CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON présentées le 16 mai 1991 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Les questions préjudicielles que vous adresse le Finanzgericht Düsseldorf vous conduiront à préciser la portée de plusieurs dispositions du règlement (CEE) n° 926/80 de la Commission, du 15 avril 1980, relatif à l'exonération de l'application des montants compensatoires monétaires (ci-après « MCM ») dans certains cas [1] (ci-après « règlement »), tel que modifié par le règlement (CEE) n° 2899/81 de la Commission du 7 octobre 1981 [2]. Ces textes, aujourd'hui abrogés, nécessitent que soit brièvement rappelé le contexte dans lequel ils s'inséraient.

2. Ainsi que vous l'avez souligné,

« l'institution des montants compensatoires n'a d'autre but que de neutraliser les perturbations introduites dans les échanges agricoles par la fluctuation des taux de change des monnaies de certains États membres » [3].

3. Or, le mécanisme des MCM a suscité à son tour d'autres difficultés, telle la situation des « anciens contrats » dont la conclusion est antérieure à l'intervention d'une mesure monétaire entraînant introduction ou majoration des MCM et qui doivent être exécutés après cette modification. Dans certains cas, celle-ci est de nature à provoquer une charge supplémentaire pour l'opérateur concerné.

4. Pour éviter que ce dernier ne supporte le risque de préjudice lié aux mesures monétaires, la Commission a adopté successivement, à partir de 1974, des « règlements d'équité » dont le dernier, en date du 15 avril 1980, fait l'objet du présent recours préjudiciel. Rappelons tout d'abord les dispositions aujourd'hui en cause de ce texte qui prévoit, à certaines conditions, l'exonération de la perception des nouveaux MCM.

5. Selon ses considérants, le critère fondamental de l'exonération doit être d'éviter un désavantage. A cet égard, l'article 8, paragraphe 1, du règlement prévoit que l'exonération ne peut être accordée que dans la mesure où le demandeur subit, par la perception du nouveau montant compensatoire monétaire, une charge supplémentaire qu'il n'a pas pu éviter même en faisant preuve de toute la diligence nécessaire et normale. Le paragraphe 3 [4] précise que si l'évolution sur les marchés des changes conduit, compte tenu notamment d'un achat ou d'une vente de devises à terme, à un bénéfice pour l'intéressé, le bénéfice en cause est déduit de la charge supplémentaire. Toutefois, après avoir précisé les modes de calcul de ce bénéfice, ce même

* Langue originale: le français.

1 — JO L 99, p. 15.

2 — JO L 287, p. 3.

3 — Arrêt du 12 novembre 1974, Roquette, point 14 (34/74, Rec. p. 1217).

4 — Tel qu'il résulte du règlement n° 2899/81.

paragraphe 3 précise dans son troisième alinéa que dans le cas d'une opération de devises à terme, conclue le même jour que le contrat de marchandises, aucun bénéfice de change ne peut être pris en considération lors de la détermination de la charge supplémentaire.

6. L'article 9, paragraphe 1, du règlement définit la charge supplémentaire comme la perception d'un nouveau montant compensatoire monétaire, non nécessaire, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, pour compenser l'incidence de la mesure monétaire sur le prix contractuel du produit. Le paragraphe 2 indique divers facteurs à prendre en considération lors de l'appréciation des circonstances du cas d'espèce avant de préciser que ne sont pas retenues les opérations de devises à termes soit effectuées avant la conclusion du contrat ou après la mesure monétaire, soit pour lesquelles il n'existe pas de connexion économique directe ou indirecte avec le contrat relatif aux produits.

7. Il faut noter qu'après avoir constaté un certain nombre d'abus de la part des opérateurs économiques la Commission a, en 1984, aboli ce règlement, estimant que l'existence et le fonctionnement des MCM étaient alors connus de tous et que les risques de modifications des MCM consécutifs aux variations des cours des devises devaient faire l'objet de précautions, au moyen notamment de dispositions contractuelles adéquates.

8. Les faits se sont déroulés à l'époque où le règlement était encore en vigueur. Tels qu'ils apparaissent dans le jugement de renvoi, ils peuvent être résumés comme suit.

9. La société irlandaise An Bord Bainne, demanderesse au principal, a conclu, le 11 février 1983, avec une entreprise néerlandaise, des contrats portant sur la livraison de lait écrémé en poudre, d'avril à septembre 1983, à une entreprise établie en Allemagne. Le paiement du prix des marchandises devait être effectué en marks allemands (DM). An Bord Bainne s'était engagée à supporter le risque des MCM allemands. Elle a conclu, le même jour, une opération de devises à terme portant sur l'achat de dollars des États-Unis (USD) en deux tranches, l'une de 3,65 millions de DM, l'autre de 7 millions de DM, pour un montant global de DM équivalant à l'ensemble de la contrepartie financière attendue de l'opération sur les produits. Au titre de ce qu'il est convenu d'appeler des opérations « swap », elle a vendu la somme de USD ci-avant contre des DM et a procédé, le 15 février 1983, à d'autres opérations de devises à terme consistant à changer définitivement en USD le montant de DM achetés dans le cadre du « swap ».

10. An Bord Bainne a expliqué dans ses observations qu'il était d'usage d'exécuter les opérations de devises à terme par l'intermédiaire d'une transaction « swap », laquelle suppose trois opérations de change parallèles. Elle a par ailleurs précisé que la différence de dates entre le 11 et le 15 février 1983 résultait de ce que les banques ne procèdent à la datation des valeurs en cause que deux jours ouvrables après que la transaction a été conclue ainsi que du fait que le 11 février 1983 était un vendredi et qu'il n'y avait pas d'opérations de change le samedi

et le dimanche. Cependant, les opérations de devises à terme auraient été conclues de manière ferme le 11 février 1983.

11. Le 21 mars 1983, le DM a été réévalué et la Commission a majoré, par voie de règlement, les MCM allemands. An Bord Bainne a sollicité une exonération de l'application du nouveau montant, c'est-à-dire de la « partie du (MCM) correspondant à la majoration due à (la) mesure monétaire », au sens de l'article 2 du règlement, ce qui lui a été refusé par le Hauptzollamt Gronau.

12. Devant le Finanzgericht Düsseldorf, le litige a porté sur l'interprétation des articles 8 et 9 du règlement. Aussi cette juridiction vous a-t-elle saisis aux fins de préciser la portée de ces deux dispositions.

13. La première question vise en substance à savoir si l'article 8, paragraphe 3, du règlement, tel que modifié par le règlement n° 2899/81, doit être interprété en ce sens que le calcul du bénéfice qui y est visé peut être effectué sur la base d'une monnaie non communautaire.

14. Observons tout d'abord que la disposition à l'examen ne comporte aucune restriction quant aux opérations conclues sur la base d'une monnaie autre que celle de l'État du demandeur, en particulier d'une monnaie non communautaire.

15. Il convient ensuite de relever que seul le bénéfice concret réalisé par l'intéressé doit être pris en compte pour la mise en œuvre de l'article 8 du règlement. Il s'agit en effet de déduire de la charge supplémentaire consécutive à l'instauration ou à l'augmentation des MCM le bénéfice qu'aurait procuré à l'intéressé l'évolution du marché des changes. L'objectif de la disposition en cause conduit donc à prendre en considération le bénéfice *réel* de l'intéressé, tel qu'il résulte de l'opération de devises à terme *effectivement réalisée* par lui, porterait-elle sur une devise non communautaire, en l'occurrence le USD. A la logique même du texte en cause s'ajoutent deux considérations.

16. D'une part, il nous semble important de ménager aux opérateurs économiques une marge suffisante de liberté afin qu'ils contractent les opérations les mieux adaptées compte tenu du secteur concerné et des rapports entre les monnaies sur les différents marchés des changes.

17. D'autre part, si l'on devait exclure que le calcul du bénéfice puisse être fondé sur la base de monnaies non communautaires, une telle interprétation pourrait conduire à ne pas déduire de la charge supplémentaire des bénéfices réalisés effectivement par l'opérateur concerné à la suite d'une opération de devises à terme présentant une connexion économique avec l'opération d'importation et d'exportation [5].

18. En conséquence, nous estimons que l'article 8, paragraphe 3, du règlement doit être interprété en ce sens que le calcul du bénéfice qui y est visé concerne le bénéfice

5 — Étant entendu que nous visons par là des situations dans lesquelles l'opération de devises à terme et le contrat de marchandises n'auraient pas été conclus le même jour; en effet, lorsqu'il existe concordance des dates à cet égard, il n'y a pas lieu de procéder au calcul du bénéfice aux termes exprès de l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement; voir sur ce point, ci-après, nos observations sur la seconde question du juge a quo.

concret réalisé par l'opérateur intéressé, même sur la base d'une monnaie non communautaire, par exemple le USD.

19. Compte tenu de la réponse que nous vous proposons, il n'est pas nécessaire de répondre à la question subsidiaire.

20. La seconde question comporte une question principale et trois questions subsidiaires formulées pour le cas où vous apporteriez une réponse affirmative à la première. Celle-ci porte sur le point de savoir s'il y a lieu, en règle générale, aux termes de l'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, d'apporter la preuve de la connexion économique avec le contrat relatif aux produits pour toute opération de devises à terme.

21. Nous l'avons dit, l'article 9, paragraphe 1, du règlement définit la notion de charge supplémentaire. Rappelons à cet égard que c'est l'existence d'une telle charge qui constitue la condition à laquelle l'article 8, paragraphe 1, du règlement subordonne l'octroi de l'exonération du MCM.

22. Puis l'article 9, paragraphe 2, après avoir indiqué dans son premier alinéa certains critères qui peuvent être pris en considération pour l'« appréciation des circonstances du cas d'espèce », prévoit dans son deuxième alinéa, notamment, que les opérations de devises à terme « pour lesquelles il n'existe pas de connexion économique directe ou indirecte avec le contrat relatif aux produits » ne sont pas retenues.

23. De ce dernier point de vue, l'objectif de la réglementation est clair: exclure la prise en compte d'opérations de devises à terme spéculatives ou se rapportant à d'autres contrats de marchandises.

24. Il résulte donc de la disposition à l'examen que la preuve de la connexion économique doit être rapportée en principe pour les opérations de devises à terme. Est-ce cependant le cas pour *toutes* les opérations de devises à terme, comme vous le demande le juge a quo? Demeure en effet la difficulté de l'articulation de l'article 9 avec les dispositions de l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa. S'il est indiscutable que l'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, impose la vérification de la connexion économique pour la prise en compte des opérations de devises à terme, l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement prévoit pour sa part qu'aucun bénéfice de change — lequel, rappelons-le, vient en déduction de la charge supplémentaire — ne peut être pris en considération *lorsque l'opération de devises à terme a été conclue le même jour que le contrat de marchandises.* Cette dernière disposition suppose-t-elle que soit quand même vérifiée la connexion économique entre les opérations en cause?

25. Rappelons tout d'abord l'objectif de cette disposition. Les considérants du règlement n° 2899/81 précisent à cet égard que, « dans cette situation, on peut valablement estimer que le taux de devises à terme est entré dans le prix de la marchandise et de ce fait est déterminant pour la conclusion du contrat, ce qui implique qu'il n'y a aucune différence entre les taux de conversion à comparer et qu'aucun bénéfice de change ne peut être pris en considération lors de la détermination de la charge supplémentaire ».

26. Selon la partie demanderesse au principal, l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, devrait « fonder une présomption irréfragable » en ce sens que, lorsque les dates des contrats concordent, « il y (aurait) lieu de considérer la connexion économique entre les deux contrats comme prouvée ».

27. La Commission estime quant à elle que l'article 8, paragraphe 3, n'a pas le même objet que l'article 9: ce dernier concerne notamment la nécessité d'une connexion économique pour les opérations de devises à terme alors que le premier vise notamment le calcul d'un bénéfice dans une opération de devises à terme *déjà* prise en considération en vertu de l'article 9.

28. En d'autres termes, selon la Commission, il convient toujours de vérifier si l'opération de devises à terme présente une connexion économique avec le contrat relatif aux produits. Si l'on adopte ce point de vue, deux hypothèses se présenteraient alors pour le calcul du bénéfice selon que ladite connexion est ou non établie en cas de concordance des dates entre opérations de devises à terme et contrat relatif aux marchandises.

29. Dans le premier cas, il sera vérifié ensuite si l'opération de devises à terme a produit un bénéfice pour l'opérateur. Cependant, lorsque les dates de cette opération et du contrat relatif aux produits sont identiques, compte tenu des termes formels de l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, le bénéfice n'est pas pris en considération.

30. Dans le second cas, l'opération ne présentant pas de connexion économique, elle ne peut être prise en considération par application de l'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, y compris pour le calcul d'un bénéfice éventuel au titre de l'article 8.

31. Si l'on adopte la thèse de la Commission, en toute hypothèse, la vérification de la connexion économique, lorsque les opérations sur les devises à terme et le contrat relatif aux produits ont été conclus le même jour, ne comporte aucune conséquence compte tenu de l'existence de l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa: dans les deux cas, le bénéfice n'a pas à être pris en considération. Cette conséquence, que la Commission admet, conduit à remettre en cause l'analyse qu'elle vous propose.

32. Pour notre part, nous ne pouvons nous rallier à une interprétation qui conduit à poser l'exigence d'une preuve de la connexion économique pour des opérations de devises à terme conclues le même jour que le contrat relatif aux marchandises alors que, quelles que soient les conclusions de cette vérification, le bénéfice éventuel n'a pas in fine à être pris en considération.

33. Le libellé de l'article 8, paragraphe 3, est clair: en cas de concordance des dates entre les deux opérations, aucun bénéfice n'est pris en considération. Sans doute une telle disposition comporte-t-elle une certaine automaticité. Elle ne peut néanmoins être réputée non écrite et a constitué indubitablement l'état du droit en la matière à l'époque des faits de l'espèce au principal.

34. Nous sommes donc d'avis que la seule constatation de la concordance entre la date

de l'opération de devises à terme et celle du contrat relatif aux marchandises constitue la condition nécessaire et suffisante pour exclure le calcul de tout bénéfice de change.

35. Compte tenu de la solution que nous vous proposons sur ce point, il n'est pas nécessaire d'aborder les questions subsidiaires du Finanzgericht Düsseldorf.

36. Nous concluons donc à ce que vous disiez pour droit:

« 1) Le calcul du bénéfice visé à l'article 8, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 926/80 concerne le bénéfice concret réalisé par l'opérateur concerné et peut en conséquence être effectué le cas échéant sur la base d'une monnaie non communautaire, par exemple le USD.

2) L'article 9, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement (CEE) n° 926/80 doit être interprété en ce sens que, abstraction faite des cas visés sous a) dans lesquels les opérations de devises à terme ne peuvent être retenues, il y a lieu en règle générale d'apporter la preuve de la connexion économique entre les opérations de devises à terme et le contrat relatif aux produits; toutefois, lorsque l'opération de devises à terme et le contrat relatif aux produits ont été conclus le même jour, l'article 8, paragraphe 3, troisième alinéa, du règlement en cause exclut le calcul de tout bénéfice de change lors de la détermination de la charge supplémentaire et l'application de cette disposition est soumise à la seule condition de la concordance des dates des opérations. »