CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 19 septembre 1995 *

1. Par trois demandes préjudicielles de même contenu, le Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional du royaume d'Espagne a posé à la Cour deux questions destinées à vérifier la compatibilité avec les articles 73 B et suivants du traité CE de l'article 4, paragraphe 1, du décret royal n° 1816/91, relatif aux transactions économiques avec l'étranger. Cette disposition subordonne l'exportation de billets de banque pour un montant supérieur à 1 000 000 PTA à une déclaration préalable et impose l'obtention d'une autorisation préalable lorsque les sommes exportées sont supérieures à 5 000 000 PTA [1].

Les affaires C-163/94 et C-165/94 concernent des citoyens espagnols, précisément M. Sanz de Lera, résidant en Espagne, et M. Díaz Jiménez, résidant en Grande-Bretagne; l'un et l'autre transportaient des billets de banque vers la Suisse, l'un à bord de sa voiture, l'autre dans ses bagages à main lors de son embarquement sur le vol pour Zurich à l'aéroport de Madrid-Barajas [2].

Dans l'affaire C-250/94, par contre, l'inculpé est une citoyenne turque résidant en Espagne, arrêtée à l'aéroport de Madrid-Barajas alors qu'elle s'embarquait sur le vol à destination d'Istanbul (Turquie).

2. Trois procédures pénales distinctes ont été intentées devant le juge de renvoi contre autant d'inculpés. Ceux-ci avaient été arrêtés alors qu'ils se préparaient, dans des circonstances différentes, à exporter dans des pays tiers et sans autorisation des billets de banque pour des montants supérieurs à 5 000 000 PTA.

3. Selon les informations fournies par le juge a quo, M. Sanz de Lera exportait la somme d'argent litigieuse afin de la déposer sur un compte ouvert à son nom auprès d'un institut de crédit suisse, tandis que la destination finale de l'argent que M. Díaz Jiménez s'apprêtait à exporter en Suisse n'est pas certaine. Quant au cas de Mme Kapanoglu, l'ordonnance de renvoi ne fournit aucune information à cet égard.

* Langue originale: l'italien.

1 — Les termes de l'article 4 ont été modifiés par le décret royal n° 42 du 15 janvier 1993. Toutefois, au moins dans la partie qui nous intéresse ici, la modification apportée ne fait que préciser la disposition et en tout cas, ainsi que l'a explicitement reconnu le juge de renvoi, les amendements introduits n'apportent aucune innovation pertinente par rapport aux faits qui nous occupent.

2 — Le fait que M. Sanz de Lera a été arrêté en territoire français et par des agents français semble dénué de pertinence, dans la mesure où, comme nous le verrons tout de suite, il paraît certain que l'argent était destiné à être déposé auprès d'une banque suisse.

4. Les inculpés ont contesté l'illégalité des comportements qui leur étaient reprochés, en faisant valoir l'incompatibilité de la loi espagnole avec les dispositions communautaires en matière de libre circulation des capitaux.

Le juge espagnol a donc décidé de surseoir à statuer et de demander à la Cour de se prononcer sur l'interprétation des articles 73 B, 73 C, paragraphe 1, et 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité CE, ainsi que sur le point de savoir si l'article 73 B produit ou non des effets directs.

5. Nous rappelons, à titre préliminaire, que la réglementation espagnole en cause a fait récemment l'objet d'une décision préjudicielle, dans laquelle la Cour a apprécié sa conformité au regard des articles 1 et 4 de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité [3]. Ces dispositions ont un contenu analogue à celui des articles 73 B et 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité CE.

Dans l'arrêt du 23 février 1995 , Bordessa e.a. [4], la Cour a déclaré que les dispositions de la directive 88/361 s'opposent à l'application d'une réglementation qui subordonne l'exportation de billets de banque à une *autorisation* préalable, mais, en revanche, ne s'opposent pas à ce qu'une telle opération soit subordonnée à une *déclaration* préalable.

6. En particulier, la Cour a jugé légitime l'obligation de faire une *déclaration* préalable, dans la mesure où cela peut constituer une mesure indispensable pour permettre aux États membres d'effectuer un contrôle effectif et d'assurer une prévention efficace contre les activités illégales, telles que le blanchiment de l'argent, le trafic de stupéfiants et le terrorisme, sans pour autant faire obstacle aux mouvements de capitaux réalisés conformément au droit communautaire [5]. Au contraire, elle a jugé disproportionnée une obligation d'*autorisation*, dans la mesure où pareille obligation, tout en ayant le même but, a pour effet de faire obstacle de manière injustifiée aux exportations de devises, en les subordonnant à chaque fois à l'approbation de l'administration [6].

Dans ce même arrêt, la Cour a en outre affirmé que les articles 1 et 4 de la directive en cause sont d'application directe [7].

7. Les faits qui nous occupent aujourd'hui sont en substance analogues à ceux qui sont à l'origine de l'arrêt Bordessa e.a.; ils présentent, toutefois, aussi deux aspects différents.

3 — JO L 178, p. 5.
4 — C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361.
5 — Arrêt Bordessa e.a., précité, point 27.
6 — Idem, points 24 et 25.
7 — Idem, point 35.

D'abord, le juge espagnol [8] demande ici à la Cour d'interpréter les dispositions pertinentes du traité CE, dans la version résultant des amendements apportés par le traité de Maastricht, entré en vigueur le 1er janvier 1994 [9].

En second lieu, il s'agit en l'espèce d'une exportation de billets vers des pays tiers.

8. Quant au premier point, le gouvernement espagnol et le gouvernement français soutiennent que l'interprétation des dispositions pertinentes du traité CE doit tenir compte du fait que l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), contrairement à l'article 4 de la directive 88/361, énumère expressément, parmi les restrictions aux mouvements de capitaux que les États membres sont autorisés à maintenir en vigueur, notamment celles qui sont « justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique » [10].

Cela porterait à juger également licite une obligation d'autorisation préalable pour certains transferts de capitaux, dans la mesure où elle est indispensable à la protection de ces exigences, maintenant consacrées par le traité.

9. A cet égard, nous dirons tout de suite que la différence entre la lettre de l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité et celle de l'article 4 de la directive 88/361 n'est à notre avis pas de nature à suggérer des conclusions différentes de celles auxquelles est parvenue la Cour dans l'interprétation de cette dernière disposition.

En effet, comme nous l'avons déjà fait observer dans nos conclusions dans l'affaire Bordessa, auxquelles nous nous permettons de renvoyer pour plus de détails [11], en réaménageant toute la matière des mouvements de capitaux et des paiements, le traité de Maastricht n'a pas introduit de nouveautés pertinentes par rapport aux principes déjà établis par la directive 88/361 [12].

10. En particulier, en reprenant presque littéralement la formulation des articles 1 et 4, premier alinéa, de la directive, les articles 73 B et 73 D ne font rien d'autre que rappeler les principes que celle-ci avait intro-

8 — Le même d'ailleurs qui avait saisi la Cour dans l'affaire Bordessa.

9 — De manière incidente, nous relevons que, comme du reste dans l'affaire Bordessa, si les faits se sont déroulés avant l'entrée en vigueur des dispositions communautaires dont l'interprétation est demandée, cette dernière apparaît nécessaire dès lors que le juge national a expressément déclaré vouloir faire application, dans le cadre de la procédure pendante devant lui, du principe de la rétroactivité de la loi pénale plus favorable.

10 — C'est-à-dire celles « indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de contrôle prudentiel des établissements financiers », ainsi que les « procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique »; restrictions qui, comme on l'a dit, étaient aussi expressément autorisées par la directive 88/361.

11 — Voir, en particulier, points 5 et 14.

12 — Exception faite pour le régime des échanges avec les pays tiers, dont il sera question ci-après aux points 11 et suiv.

duits dès son entrée en vigueur: la libre circulation des capitaux ne doit être soumise à aucune restriction, à la seule exception de celles que les États membres sont autorisés à maintenir, lesquelles comprennent évidemment aussi celles justifiées par des motifs d'ordre public et de sécurité publique [13].

La référence explicite à ces deux dernières notions, contenue dans l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), doit donc être comprise comme une simple précision et non comme un élargissement des restrictions possibles aux mouvements de capitaux que les États membres sont autorisés à introduire [14].

En conséquence, au moins dans ses termes généraux, le système est resté en substance inchangé, qu'on l'examine par rapport au régime de la directive 88/361 ou à celui des articles 73 B à 73 G qui ont été introduits par le traité de Maastricht; l'application aux faits de la cause de ces dernières dispositions ne peut par conséquent, au moins sous le premier angle souligné plus haut, amener à des conclusions différentes de celles découlant de l'application de la directive.

11. Il reste toutefois à examiner le second aspect mis en évidence plus haut, qui constitue la véritable différence entre les faits de l'espèce et ceux examinés dans l'affaire Bordessa: à savoir le fait que les inculpés avaient l'intention de transférer les sommes litigieuses vers des pays tiers.

Sous cet aspect, le régime introduit par le traité de Maastricht présente en réalité de nombreuses nouveautés.

12. En premier lieu, l'article 73 B interdit expressément toutes les restrictions aux mouvements de capitaux, y compris entre les États membres et les pays tiers.

En second lieu, l'article 73 C, paragraphe 1, autorise les États membres à maintenir toutes les restrictions aux mouvements de capitaux avec les pays tiers existant au 31 décembre 1993, « lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux ».

13. Enfin, l'article 73 C, paragraphe 2, attribue au Conseil, statuant à la majorité qualifiée (ou à l'unanimité en cas de mesures qui constituent un pas en arrière dans la libéralisation déjà opérée), le pouvoir d'adopter

13 — A condition qu'elles ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements.

14 — La Cour s'est d'ailleurs prononcée dans le même sens dans l'arrêt Bordessa e.a. (points 21 et 22), en déclarant expressément que l'article 4 de la directive 88/361 autorise les États membres à adopter, en plus des mesures qui y sont expressément prévues, également celles qui sont justifiées par des exigences d'ordre public, en précisant en outre que cette interprétation trouve confirmation dans la nouvelle formulation de l'article 73 D du traité CE.

toutes les mesures nécessaires concernant les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers en relation avec les investissements directs précités.

Relativement aux pays tiers, donc, le nouveau régime établit le principe général de la liberté des échanges, sous réserve des restrictions spécifiques prévues par l'article 73 C en matière d'investissements directs, en plus de celles générales prévues, également pour les échanges intracommunautaires, par l'article 73 D.

14. Toutefois, il apparaît tout de suite évident, et il n'est pas contesté par les parties, que le cas d'espèce ne relève pas du domaine d'application de l'article 73 C du traité CE, étant donné que, comme on l'a dit, les ordonnances de renvoi ne contiennent aucun élément suggérant de qualifier les mouvements de capitaux en question d'investissements directs.

Ces derniers sont en effet communément décrits comme des investissements dont la caractéristique principale est l'intention du bailleur de fonds d'établir ou de maintenir des liens durables avec l'entreprise destinataire des fonds pour le déroulement d'une activité économique. Cette caractéristique n'est pas présente dans les affaires examinées [15].

15. Même en l'absence de définition explicite de la notion d'investissement direct dans le traité, nous estimons qu'il n'est pas possible de s'écarter de cette interprétation qui, d'ailleurs, correspond à celle indiquée dans les notes explicatives de la nomenclature contenue dans l'annexe I à la directive 88/361, citée à plusieurs reprises [16].

Cette nomenclature, qui subdivise les différents types de mouvements de capitaux en catégories pertinentes aux fins de l'application de la directive, peut sans aucun doute contribuer à clarifier la notion d'investissement direct dans le cadre du traité.

Sur la base de cette nomenclature, qui plus est, les transferts d'argent liquide rentrent expressément dans la catégorie « Importation et exportation matérielles de valeurs » (catégorie XII) et non dans celle des « Investissements directs » (catégorie I).

15 — Nous rappelons, à cet égard, qu'alors que la destination finale de l'argent était, dans le premier cas, le dépôt de cette somme sur un compte en banque suisse, cette destination était tout à fait incertaine dans les deux autres cas.

16 — Les investissements directs y sont définis, au sens large, comme « les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique ».

16. Il résulte de ce qui précède que, dans la mesure où elle relève des dispositions générales de l'article 73 B du traité et, en même temps, échappe à l'application du régime spécifique de l'article 73 C, l'exportation de billets de banque peut être soumise à des restrictions uniquement si ces dernières sont justifiées au sens de l'article 73 D.

17. La conclusion que nous venons de proposer pourrait cependant apparaître singulière. On pourrait en effet se demander si l'objectif d'un investissement direct ne peut pas être réalisé également par un transfert préalable de billets de banque et si on ne finirait pas ainsi par tourner les dispositions de l'article 73 C du traité.

18. Il est néanmoins certain que le législateur communautaire a expressément réservé aux États membres une marge d'appréciation discrétionnaire plus importante pour les seuls investissements directs; et il a, en revanche, laissé en dehors du champ d'application de l'exception (qui, comme telle, doit être interprétée de manière restrictive) les transferts de capitaux ayant d'autres finalités.

La lecture systématique de la disposition, de même que sa teneur littérale, n'autorisent pas une conclusion différente. En définitive, donc, les transferts de billets de banque vers des pays tiers sont considérés comme étant soumis au même régime que celui qui est prévu pour les mouvements de capitaux intracommunautaires.

19. A cet égard, nous estimons que l'analyse réalisée par la Cour dans l'affaire Bordessa, à laquelle nous avons fait allusion plus haut, s'applique mutatis mutandis au cas d'espèce. Il n'y a en effet aucune raison pour s'écarter des considérations qui ont amené la Cour à admettre une déclaration préalable et juger disproportionnée une obligation d'autorisation.

20. De même, il ne nous semble pas qu'il puisse y avoir des doutes raisonnables sur l'efficacité directe de l'article 73 B, également en ce qui concerne les mouvements de capitaux, en provenance et à destination des pays tiers, autres que les investissements directs.

L'obligation qui y est prévue est en effet formulée en termes clairs et inconditionnels et ne nécessite aucune mesure d'application ultérieure, l'article 73 D établissant, quant à lui, les hypothèses et les conditions spécifiques et limitées dans lesquelles les États sont autorisés à adopter les restrictions prévues. Ces mesures sont d'ailleurs soumises au contrôle juridictionnel, comme l'a relevé de manière significative la Cour [17]. La faculté dont jouissent les États à cet égard n'est par conséquent pas de nature à priver les particuliers du droit d'invoquer le principe visé à l'article 73 B du traité.

17 — Arrêt Bordessa e.a., précité, point 34, par référence à l'article 4 de la directive 88/361.

21. A la lumière des considérations qui précèdent, nous proposons donc à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par le Juzgado Central:

« 1) Il y a lieu d'interpréter les articles 73 B et 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité CE en ce sens qu'ils s'opposent à l'application d'une réglementation nationale qui subordonne l'exportation de billets de banque à une obligation d'autorisation préalable, mais ne s'opposent pas à l'application d'une réglementation nationale qui subordonne cette opération à une déclaration préalable.

2) Les dispositions de l'article 73 B du traité CE peuvent être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales pour faire valoir l'inapplicabilité d'une réglementation nationale qui leur est contraire. »