CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON
apresentadas em 16 de Maio de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. As questões prejudiciais que o Finanzgericht Düsseldorf apresentou ao Tribunal levá-lo-ão a esclarecer o alcance de várias disposições do Regulamento (CEE) n.° 926/80 da Comissão, de 15 de Abril de 1980, relativo à isenção da aplicação dos montantes compensatórios monetários (a seguir «MCM») em certos casos [1] (a seguir «regulamento»), na redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CEE) n.° 2899/81 da Comissão, de 7 de Outubro de 1981. [2] Estes diplomas, hoje revogados, necessitam que se recorde brevemente o contexto em que se inseriam.

2. Como o Tribunal sublinhou,

«a instituição de montantes compensatórios como única finalidade neutralizar as perturbações introduzidas nas trocas comerciais agrícolas pela flutuação das taxas de câmbio das moedas de alguns Estados-membros» [3].

3. Ora, o mecanismo dos MCM suscitou por seu lado outras dificuldades, como a situação dos «contratos antigos» cuja conclusão fosse anterior à adopção de uma medida monetária que implicasse a instituição ou aumento dos MCM e que devessem ser cumpridos após essa alteração. Nalguns casos, esta podia provocar um encargo suplementar para o operador interessado.

4. Para evitar que este último suportasse o risco de prejuízo causado pelas medidas monetárias, a Comissão adoptou sucessivamente, a partir de 1974, «regulamentos de equidade» o último dos quais, de 15 de Abril de 1980, é objecto do presente pedido prejudicial. Recordemos antes de mais as disposições hoje em questão desse diploma que prevê, em certas condições, a isenção da cobrança dos novos MCM.

5. Segundo os seus considerandos, o critério fundamental para a isenção deve ser o de evitar um prejuízo. A esse respeito, o n.° 1 do artigo 8.° do regulamento prevê que a isenção só pode ser concedida na medida em que o requerente sofra, em virtude da cobrança do novo montante compensatório monetário, um encargo suplementar que não tenha podido evitar mesmo actuando com toda a diligência necessária e normal. O n.° 3 [4] esclarece que, se a evolução nos mercados de câmbios conduzir, tendo em conta nomeadamente uma compra ou uma venda de divisas a prazo, a um lucro para o interessado, o lucro em causa é deduzido do encargo suplementar. Todavia, depois de esclarecer os modos de cálculo deste lucro,

* Língua original: francês.

1 — JO L 99, p. 15.

2 — JO L 287, p. 3.

3 — Acórdão de 12 de Novembro de 1974, Roquette, n.° 14 (34/74, Recueil, p. 1217).

4 — Na redação do Regulamento n.° 2899/81.

este mesmo n.° 3 precisa no seu terceiro parágrafo que, no caso de uma operação de divisas a prazo, concluída no mesmo dia em que foi concluído o contrato de mercadorias, não pode ser tomado em consideração qualquer lucro cambial no momento da determinação do encargo suplementar.

6. O artigo 9.°, n.° 1, do regulamento define o encargo suplementar como a cobrança de um novo montante compensatório monetário, não necessário, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, para compensar a incidência da medida monetária no preço contratual do produto. O n.° 2 indica diversos factores a tomar em consideração no momento da apreciação das circunstâncias do caso concreto antes de esclarecer que não são consideradas as operações de divisas a prazo efectuadas antes da conclusão do contrato ou após adopção da medida monetária, ou aquelas que não têm qualquer conexão económica, directa ou indirecta, com o contrato relativo aos produtos.

7. Deve notar-se que, após ter verificado um certo número de abusos por parte dos operadores económicos, a Comissão, em 1984, revogou este regulamento, considerando que a existência e o funcionamento dos MCM eram então do conhecimento público e que os riscos de alterações dos MCM na sequência das variações das cotações das divisas deviam ser objecto de precauções, designadamente através de disposições contratuais adequadas.

8. Os factos passaram-se na época em que o regulamento estava ainda em vigor. Tal como constam da decisão de reenvio, podem ser resumidos da forma seguinte.

9. A sociedade irlandesa An Bord Bainne, recorrente no processo principal, concluiu, em 11 de Fevereiro de 1983, com uma empresa neerlandesa, contratos respeitantes à entrega de leite em pó desnatado, de Abril a Setembro de 1983, a uma empresa com sede na Alemanha. O pagamento do preço das mercadorias deveria ser efectuado em marcos alemães (DM). A An Bord Bainne comprometeu-se a suportar o risco dos MCM alemães. Concluiu, no próprio dia, uma operação de divisas a prazo consubstanciada na compra de dólares dos Estados Unidos (USD) em duas parcelas, uma de 3,65 milhões de DM, e a outra de 7 milhões de DM, num montante global de DM equivalente ao total da contrapartida financeira esperada da operação de mercadorias. Através de uma operação a que convencionou chamar-se «swap», vendeu o montante de USD acima referido contra DM e procedeu, em 15 de Fevereiro de 1983, a outras operações de divisas a prazo que consistiram em trocar definitivamente por USD o montante de DM comprados no âmbito do «swap».

10. A An Bord Bainne explicou nas suas observações que era usual executar operações de divisas a prazo através de uma operação «swap», que pressupõe três operações de câmbio paralelas. Além disso, esclareceu que a diferença de datas entre 11 e 15 de Fevereiro de 1983 resultava do facto de os bancos só procederem à datação dos valores em questão dois dias úteis após a transacção ter sido realizada, bem como do facto de o dia 11 de Fevereiro de 1983 ser uma sexta-feira

e não haver operações de câmbios ao sábado e domingo. Contudo, as operações de divisas a prazo teriam sido confirmadas em 11 de Fevereiro de 1983.

11. Em 21 de Março de 1983, o DM foi revalorizado e a Comissão aumentou, através de regulamento, os MCM alemães. A An Bord Bainne solicitou uma isenção da aplicação do novo montante, ou seja, da «parte do (MCM) correspondente ao aumento devido à medida monetária», na acepção do artigo 2.° do regulamento, o que foi indeferido pelo Hauptzollamt Gronau.

12. O processo que correu os seus termos no Finanzgericht Düsseldorf tinha como objecto a interpretação dos artigos 8.° e 9.° do regulamento. Por isso, este órgão jurisdicional submeteu o processo ao Tribunal de Justiça a fim de esclarecer o alcance destas duas disposições.

13. A primeira questão visa, em substância, saber se o artigo 8.°, n.° 3, do regulamento, na redacção que lhe foi dada pelo Regulamento n.° 2899/81, deve ser interpretado no sentido de que o cálculo do lucro que no mesmo é referido pode ser efectuado com base numa moeda não comunitária.

14. Observe-se antes de mais que a disposição em análise não contém qualquer restrição quanto às operações realizadas com base numa moeda diferente da do Estado do requerente, em particular numa moeda não comunitária.

15. Seguidamente, deve observar-se que só o lucro concreto realizado pelo interessado deve ser tomado em conta para aplicação do artigo 8.° do regulamento. Trata-se, com efeito, de deduzir do encargo suplementar consecutivo à adopção ou ao aumento dos MCM o lucro que proporcionou ao interessado a evolução do mercado de câmbios. O objectivo da disposição em questão conduz, pois, a tomar em consideração o lucro *real* do interessado, tal como resulta da operação de divisas a prazo *efectivamente realizada* por ele, ainda que a operação fosse realizada numa divisa não comunitária, neste caso o USD. A própria lógica do diploma em questão acrescentam-se duas considerações.

16. Por um lado, parece-nos importante deixar aos operadores económicos uma margem suficiente de liberdade a fim de que contratem as operações melhor adaptadas tendo em conta o sector em questão e as relações entre as moedas nos diferentes mercados de câmbio.

17. Por outro lado, se se excluísse que o cálculo do lucro possa ser feito com base em moedas não comunitárias, essa interpretação poderia conduzir a não deduzir do encargo suplementar os lucros realizados efectivamente pelo operador interessado na sequência de uma operação de divisas a prazo que apresentasse uma conexão económica com a operação de importação e exportação [5].

18. Em consequência, consideramos que o artigo 8.°, n.° 3, do regulamento deve ser interpretado no sentido de que o cálculo do lucro que é referido nesse artigo se refere ao

5 — Entendendo-se que nos referimos com isto a situações em que a operação de divisas a prazo e o contrato de mercadorias não foram concluídos no mesmo dia; com efeito, quando existe coincidência de datas a esse respeito, não há que proceder ao cálculo do lucro, nos termos expressos do artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo, do regulamento; ver sobre este ponto, *infra*, as nossas observações quanto à segunda questão do órgão jurisdicional *a quo*.

lucro concreto realizado pelo operador interessado, mesmo com base numa moeda não comunitária, como o USD.

19. Tendo em conta a resposta que propomos, não é necessário responder à questão subsidiária.

20. A segunda questão contém uma questão principal e três questões subsidiárias, formuladas para a hipótese de o Tribunal dar resposta afirmativa à primeira. Esta refere-se à questão de saber se, regra geral, nos termos do artigo 9.°, n.° 2, segundo parágrafo, há necessidade de produzir a prova da conexão económica com o contrato relativo aos produtos relativamente a todas as operações de divisas a prazo.

21. Já dissemos que o artigo 9.°, n.° 1, do regulamento define a noção de encargo suplementar. Recorde-se a este respeito que é a existência desse encargo que constitui a condição a que o artigo 8.°, n.° 1, do regulamento subordina a concessão da isenção do MCM.

22. Em seguida o artigo 9.°, n.° 2, após ter indicado no seu primeiro parágrafo alguns critérios que podem ser tomados em consideração para a «apreciação das circunstâncias do caso concreto», prevê no seu segundo parágrafo, designadamente, que as operações de divisas a prazo «que não tenham qualquer conexão económica, directa ou indirecta, com o contrato relativo aos produtos» não são consideradas.

23. Deste último ponto de vista, o objectivo da regulamentação é claro: excluir a tomada em consideração de operações de divisas a prazo especulativas ou que se referem a outros contratos de mercadorias.

24. Resulta, portanto, da disposição em análise que a prova da conexão económica deve ser feita em princípio relativamente às operações de divisas a prazo. Contudo, é esse o caso para *todas* as operações de divisas a prazo, como pergunta o órgão jurisdicional *a quo*? Com efeito, mantém-se a dificuldade de articulação do artigo 9.° com o disposto no artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo. Embora seja indiscutível que o artigo 9.°, n.° 2, segundo parágrafo, impõe a verificação da conexão económica para a tomada em consideração das operações de divisas a prazo, o artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo, do regulamento prevê, por seu lado, que nenhum lucro de câmbio — o qual, recorde-se, é deduzido do encargo suplementar — pode ser tomado em consideração *quando a operação de divisas a prazo tenha sido concluída no mesmo dia que o contrato de mercadorias.* Esta última disposição pressupõe que, mesmo assim, seja verificada a conexão económica entre as operações em questão?

25. Recorde-se antes de mais o objectivo dessa disposição. Os considerandos do Regulamento n.° 2899/81 esclarecem a esse respeito que, «nessa situação, pode validamente considerar-se que a taxa de câmbio das divisas a prazo foi incluída no preço da mercadoria e, por esse facto, é determinante para a conclusão do contrato, o que implica que não haja qualquer diferença entre as taxas de conversão a comparar e que nenhum lucro de câmbio possa ser tomado em consideração aquando da determinação do encargo suplementar».

26. Na opinião da recorrente no processo principal, o artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo, deveria «fundamentar uma presunção inilidível» no sentido de que, quando as datas dos contratos são as mesmas, «deveria considerar-se provada a conexão económica entre os dois contratos».

27. A Comissão considera, por seu lado, que o artigo 8.°, n.° 3, não tem o mesmo objectivo que o artigo 9.°: este último diz respeito, nomeadamente, à necessidade de uma conexão económica relativamente às operações de divisas a prazo, enquanto o primeiro visa, nomeadamente, o cálculo do lucro numa operação de divisas a prazo *já* tomada em consideração nos termos do artigo 9.°

28. Noutros termos, na opinião da Comissão, deve sempre verificar-se se a operação de divisas a prazo apresenta uma conexão económica com o contrato relativo aos produtos. Se se adoptar este ponto de vista, duas hipóteses podem então apresentar-se para o cálculo do lucro, consoante a referida conexão esteja ou não provada em caso de coincidência das datas entre operações de divisas a prazo e contrato relativo às mercadorias.

29. No primeiro caso, verificar-se-á em seguida se a operação de divisas a prazo produziu um lucro para o operador. Contudo, quando as datas dessa operação e do contrato relativo aos produtos são idênticas, tendo em conta os termos formais do artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo, o lucro não é tomado em consideração.

30. No segundo caso, não apresentando a operação qualquer conexão económica, a mesma não pode ser tomada em consideração para a aplicação do artigo 9.°, n.° 2, segundo parágrafo, inclusive para o cálculo de um eventual lucro nos termos do artigo 8.°

31. Se se adoptar a tese da Comissão, em qualquer hipótese, a verificação da conexão económica, quando as operações com divisas a prazo e o contrato relativo aos produtos tenham sido concluídos no mesmo dia, não implica qualquer consequência, tendo em conta a existência do artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo: nos dois casos, o lucro não deve ser tomado em consideração. Esta consequência, que a Comissão admite, conduz a pôr em causa a análise que ela propõe.

32. Pela nossa parte, não podemos aderir a uma interpretação que conduz à exigência da prova da conexão económica para as operações de divisas a prazo concluídas no mesmo dia que o contrato relativo às mercadorias quando, quaisquer que sejam as conclusões dessa verificação, o lucro eventual não tem, *in fine*, de ser tomado em consideração.

33. A redacção do artigo 8.°, n.° 3, é clara: no caso de coincidência das datas das duas operações, não se deve tomar em conta qualquer lucro. Sem dúvida, essa disposição contém uma certa automaticidade. Contudo, não pode ser considerada inexistente, e constituiu indubitavelmente o estado do direito nessa matéria na época em que os factos do processo principal ocorreram.

34. Por isso, somos de opinião de que a verificação da coincidência entre a data da

operação de divisas a prazo e a do contrato relativo às mercadorias constitui por si só a condição necessária e suficiente para excluir o cálculo de qualquer lucro de câmbio.

35. Tendo em conta a solução que propomos sobre este ponto, não é necessário abordar as questões subsidiárias do Finanzgericht Düsseldorf.

36. Concluímos, por isso, propondo que o Tribunal declare:

«1) O cálculo do lucro referido no artigo 8.°, n.° 3 do Regulamento (CEE) n.° 926/80 refere-se ao lucro concreto realizado pelo operador interessado e pode, por isso, ser efectuado, sendo caso disso, com base numa moeda não comunitária, por exemplo o USD;

2) O artigo 9.°, n.° 2, segundo parágrafo, do Regulamento (CEE) n.° 926/80 deve ser interpretado no sentido de que, exceptuando os casos referidos na alínea a) nos quais as operações de divisas a prazo não podem ser consideradas, deve, regra geral, fazer-se a prova da conexão económica entre as operações de divisas a prazo e o contrato relativo aos produtos; todavia, quando a operação de divisas a prazo e o contrato relativo aos produtos tenham sido concluídos no mesmo dia, o artigo 8.°, n.° 3, terceiro parágrafo, do regulamento em questão exclui o cálculo de qualquer lucro de câmbio no momento da determinação do encargo suplementar e a aplicação dessa disposição está subordinada apenas à condição da coincidência das datas das operações.»