2. Verwijst verzoekster in de kosten.

Mackenzie Stuart Galmot

Due Everling Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 april 1984.

De griffier
voor deze
H. A. Rühl
Hoofdadministrateur

De president van de Vijfde kamer
Y. Galmot

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI VAN 14 MAART 1984 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. U hebt u uit te spreken over een schadeactie, tegen Raad en Commissie ingesteld door een Franse onderneming die bij de internationale graanmarkt betrokken is. In geding is een verordening van de Commissie, waarbij de monetair compenserende bedragen, ondanks devaluatie van de lire, tijdelijk zijn bevroren; verzoekster meent nu dat die bevriezing haar op economische verliezen is komen te staan, omdat de verlaging der prijzen als gevolg van de devaluatie niet met een evenredige verhoging der mcb's gepaard is gegaan. Men wenst nu van u te weten of en in hoeverre de Commissie de mcb's mag bevriezen, wanneer de koersparitei-ten onderhevig zijn aan fluctuaties die normaliter tot tijdige aanpassing leiden.

De in Frankrijk gevestigde vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Unifrex exporteert landbouwprodukten, en wel met name granen, naar Italië. De in haar contracten met Italiaanse ondernemers overeengekomen prijzen worden in lires uitgedrukt. Unifrex ontvangt de mcb's rechtstreeks van de bevoegde Franse instantie (ONIC). Volgens artikel 2 bis van verordening nr. 974 van 12 mei 1971, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1112

1 — Vertaald uit het Italiaans.

van 30 april 1973, kan, wanneer een uit een Lid-Staat uitgevoerd produkt wordt ingevoerd in een Lid-Staat die een compenserend bedrag bij invoer moet toekennen, de uitvoerende Lid-Staat, in onderlinge overeenstemming met de invoerende Lid-Staat, het compenserend bedrag betalen dat door de invoerende Lid-Staten verschuldigd is.

Welnu, op 23 maart 1981 kwam het binnen het Europese Monetaire Systeem tot een aanpassing der pariteiten, waarbij de lire met 6 % devalueerde ten opzichte van de andere valuta's. De devaluatie leidde tot gevolgen voor de tussen Unifrex en de Italiaanse importeurs lopende contracten, in dier voege dat Unifrex in feite minder ontving. Op communautair niveau kunnen zulke inconveniënten worden verholpen dankzij de mcb's: na devaluatie van een valuta moeten de aan verkopers in het land van export betaalde bedragen in gelijke mate worden verhoogd. Bij verordening nr. 801 van 27 maart 1981 heeft de Commissie de mcb's evenwel bevroren voor de periode 23 maart—5 april 1981; dientengevolge heeft Unifrex over die periode lagere prijzen ontvangen, alsook mcb's die het prijsverschil niet ongedaan konden maken, immers ongewijzigd waren gebleven.

Bij op 21 oktober 1982 bij het Hof ingediend en tegen Commissie en Raad gericht verzoekschrift, vorderde Unifrex hun veroordeling tot vergoeding van de schade die zij door de bevriezing der mcb's zou hebben geleden; zij achtte die maatregel onrechtmatig, immers in strijd met de bepalingen betreffende de mcb's, met het vertrouwensbeginsel en met het discriminatieverbod.

2. Wij zullen eerst de te dezen relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht bespreken. De voornaamste rechtsbron is 's Raads verordening nr. 974 van 12 mei 1971 betreffende bepaalde conjunctuur-politieke maatregelen welke naar aanleiding van de tijdelijke verruiming van de fluctuatiemarges van de valuta's van sommige Lid-Staten dienen te worden genomen in de landbouwsector. Volgens haar artikel 2 zijn de compenserende bedragen voor produkten waarvoor in interventiemaatregelen is voorzien, gelijk aan de bedragen die worden verkregen door op de prijzen een bepaald percentage toe te passen. Voor staten waarvan de munteenheid niet binnen een marge van 2,25 % behoeft te blijven, is dat percentage gelijk aan het gemiddelde van de percentages die het verschil weergeven tussen:

a) de verhouding tussen de omrekeningskoers die in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid voor de munteenheid van de betrokken Lid-Staat wordt gebruikt, en de officiële pariteit van elk der munteenheden van de staten die binnen een marge van 2,25 % fluctueren;

b) de contante wisselkoers voor de munteenheid van de betrokken staat ten opzichte van elke binnen die marge fluctuerende munteenheid.

Het meest interesseert ons artikel 3: wanneer het in artikel 2 bedoelde verschil één punt of meer afwijkt van het bij de vorige vaststelling der mcb's aangehouden percentage, worden de compenserende bedragen aan de hand van de verandering van het verschil door de Commissie gewijzigd. In artikel 6 is tenslotte bepaald dat de Commissie de uitvoeringsbepalingen der verordening vaststelt volgens een procedure die is voorzien in een andere rechtsbron, namelijk 's Raads verordening nr. 120 van 13 juni

1967 houdende een ordening der markten in de sector granen (lid 1). Tot die uitvoeringsbepalingen behoort de vaststelling der mcb's in de reeds genoemde gevallen waarin het verschil tussen de in artikel 2 genoemde parameters bepaalde percentages overschrijdt (lid 2).

Hieraan zij toegevoegd dat het EMS het systeem der mcb's niet wezenlijk heeft gewijzigd. Zoals bekend, houdt het EMS in dat de deelnemende Lid-Staten zich, wat de fluctuatie van hun munteenheden betreft, zullen houden aan een marge dat in den regel 2,25 % en voor Italië 6 % bedraagt. Voor Italië, dat over een ruimere marge beschikt, voor het Verenigd Koninkrijk en voor Griekenland, twee niet het tot EMS toegetreden landen, worden de mcb's, in samenhang met de wisselkoersen, vrij regelmatig gewijzigd. De referentieperiode met behulp waarvan voor lire, pond sterling en drachme wordt nagegaan of zich fluctuaties hebben voorgedaan die tot wijziging der mcb's moeten leiden, is vastgesteld in artikel 2 van verordening nr. 1380 van de Commissie van 29 mei 1975, dat spreekt van een periode van één week (woensdag tot en met dinsdag).

3. De Commissie acht het beroep niet ontvankelijk, omdat verzoekster zich niet heeft gehouden aan de regel volgens welke eerst de haar naar nationaal recht openstaande rechtswegen moeten zijn bewandeld. Haars inziens had Unifrex:

a) bij de Franse administratieve rechter nietigverklaring dienen te vorderen van het besluit krachtens hetwelk ONIC haar, ondanks de devaluatie van de lire, ongewijzigde mcb's betaalde;

b) het daarheen dienen te leiden dat die rechter uw Hof verzocht om een uitspraak over de gemeenschapsrechtelijke rechtmatigheid van de verordening waarbij de bedragen zijn bevroren.

Verzoekster heeft het evenwel niet gedaan, zodat zij in de bij u ingediende schadevordering *omisso medio* niet ontvankelijk zou moeten worden verklaard.

Ik ben het daarmede niet eens. Van een rechtsweg welke, vóór indiening van een schadeactie bij het Hof, noodzakelijkerwijze had moeten worden bewandeld, zou mijns inziens slechts kunnen worden gesproken wanneer het aan betrokkene naar nationaal recht openstaande rechtsmiddel haar dezelfde *kansen* op de gewenste materiële uitkomst had geboden die haar door gebruikmaking van de artikelen 178 en 215 van het Verdrag kunnen worden verzekerd. Zo neen, dan behoeft een bij de gemeenschapsrechter ingestelde vordering op het gestelde verzuim zeker niet af te stuiten. Meer nog: zou aan het beginsel volgens hetwelk eerst de wegen van het nationale recht moeten zijn bewandeld, de door de Commissie gestelde draagwijdte toekomen, dan zou zulks ten koste gaan van een ander, veel sprekender beginsel, namelijk dat men ter bescherming van zijn eigen rechten bij de rechter mag aankloppen. Een actie tot nietigverklaring als betrokkenen volgens de Commissie bij de nationale rechter hadden moeten instellen, kan er niet toe leiden dat zij zich hun schade zien vergoed.

In 's Hofs jurisprudentie wordt dit standpunt bevestigd. Op 17 december 1981 hebt u in de gevoegde zaken 197-200, 243, 245 en 247/80 (Ludwigshafener Walzmühle t. Raad en Commissie, Jurispr. 1981, blz. 3211) met zoveel woorden uitgesproken dat de nationale beroepswegen slechts behoeven te zijn bewandeld wanneer er aan één voorwaarde is voldaan: betrokkenen moeten voor de

nationale rechter dezelfde „positie" kunnen verdedigen die zij ook voor de gemeenschapsrechter hadden kunnen inroepen (vgl. r.o. 9).

Ook de Raad acht het beroep niet ontvankelijk. De Raad benadert de ontvankelijkheid evenwel uit een andere gezichtshoek: aan het introductief request zouden het onderwerp van de eis en de ingeroepen middelen niet voldoende duidelijk kunnen worden afgelezen, waardoor artikel 38, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering zou zijn geschonden, hetgeen op zijn beurt tot niet-ontvankelijkheid zou moeten leiden.

Maar deze exceptie is al evenmin gegrond. Ik herinner eraan dat verzuimen welke in het verzoekschrift mochten zijn begaan, slechts tot niet-ontvankelijkheid leiden wanneer het de wederpartij onmogelijk wordt gemaakt voor zijn belangen op te komen en het Hof niet tot rechtscontrole in staat is (vgl. het arrest, op 14. 5. 1975 gewezen in zaak 74/74, CNTA, Jurispr. 1975, blz. 533, r.o. 4/5). Maar het verzoekschrift *de quo* heeft, alleen al omdat de feiten er uitvoerig in zijn weergegeven, de Raad wel degelijk tot verweer in staat gesteld. Men bedenke slechts dat de verwerende instelling in haar antwoord het niet glasheldere, maar ook niet dubbelzinnige of vage verwijt heeft weersproken dat zij niet de nodige maatregelen zou hebben genomen om de mcb's aan de gedevalueerde lire aan te passen. De voorwaarde waaronder uw Hof aan artikel 38, lid 1, niet voldaan acht, is dan ook niet vervuld.

4. Ik kom tot de hoofdzaak. Unifrex verwijt de Gemeenschap dat zij de mcb's niet tijdig heeft aangepast, toen de lire op 23 maart 1981 was gedevalueerd. Met name zou de Commissie aansprakelijk mogen worden gesteld omdat zij de mcb's van 23 maart tot 5 april 1981 ten onrechte heeft bevroren, terwijl aan de Raad zou mogen worden verweten geen maatregelen te hebben genomen om te voorkomen dat er eerst twee weken nadien corrigerend werd opgetreden. Het *doen* der Commissie en het *stilzitten* van de Raad zouden in drieërlei opzicht onrechtmatig zijn: het zou zich niet verdragen met basisverordening nr. 974/71, en het zou in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel en het discriminatieverbod.

Zoals wij weten, is in artikel 3 der verordening bepaald dat, wanneer het in artikel 2 bedoelde verschil „één punt of meer afwijkt van het bij de vorige vaststelling aangehouden percentage", de mcb's dienovereenkomstig worden gewijzigd. Verzoekster meent dat hiermede aan de Commissie een zelfstandige verplichting wordt opgelegd volgens welke zij de mcb's heeft aan te passen wanneer de waarde van bepaalde munteenheden (lire, pond sterling, drachme) beneden een bepaalde grens daalt. De Commissie zou die verplichting niet zijn nagekomen en de Raad zou er ook niets aan hebben gedaan. Beider handelwijze zou met artikel 3 in strijd zijn, zodat de Gemeenschap voor de schade die de onderneming is opgekomen, extra-contractueel aansprakelijk zou mogen worden gesteld.

Deze redenering overtuigt mij niet; mijns inziens wordt in artikel 3 aan de Commissie geen werkelijke verplichting opgelegd, althans niet een verplichting welke haar, bij het nemen van besluiten betreffende de aanpassing van de mcb's aan de wijzigingen van de wisselkoersen, geen discretionaire marge laat. Er is veel dat

hierop duidt en met name de letter der bepaling, waarin centraal staat dat de Commissie de bedragen wijzigt, wijst in die richting. Men vindt in de tekst geen woorden die rechtstreeks aan een verplichting doen denken (in de Franse tekst wordt zelfs een passieve formulering gebezigd: „les montants ... sont modifiés par la Commission", hetgeen veeleer aan een bevoegdheid doet denken); en wat meer zegt, er wordt geen termijn genoemd binnen welke de wijzigingen er moeten komen.

Dan is er de praktijk. Zou alles automatisch in zijn werk moeten gaan, zou de Commissie zonder beleidsmarge de mcb's eenvoudig aan het koersverloop van munteenheden met een fluctuatiemarge van meer dan 2,25 % hebben aan te passen, dan zou aan zulke wijzigingen terugwerkende kracht toekomen. Maar de Commissie heeft betoogd — en Unifrex heeft het niet tegengesproken — dat zij na een aanzienlijke devaluatie als in artikel 3 bedoeld, 's maandags tot wijziging pleegt over te gaan, en zij voegt eraan toe dat die tijdsruimte haar in staat stelt de voor haar besluitvorming nodige gegevens te verzamelen. Althans in feite beschikt zij dus over een discretionaire marge. Ik voeg hieraan toe dat men, hiervan uitgaande, ook niet kan spreken over een vertraging gedurende het tijdvak 23 maart—5 april. Volgens het normale horaire zou de verhoging der bedragen pas op 30 maart hebben moeten ingaan, waarmede de door Unifrex gewraakte nalatigheid van twee weken tot zes dagen zou zijn beperkt.

In de derde plaats zijn ook de doelstellingen van verordening nr. 974 van belang. Men leze er de considerans en wel met name de vierde overweging van de considerans, op na: men heeft zich de aanpassingen der mcb's gedacht als maatregelen om ontwrichting van het interventiesysteem en abnormale prijsbewegingen — als gevolg van de fluctuaties der munteenheden — te voorkomen die „voor de normale conjuncturele ontwikkeling op landbouwgebied" gevaar zouden inhouden. Men kan staande houden dat, wanneer de schommelingen der wisselkoersen niet tot zulke gevolgen leiden, bijvoorbeeld omdat zij een tijdelijk karakter dragen, de voorwaarden die om aanpassing der mcb's vragen niet voorhanden zijn en dat het veeleer raadzaam is ze achterwege te laten. In zulke gevallen zou een onmiddellijke correctie niet zozeer een normale conjuncturele ontwikkeling verzekeren als wel aanleiding kunnen geven tot speculatieve bewegingen en ontwrichting van het handelsverkeer.

Ook hier vind ik voor mijn betoog steun in 's Hofs jurisprudentie. Meer dan eens hebt u uitgesproken dat de Commissie de ICM's mag bevriezen. Ik herinner met name aan het arrest, op 14 december 1978 gewezen in de zaak 35/78, Schouten, Jurispr. 1978, blz. 2543, waarin u hebt uitgesproken dat artikel 3 van verordening nr. 974, wat het voor wijziging der bedragen in aanmerking te nemen verschil betreft, aldus „kan ... worden uitgelegd, dat de ter vaststelling van het bedoelde verschil in aanmerking genomen wisselkoersen aan de hand van economisch gerechtvaardigde criteria moeten worden beoordeeld"; de Commissie behoefde derhalve geen rekening te houden met koersen, „welke zij niet representatief achtte" (r.o. 36).

Ik ben er van overtuigd dat de Commissie, toen zij de wijziging der mcb's op 6 april deed ingaan, juist van haar discretionaire bevoegdheden gebruik gemaakt heeft, en wel om speculatieve bewegingen te voorkomen. Op 6 april zou namelijk de zogenaamde „groene" koers worden aangepast. Stel dat de verwerende instelling, in plaats van die datum af te wachten, de bedragen reeds op 30 maart zou hebben aangepast, dan was het binnen een week tot twee wijzigingen gekomen, en de gevolgen voor de zekerheid van het handelsverkeer waartoe zulks zou hebben geleid, zijn maar al te duidelijk.

5. Wil dit zeggen dat verordening nr. 801/81, waarbij de Commissie de mcb's heeft bevroren, ook niet in strijd met de basisverordening is vastgesteld? Mijns inziens: ja. Men dient in ieder geval te bedenken dat de eerste de beste niet-naleving van communautaire regelen nog niet medebrengt dat de instellingen extracontractueel aansprakelijk kunnen worden gesteld. Volgens uw jurisprudentie moet zulk een overtreding voldoende gekwalificeerd zijn, moeten er algemene beginselen in geding zijn en moet er van een *kennelijke en ernstige* overschrijding kunnen worden gesproken van de grenzen, aan de uitoefening der communautaire bevoegdheden gesteld (vgl. het arrest, op 25. 5. 1978 gewezen in de gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, Bayerische HNL, Jurispr. 1978, blz. 1209, r.o. 6). Het gaat dus stellig te ver in de aan Commissie en Raad verweten handelwijze een feit te willen zien dat tot toepassing van artikel 215 EEG-Verdrag aanleiding zou kunnen geven. Eiseres is zich dit waarschijnlijk ook bewust geweest, toen zij zich, behalve op schending van verordening nr. 974, beriep op de niet-naleving van twee fundamentele beginselen: het vertrouwensbeginsel en het non-discriminatiebeginsel.

Maar ook die grieven falen. Het vertrouwensbeginsel zou aan de orde moeten komen omdat de ondernemers, gezien de tevoren gevolgde praktijk, op een geregelde en tijdige aanpassing der mcb's aan de wijzigingen van de pariteiten voor lire, pond sterling en drachme mochten rekenen. Wij zagen hiervoor dat het even anders is. Het standpunt van Unifrex moet in ieder geval afstuiten op uw jurisprudentie (men zie met name het arrest, op 14. 5. 1975 gewezen in voormelde zaak 74/74, CNTA), volgens welke de mcb's niet als een eigenlijke wisselgarantie zijn te beschouwen, zodat de ondernemers niet tegen alle met de fluctuaties der valuta's samenhangende risico's zijn gevrijwaard. Ook bleek ons dat het bevriezingsbesluit aan een welbepaalde behoefte van algemene aard beantwoordt; en zulk een behoefte moet natuurlijk boven individuele belangen prevaleren. Ook in zoverre kan er dus geen beroep op het vertrouwensbeginsel worden gedaan.

Ook het beginsel der gelijke behandeling zou door de instellingen zijn geschonden, toen zij in casu geen toepassing hebben gegeven aan de billijkheidsclausule. Deze in verordening nr. 926 van de Commissie van 15 april 1980 opgenomen clausule houdt in dat er in bepaalde gevallen vrijstelling kan worden verleend van *negatieve* (i.e. door de ondernemer te betalen) mcb's, zulks teneinde „het nadeel te vermijden dat aan de invoering van nieuwe monetair compenserende bedragen of aan de verhoging van deze bedragen als gevolg van een bijzondere monetaire maatregel verbonden is voor

de invoer- of uitvoertransacties op grond van contracten die vóór de betrokken monetaire maatregel zijn afgesloten" (vierde overweging van de considerans). Men heeft hier dus te maken met een voorziening die, evenals de omstreden bevriezing, bedoeld is om de handelsstromen tegen speculatieve bewegingen te beschermen, doch overigens ten duidelijkste een heel andere situatie betreft dan verordening nr. 974. Ik voeg eraan toe dat de vrijstelling van de heffing der mcb's een instrument is waarvan in uitzonderingsgevallen gebruik gemaakt wordt, zodat er een beperkte draagwijdte aan dient te worden toegekend. Zij mag niet worden verheven tot criterium waaraan de beleidskeuze der Commissie in andere gevallen dan in verordening nr. 926 bedoeld, zou kunnen worden getoetst.

Maar Unifrex houdt aan: de bevriezing der importen zou zich nog in ander opzicht met het gelijkheidsbeginsel niet verdragen: de mogelijkheid van prefixatie der mcb's die in verordening nr. 243 van de Commissie van 1 februari 1978 voor het handelsverkeer met derde landen werd gecreëerd, zou ten onrechte niet op het handelsverkeer binnen de Gemeenschap van toepassing verklaard zijn. Was die mogelijkheid hun ingeruimd, dan zouden de ondernemers natuurlijk niet van de negatieve gevolgen der monetaire fluctuaties te lijden hebben.

Zoals gezegd, ben ik het hiermede niet eens. De bedragen liggen niet vast, hetgeen er in het handelsverkeer met derde landen toe kan leiden dat zij niet altijd beantwoorden aan de monetaire relaties waarvan bij het afsluiten der handelscontracten wordt uitgegaan. Men heeft er evenwel iets op gevonden: de mogelijkheid van prefixatie (vgl. de eerste overweging van de considerans van verordening nr. 243); voor het intracommunautaire handelsverkeer heeft men deze mogelijkheid evenwel niet voorzien, omdat het risico van speculatie er veel groter is. Binnen de Gemeenschap zouden de ondernemers wel eens tot prefixatie kunnen overgaan met geen andere bedoeling dan de monetaire voordelen in de wacht te slepen die er mogelijk aan zijn verbonden; zonder dat andere factoren van economische aard daarbij een rol zouden spelen.

Het gaat niet aan intra- en extracommunautair handelsverkeer op een lijn te stellen, hetgeen zou betekenen dat er, voor zover beide regelingen verschillen vertonen, van even zoveel discriminaties mag worden gesproken. Ook al moet worden toegegeven dat men zich ten deze niet naar het gelijkheidsbeginsel heeft gedragen, met stelligheid moet worden ontkend dat die ongelijke behandeling met name als zo gewichtig en zo evident is te beschouwen als volgens uw rechtspraak het geval moet zijn, wil de instelling van onrechtmatig handelen worden beticht. Hetzelfde heeft uiteraard te gelden voor zover men zich op schending van het vertrouwensbeginsel mocht hebben willen beroepen.

6. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging de vordering, door de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Unifrex op 21 oktober 1982 tegen Commissie en Raad ingesteld, te verwerpen.

De kosten zullen mijns inziens door verzoekster, als in het ongelijk gestelde partij, in volle omvang moeten worden gedragen.