CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 16 mei 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Naar aanleiding van de door het Finanzgericht Düsseldorf voorgelegde prejudiciële vragen dient het Hof te preciseren welke de draagwijdte is van diverse bepalingen van verordening (EEG) nr. 926/80 van de Commissie van 15 april 1980 inzake de vrijstelling, in bepaalde gevallen, van toepassing van de monetaire compenserende bedragen [1] (hierna: „mcb's"), zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 2899/81 van de Commissie van 7 oktober 1981. [2] Ten aanzien van deze, thans ingetrokken verordeningen dient in grote lijnen de context te worden geschetst, waarin zij werden vastgesteld.

2. Zoals het Hof heeft overwogen,

„(dient) de invoering van compenserende bedragen (...) alleen maar (...) om verstoringen van de landbouwmarkten als gevolg van de koersschommeling van de munteenheden van sommige Lid-Staten te voorkomen". [3]

3. Op zijn beurt heeft het mechanisme van de mcb's geleid tot andere moeilijkheden, zoals de kwestie van de „oude contracten", die zijn gesloten vóórdat de monetaire maatregel houdende invoering of verhoging van de mcb's werd vastgesteld en die na deze wijziging ten uitvoer moeten worden gelegd. In sommige gevallen brengt deze voor de betrokken ondernemer extra lasten mee.

4. Ten einde te voorkomen dat het risico van schade als gevolg van de monetaire maatregelen ten laste van deze laatste komt, heeft de Commissie vanaf 1974 telkens weer „billijkheidsverordeningen" vastgesteld. De laatste dateert van 15 april 1980 en vormt het voorwerp van het onderhavige prejudiciële verzoek. Laten we eerst aandacht besteden aan de thans in het geding zijnde bepalingen van deze verordening krachtens welke onder bepaalde voorwaarden vrijstelling kan worden verleend van de heffing van nieuwe mcb's.

5. Volgens de overwegingen van de considerans van de verordening moet het basiscriterium voor de vrijstelling zijn, nadeel te vermijden. Dienaangaande wordt in artikel 8, lid 1, van de verordening bepaald, dat vrijstelling slechts kan worden verleend voor zover de aanvrager als gevolg van de heffing van het nieuwe monetair compenserende bedrag extra lasten moet dragen die hij niet kon vermijden, ook al legde hij alle noodzakelijke en normale zorgvuldigheid aan de dag. Krachtens artikel 8, lid 3 [4], wordt, indien de ontwikkeling op de wisselmarkten, met name gezien een aankoop of verkoop op termijn van deviezen, leidt tot een voordeel voor de betrokkene, dat voordeel in mindering gebracht op de extra lasten. Nadat is aangegeven hoe dit voordeel

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB 1980, L 99, blz. 15.

2 — PB 1981, L 287, blz. 3.

3 — Arrest van 12 november 1974, zaak 34/74, Roquette, Jurispr. 1974, blz. 1217, r. o. 14.

4 — Zoals gewijzigd bij verordening nr. 2899/81.

wordt berekend, wordt in artikel 8, lid 3, derde alinea, echter bepaald, dat in geval van een deviezentermijntransactie die op dezelfde dag wordt gesloten als het goederencontract, geen enkel wisselvoordeel in aanmerking kan worden genomen bij de bepaling van de extra lasten.

6. In artikel 9, lid 1, van de verordening worden de extra lasten omschreven als de heffing van een nieuw monetair compenserend bedrag dat, gezien de omstandigheden met betrekking tot het specifieke geval, niet nodig is als compensatie voor de invloed van de monetaire maatregel op de contractprijs van het produkt. In lid 2 worden verschillende factoren opgesomd die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de omstandigheden met betrekking tot het specifieke geval; verder worden ingevolge deze bepaling niet in aanmerking genomen deviezentermijntransacties die hetzij worden verricht vóór het sluiten van het contract of na de monetaire maatregel, hetzij noch direct noch indirect in economisch verband staan met het contract inzake de produkten.

7. Nadat zij een aantal gevallen van misbruik door marktdeelnemers had geconstateerd, trok de Commissie deze verordening in 1984 in, daar zij van mening was dat het bestaan en de werkwijze van de mcb's bij iedereen bekend was en dat om de risico's van wijzigingen van de mcb's als gevolg van schommelingen van de deviezenkoersen te vermijden, voorzorgsmaatregelen moesten worden getroffen, met name door adequate clausules in de contracten.

8. De feiten hebben zich voorgedaan op een tijdstip waarop de verordening nog van kracht was. Zij kunnen blijkens de verwijzingsbeschikking als volgt worden samengevat.

9. Op 11 februari 1983 sloot de Ierse cooperatieve vereniging An Bord Bainne, verzoekster in het hoofdgeding, met een Nederlandse onderneming een aantal contracten inzake de levering van magere-melkpoeder, in de periode van april tot september 1983, aan een in Duitsland gevestigde onderneming. De betaling van de prijs van de goederen diende te geschieden in Duitse marken (DM). An Bord Bainne nam het risico van de Duitse mcb's op zich. Op dezelfde dag sloot zij een deviezentermijntransactie voor de aankoop van US-dollars (USD) in twee tranches, een van 3,65 miljoen DM en een van 7 miljoen DM, voor een totaal bedrag aan DM dat overeenkwam met de verwachte tegenwaarde van de goederentransactie. In het kader van zogenaamde „swap-transacties" verkocht zij de USD tegen DM en sloot zij op 15 februari 1983 andere deviezentermijntransacties af waarbij de in het kader van de „swap-transacties" gekochte DM definitief werden omgewisseld in USD.

10. Blijkens de opmerkingen van An Bord Bainne was het gebruikelijk, deviezentermijntransacties middels een „swaptransactie" af te wikkelen, waarvoor drie parallelle wisseltransacties moesten worden gesloten. Het verschil in data tussen 11 en 15 februari 1983 is een gevolg van het feit dat de banken pas de tweede werkdag na de datum van het sluiten van de transactie als valutadatum aanhouden en dat 11 februari 1983 een vrijdag was en er op zaterdag en zondag geen wisseltransacties worden gesloten. De deviezentermijntrans-

acties werden evenwel definitief gesloten op 11 februari 1983.

11. Op 21 maart 1983 werd de DM gerevalueerd en verhoogde de Commissie bij verordening de Duitse mcb's. An Bord Bainne diende een aanvraag in om vrijstelling van de toepassing van het nieuwe bedrag, dat wil zeggen van „het gedeelte van de (mcb) dat overeenkomt met de verhoging in verband met (de) monetaire maatregel" in de zin van artikel 2 van de verordening, welke aanvraag door het Hauptzollamt Gronau werd afgewezen.

12. Het bij het Finanzgericht Düsseldorf aanhangig gemaakte geding betrof de uitlegging van de artikelen 8 en 9 van de verordening. Deze rechterlijke instantie heeft zich dan ook tot het Hof gewend met het verzoek de draagwijdte van deze twee bepalingen te preciseren.

13. Met de eerste vraag wordt in wezen beoogd te vernemen of artikel 8, lid 3, van de verordening, zoals gewijzigd bij verordening nr. 2899/81, aldus moet worden uitgelegd, dat het aldaar bedoelde voordeel kan worden berekend op basis van een niet-communautaire valuta.

14. Om te beginnen stelt deze bepaling geen enkele beperking ten aanzien van transacties die zijn gesloten op basis van een andere valuta dan die van de staat van de aanvrager, inzonderheid een niet-communautaire valuta.

15. Bovendien moet uitsluitend het door de betrokkene behaalde concrete voordeel in aanmerking worden genomen bij de toepassing van artikel 8 van de verordening. Het gaat er immers om dat het voordeel dat voor betrokkene eventueel is voortgevloeid uit de ontwikkeling op de wisselmarkt, in mindering wordt gebracht op de extra lasten als gevolg van de invoering of de verhoging van de mcb's. De doelstelling van deze bepaling brengt derhalve mee dat het *werkelijke* voordeel van betrokkene in aanmerking moet worden genomen, zoals dat voortvloeit uit de *daadwerkelijk* door hem *gesloten* deviezentermijntransactie, ongeacht of deze een niet-communautaire valuta, in casu de USD, betreft. Aan dit aan de logica van de betrokken bepaling ontleende argument kunnen twee overwegingen worden toegevoegd.

16. Enerzijds is het van belang dat de marktdeelnemers voldoende handelingsvrijheid wordt geboden om die transacties aan te gaan, die het best aansluiten bij de betrokken sector en bij verhoudingen tussen de valuta's op de verschillende wisselmarkten.

17. Anderzijds, indien zou worden uitgesloten dat het voordeel kan worden berekend op basis van niet-communautaire valuta's, zou een dergelijke uitlegging ertoe kunnen leiden, dat het voordeel dat door de betrokken ondernemer daadwerkelijk is behaald uit een deviezentermijntransactie die in economisch verband staat met de import- en exporttransactie [5], niet op de extra lasten in mindering wordt gebracht.

18. Derhalve dient mijns inziens artikel 8, lid 3, van de verordening aldus te worden uitgelegd, dat de aldaar bedoelde berekening van het voordeel betrekking heeft op

5 — Hieronder versta ik situaties waarin de deviezentermijntransactie en het goederencontract niet op dezelfde dag zijn gesloten; indien zij namelijk op dezelfde datum zijn gesloten, kan het voordeel niet worden verrekend, zoals uitdrukkelijk is bepaald in artikel 8, lid 3, derde alinea, van de verordening; zie wat dat betreft hierna mijn opmerkingen ten aanzien van de tweede vraag van de verwijzende rechter.

het concrete voordeel dat door de betrokken ondernemer is behaald, zelfs op basis van een niet-communautaire valuta, bij voorbeeld de USD.

19. Gelet op het in overweging gegeven antwoord, behoeft de subsidiaire vraag niet te worden beantwoord.

20. De tweede vraag bestaat uit een hoofdvraag en drie subsidiaire vragen voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt. Met de hoofdvraag wordt beoogd te vernemen of ingevolge artikel 9, lid 2, tweede alinea, het economische verband met het goederencontract in de regel voor alle deviezentermijntransacties moet worden aangetoond.

21. Zoals reeds is opgemerkt, wordt in artikel 9, lid 1, van de verordening het begrip extra lasten omschreven. Er zij nogmaals op gewezen dat krachtens artikel 8, lid 1, van de verordening de toekenning van de vrijstelling van het mcb juist afhankelijk is gesteld van het bestaan van dergelijke lasten.

22. In artikel 9, lid 2, eerste alinea, worden enkele criteria genoemd die in aanmerking kunnen worden genomen bij de „beoordeling van de omstandigheden met betrekking tot het specifieke geval" en in artikel 9, lid 2, tweede alinea, wordt met name bepaald dat deviezentermijntransacties „die noch direct noch indirect in economisch verband staan met het contract inzake de produkten", niet in aanmerking worden genomen.

23. Zo bezien is de doelstelling van de regeling duidelijk: uitsluiten dat deviezentermijntransacties die zijn gesloten uit speculatieve overwegingen of die verband houden met andere goederencontracten, in aanmerking worden genomen.

24. Uit deze bepaling volgt derhalve, dat voor deviezentermijntransacties in beginsel het economische verband moet worden aangetoond. Geldt dit echter voor *alle* deviezentermijntransacties, zoals door de verwijzende rechter wordt gevraagd? De moeilijkheid blijft immers, wat het onderlinge verband is tussen artikel 9 en de bepalingen van artikel 8, lid 3, derde alinea. Ook al staat het buiten kijf dat ingevolge artikel 9, lid 2, tweede alinea, het economische verband moet worden onderzocht om deviezentermijntransacties in aanmerking te kunnen nemen, toch wordt in artikel 8, lid 3, derde alinea, van de verordening bepaald dat geen enkel wisselvoordeel — dat, het zij nogmaals gezegd, in mindering komt op de extra lasten — in aanmerking kan worden genomen *wanneer de deviezentermijntransactie op dezelfde dag wordt gesloten als het goederencontract.* Dient ingevolge deze laatste bepaling toch het economische verband tussen de betrokken transacties te worden onderzocht?

25. Wat is het doel van deze bepaling? Dienaangaande wordt in de considerans van verordening nr. 2899/81 overwogen dat „in een dergelijk geval, men er om gegronde redenen van kan uitgaan dat de deviezenkoers op termijn een rol heeft gespeeld in de prijs van de goederen en hierdoor van doorslaggevende betekenis is voor het afsluiten van het contract, hetgeen betekent dat er geen enkel verschil is tussen de te vergelijken omrekeningskoersen en dat er geen enkel wisselvoordeel in aanmerking kan worden genomen bij de bepaling van de extra lasten".

26. Volgens verzoekster in het hoofdgeding is in artikel 8, lid 3, derde alinea, het „onweerlegbare vermoeden geformuleerd" dat in geval de contracten op dezelfde datum zijn gesloten, „het economische verband tussen beide contracten wordt geacht te zijn bewezen".

27. De Commissie van haar kant is van mening dat artikel 8, lid 3, en artikel 9 niet hetzelfde onderwerp regelen: deze laatste bepaling heeft vooral betrekking op het vereiste van een economisch verband voor de deviezentermijntransacties, terwijl de eerste bepaling in het bijzonder ziet op de berekening van een voordeel uit een deviezentermijntransactie dat *reeds* in aanmerking is genomen uit hoofde van artikel 9.

28. Anders gezegd, volgens de Commissie dient altijd te worden nagegaan of de deviezentermijntransactie in economisch verband staat met het goederencontract. Indien men hiervan uitgaat, zijn er twee manieren om het voordeel te berekenen, naar gelang het bedoelde verband al dan niet wordt vastgesteld wanneer deviezentermijntransacties op dezelfde dag worden gesloten als het goederencontract.

29. In het eerste geval wordt dan nagegaan of de deviezentermijntransactie tot een voordeel voor de ondernemer heeft geleid. Indien evenwel deze transactie en het goederencontract op dezelfde dag zijn gesloten, wordt het voordeel, gelet op de formele bewoordingen van artikel 8, lid 3, derde alinea, niet in aanmerking genomen.

30. In het tweede geval, waarin de transactie niet in economisch verband staat met het goederencontract, kan zij ingevolge artikel 9, lid 2, tweede alinea, niet in aanmerking worden genomen, ook niet wat betreft de berekening van een eventueel voordeel krachtens artikel 8.

31. Wordt de stelling van de Commissie aanvaard, dan is hoe dan ook aan het onderzoek naar het economische verband, wanneer de deviezentermijntransacties en het goederencontract op dezelfde dag zijn gesloten, gezien het bepaalde in artikel 8, lid 3, derde alinea, geen enkele consequentie verbonden: in beide gevallen dient het voordeel niet in aanmerking te worden genomen. Dit gevolg, dat de Commissie erkent, doet af aan de door haar voorgestane analyse.

32. Ik kan niet instemmen met een uitlegging volgens welke het economische verband moet worden aangetoond voor deviezentermijntransacties die op dezelfde dag zijn gesloten als het goederencontract, terwijl, ongeacht de uitkomst van dit onderzoek, het eventuele voordeel uiteindelijk niet in aanmerking dient te worden genomen.

33. De tekst van artikel 8, lid 3, is duidelijk: in geval beide transacties op dezelfde dag zijn gesloten, wordt geen enkel voordeel in aanmerking genomen. Ongetwijfeld bevat zo een bepaling een bepaald automatisme. Zij kan echter niet als niet geschreven worden beschouwd en vormde ten tijde van de feiten van het hoofdgeding stellig het rechtskader ter zake.

34. Mijns inziens is reeds de enkele constatering dat deviezentermijntransactie en goe-

derencontract op dezelfde dag zijn gesloten, een noodzakelijke en voldoende voorwaarde om geen wisselvoordeel in aanmerking te nemen.

35. Gelet op het antwoord dat ik het Hof op dit punt in overweging geef, behoeft niet te worden ingegaan op de subsidiaire vragen van het Finanzgericht Düsseldorf.

36. Concluderend geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren:

„1) De berekening van het in artikel 8, lid 3, van verordening (EEG) nr. 926/80 bedoelde voordeel betreft het concrete voordeel dat de betrokken ondernemer heeft behaald, en kan dus eventueel geschieden op basis van een niet-communautaire valuta, bijvoorbeeld de USD;

2) Artikel 9, lid 2, tweede alinea, van verordening (EEG) nr. 926/80 moet aldus worden uitgelegd, dat afgezien van de in deze bepaling sub a bedoelde gevallen waarin de deviezentermijntransacties niet in aanmerking kunnen worden genomen, het economische verband tussen de deviezentermijntransacties en het goederencontract in de regel moet worden bewezen; wanneer de deviezentermijntransactie en het goederencontract echter op dezelfde dag zijn gesloten, dan sluit artikel 8, lid 3, derde alinea, van de verordening uit, dat een wisselvoordeel wordt berekend bij de bepaling van de extra lasten en is de toepassing van deze bepaling alleen onderworpen aan de voorwaarde dat beide transacties op dezelfde dag zijn gesloten."