



Datum van inontvangstneming : 11/03/2014

Zaak C-59/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

7 februari 2014

Verwijzende rechter:

Finanzgericht Hamburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 december 2013

Verzoekende partij:

Firma Ernst Kollmer Fleischimport und -export

Verwerende partij:

Hauptzollamt Hamburg-Jonas

[Or. 1]

FINANZGERICHT HAMBURG

BESLISSING

In de zaak

Firma Ernst Kollmer Fleischimport und -export, [OMISSIS] Illertissen,

- verzoekster -

[OMISSIS]

t e g e n

Hauptzollamt Hamburg-Jonas,

[OMISSIS]

- verweerder -

i n z a k e uitvoerrestitutie

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), 4. Senat, na de terechtzitting op 13 december 2013 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[Or. 2]

beslist:

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

1.

Bestaat er voor de onregelmatigheid, zoals vereist voor het begin van de in artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 bedoelde verjaringstermijn en zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 2, van verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95, in een geval waarin de inbreuk op het gemeenschapsrecht pas na het optreden van een nadeel is ontdekt, naast een handeling of nalaten van een marktdeelnemer het cumulatieve vereiste dat de algemene begroting van de Unie of de door de Unie beheerde begrotingen zijn benadeeld, waardoor de verjaringstermijn pas begint zodra het nadeel is opgetreden, of begint de verjaringstermijn ongeacht het moment van het ontstaan van de schade reeds met de handeling of het nalaten van de marktdeelnemer die als inbreuk op het gemeenschapsrecht kan worden aangemerkt?

2.

Voor zover het antwoord op de eerste vraag luidt dat de verjaringstermijn pas begint op het moment dat het nadeel is opgetreden: is er – in verband met de terugvordering van een definitief toegekende uitvoerrestitutie – reeds sprake van een benadeling in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 als aan een uitvoerder een bedrag dat gelijk is aan de uitvoerrestitutie in de zin van artikel 5, lid 1, van verordening (EEG) nr. 565/80, is uitbetaald, zonder dat de zekerheid als bedoeld in artikel 6 van verordening (EEG) nr. 565/80 reeds is vrijgegeven, of is er pas sprake van een benadeling op het moment dat de zekerheid is vrijgegeven respectievelijk de uitvoerrestitutie definitief is toegekend?

[OMISSIS]

2

[Or. 3]

Motivering

I.

Verzoekster komt op tegen de terugvordering van uitvoerrestituties.

In de jaren 1992 en 1993 heeft verzoekster verschillende partijen rundvlees in haar douane-entrepot opgeslagen. Overeenkomstig haar verzoek werd haar door verweerder, het Hauptzollamt, bij meerdere beschikkingen uit de jaren 1992 respectievelijk 1993 door middel van voorfinanciering een bedrag toegekend dat gelijk was aan de uitvoerrestitutie, en wel tegen zekerheidsstelling.

Bij schrijven van 10 augustus 1993 heeft verzoekster onder meer de Jordaanse douaneaangifte nr. 79/239 van 9 maart 1993 voor de invoer tot verbruik van de goederen toegezonden. Uit deze Jordaanse douaneaangifte bleek het in het vrije verkeer brengen van de partij op 9 maart 1993. Verweerder heeft de documenten aanvaard als bewijs voor de overbrenging van de producten in het vrije verkeer van het derde land van bestemming en heeft aansluitend daarop de zekerheden [OMISSIS] op 30 april 1996 respectievelijk 4 maart 1998 vrijgegeven.

Naar aanleiding van een missie van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) van 28 februari tot en met 14 maart 1998 werd vastgesteld dat de Jordaanse douanedocumenten in veel gevallen geen bewijs vormden voor de betaling van de invoerrechten en de overbrenging van het vlees in het vrije verkeer van Jordanië. In plaats daarvan werden de documenten voorafgaand aan de inning van de rechten geannuleerd en werden de betreffende goederen feitelijk via een doorvoer- respectievelijk wederuitvoerprocedure naar Irak vervoerd. Met betrekking tot het onderhavige geding is uit het onderzoek gebleken dat de douaneaangifte nr. 79/239 van 9 maart 1993 werd geannuleerd en is vervangen door de douaneaangifte nr. 670/79 van 11 maart 1993, waaruit de overbrenging van de goederen vanuit de vrije zone Akaba (Jordanië) naar Irak blijkt.

[Or. 4]

Bij beschikking van 23 september 1999 vorderde verweerder de aan verzoekster toegekende uitvoerrestitutie ten bedrage van 202 017,46 DM (= 103 289,89 EUR) terug.

Aan het tegen de terugvorderingsbeschikking gerichte bezwaar kwam verweerder [OMISSIS] bij beschikking van 26 september 2011 deels tegemoet, waardoor het teruggevorderde bedrag werd verlaagd naar 59 545,70 EUR. Voor het overige wees verweerder het bezwaar bij beschikking op bezwaar van 23 januari 2012 af.

Bij op 15 februari 2012 bij het onderhavige gerecht ingesteld beroep zet verzoekster de rechtsstrijd voort. Als motivering voert zij [OMISSIS] aan dat het

recht op terugvordering is verjaard. De in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95 genoemde termijn begint naar haar opvatting op het moment dat de onregelmatigheid is begaan en niet pas op het moment dat de gestelde waarborg is vrijgegeven. Volgens haar koppelt artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 het bestaan van een onregelmatigheid aan een handeling of nalaten van een marktdeelnemer. In casu is derhalve slechts de overlegging van het Jordaanse certificaat van inkleding van belang. De overlegging van het Jordaanse certificaat van inkleding zou voor de algemene begroting van de Gemeenschap een benadeling tot gevolg hebben gehad, voor zover zij – verzoekster – door de voorfinanciering feitelijk een bedrag heeft ontvangen dat gelijk was aan haar recht op restitutie en de begroting van de Unie met dit bedrag was belast. Aldus is een nadeel ontstaan, doordat ten onrechte aanspraak is gemaakt op het recht op restitutie. Dit nadeel zou zelfs definitief zijn geworden, als de ontvanger failliet was gegaan voorafgaand aan de uitoefening van een recht op terugvordering. De aanvang van de verjaringstermijn mag naar de opvatting van verzoekster niet afhangen van een handeling van de overheidsinstantie – in casu de vrijgave van de zekerheid – omdat de marktdeelnemer geen invloed kan uitoefenen op het tijdstip daarvan.

[Or. 5]

Verzoekster concludeert

tot nietigverklaring van de terugvorderingsbeschikking van 23 september 1999, zoals gewijzigd bij rectificatiebeschikking van 26 september 2011, en van de beschikking op bezwaar van 23 januari 2012.

Verweerder concludeert

tot verwerping van het beroep.

Het Hauptzollamt is van mening – voor zover dit van belang is voor het verzoek om een prejudiciële beslissing – dat geen sprake is van een verjaring conform artikel 3 van verordening nr. 2988/95. Alleen het moment van de vrijgave van de zekerheden is naar zijn opvatting doorslaggevend voor het ingaan van de verjaring. Dit moment is relevant, omdat pas dan definitief is beslist over de toekenning van de uitvoerrestitutie en derhalve een benadeling is ontstaan in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95. De verjaringstermijn dient derhalve pas vanaf het vrijgeven van de zekerheid (hier dus op zijn vroegst vanaf 1996) te worden berekend. De voorfinanciering is gegarandeerd door middel van een waarborg; door deze voorfinanciering is de begroting van de Unie nog niet benadeeld, aldus verweerder. Voor het Hauptzollamt bestaat tot aan het vrijgeven van de zekerheid de mogelijkheid om de waarborg verbeurd te laten worden of in te houden.

[OMISSIS]

[Or. 6]

II.

De Senat schorst de procedure [OMISSIS] en legt het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267, eerste alinea, sub b, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) de in het dictum gestelde prejudiciële vragen voor. De juridische beoordeling van het geding is Unierechtelijk onzeker.

1. Rechtskader

Volgens de Senat zijn de volgende Unierechtelijke bepalingen van belang voor de beslechting van het geding:

a. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB L 312, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 2988/95”):

„Artikel 1:

(1) [...]

(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.

Artikel 3:

(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.

Voor voortdurende of voortgezette onregelmatigheden gaat de verjaringstermijn in op de dag waarop de onregelmatigheid is geëindigd. Bij meerjarige programma's loopt de verjaringstermijn in elk geval tot de dag waarop het programma definitief wordt afgesloten.

[Or. 7]

[...]”

[OMISSIS]

b. Verordening (EEG) nr. 565/80 van de Raad van 4 maart 1980 betreffende de vooruitbetaling van de uitvoerrestituties voor landbouwproducten (PB nr. L 62, blz. 5) (hierna: „verordening nr. 565/80”):

„Artikel 4:

(1) Op verzoek van de belanghebbende wordt een bedrag dat gelijk is aan de uitvoerrestitutie uitbetaald, zodra de basisproducten onder douanecontrole zijn geplaatst, zodat wordt gewaarborgd dat de verwerkte producten of de goederen binnen een bepaalde termijn worden uitgevoerd.

[OMISSIS]

Artikel 5:

(1) Op verzoek van de belanghebbende wordt een bedrag dat gelijk is aan de uitvoerrestitutie uitbetaald zodra de producten of goederen onder het stelsel van douane-entrepots of vrije zones zijn gebracht met het oog op uitvoer binnen een bepaalde termijn.

[OMISSIS]

Artikel 6:

Om voor de regelingen van deze verordening in aanmerking te komen moet een waarborg worden gesteld teneinde de terugbetaling te garanderen van een bedrag dat gelijk is aan het uitbetaalde bedrag, verhoogd met een extra bedrag.

Onverminderd gevallen van overmacht wordt deze waarborg geheel of gedeeltelijk verbeurd:

in het geval dat er geen terugbetaling is geschied wanneer de uitvoer niet heeft plaatsgehad binnen de termijn bedoeld in artikel 4, lid 1, en artikel 5, lid 1,

of

indien blijkt dat er geen enkel recht op restitutie bestaat of dat er recht op een restitutie van een lager bedrag bestond.”

c. Verordening (EEG) nr. 3665/87 van de Commissie van 27 november 1987 houdende gemeenschappelijke uitvoeringsbepalingen van het stelsel van restituties bij uitvoer voor landbouwproducten (PB nr. L 351, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 3665/87”):

[Or. 8]

„Artikel 17:

(1) 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 landen waarvoor de restitutie is vastgesteld, in ongewijzigde staat zijn ingevoerd. Onder de in artikel 47 vastgestelde voorwaarden kunnen evenwel bijkomende termijnen worden toegekend.

(2) [...]

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

Artikel 18:

(1) Het bewijs dat deze douaneformaliteiten zijn vervuld, wordt geleverd door overlegging van:

a) het desbetreffende douanedocument, dan wel een kopie of een fotokopie daarvan, welke hetzij door de instantie die het origineel heeft geïmporteerd, hetzij door een officiële instantie van het betrokken derde land, hetzij door een officiële instantie van een lidstaat voor eensluidend is gewaarmerkt,

of b) het certificaat van inkleding, opgesteld op een formulier van het in bijlage II opgenomen model in een of meer officiële talen van de Gemeenschap en in een in het betrokken derde land gebruikte taal,

of c) enig ander door de douanediens ten van het betrokken derde land geïmporteerd document waarin de producten worden geïdentificeerd en de bedragen worden aangegeven en waaruit blijkt dat de producten in dat land in het vrije verkeer zijn gebracht.

[OMISSIS]

Artikel 25:

(1) Indien de exporteur zijn voornemen te kennen geeft de producten of goederen na verwerking of opslag uit te voeren met toekenning van een restitutie op grond van de in de artikelen 4 of 5 van verordening (EEG) nr. 565/80 vastgestelde regelingen, worden die regelingen toegepast op voorwaarde dat bij de douaneautoriteiten een verklaring, hierna betalingsaangifte genoemd, wordt ingediend.

De lidstaten kunnen deze aangifte anders noemen.

[OMISSIS] [...]

Artikel 31:

(1) Vóór de aanvaarding van de betalingsaangifte moet een zekerheid worden gesteld die gelijk is aan het overeenkomstig artikel 29, lid 3, berekende bedrag vermeerderd met eventuele positieve **[Or. 9]** monetaire compenserende bedragen en met 20 % van de aldus verkregen som. De verhoging mag niet minder bedragen dan 3 Ecu per 100 kg nettogewicht.

[OMISSIS] [...]

Artikel 33:

(1) Wanneer voor producten of goederen waarvoor de regeling van dit hoofdstuk is toegepast, het recht op een restitutie en/of een monetair compenserend bedrag is bewezen, moet het betrokken bedrag met het vooruit betaalde bedrag worden verrekend. Wanneer voor de geëxporteerde hoeveelheid recht bestaat op een hoger bedrag dan het vooruit betaalde bedrag, moet het verschil aan de betrokkene worden betaald.

(2) De zekerheid wordt volledig vrijgegeven nadat het bewijs is geleverd dat:

a) de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, voorgeschreven termijnen in acht zijn genomen,

b) de betrokken producten recht geven op een restitutie die gelijk is aan of hoger is dan het overeenkomstig artikel 29, lid 3, bepaalde bedrag.

(3) Behoudens overmacht gelden de volgende bepalingen:

a) Wanneer een van de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, vastgestelde termijnen niet in acht is genomen

i) wordt de restitutie eerst verlaagd met 15 %. Het overblijvend bedrag van de restitutie, hierna verlaagde restitutie te noemen, wordt als volgt verder verlaagd:

ii) voor elke dag waarmee de in artikel 27, lid 5, en artikel 28, lid 5, bepaalde termijn wordt overschreden, wordt de verlaagde restitutie verder met 2 % verlaagd, en

iii) voor elke dag waarmee de in artikel 32, lid 1, bepaalde termijn wordt overschreden, wordt de verlaagde restitutie verder met 5 % verlaagd.

De verbeurde zekerheid is gelijk aan:

- het bedrag waarmee de restitutie overeenkomstig de vorige alinea wordt verlaagd, verhoogd met 20 %.

Het overblijvende deel van de zekerheid wordt vrijgegeven.

b) Wanneer de in artikel 47, lid 2, bedoelde documenten worden ingediend binnen zes maanden volgende op de voor de indiening ervan vastgestelde termijn en wanneer aan alle andere voorwaarden is voldaan, wordt een bedrag terugbetaald dat gelijk is aan 85 % van het bedrag van de zekerheid.

[Or. 10]

c) Wanneer de in artikel 47, lid 2, bedoelde documenten worden ingediend binnen zes maanden volgende op de voor de indiening ervan bepaalde termijn, en wanneer bovendien niet is voldaan aan een van de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen, wordt het volgende bedrag terugbetaald:

- een bedrag gelijk aan het bedrag dat zou zijn terugbetaald indien alleen het bepaalde sub b zou zijn toegepast,
- verminderd met de zekerheid die zou zijn verbeurd, indien alleen het bepaalde sub a zou zijn toegepast.

d) Wanneer

- de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen in acht zijn genomen, en
- het bedrag van de restitutie lager is dan het voorgesloten bedrag van de restitutie,

is de verbeurde zekerheid gelijk aan het verschil tussen het vooraf betaalde bedrag en het bedrag van de werkelijke restitutie, waarbij dit verschil met 20 % wordt verhoogd.

e) Wanneer

- de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen niet in acht zijn genomen,
- het bedrag van de restitutie lager is dan het voorgesloten bedrag van de restitutie,

is de verbeurde zekerheid gelijk aan

- het verschil tussen het voorgesloten bedrag van de restitutie en het bedrag van de werkelijke restitutie, waarbij dat verschil met 20 % wordt verhoogd,
- het vorenbedoelde bedrag wordt verhoogd met de zekerheid die zou zijn verbeurd in geval van toepassing van het bepaalde sub a op de werkelijke restitutie.

f) Wanneer

- de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen in acht zijn genomen,
- het bedrag van de restitutie lager is dan het voorgeschoten bedrag van de restitutie,
- de in artikel 47, lid 2, bedoelde documenten worden ingediend binnen zes maanden volgende op de voor de indiening ervan bepaalde termijn,

is het terug te betalen bedrag gelijk aan:

- een bedrag gelijk aan het bedrag dat zou zijn terugbetaald indien alleen het bepaalde sub b was toegepast,
- verminderd met het verschil tussen het vooraf betaalde bedrag en het bedrag van de werkelijke restitutie, waarbij dit verschil met 20 % wordt verhoogd.

g) Wanneer

- de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen niet in acht zijn genomen,
- het bedrag van de restitutie lager is dan het voorgeschoten bedrag van de restitutie,
- de in artikel 47, lid 2, bedoelde documenten worden ingediend binnen zes maanden volgende op de voor de indiening ervan bepaalde termijn,

is het terug te betalen bedrag gelijk aan een bedrag gelijk aan het bedrag dat zou zijn terugbetaald indien alleen het bepaalde sub b was toegepast, **[Or. 11]** verminderd met het verschil tussen het vooraf betaalde bedrag en het bedrag van de werkelijke restitutie, waarbij dit verschil met 20 % wordt vermeerderd, verminderd met de zekerheid die zou zijn verbeurd indien uitsluitend het bepaalde sub a op de werkelijke restitutie was toegepast.

(4) In geval van toepassing van de minimumverhoging bedoeld in artikel 31, lid 1, tweede zin, moet het in lid 3 bedoelde percentage van 20 % worden vervangen door het percentage dat de verhouding aangeeft tussen het bedrag van de minimumverhoging en het voorgeschoten bedrag.

(5) Wanneer ten gevolge van overmacht het bedrag van de restitutie lager is dan het voorgeschoten bedrag van de restitutie, is het verbeurde bedrag gelijk aan het verschil tussen:

- het voorgeschoten bedrag van de restitutie, en

- het bedrag van de werkelijk verschuldigde restitutie.

Deze bepaling geldt eveneens ingeval het recht op de restitutie betrekking heeft op een lager restitutiebedrag dan het voorgeschoten bedrag van de restitutie en indien de in artikel 27, lid 5, artikel 28, lid 5, en artikel 32, lid 1, bepaalde termijnen wegens overmacht niet in acht zijn genomen.

(6) Wanneer is bewezen dat de producten of goederen

- het grondgebied van de lidstaat waar de betalingsaangifte is aanvaard, niet hebben verlaten, wordt de verbeurde zekerheid verminderd met het negatieve monetaire compenserende bedrag verhoogd met 20 %, tenzij de lidstaat het bepaalde in artikel 31, lid 2, toepast;
- het grondgebied van de lidstaat waar de betalingsaangifte is aanvaard, hebben verlaten, wordt de verbeurde zekerheid verminderd met het positieve monetaire compenserende bedrag, vermeerderd met 20 %.”

2. Relevantie van de vragen

De Senat gaat ervan uit dat is voldaan aan de voorwaarden voor de terugvordering van de aan verzoekster in eerste instantie door middel van de voorfinanciering en later na het vrijgeven van de zekerheden definitief toegekende uitvoerrestitutie, aangezien verzoekster niet heeft aangetoond dat het product in ongewijzigde toestand binnen een termijn van twaalf maanden na aanvaarding van de aangifte ten uitvoer in het derde land van bestemming, Jordanië, is ingevoerd (zie artikel 17, lid 1, van verordening nr. 3665/87). De door verzoekster bij schrijven van 10 augustus 1993 overgelegde Jordaanse douaneaangifte nr. 79/239 kan niet worden aanvaard als bewijs voor het voldoen aan de douaneformaliteiten voor invoer tot verbruik in Jordanië (zie artikel 17 **[Or. 12]**, lid 3, juncto artikel 18, lid 1, van verordening nr. 3665/87), daar de Jordaanse douane deze douaneaangifte had geannuleerd en had vervangen door de douaneaangifte nr. 670/79. Verdere documenten betreffende het brengen van de uitgevoerde producten in het vrije verkeer in Jordanië heeft verzoekster niet overgelegd.

Aangezien verweerder de aan verzoekster toegekende uitvoerrestitutie pas heeft teruggevorderd bij beschikking van 23 september 1999, maar verzoekster de Jordaanse douaneaangifte nr. 7/239 reeds had overgelegd in augustus 1993, dus meer dan zes jaar daarvóór, dient de Senat de rechtsvraag te beantwoorden of tegen het door verweerder uitgeoefende recht op terugvordering het verweer van de verjaring conform artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 kan worden gevoerd. Deze verjaringsbepaling is volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ook van toepassing op de terugvordering van een ten onrechte toegekende uitvoerrestitutie, als de onregelmatigheid is begaan vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 2988/95 (arrest van het Hof

van 24 juni 2004, C-278/02, arrest van het Hof van 25 september 2008, C-278/07).

De verjaringstermijn van artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 bedraagt vier jaar „vanaf de datum waarop de in artikel 1, lid 1, bedoelde onregelmatigheid is begaan”. Voor zover voor het aannemen van een „onregelmatigheid” en daarmee voor het begin van de verjaringstermijn alleen de handeling of het nalaten van een marktdeelnemer welke tot een benadeling heeft geleid en die een inbreuk op het gemeenschapsrecht inhoudt, doorslaggevend zou zijn, zou de verjaringstermijn van vier jaar als bedoeld in artikel 3, lid 1, reeds een aanvang nemen in augustus 1993. De overlegging van een vals certificaat van inkleding als bewijs voor de overbrenging van een uit te voeren partij in het vrije verkeer van het derde land van bestemming door verzoekster vormt een inbreuk op het gemeenschapsrecht (in casu: artikel 18 van verordening nr. 3665/87), met het gevolg dat bij deze uitlegging de verjaringstermijn op het moment van vaststelling van de terugvorderingsbeschikking in september 1999 duidelijk zou zijn verlopen, zodat het beroep zou slagen.

[Or. 13]

Echter, indien men ervan uitgaat dat artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 aldus dient te worden opgevat dat – althans in gevallen waarin de inbreuk op het gemeenschapsrecht pas na optreden van het nadeel werd ontdekt – pas sprake is van een onregelmatigheid als daadwerkelijk een nadeel is ontstaan, is van belang of het nadeel reeds ontstaat door de voorfinanciering als bedoeld in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 565/80 – dat volgens artikel 25, lid 1, van verordening nr. 3665/87 in casu van toepassing is – in het jaar 1992 respectievelijk 1993, dan wel pas door het vrijgeven van de zekerheden overeenkomstig artikel 33 van verordening nr. 3665/87 in april 1996 respectievelijk maart 1998, hetgeen zal blijken uit de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag. Indien het nadeel pas zou ontstaan op het moment van de definitieve toekenning van de uitvoerrestitutie door het vrijgeven van de zekerheid in de jaren 1996 respectievelijk 1998, zou de verjaringstermijn op het moment van vaststelling van de terugvorderingsbeschikking in september 1999 kennelijk nog niet zijn verstreken, zodat het beroep zou moeten worden afgewezen.

3. Rechtsoverwegingen van de Senat

a. Eerste prejudiciële vraag

Met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag neigt de Senat naar de opvatting dat de verjaringstermijn onafhankelijk van het moment van het optreden van het nadeel reeds begint met de handeling of het nalaten van de marktdeelnemer die een inbreuk vormt op het gemeenschapsrecht. Artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 veronderstelt dat door een inbreuk op het gemeenschapsrecht als

gevolg van een handeling of nalaten van de marktdeelnemer de algemene begroting van de Gemeenschappen [...] wordt of zou kunnen worden benadeeld. Deze bepaling verduidelijkt enerzijds dat het begrip „onregelmatigheid” in de zin van verordening nr. 2988/95 betrekking heeft op de inbreuk op het Unierecht die bestaat in een handeling of nalaten van een marktdeelnemer (zie in dit verband reeds arrest van het Hof van 21 december 2011, C-465/10, punt 44). Uit de tekst van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 kan anderzijds worden afgeleid dat de gemeenschapswetgever het bestaan van een onregelmatigheid niet koppelt aan het optreden van een nadeel, hetgeen **[Or. 14]** voortvloeit uit het feit dat een gedraging van een marktdeelnemer ook een onregelmatigheid kan vormen als de algemene begroting niet „wordt”, maar slechts „zou kunnen worden” benadeeld. Indien de inbreuk op het gemeenschapsrecht als gevolg van een handeling of nalaten van de marktdeelnemer vóór het optreden van een nadeel wordt ontdekt, kan ten aanzien van het begin van de verjaringstermijn overeenkomstig artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 noodzakelijkerwijs alleen de handeling respectievelijk het nalaten zelf relevant zijn. Om systematische redenen is er veel voor te zeggen dat in het geval waarin de inbreuk op het gemeenschapsrecht pas ná het optreden van het nadeel wordt ontdekt, eveneens de handeling respectievelijk het nalaten van de marktdeelnemer relevant is, en dus de vraag naar het begin van de verjaringstermijn onafhankelijk van het optreden van het nadeel uniform dient te worden beantwoord. Dat de in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 geregelde gevallen – ontdekking van de inbreuk tegen het gemeenschapsrecht vóór respectievelijk na het optreden van het nadeel – verschillend worden behandeld, lijkt gezien de bewoordingen van de bepaling niet geboden en zou ertoe leiden dat de verjaringstermijn in de twee genoemde gevallen op verschillende momenten begint. Het lijkt niet gerechtvaardigd om een marktdeelnemer wiens gedraging tot een nadeel heeft geleid, door het latere begin van de verjaringstermijn slechter te behandelen dan een marktdeelnemer wiens gedraging niet tot een nadeel heeft geleid, alleen omdat deze – om welke reden dan ook – vóór het optreden van het nadeel is ontdekt.

Voor de door de Senat geprefereerde zienswijze pleit ook de formulering in artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95, waarin sprake is van het moment „waarop de onregelmatigheid is begaan”. De gemeenschapswetgever heeft het begin van de verjaringstermijn immers niet gekoppeld aan het „optreden van de onregelmatigheid”, maar aan het moment waarop „de onregelmatigheid is begaan” en daarmee aan een gedraging van de marktdeelnemer die moet bestaan in een inbreuk op het gemeenschapsrecht. Ook de Engelse taalversie („... when the irregularity ... was committed”) bevestigt de uitlegging van de verwijzende Senat dat niet een gebeurtenis – namelijk het optreden van een benadeling – maar een bepaalde gedraging van de marktdeelnemer – namelijk de inbreuk op het **[Or. 15]** gemeenschapsrecht – de verjaringstermijn van artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 laat beginnen.

De regeling in artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 2988/95 bevestigt de inschatting van de Senat dat de verjaringstermijn niet pas begint met

het optreden van het nadeel. Aldaar is bepaald dat de verjaringstermijn bij voortdurende of voortgezette onregelmatigheden ingaat op de dag waarop de onregelmatigheid is geëindigd. In de zin van deze bepaling zal een onregelmatigheid geëindigd zijn, als de inbreuk op het gemeenschapsrecht is beëindigd en het door deze inbreuk veroorzaakte nadeel is opgetreden. Als echter – in gevallen waarin de inbreuk op het gemeenschapsrecht na het optreden van het nadeel wordt ontdekt – steeds het moment van het optreden van het nadeel relevant zou zijn, zou deze bepaling vrijwel geen effect sorteren. Als voortdurende respectievelijk voortgezette onregelmatigheden een nadeel tot gevolg hebben en het moment van het optreden van het nadeel relevant is, hoeft namelijk niet te worden geregeld welke fase van de voortdurende respectievelijk voortgezette onregelmatigheid voor het begin van de verjaringstermijn relevant is. In die zin heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ook in zijn arrest van 21 december 2011 (C-465/10), in een geval waarin een aanbestedende dienst een subsidie had ontvangen en bij de plaatsing van de opdracht Unierechtelijke bepalingen had geschonden, beslist dat sprake was van een voortdurende onregelmatigheid in de zin van artikel 3, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 2988/95, waardoor de verjaringstermijn van vier jaar begon op de dag dat de uitvoering van de onrechtmatig geplaatste overheidsopdracht was voltooid. Het moment van het optreden van het nadeel – vermoedelijk het moment van betaling van de subsidie – heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in deze beslissing niet relevant geacht. Het Hof heeft veeleer vastgesteld dat de Uniewetgever door de vaststelling van artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 invoering heeft beoogd van een algemene verjaringsregel waarmee de terugvordering van ten onrechte uit de Uniebegroting ontvangen bedragen na afloop van vier jaar na het begaan van de onregelmatigheden waardoor de litigieuze betalingen zijn aangetast, moet worden uitgesloten (arrest van 21 december 2011, C 465/10, [OMISSIS] punt 52). Dit zou met betrekking tot het onderhavige geval aldus kunnen worden opgevat dat het begaan van de onregelmatigheid, dus de handeling **[Or. 16]** of het nalaten van de marktdeelnemer, en niet de litigieuze betaling waardoor de begroting per definitie wordt benadeeld, doorslaggevend is voor het begin van de verjaring.

De Senat houdt er hierbij rekening mee dat de vraag betreffende het begin van de verjaring in gevallen waarin de inbreuk op bepalingen van gemeenschapsrecht pas na het optreden van het nadeel werd ontdekt, ook anders kan worden beoordeeld. Zo zou kunnen worden geredeneerd dat het bestaan van de onregelmatigheid als bedoeld in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 wordt gedefinieerd door een inbreuk op het gemeenschapsrecht waarvan sprake is bij een handeling of nalaten van een marktdeelnemer waardoor de begroting is benadeeld, met het gevolg dat in deze gevallen als cumulatieve voorwaarden voor het aannemen van een onregelmatigheid zowel sprake moet zijn van een gedraging van de marktdeelnemer als ook van een daaruit voortvloeiend nadeel. In die zin lijkt ook de Unabhängige Finanzsenat in Oostenrijk artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 op te vatten. De Unabhängige Finanzsenat heeft namelijk in zijn arrest van 6 februari 2007 (GZ. ZVR/0047-Z3K/05) beslist dat op het gebied van de

uitvoerrestitutie een onregelmatigheid wordt begaan, als betalingen onrechtmatig zijn gedaan, dus een voor de uitvoerder positieve restitutiebeschikking is vastgesteld (voorondersteld werd: „daaruit is voortgevloeid”), of de handeling of het nalaten van de uitvoerder tot een onrechtmatige betaling zou hebben geleid als de inbreuk niet was ontdekt (voorondersteld werd: „daaruit zou kunnen zijn voortgevloeid”). Voor de in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95 bedoelde verjaringstermijn van vier jaar betekent dit dat in gevallen waarin de onregelmatigheid is ontdekt nadat de betalingen zijn gedaan, de termijn normaal gesproken begint op het moment van toekenning conform de beschikking, dus op het moment van betekening van de restitutiebeschikking. In afwijking daarvan is in het geval van voorschottenregelingen de dag waarop de zekerheid is vrijgegeven, doorslaggevend voor het begin van de verjaringstermijn. Deze overwegingen van de Unabhängige Finanzsenat zijn naar de opvatting van de Senat van overeenkomstige toepassing op gevallen waarin de uitvoerrestitutie is voorgefinancierd.

[Or. 17]

b. Tweede prejudiciële vraag

Voor zover de verjaringstermijn overeenkomstig artikel 3, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 2988/95 pas begint met het optreden van het nadeel, rijst de aanvullende vraag of in gevallen zoals het onderhavige reeds de betaling van de voorfinanciering die gelijk is aan de uitvoerrestitutie, of pas de definitieve toekenning door het vrijgeven van de zekerheid als benadeling in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 dient te worden beschouwd.

Met betrekking tot deze vraag neigt de Senat naar de opvatting dat een benadeling pas ontstaat door het vrijgeven van de zekerheden en dus niet al door de betaling van de voorfinanciering.

De voorfinanciering betekent nog geen definitieve toekenning van een uitvoerrestitutie. Reeds uit artikel 6, eerste alinea, van verordening nr. 565/80 blijkt dat voor het ontvangen van de voorfinanciering het stellen van een waarborg vereist is waardoor de terugbetaling van een bedrag dat gelijk is aan het uitbetaalde bedrag verhoogd met een extra bedrag is gegarandeerd. De waarborg wordt conform artikel 6, tweede alinea, van verordening nr. 565/80 verbeurd, indien geen recht op restitutie of slechts recht op een lager bedrag dan de aangevraagde restitutie bestaat. Ook in punt 5 van de considerans van verordening nr. 565/80 wordt er duidelijk op gewezen dat het bij de voorfinanciering slechts gaat om een bedrag dat gelijk is aan de uitvoerrestitutie. Verder valt in punt 5 van de considerans te lezen dat de betaling van een bedrag dat gelijk is aan de uitvoerrestitutie het recht op een uitvoerrestitutie geheel onverlet laat. Door het stellen van een waarborg dient te worden gegarandeerd dat een bedrag dat ten minste gelijk is aan het uitgekeerde bedrag wordt terugbetaald, indien achteraf wordt vastgesteld dat er geen enkel recht op restitutie bij uitvoer bestond of dat de

producten of goederen waarop deze maatregelen zijn toegepast, niet binnen de gestelde termijn daadwerkelijk uit de Gemeenschap zijn uitgevoerd. Nadere bepalingen inzake het stellen van zekerheden en het vrijgeven respectievelijk het geheel of gedeeltelijk verbeuren van de zekerheid zijn te vinden in de artikelen 31 en 33 van verordening nr. 3665/87.

[Or. 18]

Dat het recht op terugbetaling wegvalt indien de uitvoerder geen of slechts voor een lager bedrag recht heeft op een uitvoerrestitutie, zal door de te stellen zekerheid over het algemeen uitgesloten zijn. De zekerheid dekt daarbij niet alleen het als voorfinanciering uitbetaalde bedrag, maar ook een extra bedrag als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 565/80 respectievelijk een verhoging van 20 % conform artikel 31, lid 1, van verordening nr. 3665/87. Voor een nadeel in de zin van een definitief verlies van de middelen hoeft, voor zover deze ten onrechte zijn betaald, vanwege de gestelde zekerheden over het algemeen niet te worden gevreesd, althans totdat de zekerheden worden vrijgegeven, omdat de douane gebruik kan maken van deze zekerheden. De zekerheid wordt verbeurd, voor zover het recht op een uitvoerrestitutie niet bestaat. Pas na het vrijgeven van de zekerheid moet de douane genoeg nemen met een – mogelijk echter niet succesvol – beroep op het recht op terugbetaling; praktisch gezien loopt zij dus pas dan het risico dat het recht op terugbetaling niet kan worden gerealiseerd. Pas vanaf het vrijgeven van de zekerheid en de daardoor definitief geworden toekenning van de uitvoerrestitutie bestaat het risico dat het uitbetaalde bedrag definitief niet meer wordt terugbetaald.

Ook de overwegingen van de Unabhängige Finanzsenat in zijn arrest van 6 februari 2007 (GZ. ZVR/0047-Z3K/05) moeten aldus worden opgevat dat in het kader van een voorschottenregeling pas vanaf het vrijgeven van de zekerheid sprake is van een nadeel, aangezien de Finanzsenat – in het geval van het ontdekken van de inbreuk op het gemeenschapsrecht ná het optreden van het nadeel – enerzijds het optreden van het nadeel en anderzijds de dag waarop de zekerheid wordt vrijgegeven, als doorslaggevend beschouwt voor het begin van de verjaringstermijn overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 2988/95.

Het argument van verzoekster, dat het vrijgeven van de zekerheden niet relevant is, omdat het begin van de verjaring – voor zover daarvoor het moment van het optreden van de benadeling van belang is – niet mag afhangen van een handeling van de overheidsinstantie, is niet overtuigend. Indien het moment van het optreden van het nadeel doorslaggevend is en het nadeel optreedt door de begunstiging van een marktdeelnemer, hangt dit moment steeds af van een handeling van een overheidsinstantie – ongeacht of dit het vrijgeven van de zekerheid of de toekenning van de uitvoerrestitutie is. In ieder geval is er geen wettelijk bepaald tijdstip voor het verrichten van de handeling, maar deze hangt af van een **[Or. 19]** beslissing van de overheidsinstantie die deze vanzelfsprekend in het kader van de wettelijke bepalingen dient te nemen.

De betaling van de voorfinanciering als benadeling in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 te beschouwen, lijkt – in gevallen zoals het onderhavige – ook problematisch, omdat deze reeds vóór de handeling van de marktdeelnemer is geschied. De betaling van de voorfinanciering werd in het onderhavige geval gedaan voordat de Jordaanse douaneaangifte in augustus [1993] werd overgelegd. Artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2988/95 vereist evenwel dat een gedraging van de marktdeelnemer een benadeling tot gevolg heeft gehad; het optreden van het nadeel moet derhalve volgen op de gedraging. Verzoekster zal de voorfinanciering ook niet ten onrechte hebben ontvangen. Artikel 4, lid 1, van verordening nr. 565/80 vereist in zoverre slechts dat de basisproducten onder douanecontrole zijn geplaatst, zodat wordt gewaarborgd dat de goederen binnen een bepaalde termijn worden uitgevoerd. Artikel 5, lid 1, van verordening nr. 565/80 bepaalt verder dat de voorfinanciering wordt betaald, zodra de producten of goederen onder het stelsel van douane-entrepots of vrije zones zijn gebracht met het oog op uitvoer binnen een bepaalde termijn. Met de plaatsing van de goederen in haar douane-entrepot zal verzoekster hebben voldaan aan de voorwaarden voor de voorfinanciering, los van de vraag in hoeverre zij later in staat is om de overbrenging van de goederen in het vrije verkeer van het derde land van bestemming te bewijzen. Verzoekster heeft de betaling van de voorfinanciering in zoverre niet gerealiseerd door inbreuk te maken op het gemeenschapsrecht.

De Senat houdt daarbij rekening met het feit dat de betaling van de voorfinanciering noodzakelijkerwijs leidt tot het afvloeien van middelen uit de begroting van de Unie en in zoverre een last voor deze begroting tot gevolg heeft. Dat de voorfinanciering een last voor de begroting meebrengt, geldt des te meer voor zover daardoor rentelasten ontstaan. In zoverre zou men, de hierboven aangevoerde bezwaren buiten beschouwing latend, op basis van een navenant ruime opvatting van het begrip benadeling het bestaan van schade kunnen vooronderstellen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn arrest van 21 december 2011 (C-465/10, [OMISSIS] punten 46 en 47) vastgesteld dat een onverschuldigde uitgave leidt tot een **[Or. 20]** nadeel en dat ook onregelmatigheden die geen specifieke financiële weerslag hebben, zeer nadelig kunnen zijn voor de financiële belangen van de Unie. Dit zou kunnen pleiten voor een ruime opvatting van het begrip nadeel waaronder mogelijk ook de betaling van een voorfinanciering valt. In het genoemde arrest hoefde het Hof van Justitie van de Europese Unie evenwel geen onderscheid te maken tussen een door een waarborg gegarandeerde voorfinanciering en de definitieve toekenning van een restitutie, zodat de tweede prejudiciële vraag in dat arrest niet werd beantwoord.

Schoenfeld

Jahns

Tiemann