FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 19. september 1995 *

1. Ved tre enslydende præjudicielle anmodninger har Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional (Spanien) forelagt to spørgsmål for Domstolen, idet det ønskes oplyst, om bestemmelsen i artikel 4, stk. 1, i kongeligt dekret nr. 1816/91 om økonomiske transaktioner med udlandet er forenelig med EF-traktatens artikel 73 B ff. I henhold til førstnævnte bestemmelse kan udførsel af pengesedler kun ske på grundlag af en forudgående anmeldelse, såfremt beløbet overstiger 1 mio. PTA, mens der kræves en forudgående tilladelse, såfremt det udførte beløb overstiger 5 mio. PTA [1].

2. Ved den forelæggende ret blev der herefter anlagt tre forskellige straffesager mod lige så mange tiltalte. De var blevet tilbageholdt, mens de under forskellige omstændigheder hver for sig var i gang med at udføre mere end 5 mio. PTA i pengesedler uden at have den fornødne tilladelse.

Sagerne C-163/94 og C-165/94 vedrører spanske statsborgere, nærmere bestemt Sanz de Lera, der har bopæl i Spanien, og Díaz Jiménez, der har bopæl i Storbritannien. De var hver for sig undervejs til Schweiz medbringende pengesedler, den ene i sin bil, den anden i sin håndbagage, da han var ved at stige om bord på flyet mod Zürich i lufthavnen Madrid-Barajas [2].

I sag C-250/94 er tiltalte derimod en tyrkisk statsborger, som har bopæl i Spanien, og som blev tilbageholdt i lufthavnen Madrid-Barajas, hvor hun skulle påstige et fly til Istanbul (Tyrkiet).

3. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret udførte Sanz de Lera det omtvistede beløb for at indsætte det på en konto, der var åbnet i hans navn i en schweizisk bank, mens det er uvist, hvorledes de penge, Díaz Jiménez ville udføre til Schweiz, i sidste instans skulle anvendes. For så vidt angår Figen Kapanoglu indeholder forelæggelseskendelsen ingen oplysninger på det punkt.

* Originalsprog: italiensk.

1 — Bestemmelserne i artikel 4 blev ændret ved kongeligt dekret nr. 42 af 15.1.1993. I det mindste for så vidt angår den del af bestemmelsen, der er af interesse i den foreliggende sag, er den gennemførte ændring kun en nærmere præcisering af bestemmelsen, og som den forelæggende retsinstans udtrykkeligt har indrømmet, er der ved de gennemførte ændringer ikke tilvejebragt nye regler, der er relevante i relation til de faktiske omstændigheder, de foreliggende sager drejer sig om.

2 — Den omstændighed, at Sanz de Lera blev stoppet på fransk område og af franske betjente, synes ikke at være relevant, idet der — som det straks vil fremgå — ikke synes at være tvivl om, at pengene skulle indsættes i en schweizisk bank.

4. De tiltalte har bestridt, at de handlinger, de er tiltalt for, er ulovlige, idet de har gjort gældende, at de spanske lovbestemmelser er uforenelige med de fællesskabsretlige bestemmelser om frie kapitalbevægelser.

Den spanske retsinstans har derfor udsat sagen og anmodet Domstolen om at fortolke EF-traktatens artikel 73 B, artikel 73 C, stk. 1, og artikel 73 D, stk. 1, litra b), ligesom den har ønsket oplyst, om artikel 73 B har direkte virkning.

5. Indledningsvis skal jeg nævne, at de omtvistede spanske bestemmelser allerede har været genstand for en præjudiciel afgørelse, hvor Domstolen tog stilling til, om de var forenelige med artikel 1 og 4 i Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 [3]. Indholdet af de nævnte bestemmelser svarer til indholdet af EF-traktatens artikel 73 B og artikel 73 D, stk. 1, litra b).

I dom af 23. februar 1995, Bordessa m.fl. [4], fastslog Domstolen, at direktiv 88/361 er til hinder for, at udførsel af pengesedler gøres betinget af en forudgående *tilladelse*, men er derimod ikke til hinder for, at en sådan transaktion gøres betinget af en forudgående *anmeldelse*.

6. Domstolen fastslog navnlig, at et krav om en forudgående *anmeldelse* var lovligt, idet det kan være en tvingende nødvendig foranstaltning for, at medlemsstaterne kan foretage en effektiv kontrol og imødegå overtrædelser af ulovlig virksomhed, som f.eks. hvidvaskning af penge, handel med narkotika og terrorisme, uden at kapitalbevægelser, der gennemføres i overensstemmelse med fællesskabsretten, herved forhindres [5]. Domstolen fastslog derimod, at et krav om *tilladelse* ikke er lovligt, idet et sådant krav ganske vist har samme formål, men medfører en urimelig begrænsning af udførsler af valuta, som i hvert enkelt tilfælde forudsætter en godkendelse fra myndighederne [6].

I samme dom bekræftede Domstolen endvidere, at direktivets artikel 1 og 4 har direkte virkning [7].

7. De faktiske omstændigheder i sagerne her svarer i det væsentlige til dem, der var baggrunden for dommen i sagen Bordessa m.fl.; på to punkter er de imidlertid også anderledes.

3 — EFT L 178, s. 5.

4 — Forenede sager C-358/93 og C-416/93, Sml. I, s. 361.

5 — Jf. ovennævnte dom i sagen Bordessa m.fl., præmis 27.

6 — A.st., præmis 24 og 25.

7 — A.st., præmis 35.

For det første har den spanske retsinstans [8] nu anmodet Domstolen om at fortolke de relevante bestemmelser i EF-traktaten i den affattelse, der er en følge af de ændringer, der blev indsat i henhold til Maastricht-traktaten, som trådte i kraft den 1. januar 1994 [9].

For det andet er der i sagerne her tale om udførsel af pengesedler til tredjelande.

8. For så vidt angår det første punkt har den spanske og den franske regering anført, at der ved fortolkningen af de relevante bestemmelser i EF-traktaten må tages hensyn til, at der blandt de restriktioner for kapitalbevægelser, som medlemsstaterne kan opretholde, i artikel 73 D, stk. 1, litra b), men ikke i artikel 4 i direktiv 88/361, udtrykkeligt opregnes dem, der er »begrundet i hensynet til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed« [10].

Dette kunne føre til den antagelse, at også et krav om forudgående tilladelse til visse kapitaloverførsler ville være lovligt, såfremt en sådan foranstaltning er nødvendig af hensyn til beskyttelsen af de nævnte hensyn, der nu er traktatfæstede.

9. Lad mig på det punkt straks bemærke, at forskellen mellem ordlyden af traktatens artikel 73 D, stk. 1, litra b), og af artikel 4 i direktiv 88/361 efter min opfattelse ikke kan føre til andre resultater end dem, Domstolen nåede frem til ved fortolkningen af sidstnævnte bestemmelse.

Som jeg allerede bemærkede i mit forslag til afgørelse i Bordessa-sagen, hvortil jeg skal tillade mig at henvise [11], blev opbygningen af hele området kapital og betalinger ganske vist ændret ved Maastricht-traktaten, men der blev ikke herved indført relevant nyt i forhold til de principper, der allerede var fastsat i direktiv 88/361 [12].

10. Navnlig skal jeg fremhæve, at når artikel 73 B og 73 D næsten er en ordret gentagelse af direktivets artikel 1 og artikel 4, stk. 1, er det blot en understregning af de principper,

8 — I øvrigt den samme, som forelagde spørgsmål for Domstolen i Bordessa-sagen.

9 — For god ordens skyld skal jeg fremhæve, at som det i øvrigt var tilfældet i Bordessa-sagen, udspillede de faktiske omstændigheder sig inden de fællesskabsretlige bestemmelser trådte i kraft, som ønskes fortolket; en sådan fortolkning er imidlertid nødvendig, idet den nationale retsinstans udtrykkeligt har oplyst, at den i de sager, der verserer for den, vil anvende princippet om, at en lempelse af straffebestemmelser anvendes med tilbagevirkende gyldighed.

10 — Det vil sige de foranstaltninger, der er »nødvendige for at hindre overtrædelser af deres nationale ret og forskrifter, især på skatte- og afgiftsområdet og i forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner« samt ud fra »administrative eller statistiske hensyn at fastlægge procedurer for anmeldelse af kapitalbevægelser«. Som allerede nævnt var disse restriktioner også udtrykkeligt tilladt i henhold til direktiv 88/361.

11 — Se navnlig punkt 5 og 14.

12 — Bortset fra bestemmelserne om udvekslingen med tredjelande, som jeg vil behandle nedenfor i punkt 11 ff.

der blev indført ved direktivet ved dets ikrafttræden: Alle restriktioner for de frie kapitalbevægelser er forbudt, bortset fra dem, som medlemsstaterne kan opretholde, og som naturligvis også omfatter dem, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed [13].

Den udtrykkelige henvisning i artikel 73 D, stk. 1, litra b), til de to sidstnævnte begreber må derfor alene opfattes som en præcisering og ikke som en udvidelse af de mulige restriktioner for kapitalbevægelser, som medlemsstaterne kan indføre [14].

I det mindste generelt set er ordningen således i det væsentlige forblevet uændret, uanset om den vurderes i forhold til ordningen efter direktiv 88/361 eller i forhold til artikel 73 B-73 G, der blev indsat ved Maastricht-traktaten. En anvendelse af sidstnævnte bestemmelser på de faktiske omstændigheder kan derfor i det mindste ud fra det første aspekt, jeg har understreget ovenfor, ikke føre til andre resultater end dem, der følger af en anvendelse af direktivet.

13 — På betingelse af, at de ikke udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger.

14 — Domstolen udtalte sig i øvrigt i samme retning i dommen i sagen Bordessa m.fl. (præmis 21 og 22), idet den udtrykkeligt fastslog, at medlemsstaterne i henhold til artikel 4 i direktiv 88/361 ikke alene kan træffe de foranstaltninger, der udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsen, men også foranstaltninger, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden, hvorved Domstolen desuden præciserede, at en sådan fortolkning bekræftes af den nye formulering af EF-traktatens artikel 73 D.

11. Tilbage står at undersøge det andet aspekt, jeg har nævnt ovenfor, og som er den reelle forskel mellem de faktiske omstændigheder i sagerne her og dem, der blev taget stilling til i Bordessa-sagen, nemlig at de tiltalte havde til hensigt at overføre de omtvistede beløb til tredjelande.

På det punkt indeholder den ordning, der blev indført ved Maastricht-traktaten, en række nye regler.

12. For det første bestemmer artikel 73 B udtrykkeligt, at alle restriktioner for kapitalbevægelser er forbudt, herunder for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande.

For det andet kan medlemsstaterne i henhold til artikel 73 C, stk. 1, opretholde de restriktioner for kapitalbevægelser til tredjelande, der eksisterede den 31. december 1993, »som vedrører direkte investeringer, herunder investeringer i fast ejendom, etablering, levering af finansielle tjenesteydelser eller værdipapirers adgang til kapitalmarkeder«.

13. Endelig er Rådet, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal (eller ved enstemmighed ved vedtagelse af foranstaltninger, som er et tilbageskridt med hensyn til den allerede

gennemførte liberalisering), i henhold til artikel 73 C, stk. 2, tillagt beføjelse til at vedtage de foranstaltninger om kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører de ovenfor nævnte direkte investeringer.

I forholdet til tredjelande knæsætter den nye ordning således det generelle princip om fri bevægelighed, idet der dog kan opretholdes de i artikel 73 C nærmere angivne restriktioner med hensyn til direkte investeringer og de generelle restriktioner, der er fastsat i artikel 73 D, og som også gælder for bevægeligheden inden for Fællesskabet.

14. Der er imidlertid ikke tvivl om, og det er heller ikke blevet bestridt af parterne, at den foreliggende sag ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 73 C, idet forelæggelseskendelserne som allerede nævnt ikke indeholder nogen oplysninger, på grundlag af hvilke det kan antages, at de pågældende kapitalbevægelser er direkte investeringer.

Direkte investeringer beskrives i almindelighed som investeringer, der i det væsentlige er kendetegnet ved, at investor ønsker at etablere eller opretholde varige forbindelser med den virksomhed, for hvem midlerne er bestemt med henblik på udøvelse af erhvervsvirksomhed. Dette gælder ikke i de sager, jeg her behandler [15].

15. Selv om begrebet direkte investeringer ikke udtrykkeligt er defineret i traktaten, kan man efter min opfattelse ikke fravige ovennævnte fortolkning, som i øvrigt svarer til den, der findes i de forklarende bemærkninger i den nomenklatur, der findes i bilag I til direktiv 88/361, som jeg allerede har nævnt flere gange [16].

Nomenklaturen, som indeholder en opdeling af de forskellige kapitalbevægelser i kategorier, der er relevante med henblik på anvendelsen af direktivet, kan utvivlsomt bidrage til at belyse begrebet direkte investering, også i relation til traktaten.

I henhold til nomenklaturen er overførsler af rede penge udtrykkeligt omfattet af kategorien »Ind- og udførsel af formueværdier« (kategori XII) og ikke af kategorien »Direkte investeringer« (kategori I).

15 — Jeg skal i den forbindelse minde om, at mens pengene i den første sag skulle anbringes på en konto i en schweizisk bank, er der ingen oplysninger herom i de øvrige to sager.

16 — Direkte investeringer er her i videste forstand defineret som »investeringer af enhver art foretaget af fysiske personer, erhvervs- eller finansieringsvirksomheder, som har til formål at opretholde varige og direkte forbindelser mellem investoren og den virksomhedsleder eller den virksomhed, for hvem disse midler er bestemt med henblik på udøvelse af erhvervsvirksomhed«.

16. Det følger af det anførte, at i det omfang udførsel af pengesedler er omfattet af de generelle bestemmelser i traktatens artikel 73 B, og ikke samtidig falder ind under anvendelsen af den særlige ordning i artikel 73 C, kan en sådan udførsel udelukkende undergives restriktioner, såfremt de er begrundet som omhandlet i artikel 73 D.

17. Det resultat, jeg netop har foreslået, kan imidlertid virke overraskende. Man kan nemlig rejse det spørgsmål, om formålet med en direkte investering ikke også kan nås gennem en forudgående overførsel af pengesedler, og om man ikke herved i realiteten ville omgå bestemmelserne i traktatens artikel 73 C.

18. Det står imidlertid fast, at fællesskabslovgiver udtrykkeligt kun har tillagt medlemsstaterne et videre skøn, for så vidt angår direkte investeringer, men derimod har holdt kapitaloverførsler med andre formål for øje uden for anvendelsesområdet for undtagelsen (der derfor som sådan skal fortolkes snævert).

Hverken en systematisk fortolkning af bestemmelsen eller dens ordlyd kan føre til et andet resultat. Alt i alt må overførsler af pengesedler til tredjelande derfor antages at være omfattet af de samme bestemmelser som dem, der gælder for kapitalbevægelser inden for Fællesskabet.

19. Det er i den forbindelse min opfattelse, at de bemærkninger, Domstolen fremkom med i dommen i Bordessa-sagen, som jeg har henvist til ovenfor, må finde anvendelse i den foreliggende sag med de fornødne ændringer. Der er således intet, der taler for at tage afstand fra de bemærkninger, der førte til, at Domstolen fastslog, at et krav om en forudgående anmeldelse var lovligt, mens et krav om tilladelse ikke var rimeligt.

20. Der er efter min opfattelse heller ikke nogen tvivl om, at bestemmelsen i artikel 73 B har direkte virkning, også for så vidt angår andre kapitalbevægelser til og fra tredjelande end direkte investeringer.

Den forpligtelse, der er fastsat i bestemmelsen, er formuleret klart og ubetinget og kræver ikke særlige gennemførelsesbestemmelser, hvorimod artikel 73 D omhandler de situationer, hvor og de konkrete og klart afgrænsede betingelser for, at medlemsstaterne kan indføre de omhandlede restriktioner. Sådanne foranstaltninger er i øvrigt undergivet domstolenes kontrol, hvilket Domstolen utvetydigt har fastslået [17]. De muligheder, medlemsstaterne har på det punkt, kan følgelig ikke fratage private retten til at påberåbe sig det i traktatens artikel 73 B omhandlede princip.

17 — Jf. ovennævnte dom i sagen Bordessa m.fl., præmis 34, som vedrørte artikel 4 i direktiv 88/361.

21. Sammenfattende skal jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål, Juzgado Central har forelagt, besvares som følger:

»1) EF-traktatens artikel 73 B og artikel 73 D, stk. 1, litra b), skal fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter udførsel af pengesedler er betinget af en forudgående tilladelse, men er derimod ikke til hinder for, at en sådan transaktion gøres betinget af en forudgående anmeldelse.

2) Bestemmelserne i EF-traktatens artikel 73 B kan påberåbes af private ved de nationale retsinstanser til støtte for, at herimod stridende nationale retsforskrifter ikke bringes i anvendelse.«