



Datum van
inontvangstneming

:

10/10/2013

Zaak C-480/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

9 september 2013

Verwijzende rechter:

Finanzgericht Hamburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 augustus 2013

Verzoekende partij:

Sysmex Europe GmbH

Verwerende partij:

Hauptzollamt Hamburg-Hafen

(omissis)

FINANZGERICHT HAMBURG

BESLISSING

In de zaak

Sysmex Europe GmbH

(omissis)

(omissis) Norderstedt,

- verzoeker -

(omissis)

tegen

Hauptzollamt Hamburg-Hafen

(ondertekeningen) (omissis)

- verweerder -

betreffende invoerrechten

heeft de Gemeinsame Senat des Finanzgerichts Hamburg für die Länder Freie und Hansestadt Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein (Gemeenschappelijke Kamer van het Finanzgericht Hamburg voor de deelstaten Freie und Hansestadt Hamburg, Niedersachsen en Schleswig-Holstein, Vierte Senat, in een schriftelijke procedure op 16 augustus 2012 (omissis)

(omissis) **[Or. 2]**

besloten:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Diende in 2005 als kleurmiddel of kleurstof te worden ingedeeld in post 3212 van de gecombineerde nomenclatuur: een goed dat bestaat uit oplosmiddelen en een polymethine-substantie, die weliswaar een bepaalde – op textielstoffen echter niet-bestendige – kleurende werking kan hebben, doch er bij het in te delen goed toe dient informatie te verkrijgen over de in een proefoplossing (voorbehandeld bloed) aanwezige deeltjes (witte bloedlichaampjes), doordat de substantie door ionische verbinding in bepaalde bestanddelen van de deeltjes (nucleïne-zuren) moleculaire structuren vormt die bij bestraling met laserlicht van een bepaalde golflengte tijdelijk fluorescerend worden, en deze toestand alsmede de intensiteit hiervan worden gemeten met een speciale fotocel?

(omissis)

(omissis) **[Or. 3]**

Motivering:

I.

Partijen zijn het oneens over het antwoord op de vraag of het goed met de handelsbenaming „Stromatolyser-4DS” in 2005 primair moest worden ingedeeld als „kleurmiddel bestemd voor gebruik in laboratoria” in postonderverdeling 3212 90 90 van de gecombineerde nomenclatuur (GN), met een douanerecht van 6,5 %.

1. Het goed is een voor de verkoop in het klein opgemaakte, blauwachtig transparante vloeistof (hierna: „in te delen vloeistof”), die voor 96,9 %, respectievelijk 3 % bestaat uit de oplosmiddelen ethyleenglycol en methanol, en voor 0,002 % uit een synthetische, organische substantie die chemisch behoort tot de polymethinen en binnen de polymethinen valt onder de cyaninen (hierna: „polymethine”). Het goed is chemisch een organisch product.

De in te delen vloeistof wordt overeenkomstig de bestemming ervan gebruikt voor het onderzoek van witte bloedlichaampjes (leukocyten). Om de in te delen vloeistof te kunnen gebruiken moet het te onderzoeken bloed met behulp van een ander middel zodanig worden voorbehandeld, dat de rode bloedlichaampjes (erythrocyten) worden opgelost en de celmembranen van de leukocyten worden geperforeerd. Bij toevoeging van de in te delen vloeistof ontstaat een ionische verbinding van de polymethine met de in de geperforeerde leukocyten aanwezige nucleïnezuren. Wanneer de moleculen die ontstaan uit de verbinding van de in het goed aanwezige polymethine met de nucleïnezuren worden bestraald met laserlicht van een bepaalde golflengte (633 nm) wordt de lichtenergie geabsorbeerd en tegelijkertijd als licht met een iets langere golflengte (ca. 660 nm) uitgestraald. Deze als fluorescentie aangeduide spontane emissie van licht bij de overgang van een geëxciteerd systeem naar een toestand van lagere energie is – naast de fosforescentie – een vorm van luminescentie („koud licht”) die na afloop van de bestraling binnen korte tijd afneemt.

In de toepassingspraktijk wordt het door middel van fluorescentie uitgestraalde licht in een analyseapparaat door optische detectoren gemeten en beoordeeld en elektronisch weergegeven op een monitor. Door het gebruikte computerprogramma met het oog hierop in te stellen, [Or. 4] kan de gebruiker aan de meetwaarden die op de monitor worden weergegeven kleuren toewijzen die onafhankelijk zijn van de eigen kleuren van de substanties.

In een publicatie van verzoekster wordt over het functioneren van de stof het volgende vermeld:

„... Stromatolyser-4DS is een polymethine-fluorescente kleurstof die nucleïnezuren in de kern en het cytoplasma van de leukocyten kleurt, waardoor conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de celactiviteit en de rijpheid...”

Bij de beschreven toepassing komt het niet tot een aanhechting van kleurdeeltjes of zichtbare verkleuring van de proefoplossing.

2. Het litigieuze goed werd door verzoekster op 1 juli 2005 en op 4 juli 2005 telkens met opgaaf van het codenummer 3822 0000 00 0 – Douanerecht 0 % – aangegeven en vervolgens in het vrije verkeer gebracht.

Op 18 juni 2007 stelde verweerder een navorderingbesluit vast met betrekking tot het litigieuze goed „Stromatolyser-4 DS”, aangezien dit volgens verweerder onder codenummer 3926 9099 90 0 – Douanetarief 6,5 % – dient te worden ingedeeld.

Verzoekster tekende hiertegen bezwaar aan, dat verweerder bij beschikking van 13 januari 2009 ongegrond verklaarde.

Verzoekster heeft op 10 februari 2009 beroep ingesteld.

Op verzoek van 27 mei 2009 ontving verzoekster van de Nederlandse douaneautoriteiten een bindende tariefinlichting (BTI) waarbij het litigieuze goed overeenkomstig dit verzoek werd ingedeeld in GN-post 3822.

Op 12 augustus 2009 werd „uitvoeringsverordening (EU) nr. 827/2011 van de Commissie van 12 augustus 2011 tot indeling van bepaalde goederen in de gecombineerde nomenclatuur (hierna: „uitvoeringsverordening”, PB L 211, blz. 9) (omissis) vastgesteld. De uitvoeringsverordening bepaalt dat het goed met de omschrijving

„Blauwe polymethinekleurstof (fluorescerende kleurstof) verdund in een mengsel van de oplosmiddelen ethyleenglycol en methanol. Samenstelling: (in gewichtspercenten): Ethylenglycol 96,9 %, Methanol 3,0 %, Polymethinekleurstof 0,002. Het product is bestemd om te worden gebruikt in automatische bloedanalysatoren. **[Or.5]** Het wordt gebruikt om leukocyten te kleuren met behulp van een fluorescerende markering nadat zij een specifieke voorbereidende behandeling hebben ondergaan. Het product is opge maakt in een kleine, van een etiket voorziene verpakking en is bestemd voor gebruik in laboratoria.”

wordt ingedeeld onder GN-code 3212 90 00.

Daarop heeft de Nederlandse douaneautoriteit de door haar afgegeven BTI ingetrokken.

3. Verzoekster is van mening dat de uitvoeringsverordening geen antwoord geeft op de in geding zijnde vraag, aangezien zij niet met terugwerkende kracht geldt voor de litigieuze invoer. De verordening heeft bovendien geen rectificerend karakter, aangezien het hierin omschreven goed zonder deze verordening niet in GN-post 3212 9000 kan worden ingedeeld. Pas bij de – qua motivering bovendien tegenstrijdige – uitvoeringsverordening wordt de omschrijving van GN-post 3212 9000 uitgebreid tot het omschreven goed. Derhalve kan de uitvoeringsverordening niet dienen als een indicatie voor een vóór de vaststelling ervan verrichte indeling.

Verder staat evenmin vast dat de goederenomschrijving van de uitvoeringsverordening überhaupt doelt op het litigieuze goed. Anders dan in de goederenomschrijving van de uitvoeringsverordening en in de motivering hiervan

wordt verklaard, bevat het litigieuze goed geen blauwe polymethinekleurstof, aangezien de hierin aanwezige polymethine – anders dan veel andere stoffen uit de polymethine-groep – geen kleurstof en ook geen kleurmiddel is. Dat de in de in te delen vloeistof aanwezige polymethine zelf een licht blauwachtige kleur heeft, maakt het niet zonder meer tot kleurmiddel. De diagnoseprocedure waarvoor het goed wordt gebruikt, is niet gebaseerd op een kleurwerking en evenmin op een fluorescerende werking van de in het litigieuze goed aanwezige polymethine. De polymethine dient er veeleer enkel toe, het nucleïnezuur in de te onderzoeken leukocyten door middel van ionentransfers te markeren, om daarna de fluorescerende werking te meten. Pas het zo ontstane polymethine- nucleïnezuur-complex heeft de concreet te meten fluorescerende werking. Met het blote oog kan geen enkele verandering van de proefoplossing worden vastgesteld; deze blijft onveranderd bloedrood. De fluorescente signalen [Or. 6] zijn in elk geval pas na verscheidene filterstappen – door een speciale fluorescentiedetector met een daarvoor bestemde elektronische versterking – meetbaar.

Hoewel in het geciteerde firmapropectus de formulering „kleuren” wordt gebruikt, moet dit geenszins als een concrete chemische beschrijving van de procedure, maar veeleer – in overdrachtelijke zin – als een symbolische analogie met traditionele methoden van bloedonderzoek worden begrepen. Voor zover op grond van de overige tekst van het prospectus sprake is van de verschillende kleuren van de bloedbestanddelen, gaat het niet om het resultaat van een kleuringsproces doch om virtuele, fictieve kleuren die enkel op een monitor zichtbaar zijn en in het toepassingsprogramma voor bepaalde, individuele afzonderlijke meetresultaten worden opgeslagen. Geen van deze kleuren is na toevoeging van het litigieuze goed aan de bloedproef werkelijk existent.

Verzoekster verzoekt het Finanzgericht,

de aanslag invoerrechten van 18 juni 2007, zoals gewijzigd bij de beslissing op bezwaar van 13 januari 2009, voor zover daarbij op de invoer van „Stromatolyser-4DS” een douanerecht van 6,5 % wordt nagevorderd, nietig te verklaren.

Verweerder verzoekt het Finanzgericht,

het beroep te verwerpen.

Verweerder is van mening dat het litigieuze goed overeenkomt met de goederenomschrijving in de indelingsverordening. De indelingsverordening heeft slechts een rectificerend karakter en kan derhalve ook worden toegepast op invoer die heeft plaatsgevonden in de tijd vóór haar vaststelling.

Bij het goed gaat het om een mengsel van een kleurmiddel met een verdunningsmiddel, en derhalve om een (in verpakkingen voor de verkoop in het klein opgemaakt) kleurmiddel, dat als speciaal kleurmiddel wordt gebruikt in

laboratoria en valt onder GN-post 3212, binnen welke post het moet worden ingedeeld onder postonderverdeling 3212 9090 00 0. **[Or. 7]**

Enerzijds behoort de in de in te delen vloeistof aanwezige polymethine tot de polymethine-groep, waardoor deze, als alle stoffen in deze groep, per se een kleurstof is.

Anderzijds vallen ook fluorescerende kleuren onder GN-hoofdstuk 32. De werkwijze van de in de in te delen vloeistof aanwezige polymethine is typisch voor de fluorescerende kleurstoffen: de aan het nucleïnezuur gebonden polymethine absorbeert bij bestraling met een bepaald laserlicht de lichtenergie daarvan, en geeft deze weer af als licht met een langere golflengte. Voor de indeling is niet van belang of de aangevoerde kleurverandering met het blote oog waarneembaar is.

4. De verwijzende Senat heeft op grond van zijn bewijsbeslissing van 28 februari 2013 een deskundigenadvies ingewonnen met betrekking tot de litigieuze vloeistof. De deskundige heeft onderzocht of met de vloeistof een textielweefsel kan worden gekleurd. Als resultaat van zijn praktijkonderzoek stelde de deskundige vast dat het weefsel een blauwe kleur had gekregen. Het ging om een kleuring van ongeveer 0,17 %. De bereikte kleurdiepte lag bijna binnen de normale grenzen. Vergeleken met de klassieke, blauwe, basische kleurstoffen was zij ongeveer 50 % zwakker. De kleuring was niet permanent. Bij een onderzoek naar de was-echtheid liet de kleurstof los van het weefsel. Als toelichting op het onderzoeksresultaat heeft de deskundige verklaard dat de aanvankelijke kleuring het gevolg was van de vorming van adsorbente wisselwerkingen. Voor zover zich mogelijk „Van de Waals“- of ionenverbindingen vormden, waren deze onvoldoende krachtig om een permanente kleuring te bewerkstelligen.

II.

De behandelende Senat schorst de behandeling (omissis) en verzoekt het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de in het dictum geformuleerde vraag. De juridische beoordeling van het geding is namelijk unierechtelijk onzeker. **[Or. 8]**

1. Toepasselijke bepalingen van Unierecht

De oplossing van het onderhavige geschil hangt af van de uitlegging van de gecombineerde nomenclatuur die is opgenomen in bijlage I bij verordening (EEG) nr. 2658/87 van de Raad van 23 juli 1987 met betrekking tot de tarief- en statistiek nomenclatuur en het gemeenschappelijk douanetarief, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1810/2004 van de Commissie van 7 september 2004 (Gecombineerde Nomenclatuur – GN).

- a) Aantekening 3 op hoofdstuk 32 van het Geharmoniseerd Systeem (GS) luidt:

„Onder de posten 3203, 3204, 3205 en 3206 worden eveneens ingedeeld de preparaten op basis van kleurstoffen (daaronder begrepen, voor zover het post 3206 betreft, pigmenten bedoeld bij post 2530 of hoofdstuk 28, metaalschilfers en metaalpoeders), van de soort gebruikt voor het kleuren van stoffen of als bestanddeel bij de vervaardiging van kleurpreparaten. Daarentegen omvatten deze posten niet de pigmenten in niet-waterige dispersies, in vloeibare vorm of als pasta, van de soort gebruikt bij de vervaardiging van verf (post 3212), noch de andere preparaten bedoeld bij post 3207, 3208, 3209, 3210, 3212, 3213 of 3215.”

- b) GN-post 3212 spreekt in het derde daarin bedoelde geval van „kleur- en verfstoffen opgemaakt voor de verkoop in het klein”.

GN-postonderverdeling 3212 90 90 luidt:

„Kleur- en verfstoffen opgemaakt voor de verkoop in het klein”.

Het douanetarief voor goederen met het codenummer 3212 90 90 00 0 bedroeg in het in geding zijnde jaar 6,5 %.

In punt 10 van de toelichtingen op GS-post 3212 wordt verklaard:

„Verfmiddelen zijn producten die ‚geen film vormen’ en die gewoonlijk bestaan uit mengsels van kleurstoffen, inzonderheid met inerte verdunningsmiddelen, met tensioactieve producten, die het doordringen van de kleurstof en het aanverven bevorderen, en soms met beitsmiddelen.”

- c) Post 3804 GN luidt:

„Synthetische organische kleurstoffen, ook indien chemisch welbepaald; preparaten bedoeld bij aantekening 3 op dit hoofdstuk, op basis van synthetische organische kleurstoffen; synthetische organische producten van de soort gebruikt als **[Or. 9]** fluorescerende heldermakende stoffen of als ‚lichtgevende stoffen’ (luminoforen), ook indien chemisch welbepaald”

In de GS-toelichting bij post 3204 wordt in de punten 34.0 tot en met 36.0 bepaald:

„Organische luminoforen zijn synthetische producten die onder invloed van lichtstralen oplichten of, om precies te zijn, fluoresceren. Sommige van deze producten hebben tegelijkertijd het karakter van kleurstoffen. Een voorbeeld van deze luminoforen is rhodamine B in kunststoffen, dat rood fluoresceert en meestal poedervormig is. De meeste organische luminoforen [bijvoorbeeld (omissis)] zijn echter zelf geen kleurstof. Zij worden toegevoegd aan mengsels met verfpigmenten om de glans daarvan te

versterken. Deze producten blijven derhalve, ook indien zij chemisch welbepaald zijn, in deze post ingedeeld. Wanneer zij geen luminofore eigenschappen hebben, bijvoorbeeld wegens een geringere zuiverheid of een afwijkende kristalstructuur, vallen zij evenwel onder hoofdstuk 29. Zo valt bijvoorbeeld salicylaldazine van de soort gebruikt als blaasmiddel voor rubber, in post 2928.”

d) GN-post 3822 0000 (3822 0000 00 0 vrij van douanerechten) luidt:

„Reageermiddelen voor diagnose of voor laboratoriumgebruik, op een drager, alsmede bereide reageermiddelen voor diagnose of voor laboratoriumgebruik, al dan niet op een drager, andere dan die bedoeld bij post 3002 of 3006; gecertificeerde referentiematerialen”

In de GS-toelichting bij post 3822 wordt in de punten 12.0 en 15.0 bepaald:

„Eveneens van deze post uitgesloten zijn de volgende reageermiddelen, al dan niet opgesteld voor gebruik als reageermiddel voor diagnose of in laboratoria: [...] c) Kleurstoffen van post 3204, daaronder begrepen de in aantekening 3 op hoofdstuk 32 genoemde preparaten.”

2. Relevantie van de prejudiciële vraag

Het Finanzgericht is het met partijen eens dat de in geding zijnde goederen vallen binnen de formulering van GN-post 3822. Onduidelijk is echter of de goederen ook voldoen aan de formulering van GN-post 3212, zoals verweerder stelt. In dat geval zouden zij overeenkomstig aantekening 3 op GS-hoofdstuk 32 in beginsel moeten worden ingedeeld in die post. Wanneer zij niet kunnen worden ingedeeld onder GN-post 3212, zou het navorderingsbesluit onrechtmatig zijn.

3. Juridische overwegingen van de Senat met betrekking tot de prejudiciële vraag

a) Het beslissende criterium voor de tariefindeling van goederen moet in het algemeen worden gezocht in de objectieve kenmerken en eigenschappen [**Or. 10**] ervan, zoals deze in de tekst van de GN-posten en -postonderverdelingen en in de aantekeningen bij de afdelingen of hoofdstukken zijn omschreven (zie Algemene regels voor de interpretatie van de GN) – ARV – 1 en 6). Daarnaast bestaan er krachtens het Verdrag betreffende het geharmoniseerde systeem toelichtingen en indelingsadviezen (interpretatieve adviezen), die net als de toelichtingen op de GN, hoewel rechtens niet bindend, belangrijke hulpmiddelen zijn bij de uitlegging van de draagwijdte van de verschillende tariefposten (zie arrest Hof van 27 november 2008, Metherma, C-403/07, Jurispr. blz. I-8921).

Volgens de rechtspraak van het Bundesfinanzhof, die ook ten grondslag ligt aan de beslissingen van de verzoekende Senat, kan op het gebruiksdoel van een goed enkel een beroep worden gedaan wanneer in de tekst van de bepalingen of in de toelichtingen daarop uitdrukkelijk naar dit criterium wordt verwezen en de uitsluitende of hoofdzakelijke geschiktheid voor het gebruik van het goed pas kan worden vastgesteld op het moment van de inklaring (omissis).

b) Wat moet worden verstaan onder „verfmiddel” en „kleurstof” wordt in de relevante GN-post 3212 en de aantekeningen niet gedefinieerd, doch kan worden afgeleid uit het aangehaalde punt 10.0 van de toelichtingen op HS-post 3212. Waar in dat punt wordt gesproken over „doordringen van de kleurstof” en „aanverven”, wordt gezinspeeld op, enerzijds, een kleurende stof en, anderzijds, een te kleuren stof. Bij verfmiddelen en kleurstoffen gaat het derhalve om stoffen die een te kleuren stof voorzien van een kleurstof.

De beschrijving van GN-post 3212 veronderstelt volgens de verzoekende Senat objectief dat het goed een kleurende eigenschap, en bovendien ook een dienovereenkomstig gebruiksdoel heeft, in die zin dat het goed dient voor het kleuren van een te kleuren stof, dat wil zeggen tot het aanbrengen van een kleurstof. Een kleurmiddelafhankelijke kleuring treedt in wanneer de – te kleuren – stof als resultaat van het gebruik van het verf- of kleurmiddel van kleur verandert. Het begrip „kleuren” houdt op zich reeds een beoogd doel in.

Zou daarentegen de objectief kleurende eigenschap van een goed reeds volstaan voor indeling in GN-post 3212, dan zouden zeer vele en zeer verschillende stoffen die algemeen niet worden beschouwd als verf- of kleurstof [**Or. 11**] – zoals rode wijn of steenkool – alleen al vanwege hun kleurende werking, binnen de formulering van GN-post 3212 vallen.

c) Het relevante, objectief vaststelbare beoogde gebruiksdoel van het litigieuze goed is – onbetwist – de in het voorgaande beschreven bloedanalyse, waarbij – alleen – gebruik wordt gemaakt van de fluorescerende werking van de uit de verbinding tussen de gebruikte polymethine enerzijds en het RNA van de bloedcellen anderzijds ontstane stof.

Voor de beantwoording van de vraag of de fluorescentie die ontstaat als gevolg van de toepassing van een goed op een stof, een kleurverandering in de zin van de tariefpost is, geven de tekst van GN-post 3212 en de aantekeningen en toelichtingen geen rechtstreeks uitsluitsel.

Niettemin kan worden teruggevallen op de tot hetzelfde hoofdstuk 32 behorende GN-post 3204. De goederenomschrijving omvat weliswaar niet – zoals in GN-post 3212 – verf- of kleurstoffen in het algemeen, maar wel een deel daarvan, namelijk de organische kleurstoffen, voor zover zij niet als preparaten vallen onder de in aantekening 3 op GS-hoofdstuk 32 genoemde posten. De tekst van GN-post 3204 maakt onderscheid tussen „synthetische organische kleurstoffen”

en „synthetische organische producten van de soort gebruikt als fluorescerende heldermakende stoffen of als ‚lichtgevende stoffen’ (luminoforen)”. Volgens punt 34.0 van de GS-toelichting bij post 3204 zijn organische luminoforen synthetische producten „die onder invloed van lichtstralen oplichten of, om precies te zijn, fluoresceren”. Voorts wordt in de volgende twee punten verklaard: „sommige van deze producten hebben tegelijkertijd het karakter van kleurstoffen. Een voorbeeld van deze luminoforen is rhodamine B in kunststoffen, dat rood fluoresceert en meestal poedervormig is. De meeste organische luminoforen (omissis) zijn echter zelf geen kleurstof”.

Het feit dat het tarief het karakter van de luminoforen afgrenst van dat van de kleurstoffen, doordat daaruit naar voren komt dat sommige tegelijkertijd beide karakters hebben, pleit er volgens de verzoekende Senat voor dat de fluorescerende eigenschap niet relevant is voor een indeling als kleurstof (ook al sluit zij een dergelijke indeling niet uit).[Or. 12]

d) Voor zover de in te delen vloeistof, respectievelijk de daarin aanwezige polymethine, naast het karakter van een luminofoor – hetgeen niet leidt tot indeling in GN-post 3212 – ook een kleurende werking heeft, dient deze – zelfs wanneer de niet-bestendigheid van de kleuring niet als relevant wordt beschouwd – volgens de Senat desalniettemin toch niet als kleurstof te worden ingedeeld, aangezien deze vloeistof enkel het in het voorgaande omschreven gebruiksdoel heeft en dit doel niet op een kleurende werking berust. Dat in het geciteerde firmapropectus evenwel de formulering „kleuren” wordt gebruikt, is voor de juiste indeling niet van belang – ook wanneer dit van invloed zou kunnen zijn geweest op het resultaat van de uitvoeringsverordening.

e) De uitvoeringsverordening van 12 augustus 2011 is volgens de verzoekende Senat niet relevant omdat deze pas van kracht is geworden toen de litigieuze invoer allang was beëindigd.

f) Alleen uit voorzorg wijst de verzoekende Senat er nog op dat ook indeling in post 3206 niet in aanmerking komt, aangezien het litigieuze goed in ieder geval geen anorganisch, maar een organisch product is.

(omissis)

[ondertekeningen]