FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 16. maj 1991 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Finanzgericht Düsseldorf's spørgsmål indebærer, at Domstolen skal præcisere anvendelsesområdet for en række bestemmelser i Kommissionens forordning (EØF) nr. 926/80 af 15. april 1980 om fritagelse for monetære udligningsbeløb i visse tilfælde [1] (herefter benævnt »forordningen«), som ændret ved Kommissionens forordning (EØF) nr. 2899/81 af 7. oktober 1981 [2]. Disse retsakter, som i dag er ophævet, kræver en kort redegørelse for den sammenhæng, hvori de indgik.

2. Som Domstolen har understreget,

»har indførelsen af udligningsbeløb faktisk intet andet formål end at udligne de forstyrrelser i samhandelen med landbrugsvarer, som følger af udsvingene i visse medlemsstaters valutakurser« [3].

3. Ordningen med monetære udligningsbeløb medførte dog også visse vanskeligheder, som f.eks. i forbindelse med »gamle kontrakter«, som er indgået før, der træffes en monetær foranstaltning, som indebærer, at der indføres monetære udligningsbeløb, eller at disse forhøjes, og som skal opfyldes efter, at denne ændring har fundet sted. I visse tilfælde medfører ændringen en merudgift for den pågældende erhvervsdrivende.

4. For at undgå, at de erhvervsdrivende skal bære risikoen for det tab, som er forbundet med monetære foranstaltninger, udstedte Kommissionen fra 1974 løbende en række »billighedsforordninger«. Det er den sidste, som blev udstedt den 15. april 1980, der er genstand for denne præjudicielle sag. Jeg vil først redegøre for de her relevante bestemmelser i den retsakt, som på visse betingelser hjemlede fritagelse for opkrævning af nye monetære udligningsbeløb.

5. Ifølge betragtningerne til forordningen var det væsentligste kriterium for en sådan fritagelse at hindre skade. I forlængelse heraf bestemmer forordningens artikel 8, stk. 1, at der kun kan fritages for opkrævning, såfremt ansøgeren ved opkrævning af nye monetære udligningsbeløb påføres en merudgift, som den pågældende ikke har kunnet afværge ved normal omhu. Det fremgår nærmere af stk. 3 [4], at giver udviklingen på valutamarkederne anledning til fortjeneste for den berørte part, f.eks. i forbindelse med valutaterminskøb eller -salg, trækkes den pågældende fortjeneste fra merudgiften. Efter en præcisering af måden,

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT L 99, s. 15.

2 — EFT L 287, s. 3.

3 — Dom af 12.11.1974 (sag 34/74, Roquette, Sml. s. 1217, præmis 14).

4 — Som ændret ved forordning nr. 2899/81.

hvorpå denne fortjeneste skal beregnes, bestemmes det dog i stk. 3, tredje afsnit, at i tilfælde af en valutaterminsforretning, som er afsluttet samme dag som varekontrakten, må der ikke tages hensyn til nogen fortjeneste ved beregningen af merudgiften.

6. I forordningens artikel 9, stk. 1, defineres merudgift som et nyt monetært udligningsbeløb, der opkræves, selv om det i betragtning af den foreliggende sags omstændigheder ikke er nødvendigt for at udligne den monetære foranstaltnings incidens på produktets kontraktpris. I stk. 2 angives forskellige faktorer, som der specielt skal tages hensyn til ved vurderingen af den foreliggende sags omstændigheder, før det præciseres, at der ikke tages hensyn til valutaterminsforretninger, der enten gennemføres, før kontrakten indgås eller efter, at den monetære foranstaltning træffes, eller for hvilke der ikke findes direkte eller indirekte økonomisk forbindelse med den for produkterne gældende kontrakt.

7. Det skal bemærkes, at Kommissionen ophævede denne forordning i 1984 efter at have konstateret en række tilfælde, hvor de erhvervsdrivende havde begået misbrug. Kommissionen fandt nemlig, at enhver på det tidspunkt var bekendt med de monetære udligningsbeløb og deres virkemåde, og at de erhvervsdrivende måtte tage deres forholdsregler over for risikoen for ændringer af de monetære udligningsbeløb som følge af kursændringer, bl.a. ved hjælp af passende kontraktbestemmelser.

8. De for sagen relevante omstændigheder fandt sted på et tidspunkt, hvor forordningen stadig gjaldt. De kan på grundlag af forelæggelseskendelsen sammenfattes således.

9. Sagsøgeren i hovedsagen, det irske selskab An Bord Bainne, indgik den 11. februar 1983 flere aftaler med en nederlandsk virksomhed om levering af skummetmælkspulver i månederne april til september 1983 til en virksomhed i Tyskland. Varerne skulle betales i tyske mark (DM). An Bord Bainne have accepteret at bære risikoen ved de tyske monetære udligningsbeløb. An Bord Bainne indgik samme dag en valutaterminhandel om køb af amerikanske dollars (USD) i to rater, dels 3,65 mio. DM, dels 7 mio. DM, til et samlet beløb i DM, som svarede til den forventede samlede købesum. Ved hjælp af en såkaldt »swap-handel« solgte An Bord Bainne det førnævnte beløb i USD mod DM og indgik den 15. februar 1983 yderligere valutaterminsforretninger, hvorved det beløb i DM, som var købt ved »swap-handelen«, blev endeligt vekslet til USD.

10. An Bord Bainne har i sine bemærkninger fremført, at det var sædvanligt at foretage valutaterminsforretninger via en »swaphandel«, som forudsætter tre parallelle vekselstransaktioner. Det har i øvrigt præciseret, at datoforskellen mellem den 11. og den 15. februar 1983 skyldtes, at bankerne først

fastsætter valøren to arbejdsdage efter, at transaktionen har fundet sted, samt at den 11. februar 1983 var en fredag, og at der ikke foretages vekseltransaktioner lørdag og søndag. Valutaterminsforretningerne var dog endeligt indgået den 11. februar 1983.

11. Den 21. marts 1983 blev DM'en opskrevet, og Kommissionen forhøjede via en forordning de tyske monetære udligningsbeløb. An Bord Bainne ansøgte om fritagelse for det nye beløb, dvs. »den del af (det) monetære udligningsbeløb, der svarer til forhøjelsen som følge af en monetær foranstaltning« i henhold til forordningens artikel 2. Hauptzollamt Gronau afslog ansøgningen.

12. Der er for Finanzgericht Düsseldorf rejst spørgsmål om fortolkningen af forordningens artikel 8 og 9. Finanzgericht Düsseldorf har udsat sagen og anmodet Domstolen om at præcisere anvendelsesområdet for de to bestemmelser.

13. Med det første spørgsmål ønskes der i det væsentlige oplyst, om forordningens artikel 8, stk. 3, som ændret ved forordning nr. 2899/81, skal fortolkes således, at den dér omhandlede beregning af fortjenesten kan foretages på grundlag af en ikke-EF-valuta.

14. Jeg skal først bemærke, at den bestemmelse, som skal bedømmes, ikke indeholder begrænsninger med hensyn til valutaterminsforretninger indgået på grundlag af en anden valuta end ansøgerens nationale valuta, herunder en ikke-EF-valuta.

15. Dernæst skal jeg bemærke, at det kun er den fortjeneste, som den pågældende erhvervsdrivende konkret har opnået, som skal tages i betragtning ved anvendelsen af forordningens artikel 8. Der er nemlig tale om, at merudgiften på grund af indførelse eller forhøjelse af de monetære udligningsbeløb skal fratrækkes i den fortjeneste, som udviklingen på valutamarkederne har givet den pågældende. Bestemmelsens formål er altså at tage hensyn til den pågældendes *reelle* fortjeneste, som han har opnået på grundlag af den af ham *faktisk indgåede* valutaterminsforretning, uanset om handelen vedrører en ikke-EF-valuta som USD i denne sag. Ud fra det logiske i selve bestemmelsen kan der fremsættes to betragtninger.

16. Dels finder jeg det vigtigt, at de erhvervsdrivende får tilstrækkelig frihed til at kunne indgå de bedst mulige handeler i betragtning af det pågældende område og forholdet mellem valutaerne på de forskellige valutamarkeder.

17. Dels ville en fortolkning, hvorved det blev lagt til grund, at beregningen af fortjenesten ikke kan ske på grundlag af en ikke-EF-valuta, medføre, at den fortjeneste, som den pågældende erhvervsdrivende faktisk havde opnået ved en valutaterminsforretning, som har økonomisk forbindelse til indførslen eller eksporten, ikke ville blive fratrukket i merudgiften [5].

18. Jeg mener derfor, at forordningens artikel 8, stk. 3, bør fortolkes således, at beregningen af den deri omhandlede fortjeneste angår den fortjeneste, som den pågældende

5 — Jeg tænker herved på de situationer, hvor valutaterminsforretningerne og varekontrakterne ikke er indgået samme dag. Når disse datoer stemmer overens skal der nemlig i henhold til forordningens artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, udtrykkeligt ikke foretages en beregning af fortjenesten; se herom mine bemærkninger til den forelæggende rets andet spørgsmål.

erhvervsdrivende konkret har opnået, selv hvis det er på grundlag af en ikke-EF-valuta, f.eks. USD.

19. I betragtning af det svar, som jeg foreslår, er det ikke fornødent at besvare det subsidiære spørgsmål.

20. Det andet spørgsmål indeholder et hovedspørgsmål og tre subsidiære spørgsmål, som er stillet for det tilfælde, at Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende. Spørgsmålet vedrører det forhold, om artikel 9, stk. 2, andet afsnit, skal fortolkes således, at der generelt skal kunne påvises en økonomisk forbindelse mellem enhver valutaterminsforretning og varekontrakten.

21. Som jeg allerede har nævnt, definerer forordningens artikel 9, stk. 1, begrebet merudgift. Bemærk, at det er en sådan merudgift, som efter forordningens artikel 8, stk. 1, er betingelsen for at give fritagelse for monetære udligningsbeløb.

22. Efter i stk. 1 at have angivet en række kriterier, som der kan tages hensyn til »ved vurderingen af den foreliggende sags omstændigheder«, bestemmer artikel 9, stk. 2, andet afsnit, bl.a., at der ikke kan tages hensyn til valutaterminsforretninger »for hvilke der ikke findes direkte eller indirekte økonomisk forbindelse med den for produkterne gældende kontrakt«.

23. Ud fra dette synspunkt er bestemmelsens formål klart: Det skal udelukkes, at der tages hensyn til valutaterminsforretninger, som er spekulative, eller som vedrører andre varekontrakter.

24. Det fremgår altså af den omhandlede bestemmelse, at der i almindelighed skal kunne påvises en økonomisk forbindelse for valutaterminsforretningerne. Men er det, som den forelæggende ret spørger, tilfældet for *alle* valutaterminsforretninger? Der er nemlig stadig vanskeligheden med artikel 9's udformning sammenholdt med bestemmelserne i artikel 8, stk. 3, tredje afsnit. Selv om det ikke kan diskuteres, at artikel 9, stk. 2, tredje afsnit, kræver, at der godtgøres en økonomisk forbindelse for at tage hensyn til valutaterminsforretninger, bestemmer forordningens artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, at der ikke må tages hensyn til nogen fortjeneste — som skal fratrækkes merudgiften — *i tilfælde af en valutaterminsforretning, som er afsluttet samme dag som varekontrakten.* Forudsætter den sidstnævnte bestemmelse, at der alligevel godtgøres en økonomisk forbindelse mellem de omhandlede transaktioner!

25. Lad mig først henvise til bestemmelsens formål. Betragtningerne til forordning nr. 2899/81 præciserer, at »i sådanne tilfælde kan det med føje antages, at terminskursen indgår i varens pris og derfor er bestemmende for afslutningen af kontrakten, hvilket medfører, at der ikke er forskel mellem de omregningskurser, der skal sammenholdes, og der ikke kan regnes med nogen fortjeneste ved beregningen af merudgiften«.

26. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen opstiller artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, »en uafkræftelig formodning« for, at når kontrakternes datoer stemmer overens, »bør den økonomiske forbindelse mellem de to kontrakter anses for påvist«.

27. Kommissionen finder, at artikel 8, stk. 3, ikke har samme formål som artikel 9: Sidstnævnte bestemmelse vedrører navnlig nødvendigheden af en økonomisk forbindelse for valutaterminsforretninger, mens den førstnævnte først og fremmest vedrører beregningen af en fortjeneste ved en valutaterminsforretning, som der *allerede* er taget hensyn til i medfør af artikel 9.

28. Det skal ifølge Kommissionen med andre ord altid undersøges, om valutaterminsforretningen har økonomisk forbindelse med varekontrakten. Hvis man lægger dette synspunkt til grund, er der to muligheder for beregningen af fortjenesten, alt efter om den omhandlede forbindelse er godtgjort eller ej i tilfælde, hvor datoerne for valutaterminsforretningerne og varekontrakterne stemmer overens.

29. I det første tilfælde må det derefter undersøges, om den erhvervsdrivende har opnået en fortjeneste ved valutaterminsforretningen. Når datoerne for valutaterminsforretningen og varekontrakten er identiske skal der ifølge artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, ikke tages hensyn til fortjenesten.

30. I det andet tilfælde, hvor der ikke foreligger økonomisk forbindelse, kan der ikke tages hensyn til valutaterminsforretningen i henhold til artikel 9, stk. 2, andet afsnit, herunder ved beregningen af en eventuel fortjeneste efter artikel 8.

31. Hvis man for ethvert tilfælde lægger Kommissionens opfattelse til grund, er bedømmelsen af den økonomiske forbindelse i medfør af artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, uden betydning, når valutaterminsforretningerne og den for produkterne gældende kontrakt er indgået den samme dag: I begge tilfælde skal der ikke tages hensyn til fortjenesten. Som Kommissionen indrømmer, rejser denne konsekvens tvivl om den bedømmelse, Kommissionen foreslår Domstolen.

32. Jeg kan ikke tilslutte mig en fortolkning, som fører til at stille krav om, at der skal påvises økonomisk forbindelse med valutaterminsforretninger indgået samme dag som den for produkterne gældende kontrakt, når, uanset udfaldet af denne bedømmelse, der i sidste ende ikke skal tages hensyn til en eventuel fortjeneste.

33. Artikel 8, stk. 3's ordlyd er klar: Er der sammenfald mellem datoerne for de to transaktioner, tages der ikke hensyn til en fortjeneste. Der er uden tvivl en vis automatik i en sådan bestemmelse. Ikke desto mindre foreligger bestemmelsen, og den var utvivlsomt udtryk for retstilstanden på området på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder.

34. Jeg mener derfor, at den blotte konstatering af, at der er overensstemmelse med de datoer, hvor valutaterminsforretningen

og varekontrakten er indgået, er en nødvendig og tilstrækkelig betingelse for at udelukke beregningen af nogen form for kursgevinst.

35. I betragtning af den løsning, jeg foreslår for at løse dette spørgsmål, er det ufornødent at tage stilling til Finanzgericht Düsseldorf's subsidiære spørgsmål.

36. Sammenfattende foreslår jeg derfor Domstolen at kende følgende for ret:

1) Beregningen af den i artikel 8, stk. 3, i forordning (EØF) nr. 926/80 omhandlede fortjeneste angår den fortjeneste, som den pågældende erhvervsdrivende konkret har opnået, og kan derfor i givet fald foretages på grundlag af en ikke-EF-valuta, f.eks. USD.

2) Artikel 9, stk. 2, andet afsnit, i forordning (EØF) nr. 926/80 skal fortolkes således, at der — bortset fra de under litra a) omhandlede tilfælde, hvor der ikke kan tages hensyn til valutaterminsforretninger — generelt skal kunne bevises en økonomisk forbindelse mellem valutaterminsforretningerne og varekontrakten; såfremt valutaterminsforretningen er indgået og varekontrakten afsluttet samme dag, er det ifølge artikel 8, stk. 3, tredje afsnit, i den pågældende forordning udelukket at tage hensyn til fortjenesten i form af kursgevinst ved fastlæggelsen af merudgiften, og anvendelsen af denne bestemmelse er alene betinget af sammenfald af transaktionsdatoerne.