In een aantal overwegingen van de considerans ervan wordt de nadruk gelegd op het belang dat wordt gegarandeerd dat de producten waarvan de uitvoer door dergelijke restituties wordt gesubsidieerd, in het in de aangifte vermelde derde land van bestemming werkelijk op de markt worden gebracht. [6]

9. Artikel 4, lid 1, luidde als volgt:

„Onverminderd het bepaalde in de artikelen 5 en 16, mag de restitutie slechts worden uitbetaald als het bewijs is geleverd dat de producten waarvoor de uitvoeraangifte is aanvaard, uiterlijk zestig dagen na die aanvaarding in ongewijzigde staat het douanegebied van de Gemeenschap hebben verlaten."

10. Artikel 5 bepaalde:

„1. Voor betaling van de al dan niet gedifferentieerde restitutie geldt niet alleen de voorwaarde dat het product het douanegebied van de Gemeenschap heeft verlaten, maar ook dat:

a) wanneer ernstige twijfel bestaat omtrent de werkelijke bestemming van het product,

[...]

het product binnen twaalf maanden na de datum waarop de aangifte ten uitvoer is aanvaard, in een derde land en, in voorkomend geval, in een bepaald derde land is ingevoerd, tenzij het tijdens het vervoer als gevolg van overmacht verloren is gegaan. [...]

[E]venwel [kunnen] bijkomende termijnen worden toegestaan.

In de in de eerste alinea bedoelde gevallen zijn artikel 17, lid 3, en artikel 18 van toepassing.

5 — Verordening van de Commissie van 27 november 1987 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten (PB L 351, blz. 1). Verordening nr. 3665/87 werd naderhand vervangen door verordening (EG) nr. 800/1999 van de Commissie van 15 april 1999 met hetzelfde opschrift (PB L 102, blz. 11), die op 1 juli 1999 in werking is getreden.

6 — Zie inzonderheid de overwegingen 4, 13 en 24.

Bovendien kunnen de bevoegde instanties van de lidstaten bijkomende bewijzen verlangen waarmee ten genoegen van die instanties wordt aangetoond dat het product in het derde land van invoer werkelijk in ongewijzigde staat op de markt is gebracht.

2. [...]

Wanneer omtrent de werkelijke bestemming van de producten ernstige twijfel bestaat, kan de Commissie de lidstaten verzoeken om de bepalingen van lid 1 toe te passen.

[...]"

11. De artikelen 16 tot en met 21 van verordening nr. 3665/87 bevatten specifieke voorschriften voor de gedifferentieerde restitutie bij uitvoer.

12. Overeenkomstig artikel 16 werd een dergelijke restitutie slechts betaald als de in de artikelen 17 en 18 vastgestelde bijkomende voorwaarden waren vervuld.

13. Artikel 17, lid 1, bepaalde:

„Het product moet binnen twaalf maanden na de datum waarop de aangifte ten uitvoer is aanvaard, in het derde land of in een van de derde derden waarvoor de restitutie is vastgesteld, in ongewijzigde staat zijn ingevoerd. [...]"

14. Artikel 17, lid 3, luidde als volgt:

„Het product wordt als ingevoerd beschouwd wanneer de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het derde land zijn vervuld."

15. Artikel 18 bevatte een exhaustieve lijst van bewijsstukken die exporteurs moesten overleggen om aan te tonen dat de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik van dat product waren vervuld.[7] Een van deze documenten was een kopie van het vervoerdocument.

7 — Artikel 18 werd tijdens de relevante periode meermaals gewijzigd. Deze wijzigingen zijn niet van belang voor de uitkomst van deze procedure.

16. Krachtens artikel 19 konden de lidstaten de exporteur ontslaan van de verplichting om de andere in artikel 18 bedoelde bewijsstukken dan het vervoerdocument over te leggen, mits de waarde van de restitutie een bepaald maximum niet te boven ging en „indien het een transactie [betrof] waarvoor voldoende zekerheden [bestonden] ten aanzien van de aankomst ter bestemming van de producten waarvoor een aangifte ten uitvoer [was] opgemaakt". [8]

17. De artikelen 22 en 23 bepaalden, voor zover hier van belang:

„*Artikel 22*

1. Zodra de aangifte ten uitvoer is aanvaard, schieten de lidstaten op verzoek van de exporteur het restitutiebedrag geheel of gedeeltelijk voor, op voorwaarde dat een zekerheid wordt gesteld die gelijk is aan het bedrag van het verschot, verhoogd met 15 %.

De lidstaten kunnen bepalen onder welke voorwaarden om vooruitbetaling van een deel van de restitutie kan worden verzocht.

2. Bij de berekening van het voorschot wordt uitgegaan van de voor de opgegeven bestemming geldende restitutie [...]. [9]

Artikel 23

1. Wanneer het voorschot hoger is dan het werkelijk voor de betrokken uitvoer of voor een equivalente uitvoer verschuldigde bedrag, betaalt de exporteur het verschil tussen deze beide bedragen terug, verhoogd met 15 % van dat verschil.

[...]"

De latere wijziging

18. Korte tijd na de laatste uitvoertransactie die in het hoofdgeding aan de orde is, werd artikel 11 [10] van verordening nr. 3665/87 gewijzigd bij verordening (EG) nr. 2945/94. [11] In de eerste overweging van

8 — Artikel 19 werd medio 1993 gewijzigd. Ook deze wijzigingen zijn niet van belang voor de uitkomst van deze procedure.

9 — De wijzigingen die medio 1993 in artikel 22 zijn aangebracht, zijn evenmin van belang voor het onderhavige geval.

10 — Artikel 11, in de oorspronkelijke versie, luidde als volgt: „De restitutie behoeft niet te worden betaald als het bedrag daarvan per aanvraag die een of meer aangiften ten uitvoer betreft, gelijk is aan of lager dan 25 ecu".

11 — Verordening van de Commissie van 2 december 1994 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 3665/87 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten, wat de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen en de toe te passen sancties betreft (PB L 310, blz. 57).

de considerans van verordening nr. 2945/94 wordt verklaard dat het, gezien de ervaring die dusver is opgedaan, noodzakelijk is, de strijd tegen onregelmatigheden en met name tegen fraude ten nadele van de begroting van de Gemeenschap te intensiveren, en dat daartoe voorschriften inzake de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen moeten worden vastgesteld. In de vijfde overweging van de considerans staat te lezen dat de ervaring en de onregelmatigheden, en met name de fraudes, die in dit verband zijn vastgesteld, duidelijk maken dat deze maatregel noodzakelijk, passend en voldoende afschrikkend is. Artikel 11 van verordening nr. 3665/87 is bij verordening nr. 2945/94 vervangen en luidt thans als volgt:

„1. Wanneer wordt geconstateerd dat een exporteur een hogere uitvoerrestitutie heeft gevraagd dan de geldende, is de verschuldigde restitutie voor de betreffende uitvoer gelijk aan de geldende restitutie voor de werkelijke uitvoer, verminderd met een bedrag dat gelijk is aan:

a) de helft van het verschil tussen de gevraagde restitutie en de geldende restitutie voor het daadwerkelijk uitgevoerde product;

b) het dubbele van het verschil tussen de gevraagde restitutie en de geldende restitutie, indien de exporteur opzettelijk onjuiste gegevens heeft verstrekt.

[...]

3. [...] de begunstigde [is] verplicht om, indien een restitutie ten onrechte is betaald, de ten onrechte ontvangen bedragen terug te betalen, waaronder begrepen de overeenkomstig lid 1, eerste alinea, geldende sanctiebedragen, vermeerderd met een rente over het tussen de betaling en terugbetaling verstreken tijdvak. Indien evenwel:

— de terugbetaling door een nog niet vrijgegeven zekerheid wordt gewaarborgd, geldt het verbeuren van de zekerheid overeenkomstig artikel 23, lid 1, of artikel 33, lid 1, als teruggave van de verschuldigde bedragen;

— de zekerheid reeds is vrijgegeven, betaalt de begunstigde het bedrag van de zekerheid die zou zijn verbeurd, vermeerderd met de rente over de periode vanaf het vrijgeven van de zekerheid tot en met de dag voorafgaande aan die van de betaling.

[...]"

19. Deze wijziging is op 1 april 1995 in werking getreden.

Financiële onregelmatigheden

20. Verordening (EEG) nr. 729/70 [12] regelde, in het algemeen, de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Artikel 1, lid 2, bepaalde dat de afdeling Garantie van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (hierna: „EOGFL") de restituties bij uitvoer financierde.

21. Artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 bevatte voor de lidstaten de specifieke verplichting om zich ervan te vergewissen dat de door het EOGFL gefinancierde maatregelen daadwerkelijk en op regelmatige wijze werden uitgevoerd, om onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen en om de ten gevolge van onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen.

22. Later werden bij verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 [13] specifieke procedurevoorschriften op communautair niveau vastgesteld om „onregelmatigheden" te vervolgen.

23. Artikel 1 luidt als volgt:

„1. Met het oog op de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen wordt een algemene regeling inzake homogene controles en administratieve maatregelen en sancties met betrekking tot onregelmatigheden ten aanzien van het gemeenschapsrecht aangenomen.

2. Onder onregelmatigheid wordt elke inbreuk op het gemeenschapsrecht verstaan die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen of de door de Gemeenschappen beheerde begrotingen worden of zouden kunnen worden benadeeld, hetzij door de vermindering of het achterwege blijven van ontvangsten uit de eigen middelen, die rechtstreeks voor rekening van de Gemeenschappen worden geïnd, hetzij door een onverschuldigde uitgave."

24. Artikel 3 bepaalt:

„1. De verjaringstermijn van de vervolging bedraagt vier jaar vanaf de datum waarop de in artikel 1, lid 1, bedoelde onregelmatigheid is begaan. De sectoriële regelingen kunnen echter een kortere termijn bepalen, die niet minder dan drie jaar mag bedragen.

12 — Verordening van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (PB L 94, blz. 13). Verordening nr. 729/70 werd met ingang van 1 januari 2000 ingetrokken bij verordening (EG) nr. 1258/1999 van de Raad van 17 mei 1999 met hetzelfde opschrift (PB L 160, blz. 103).

13 — Verordening van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB L 312, blz. 1).

Voor voortdurende of voortgezette onregelmatigheden gaat de verjaringstermijn in op de dag waarop de onregelmatigheid is geëindigd. [...]"

De verjaring van de vervolging wordt gestuit door elke onderzoekshandeling of daad van vervolging van de onregelmatigheid door de bevoegde autoriteit, mits deze de betrokkene ter kennis is gebracht. Na de stuiting vangt een nieuwe verjaringstermijn aan.

De verjaring treedt echter in ieder geval in na verloop van een termijn die het dubbele bedraagt van de verjaringstermijn indien de bevoegde autoriteit binnen deze termijn geen sanctie heeft opgelegd [...].

[...]

3. Het staat de lidstaten vrij langere termijnen toe te passen dan de in [lid 1] bepaalde."

25. Artikel 4 bepaalt:

„1. Iedere onregelmatigheid leidt in de regel tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel:

— door de verplichting [...] de wederrechtelijk geïnde bedragen terug te betalen;

[...].

2. De toepassing van de in lid 1 bedoelde maatregelen wordt beperkt tot de ontneming van het verkregen voordeel, vermeerderd met de rente — die forfaitair kan worden vastgesteld — in geval van een daartoe strekkende bepaling.

3. Wanneer vaststaat dat handelingen tot doel hebben om, door kunstmatig de voorwaarden te scheppen die voor het verkrijgen ervan nodig zijn, een voordeel te verkrijgen dat in strijd is met de doelstellingen van het ter zake toepasselijke gemeenschapsrecht, wordt [...] dit voordeel [...] ontnomen.

4. De in dit artikel bedoelde maatregelen worden niet als sancties beschouwd."

De feiten van het geding en de procedure voor de nationale rechter

26. Vonk Dairy Products (hierna: „Vonk") is een in Nederland gevestigde vennootschap die tussen 1988 en 1994 jaarlijks circa 300 partijen pecorino uitvoerde naar de Verenigde Staten.

27. De Algemene Inspectiedienst (hierna: „AID") voerde onderzoek naar de activiteiten van Vonk. Uit dat onderzoek is gebleken dat Vonk tussen 1988 en 1994 75 partijen [14] pecorino had uitgevoerd naar de Verenigde Staten en dat deze kaas naderhand naar Canada werd wederuitgevoerd.

28. De verwijzingsbeslissing bevat uittreksels uit het proces-verbaal van de AID van 5 maart 1997 aan zijn ministerie. Daarin wordt onder meer het volgende verklaard:

„[...] is door de US Customs te New York, U.S.A., op verzoek van de [AID], onderzoek verricht bij Orlando Food Corporation [...], New Jersey, zijnde één van de afnemers van Italiaanse kaas van Vonk Dairy Products BV

[...] Naar aanleiding van het onderzoek, verricht door de US Customs, is op 5 juli 1996 door de Officier van Justitie te Roermond [...] een opsporingsonderzoek geopend tegen [...] Vonk Dairy Products BV [...]

[...]

Uit onderzoek blijkt dat Vonk Dairy Products BV in de periode 1988 tot en met 1994 75 containers Italiaanse kaas naar Orlando Food Corporation, U.S.A. exporteert en dat vervolgens dezelfde Italiaanse kaas wordt doorgevoerd naar afnemers in Canada, voornamelijk naar National Cheese & Food Company [...], Ontario. Deze 75 containers kaas betreffen een hoeveelheid van ongeveer 1,47 miljoen kg kaas. Vonk Dairy Products BV heeft voor deze hoeveelheid, voor de bestemming de Verenigde Staten van Amerika, exportrestitutie aangevraagd en circa NLG 8,1 miljoen [ongeveer 3 675 000 EUR] restitutie ontvangen.

Uit onderzoek blijkt dat inzake voornoemde kaasexporten er correspondentie is tussen Vonk Dairy Products BV en National Cheese & Food Company.

Uit onderzoek blijkt dat de rol van Vonk Dairy Products BV zich niet beperkt tot alleen het exporteren van Italiaanse kaas naar

14 — De verwijzingsbeslissing heeft het meestal over 75 partijen die tussen 1988 en 1994 zijn wederuitgevoerd, behalve in één geval (op blz. 5) waar wordt verklaard dat in die periode een 70-tal partijen zijn wederuitgevoerd.

de Verenigde Staten van Amerika, maar dat Vonk Dairy Products BV op de hoogte is van de doorvoer naar Canada en ook betrokken is bij de verkoop van de Italiaanse kaas in Canada."

29. In juli 1997 hebben bij Vonk huiszoekingen plaatsgevonden.

30. In september 1997 heeft het Productschap Zuivel (hierna: „Productschap") Vonk ervan op de hoogte gebracht dat het het proces-verbaal van de AID had ontvangen en een afschrift ervan toegezonden.

31. Op basis van de uitkomsten van het justitieel onderzoek heeft de AID in augustus 2000 een (tweede) rapport uitgebracht. In dat rapport wordt vastgesteld dat de betrokken kaas in de Verenigde Staten in het vrije verkeer was gebracht, en dat invoerrechten waren betaald aan de Amerikaanse autoriteiten. De partijen kaas werden echter korte tijd na invoer — de meeste binnen enkele dagen, andere binnen enkele weken — wederuitgevoerd naar Canada. [15]

32. In april 2001 heeft het Productschap de aan Vonk toegekende restitutie ingetrokken en het verschil tussen de voor de Verenigde Staten geldende restitutie en die voor Canada (ongeveer 2,4 miljoen NLG of bijna 1,1 miljoen EUR), vermeerderd met 15 % teruggevorderd. Het Productschap vorderde van Vonk voor deze transacties derhalve in totaal 2 795 841,72 NLG (ongeveer 1,3 miljoen EUR) terug.

33. Vonk heeft in mei 2001 bezwaar gemaakt tegen dat terugvorderingsbesluit. Bij besluit van 24 januari 2002 heeft het Productschap het bezwaar van Vonk ongegrond verklaard.

34. Vonk heeft beroep ingesteld bij het College van Beroep, dat krachtens artikel 234 EG aan het Hof de hierna volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Dienen de artikelen 16 tot en met 18 van verordening (EEG) nr. 3665/87, zoals geldend ten tijde hier van belang, aldus te worden uitgelegd dat, indien gedifferentieerde restituties na aanvaarding van de invoerdocumenten definitief zijn betaald, nadien gebleken wederuitvoer van de goederen alleen tot onverschuldigdheid van de betaling kan leiden in het geval van misbruik van de exporteur?

15 — Vonk blijkt inderdaad aanvankelijk betaling van de invoerrechten voor de wederuitgevoerde partijen kaas te hebben gevorderd en verkregen. Na 1 januari 1989 was dit niet meer het geval.

2) Indien vraag 1 ontkennend moet worden beantwoord, welke criteria gelden teneinde te kunnen beoordelen wanneer wederuitvoer van goederen tot de conclusie moet leiden dat definitief betaalde gedifferentieerde restituties onverschuldigd zijn betaald?

3) Welke criteria gelden teneinde te kunnen beoordelen of sprake is van een voortdurende of voortgezette onregelmatigheid als bedoeld in artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95? In het bijzonder wenst het College te vernemen of van een voortdurende of voortgezette onregelmatigheid sprake is, indien de onregelmatigheid betrekking heeft op een relatief klein deel van alle transacties in een bepaalde periode en de transacties waarbij een onregelmatigheid is geconstateerd, steeds verschillende partijen betreffen?"

De prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

35. Er bestaan aanzienlijke economische verschillen tussen variabele en vaste uitvoerrestituties. Wanneer niet daadwerkelijk wordt gecontroleerd, de vervoer- en andere transactiekosten voldoende laag zijn en het verschil tussen twee variabele restitutievoeten voor twee verschillende derde landen voldoende groot is, kan een marktdeelnemer winst maken door goederen aan te geven voor uitvoer naar land A (met een hoge variabele restitutievoet), ze naar dat land uit te voeren en vervolgens weder uit te voeren naar land B (met een lagere variabele restitutievoet). Bovenop zijn normale handelswinst maakt de marktdeelnemer dan extra winst op de verkoop van de goederen. Van haar kant heeft de Gemeenschap dan meer subsidies voor de afzet van het product in land B betaald dan de gemeenschapswetgever noodzakelijk achtte, zoals blijkt uit de voor land B geldende (lagere) restitutievoet. Voor vaste restituties is er geen soortgelijk economisch motief om het gemeenschapsstelsel van restituties bij uitvoer oneigenlijk te gebruiken (of eigenlijk te misbruiken).

36. Deze economische realiteit komt tot uiting in de rechtspraak van het Hof. In het arrest Eichsfelder Schlachtbetrieb [16] heeft het Hof verklaard dat „[h]et stelsel van gedifferentieerde uitvoerrestituties [...] tot doel [heeft] de markten van de betrokken derde landen toegankelijk te maken of te houden voor exporten uit de Gemeenschap, waarbij de differentiatie van de restitutie berust op de wens rekening te houden met de bijzonderheden van iedere invoermarkt waarop de

16 — Arrest van 21 juli 2005 (C-515/03, Jurispr. blz. I-7355).

Gemeenschap zich wil doen gelden". [17] Op basis hiervan heeft het Hof ook verklaard dat „aan het stelsel van gedifferentieerde restituties de bestaansgrond zou komen te ontvallen wanneer het ter verkrijging van een hoger restitutiebedrag zou volstaan dat de waar eenvoudig werd gelost". [18]

37. Zowel uit de overwegingen van de considerans als uit de materiële bepalingen van verordening nr. 3665/87 blijkt duidelijk dat de gemeenschapswetgever zich terdege bewust was van het economische potentieel dat het stelsel van uitvoerrestituties oneigenlijk zou worden gebruikt. De materiële bepalingen van deze verordening beogen, zolang de restitutie niet volledig is betaald, te verzekeren dat de goederen in het aangegeven derde land van bestemming werkelijk op de markt worden gebracht. Zo wordt in artikel 5, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 3665/87 benadrukt dat „de bevoegde instanties van de lidstaten bijkomende bewijzen [kunnen] verlangen waarmee ten genoegen van die instanties wordt aangetoond dat het product in het derde land van invoer *werkelijk* in ongewijzigde staat *op de markt is gebracht*" (cursivering van mij). In artikel 22 (berekening van het voorschot) is sprake van „de voor de opgegeven bestemming geldende restitutie". Artikel 23 stelt als voorafgaande voorwaarde voor de terugvordering van een als restitutie voorgeschoten bedrag dat „het voorschot hoger is dan het *werkelijk voor de betrokken uitvoer* [...] verschuldigde bedrag" (cursivering van mij).

38. De betaling van een gedifferentieerde restitutie is bijgevolg afhankelijk van het bewijs dat het product in het aangegeven derde land van bestemming in het vrije verkeer is gebracht. [19] Wanneer de in artikel 18, lid 1, van verordening nr. 3665/87 genoemde primaire documenten niet voorhanden zijn *of onvoldoende worden geacht*, kan het bewijs dat de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik zijn vervuld, worden geleverd door overlegging van andere documenten die exhaustief zijn opgesomd in artikel 18, lid 2. Het is veelzeggend dat twee van deze mogelijkheden [20] specifiek zien op een verklaring dat het product, voor zover bekend aan de instantie die de verklaring afgeeft, niet opnieuw is verladen met het oog op wederuitvoer ervan.

39. Wanneer de exporteur (tegen zekerheidstelling) een voorschot op de verschuldigde restitutie heeft ontvangen, is bovendien zelfs het bewijs dat de douaneformaliteiten zijn vervuld, slechts een weerlegbaar bewijs dat het doel van de gedifferentieerde uitvoerrestitutie daadwerkelijk is verwezenlijkt. In

17 — Punt 26, met verwijzing naar de arresten van 2 juni 1976, Milch-, Fett- und Eier-Kontor, 125/75, Jurispr. blz. 771, punt 5; 11 juli 1984, Dimex, 89/83, Jurispr. blz. 2815, punt 8, en 9 augustus 1994, Boterlux, C-347/93, Jurispr. blz. I-3933, punt 18.

18 — Reeds aangehaalde arresten Eichsfelder Schlachtbetrieb, punt 27, en Boterlux, punt 19.

19 — Arrest Boterlux, reeds aangehaald, punt 30. Wanneer misbruik wordt vermoed of vaststaat, kunnen de lidstaten ook de toekenning van een vaste restitutie van dit bewijs afhankelijk stellen (ibidem). In artikel 17, lid 3, van verordening nr. 3665/87 wordt de voorwaarde aangescherpt in die zin dat voor het product „de douaneformaliteiten voor invoer *tot verbruik* in het derde land" moeten zijn vervuld (cursivering van mij).

20 — Artikel 18, lid 2, sub b en c.

het arrest Möllmann-Fleisch, bijvoorbeeld, heeft het Hof verduidelijkt dat het bewijs dat een certificaat van inklaring normaliter oplevert, ter zijde kan worden geschoven wanneer redelijkerwijs kan worden betwijfeld dat de goederen in het land van bestemming werkelijk op de markt zijn gebracht, en dat het aan de nationale rechter staat, uit te maken of er sprake is van ernstige twijfel. [21]

40. Ligt de zaak anders wanneer de restitutie volledig is betaald? Op dat tijdstip zijn de douaneformaliteiten voor invoer in het land van bestemming (per definitie) vervuld. Vaak (doch niet altijd) is de macht om over de goederen te beschikken, van de handelaar op de afnemer overgegaan. Bijgevolg pleit de rechtszekerheid in beginsel ervoor dat de restitutie als definitief toegekend wordt beschouwd.

41. Tegen deze achtergrond zal ik thans de eerste twee prejudiciële vragen bespreken. Aangezien de tweede vraag ten dele samenvalt met de eerste, lijkt het mij aangewezen, beide vragen te herformuleren en samen te behandelen.

21 — Arrest van 31 maart 1993 (C-27/92, Jurispr. blz. I-1701, punten 13-17). Hoewel het in die zaak, net als in de zaak Dimex, aangehaald in voetnoot 17, ging om verordening (EEG) nr. 192/75 (de voorganger van verordening nr. 3665/87), is er geen reden om aan te nemen dat de in deze beslissingen geformuleerde beginselen niet mutadis mutandis van toepassing zijn op verordening nr. 3665/87.

42. De derde vraag betreft een enigszins ander onderwerp, namelijk wanneer zijn onregelmatigheden voortdurend of voortgezet in de zin van artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 2988/95; deze vraag komt als laatste aan bod.

De eerste en de tweede vraag

43. Met deze twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen aan de hand van welke criteria kan worden bepaald of een definitief betaalde gedifferentieerde restitutie onverschuldigd is betaald, en inzonderheid in welke omstandigheden, afgezien van het geval van misbruik door de exporteur, kan worden geconcludeerd dat definitieve restituties onverschuldigd zijn betaald. Het lijkt mij nuttig bij de behandeling van deze vragen eerst na te gaan, aan welke voorwaarden moet zijn voldaan opdat een gedifferentieerde restitutie verschuldigd is, en daarna te onderzoeken in welke omstandigheden de exporteur niettemin de door hem ontvangen definitieve restitutie niet behoudt.

De voorwaarden voor betaling van restituties en de „misbruikdoctrine"

44. Vonk stelt dat het rechtszekerheidsbeginsel gebiedt dat uitvoerrestituties slechts

kunnen worden teruggevorderd op grond van de wettelijke regeling die ten tijde van de relevante feiten van toepassing was. Er is geen wettelijke grondslag voor terugvordering van de door Vonk ontvangen definitieve betaling. Indien het Productschap het betaalde zou mogen terugvorderen, zou dit schending van het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel opleveren.

45. Vonks betoog komt in wezen hierop neer: Vonk heeft voor de kaas de douaneformaliteiten vervuld en de kaas verkocht aan een afnemer in de Verenigde Staten. Bijgevolg werd de kaas „in de Verenigde Staten op de markt gebracht tot verbruik". Vonk is haar verbintenis jegens de Gemeenschap nagekomen. Waarom zou Vonk rekenschap verschuldigd zijn wanneer de kaas daarop aan een andere handelaar in Canada wordt verkocht? Wat er met de kaas gebeurt nadat Vonk deze aan haar afnemer in de Verenigde Staten heeft verkocht, is van geen belang.[22]

46. Nederland stelt zich op het standpunt dat een exporteur een restitutie bij uitvoer slechts behoudt, wanneer de producten in het land van bestemming zijn verbruikt, bijvoorbeeld door consumptie of een ingrijpende be- of verwerking. Dergelijk gebruik bewijst dat de producten werkelijk tot *verbruik* zijn vrijgegeven. In geval van goede grond voor twijfel of de producten op de markt en werkelijk in de handel zijn gebracht, moet de exporteur het bewijs leveren dat de producten in het land van bestemming daadwerkelijk op de markt zijn gebracht.[23]

47. De Commissie is van mening dat een restitutie alleen dan als onverschuldigd betaald kan worden beschouwd en dus kan worden teruggevorderd, wanneer is bewezen dat er sprake is van misbruik door de exporteur, en dat de nationale rechter dit moet uitmaken. De Commissie vestigt de aandacht op een aantal feitelijke elementen op basis waarvan de nationale rechter volgens haar kan concluderen dat dit in casu inderdaad het geval was.

48. Mijns inziens vloeit uit de artikelen 4 en 6 van verordening nr. 876/68 voort dat het recht op uitbetaling van een gedifferentieerde restitutie is verkregen wanneer is bewezen dat de producten: (i) uit de Gemeenschap zijn uitgevoerd, (ii) van oorsprong uit de Gemeenschap zijn, en (iii) de bestemming waarvoor de gedifferentieerde restitutie is vastgesteld, hebben bereikt. Hierdoor rijst echter meteen de vraag, wat dient te worden verstaan onder „de bestemming bereiken".

22 — Vonk heeft ter terechtzitting gesuggereerd dat, aangezien de Gemeenschap verschillen in uitvoerrestituties naar gelang van het land van bestemming erkent, niet redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd dat terugbetaling wordt gevorderd van een exporteur die aan alle gemeenschapsrechtelijke voorwaarden voor toekenning van een gedifferentieerde restitutie heeft voldaan. Bovendien waren de gemeenschapsinstanties al jaren op de hoogte van de wederuitvoer uit de Verenigde Staten naar Canada en zij hadden dus extra controles kunnen uitvoeren om deze situatie recht te zetten.

23 — Griekenland neemt eenzelfde standpunt in.

49. Het antwoord op deze vraag schuilt in de artikelen 16 tot en met 18 van verordening nr. 3665/87, waarbij een bijkomende voorwaarde (iv) is ingevoegd, namelijk dat de producten binnen twaalf maanden na aanvaarding van de aangifte ten uitvoer in het land van bestemming zijn ingevoerd. [24] Een product wordt als „ingevoerd" beschouwd wanneer „de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het derde land zijn vervuld". [25]

50. Het is duidelijk dat deze vier voorwaarden voor uitbetaling van een gedifferentieerde restitutie bij uitvoer cumulatief zijn.

51. Is het voor de beoordeling of de exporteur een definitief verkregen restitutie mag behouden, voldoende dat deze kan aantonen dat hij de nodige bewijsstukken heeft overlegd waaruit blijkt dat is voldaan aan deze voorwaarden?

52. Mijns inziens kan en moet in dit verband zowel vanuit een economische als vanuit een juridische invalshoek een onderscheid worden gemaakt tussen twee nogal verschillende situaties. In situatie A heeft de handelaar de betrokken producten doorverkocht aan een derde, met wie hij „at arm's length" handel drijft, op het tijdstip waarop voor deze producten de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het betrokken derde land zijn vervuld. Hij speelt geen rol in de be- of verwerking, de doorverkoop of de afzet van deze producten. Bijgevolg kan redelijkerwijs niet van hem worden verwacht dat hij het spoor van de producten blijft volgen. Hij moet het recht op de definitieve (variabele of vaste) restitutie behouden.

53. In situatie B blijft de handelaar betrokken bij de lotgevallen van de producten nadat de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik zijn vervuld. Hij krijgt een deel van de winst die wordt gemaakt door het stelsel uit te buiten (bijvoorbeeld door de producten naar de Gemeenschap weder uit te voeren of door ze in ongewijzigde staat weder uit te voeren naar een ander derde land waarvoor ze eigenlijk bestemd waren). In deze situatie zou het vreemd zijn dat hij de ondertussen ontvangen definitieve restitutie mag behouden.

54. Situatie B (waarin de handelaar betrokken blijft) zou kunnen worden aangepakt door een lidstaat toe te staan, de verdere lotgevallen te onderzoeken en een toepassing te maken van een andere (nadere) materiële definitie van het begrip „wanneer de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het [betrokken] derde land zijn vervuld". Zo zou een lidstaat bij de beoordeling of met betrekking tot de producten de „douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik" in het betrokken derde land werkelijk zijn vervuld, rekening kunnen houden met het tijdpad, en

24 — Artikel 17, lid 1.
25 — Artikel 17, lid 3.

het stramien van de transacties alsmede met de omstandigheid of de producten in het land van bestemming daadwerkelijk economisch worden gebruikt.

55. Mij lijkt dit geen goede oplossing. Volgens mij gaat situatie A (de normale handelssituatie die niet moet worden aangepakt) dan samenvloeien met situatie B (die wel dient te worden aangepakt). Aan omzichtige handelaars die niet het risico willen lopen dat hun definitieve restituties later worden ingetrokken, wordt dan de onnodig zware last opgelegd, extra documenten bij te houden en extra informatie op te vragen. In voorkomend geval hangt het recht van de handelaar op een restitutie af van gebeurtenissen of commerciële gedragingen die hij niet kan beïnvloeden.[26] Dit valt moeilijk te rijmen met het beginsel dat de rechtszekerheid in de regel in de weg staat aan terugvordering van definitief verkregen restituties.

56. Mijns inziens heeft het Hof derhalve de vier cumulatieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat een restitutie wordt uitbetaald, terecht *niet* gewijzigd en in plaats daarvan dit probleem aangepakt door een ruime, en pragmatische, definitie van het begrip misbruik te ontwikkelen (deze definitie bespreek ik hierna). Het Hof dient in het onderhavige geval niet af te wijken van zijn benaderingswijze.

57. In het arrest Emsland-Stärke[27] heeft het Hof het algemene beginsel dat uitbetaling van een restitutie (anders dan van een voorschot) definitief is, bevestigd. In dat geval ging het om vaste restituties bij uitvoer van op basis van zetmeel vervaardigde producten naar Zwitserland. De producten werden ingeklaard en de restituties uitbetaald. Later kwam aan het licht dat een aantal partijen naderhand (in ongewijzigde staat) naar Duitsland waren teruggezonden en dat andere partijen (eveneens in ongewijzigde staat) waren doorgevoerd naar Italië. Volgens de artikelen 9, lid 1, 10, lid 1, en 20, leden 2 tot en met 6, van verordening (EEG) nr. 2730/79[28] (die in dat geval aan de orde was) moest voor betaling van een restitutie zijn voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden die, mutatis mutandis, dezelfde waren als de voorwaarden in respectievelijk artikel 4, lid 1, 5, lid 1, 17, lid 3, en 18 van verordening nr. 3665/87 met betrekking tot zuivelproducten.

26 — Vergelijk met het arrest Eichsfelder Schlachtbetrieb (aangehaald in voetnoot 16), waar het Hof in punt 36 afwijzend heeft beslist op het argument dat door terugbetaling aan een andere marktdeelnemer van door de handelaar in het derde land van bestemming betaalde invoerrechten de uitvoerrestitutie retroactief elke rechtsgrond wordt ontnomen.

27 — Arrest van 14 december 2000 (C-110/99, Jurispr. blz. I-11569).

28 — Van de Commissie van 29 november 1979 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen inzake het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten (PB L 317, blz. 1).

58. Het Hof oordeelde dat aan deze vier cumulatieve voorwaarden voor toekenning van de restituties was voldaan. [29] Aan de voorwaarde van artikel 9, lid 1, was voldaan omdat de producten het geografische grondgebied van de Gemeenschap hadden verlaten. De andere voorwaarden die lidstaten krachtens artikel 10, lid 1, [30] konden opleggen, „konden slechts gelden *vóór* de toekenning van de restitutie" (cursivering van mij). [31]

59. In het arrest Emsland-Stärke heeft het Hof verder onderzocht of soms toch niet, bij wijze van uitzondering, een definitieve restitutie moet worden terugbetaald. Het Hof heeft ondubbelzinnig verklaard dat „gemeenschapsverordeningen niet zo ruim mogen worden toegepast, dat zij misbruiken [32] van exporteurs zouden dekken". [33] Het Hof oordeelde voorts:

„Om te kunnen vaststellen dat het om een misbruik gaat, zijn enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door [de] gemeenschapsregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt.

Anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat. Het bewijs van dit subjectief element kan met name worden geleverd door aan te tonen dat de exporteur in de Gemeenschap, die de restituties ontvangt, en de importeur van de goederen in het derde land, daarbij hebben samengewerkt.

Het staat aan de nationale rechter het bewijs van het bestaan van deze twee elementen vast te stellen, volgens de bewijsregels van het nationale recht, voor zover deze geen afbreuk doen aan de volle werking van het gemeenschapsrecht [...]." [34]

60. Later heeft het Hof in het arrest Eichsfelder Schlachtbetrieb [35] de in het arrest Emsland-Stärke geformuleerde definitie van misbruik [36] toegepast in de context van

29 — Zie punt 46.

30 — Betreffende het bewijs dat de producten in het derde land van bestemming werkelijk op de markt zijn gebracht: vergelijk met de laatste alinea van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 3665/97, die in nagenoeg dezelfde bewoordingen is gesteld.

31 — Punt 48, herhaald — onder verwijzing naar punt 30 van het arrest Boterlux — in punt 49.

32 — [Voetnoot niet relevant voor het Nederlands.]

33 — Punt 51, met een verwijzing naar het arrest van 11 oktober 1977, Cremer, 125/76, Jurispr. blz. 1593, punt 21.

34 — Arrest Emsland-Stärke, reeds aangehaald, punten 52-54. Wat de bewijsregels betreft, zie ook de arresten aangehaald in punt 54.

35 — Aangehaald in voetnoot 16; zie punt 39 van het arrest.

36 — [Voetnoot niet relevant voor het Nederlands.]

gedifferentieerde restituties. Het kwam tot de conclusie dat, hoewel is voldaan aan de voorwaarden voor toekenning van een restitutie, terugbetaling van een (variabele) restitutie niettemin kan worden geëist indien de nationale rechter overeenkomstig de nationale rechtsregels een misbruik door de exporteur bewezen acht. [37]

61. Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat bij de beoordeling of er sprake is van misbruik, de concrete omstandigheden en de bewijsstukken globaliter moeten worden onderzocht. De nationale rechter kan slechts op basis van een dergelijk allesomvattend onderzoek vaststellen of er sprake is van misbruik, en of een lidstaat de krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 en/of krachtens artikel 10 EG op hem rustende verplichtingen nakomt. [38]

62. Het probleem dat de nationale rechter ertoe heeft gebracht, de eerste en de tweede prejudiciële vraag te stellen, komt zakelijk weergegeven neer op hetgeen volgt. In zijn verwijzingsbeslissing [39] verklaart de verwijzende rechter: „Het College stelt vast dat het in het bestreden besluit gehandhaafde besluit tot terugvordering van de betaalde restituties niet is gebaseerd op de ondeugdelijkheid van de door appellante overgelegde invoerdocumenten noch op misbruik aan de zijde van appellante, maar op de enkele omstandigheid dat de betrokken partijen kaas vrijwel direct na invoer in de VS naar Canada zijn wederuitgevoerd."

63. Het besluit van het Productschap van 24 januari 2002 [40] (dat deel uitmaakt van het dossier dat de nationale rechter ter griffie van het Hof heeft neergelegd) is, althans tot op zekere hoogte, dubbelzinnig. Zo wordt daarin verklaard: „Vonk had immers zelf twijfels over de werkelijke bestemming van de door haar uitgevoerde kaas." [41] Anderzijds wordt daarin vastgesteld: „Het bestreden besluit is bovendien niet gebaseerd op enig gebrek betreffende deze documenten zelf, maar op de feitelijke weg die de onderhavige zendingen hebben afgelegd." [42]

64. Zoals de Commissie terecht opmerkt, staat het aan de nationale rechter om, in overeenstemming met de bewijsregels van het nationale recht en voor zover de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht niet

37 — Arrest Eichsfelder Schlachtbetrieb, reeds aangehaald, punten 41-42.

38 — Arrest van 2 juni 1994, Exportslachterijen Van Oordegem (C-2/93, Jurispr. blz. I-2283, punt 17).

39 — Punt 3.6.

40 — Zie punt 33 supra.

41 — Punt 7 van het besluit.

42 — Punt 8 van het besluit.

wordt aangetast, na te gaan of er sprake is van misbruik.[43] Uit de door het Hof geformuleerde definitie van misbruik volgt duidelijk dat bij de beoordeling of een bepaalde gedraging eigenlijk als misbruik dient te worden aangemerkt, de concrete omstandigheden en de bewijsstukken globaliter moeten worden onderzocht. Of en in welke mate deze beoordeling moet worden verricht door de instantie die bevoegd is voor het onderzoek van restitutiebetalingen (het Productschap) dan wel door de nationale rechter die de rechtmatigheid van het besluit van de bevoegde instantie toetst, of door beide achtereenvolgens, dient overeenkomstig de rechtsregels van de betrokken lidstaat te worden bepaald.

De verplichting van de lidstaten om onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen

65. Nederland stelt voorts dat in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde gedifferentieerde restituties ook kunnen worden teruggevorderd wanneer er geen sprake is van misbruik aan de zijde van de exporteur. Nederland baseert zijn argument op artikel 10 EG en artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 en is van mening dat de lidstaten verplicht zijn, onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen ook al heeft de exporteur geen fout gemaakt. De wijze waarop de bedragen moeten worden teruggevorderd, is een zaak van het nationale recht. In het onderhavige geval is zonder meer niet voldaan aan de voorwaarden voor betaling van de restitutie.

66. Dit betoog staat haaks op het in het arrest Emsland-Stärke[44] duidelijk geformuleerde beginsel dat de restitutie verschuldigd is zodra is voldaan aan de vier cumulatieve voorwaarden. In deze context dient kort te worden ingegaan op twee door Nederland aangehaalde arresten, Deutsche Milchkontor e.a.[45] en Steff-Houlberg Export e.a.[46], alsmede op een ouder arrest van het Hof, BayWa e.a.[47]. Volgens deze arresten is het vaste rechtspraak dat (i) „de lidstaten [...] de nodige maatregelen treffen om onregelmatigheden die de werkzaamheden van het EOGFL ongunstig zouden kunnen beïnvloeden, te voorkomen en te vervolgen, en om de ingevolge onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen"[48], en dat (ii) „met het beheer van het communautair landbouwinterventiestelsel belaste nationale instanties [...] [niet] over een discretionaire bevoegdheid beschikken ten aanzien van de vraag of de terugvordering van ten onrechte of op onregelmatige wijze toegekende gemeenschapsgelden doelmatig is".[49] In die drie gevallen waren de toepasselijke gemeenschapsregels echter *niet*

43 — Arrest Eichsfelder Schlachtbetrieb, reeds aangehaald, punt 40.

44 — Zie de punten 57 en 58 supra.

45 — Arrest van 21 september 1983 (205/82–215/82, Jurispr. blz. 2633).

46 — Arrest van 12 mei 1998 (C-366/95, Jurispr. blz. 2661).

47 — Arrest van 6 mei 1982 (146/81, 192/81 en 193/81, Jurispr. blz. 1503).

48 — Reeds aangehaalde arresten Deutsche Milchkontor e.a., punt 18, en Steff-Houlberg Export e.a., punt 22; cf. ook arrest BayWa e.a., punt 30.

49 — Reeds aangehaalde arresten BayWa e.a., punt 30; Deutsche Milchkontor e.a., punt 22, en Steff-Houlberg Export e.a., punt 14.

nageleefd, zodat er sprake was van „onregelmatigheden" en „onverschuldigde betaling". In casu zijn de formele regels daarentegen *wel* nageleefd, doch de producten zijn naderhand uit het land waarvoor de gedifferentieerde restitutie was toegekend (Verenigde Staten), wederuitgevoerd naar een ander derde land (Canada).

(Eventuele) doorwerking van verordening nr. 2988/95

67. Ook Griekenland voert aan dat gedifferentieerde restituties ook kunnen worden teruggevorderd als er geen sprake is van misbruik door de exporteur. Krachtens de artikelen 1, lid 2, en 4, lid 1, van verordening nr. 2988/95 kunnen onverschuldigd betaalde bedragen worden teruggevorderd wanneer de activiteiten van een marktdeelnemer onregelmatig zijn. Het is niet noodzakelijk te onderzoeken of er een verband bestaat tussen de onregelmatigheid en het subjectieve gedrag van de marktdeelnemer.

68. Mijns inziens is het niet juist, na te gaan of is voldaan aan de *materiële* voorwaarden die destijds van toepassing waren op gedifferentieerde restituties (zoals gesteld in verordening nr. 3665/87), aan de hand van de bewoordingen van een latere *procedurele* verordening (verordening nr. 2988/95). De draagwijdte van de definitie van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 (en van de daaruit voortvloeiende verplichting van artikel 4, lid 1) kan in elk geval alleen worden afgebakend aan de hand van de materiële regels die ten tijde van de relevante feiten van toepassing waren.

69. Ten tijde van de litigieuze exportverrichtingen was artikel 11 van verordening nr. 3665/87 nog *niet* aldus gewijzigd bij verordening nr. 2945/94, dat het mogelijk werd op grond van onjuiste gegevens te veel betaalde restituties terug te vorderen. Ten tijde van de relevante feiten leverde bijgevolg alleen een gedraging van een marktdeelnemer die het geheel van objectieve en subjectieve kenmerken vertoonde die samen misbruik opleveren zoals dat is gedefinieerd door het Hof, een onregelmatigheid in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 op met de dienovereenkomstige verplichting om een definitieve restitutie terug te betalen.

Schending van fundamentele beginselen

70. Het door Vonk aangevoerde argument dat terugvordering van gedifferentieerde restituties nadat de betaling definitief is geworden, in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, kan in een paar woorden worden afgedaan. Zoals het Hof in het arrest Emsland-Stärke ook

heeft gepreciseerd, is de verplichting tot terugbetaling van ontvangen restituties wanneer komt vast te staan dat de twee elementen waaruit misbruik bestaat, aanwezig zijn, niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. De verplichting tot terugbetaling is immers geen sanctie [50], waarvoor een duidelijke en ondubbelzinnige rechtsgrondslag vereist is, maar het loutere gevolg van de vaststelling dat de voorwaarden om recht te hebben op het uit de gemeenschapsregeling voortvloeiende voordeel, kunstmatig zijn gecreëerd, zodat de toegekende restituties onverschuldigd waren, en dus dienen te worden terugbetaald. [51]

71. Bijgevolg ben ik van mening dat vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 2945/94, en dus in deze procedure, een definitief betaalde restitutie slechts als onverschuldigd betaald kon worden beschouwd wanneer was vastgesteld dat de exporteur bij misbruik betrokken was.

72. Mitsdien geef ik in overweging, op de eerste en de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat, overeenkomstig de artikelen 4 en 6 van verordening nr. 876/68 en de artikelen 16 tot en met 18 van verordening nr. 3665/87 het recht op betaling van een gedifferentieerde restitutie definitief is verkregen nadat het bewijs is geleverd dat de betrokken producten:

— van oorsprong uit de Gemeenschap zijn,

— uit de Gemeenschap zijn uitgevoerd,

— de bestemming waarvoor de gedifferentieerde restitutie is vastgesteld, hebben bereikt, en

— binnen twaalf maanden na aanvaarding van de aangifte ten uitvoer zijn ingevoerd in het derde land van bestemming doordat de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het betrokken land zijn vervuld.

De exporteur behoudt het recht op definitieve toekenning van een gedifferentieerde restitutie evenwel slechts op voorwaarde dat hij zich niet heeft gedragen op een wijze die eigenlijk als misbruik dient te worden aangemerkt.

50 — Cf. artikel 4, lid 4, van verordening nr. 2988/95.

51 — Punt 56.

Opdat sprake is van misbruik, moeten twee elementen voorhanden zijn: ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waarin, hoewel formeel is voldaan aan de door de gemeenschapsregels gestelde voorwaarden, het doel van deze regels niet is bereikt, en, ten tweede, een subjectief element bestaande in de bedoeling om uit de gemeenschapsregels een voordeel te halen door bij wege van een kunstgreep de voorwaarden voor het verkrijgen van dat voordeel te vervullen.

Het staat aan de nationale rechter om het bestaan van deze twee elementen vast te stellen en het bewijs daarvan moet worden geleverd volgens de nationale regels, voor zover daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht.

Ten tijde van de relevante feiten kon een definitief betaalde restitutie slechts als onverschuldigd betaald worden aangemerkt wanneer was vastgesteld dat de exporteur bij misbruik betrokken was geweest.

De derde vraag

73. De derde vraag van de verwijzende rechter betreft de betekenis van het begrip „voortdurende of voortgezette onregelmatigheden" in de zin van artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 2988/95. Hij vraagt zich met name af, of een onregelmatigheid „voortdurend" of „voortgezet" is indien (i) zij betrekking heeft op een relatief klein deel van alle transacties in een bepaalde periode, en (ii) de transacties waarbij een onregelmatigheid is geconstateerd, steeds verschillende partijen betreffen.

74. Volgens Vonk is verordening nr. 2988/95 in casu niet van toepassing. Ook Nederland vraagt zich af of de verordening met terugwerkende kracht van toepassing is; de meest recente onregelmatigheid dateert immers uit 1994 en verordening nr. 2988/95 is pas op 26 december 1995 in werking getreden. Toch onderzoeken beide partijen hoe verordening nr. 2988/95 zou kunnen worden toegepast.

75. Vonk stelt dat de relevante criteria voor het definiëren van een voortdurende of voortgezette onregelmatigheid zijn geformuleerd in het arrest José Martí Peix/Commissie.[52] Het moet gaan om een of meer

52 — Arrest van 2 december 2004 (C-226/03 P, Jurispr. blz. I-11421). In de punten 16 en 17 heeft het Hof geoordeeld dat „volgens artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 een onregelmatigheid een inbreuk op het gemeenschapsrecht veronderstelt die bestaat in een ‚handeling of een nalaten' van een marktdeelnemer. Wanneer het nalaten dat aan de oorsprong van de inbreuk op het gemeenschapsrecht ligt, voortduurt, is de onregelmatigheid ‚voortdurend' in de zin van artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 2988/95".

handelingen die betrekking hebben op eenzelfde levering of eenzelfde aanvraag tot toekenning van een restitutie.

76. Nederland merkt op dat artikel 3 van verordening nr. 2988/95 tot doel heeft, ervoor te zorgen dat er voldoende tijd is om onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen, en dus de financiële belangen van de Gemeenschap te beschermen. Bij voortdurende of voortgezette onregelmatigheden gaat het om soortgelijke handelingen die inbreuk maken op een zelfde rechtsregel. Nederland baseert dit argument op onder meer het arrest Montecatini/Commissie [53], waarin het Hof heeft geoordeeld dat:

„[...] het begrip voortgezette inbreuk in de rechtsorden van de verschillende lidstaten weliswaar een enigszins verschillend inhoud heeft, doch dat het in elk geval een veelheid van onrechtmatige gedragingen of handelingen ter uitvoering van één enkele inbreuk omvat, die één gemeenschappelijk subjectief element hebben".

77. Dat verschillende partijen kaas individueel moeten worden beschouwd, sluit niet uit dat met betrekking tot deze partijen sprake kan zijn van een voortdurende of voorgezette onregelmatigheid in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95.

78. De Commissie verwijst ook naar de definitie die het Hof in het arrest José Martí Peix/Commissie van het begrip voortdurende of voortgezette onregelmatigheid heeft gegeven, en naar de uitlegging die het Gerecht van eerste aanleg eerder in die procedure daarvan heeft gegeven en die in hogere voorziening is bevestigd, namelijk dat onregelmatigheden „voortdurend" zijn in de zin van artikel 3, lid 1, wanneer zij eenzelfde voorwerp hebben. [54] Hoewel het aan de nationale rechter staat om daarover te beslissen, is de Commissie op basis van het feitenmateriaal in de verwijzingsbeslissing van mening dat het gaat om een herhaling van een identieke onregelmatigheid.

79. Volgens vaste rechtspraak worden procedureregels in het algemeen geacht te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige geschillen. [55] Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95 geldt bijgevolg voor alle procedures die aanhangig waren op 26 december 1995, de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 2988/95. Uit de verwijzingsbeslissing kan niet worden opgemaakt, of de procedure tegen Vonk op 26 december 1995 „aanhangig" was dan wel nog niet was gestart. In beide gevallen is artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95 evenwel van toepassing.

53 — Arrest van 8 juli 1999 (C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 195).

54 — Zie punt 81 van het arrest van het Gerecht, aangehaald in punt 7 van het arrest van het Hof.

55 — Arrest van 23 februari 2006, Molenbergnatie (C-201/04, Jurispr. blz. I-2049, punt 31 en de aangehaalde rechtspraak).

80. Ik ben het eens met de Commissie dat het aan de nationale rechter staat om te beoordelen of er in casu sprake is van voortdurende of voortgezette onregelmatigheden. Niettemin kan het Hof de juridische betekenis van dit begrip verduidelijken.

81. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, gaat het in casu om afzonderlijke exporten van eenzelfde product (pecorino) naar dezelfde opgegeven bestemming (de Verenigde Staten) en naar dezelfde eindbestemming (Canada). Vonk heeft afzonderlijke aangiften gedaan met verzoek om een restitutie, doch wat met de producten is gebeurd (eerst invoer en dan opslag in de Verenigde Staten en kort daarna wederuitvoer in ongewijzigde staat naar Canada), vertoont hetzelfde stramien.

82. Ik ben het grotendeels eens met de analyse van Nederland. Onregelmatigheden kunnen slechts als voortdurend of voortgezet in de zin van artikel 3, lid 1, worden beschouwd, indien zij in de volgende opzichten gelijkenis vertonen. Het moet gaan om soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde gemeenschapsregel. Bovendien moeten zij dezelfde marktdeelnemer in staat stellen, hetzelfde economische voordeel te halen uit de toepassing van de gemeenschapsregels.

83. Ten slotte ben ik het eens met de Commissie, Griekenland en Nederland, dat het voor de vaststelling of er sprake is van voortdurende of voortgezette onregelmatigheden, van geen belang is op welk percentage van de transacties over een bepaalde periode de onregelmatigheden betrekking hebben, en evenmin of naast de onregelmatigheden van tijd tot tijd ook regelmatige transacties zijn verricht.

84. Mitsdien concludeer ik dat onregelmatigheden als voortdurend of voortgezet in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95 moeten worden aangemerkt wanneer er sprake is van een aantal soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde gemeenschapsregel. Bovendien moeten zij dezelfde marktdeelnemer in staat stellen, hetzelfde economische voordeel te halen uit de toepassing van de gemeenschapsregels. In deze context is het van geen belang op welk percentage van de transacties over een bepaalde periode de betrokken onregelmatigheden betrekking hebben, en evenmin of naast de onregelmatigheden van tijd tot tijd ook regelmatige transacties zijn verricht.

Conclusie

85. Mitsdien stel ik voor, de door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„De eerste en de tweede vraag

Overeenkomstig de artikelen 4 en 6 van verordening (EEG) nr. 876/68 van de Raad van 28 juni 1968 tot vaststelling van de algemene voorschriften betreffende de toekenning van de restituties bij de uitvoer en de criteria voor de vaststelling van het bedrag van de restitutie in de sector melk en zuivelproducten en de artikelen 16 tot en met 18 van verordening (EEG) nr. 3665/87 van de Commissie van 27 november 1987 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten, is het recht op betaling van een gedifferentieerde restitutie definitief verkregen nadat het bewijs is geleverd dat de betrokken producten:

— van oorsprong uit de Gemeenschap zijn,

— uit de Gemeenschap zijn uitgevoerd,

— de bestemming waarvoor de gedifferentieerde restitutie is vastgesteld, hebben bereikt, en

— binnen twaalf maanden na aanvaarding van de aangifte ten uitvoer zijn ingevoerd in het derde land van bestemming doordat de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in het betrokken land zijn vervuld.

De exporteur behoudt het recht op definitieve toekenning van een gedifferentieerde restitutie evenwel slechts op voorwaarde dat hij zich niet heeft gedragen op een wijze die eigenlijk als misbruik dient te worden aangemerkt.

Opdat sprake is van misbruik, moeten twee elementen voorhanden zijn: ten eerste, een geheel van objectieve omstandigheden waarin, hoewel formeel is voldaan aan de door de gemeenschapsregels gestelde voorwaarden, het doel van deze regels niet is bereikt, en, ten tweede, een subjectief element bestaande in de bedoeling om uit de gemeenschapsregels een voordeel te halen door bij wege van een kunstgreep de voorwaarden voor het verkrijgen van dat voordeel te vervullen.

Het staat aan de nationale rechter om het bestaan van deze twee elementen vast te stellen en het bewijs daarvan moet worden geleverd volgens de nationale regels, voor zover daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht.

Ten tijde van de relevante feiten kon een definitief betaalde restitutie slechts als onverschuldigd betaald worden aangemerkt wanneer was vastgesteld dat de exporteur bij misbruik betrokken was geweest.

De derde vraag

Onregelmatigheden moeten als voortdurend of voortgezet in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, worden aangemerkt wanneer er sprake is van een aantal soortgelijke handelingen die inbreuk maken op dezelfde gemeenschapsregel. Bovendien moeten zij dezelfde marktdeelnemer in staat stellen, hetzelfde economische voordeel te halen uit de toepassing van de gemeenschapsregels. In deze context is het van geen belang op welk percentage van de transacties over een bepaalde periode de betrokken onregelmatigheden betrekking hebben, en evenmin of naast de onregelmatigheden van tijd tot tijd ook regelmatige transacties zijn verricht."