CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 19 september 1995 *

1. Bij drie inhoudelijk gelijke verzoeken om een prejudiciële beslissing heeft de Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional van het Koninkrijk Spanje het Hof twee vragen gesteld die ertoe strekken te vernemen, of artikel 4, lid 1, van Real Decreto nr. 1816/91 betreffende de economische transacties met het buitenland, verenigbaar is met de artikelen 73 B en volgende EG-Verdrag. Deze bepaling vereist voor de uitvoer van bankbiljetten een aangifte wanneer het gaat om een bedrag van meer dan 1 000 000 PTA, en een voorafgaande vergunning wanneer het gaat om een bedrag van meer dan 5 000 000 PTA. [1]

De zaken C-163/94 en C-165/94 hebben betrekking op Spaanse onderdanen, namelijk Sanz de Lera, wonende in Spanje, en Díaz Jiménez, wonende in Groot-Brittannië; beiden vervoerden bankbiljetten naar Zwitserland, de een in zijn auto, de ander in de handbagage die hij bij zich droeg toen hij op de luchthaven Madrid-Barajas het vliegtuig naar Zürich wilde nemen. [2]

In zaak C-250/94 daarentegen is de verdachte een vrouw van Turkse nationaliteit, wonende in Spanje, die op de luchthaven Madrid-Barajas werd aangehouden toen zij aan boord ging van een vliegtuig naar Istanbul (Turkije).

2. Bij de verwijzende rechter zijn drie verschillende strafprocedures ingeleid tegen eveneens drie verdachten. Deze waren aangehouden toen zij in uiteenlopende omstandigheden op het punt stonden zonder vergunning bankbiljetten voor een bedrag van meer dan 5 000 000 PTA uit te voeren naar derde landen.

3. Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens voerde Sanz de Lera de litigieuze geldsom uit om deze op een op zijn naam geopende rekening bij een Zwitserse kredietinstelling te zetten, terwijl de eindbestemming van het geld dat Díaz Jiménez op het punt stond naar Zwitserland uit te voeren, niet vaststaat. Wat Kapanoglu betreft, zegt de verwijzingsbeschikking daar niets over.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — De tekst van artikel 4 is gewijzigd bij Real Decreto nr. 42 van 15 januari 1993. De wijziging is, althans wat betreft het gedeelte dat hier van belang is, niet meer dan een precisering en de ingevoerde wijzigingen houden volgens de uitdrukkelijke verklaring van de verwijzende rechter in elk geval voor de onderhavige zaak niets nieuws van belang in.

2 — De omstandigheid dat Sanz de Lera op Frans grondgebied door Franse ambtenaren is aangehouden, lijkt irrelevant, aangezien, zoals we verderop zullen zien, het de bedoeling scheen te zijn het geld op een Zwitserse bank te zetten.

4. Verdachten betwistten, dat de hun ten laste gelegde gedragingen strafbaar waren, en voerden aan, dat de Spaanse wet niet verenigbaar is met de gemeenschapsbepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal.

De Spaanse rechter heeft derhalve de behandeling van de zaken geschorst en het Hof verzocht uitspraak te doen over de uitlegging van de artikelen 73 B, 73 C, lid 1, en 73 D, lid 1, sub b, EG-Verdrag, alsmede over de vraag, of artikel 73 B rechtstreekse werking heeft.

5. Ik herinner er om te beginnen aan, dat de in geding zijnde Spaanse regeling onlangs reeds aan de orde is geweest in een prejudiciële zaak, waarin het Hof heeft onderzocht, of deze regeling verenigbaar is met de artikelen 1 en 4 van richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag. [3] Deze bepalingen komen qua inhoud overeen met de artikelen 73 B en 73 D, lid 1, sub b, EG-Verdrag.

In het arrest van 23 februari 1995, Bordessa e. a. [4], heeft het Hof verklaard, dat de bepalingen van richtlijn 88/361 zich verzetten tegen de toepassing van een regeling die voor de uitvoer van bankbiljetten een voorafgaande *vergunning* vereist, maar niet eraan in de weg staan, dat voor die verrichting een voorafgaande *aangifte* wordt vereist.

6. Het Hof heeft met name het vereiste van een voorafgaande *aangifte* gerechtvaardigd geacht, daar dit voor de Lid-Staten een nodige maatregel kan zijn om een doeltreffende controle en een doelmatige bestrijding van illegale activiteiten, zoals witwassen van geld, handel in verdovende middelen en terrorisme mogelijk te maken, zonder daarmee het overeenkomstig het gemeenschapsrecht verrichte kapitaalverkeer te belemmeren. [5] Daarentegen heeft het Hof een *vergunnings*vereiste overdreven geacht, daar dit vereiste, hoewel het hetzelfde doel nastreeft, de uitvoer van deviezen op ongerechtvaardigde wijze belemmert, door deze in elk individueel geval afhankelijk te stellen van de goedkeuring van de administratie. [6]

In hetzelfde arrest heeft het Hof bovendien bevestigd, dat de artikelen 1 en 4 van genoemde richtlijn rechtstreekse werking hebben. [7]

7. De thans in geding zijnde zaak is grotendeels analoog aan die welke aan het arrest Bordessa ten grondslag lag, maar vertoont ook twee andere aspecten.

3 — PB 1988, L 178, blz. 5.

4 — Gevoegde zaken C-358/93 en C-416/93, Jurispr. 1995, blz. I-361.

5 — Arrest Bordessa e. a., reeds aangehaald, r. o. 27.

6 — Idem, r. o. 24 en 25.

7 — Idem, r. o. 35.

Om te beginnen verzoekt de Spaanse rechter [8] het Hof thans om uitlegging van de relevante bepalingen van het EG-Verdrag, in de versie voortvloeiend uit de bij het Verdrag van Maastricht aangebrachte wijzigingen, die op 1 januari 1994 in werking zijn getreden. [9]

In de tweede plaats gaat het in casu om de uitvoer van bankbiljetten naar derde landen.

8. Met betrekking tot het eerste aspect stellen de Spaanse en de Franse regering, dat bij de uitlegging van de relevante bepalingen van het EG-Verdrag rekening moet worden gehouden met de omstandigheid, dat artikel 73 D, lid 1, sub b, anders dan artikel 4 van richtlijn 88/361, onder de beperkingen van het kapitaalverkeer die de Lid-Staten mogen handhaven, ook uitdrukkelijk noemt maatregelen die „op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn". [10]

Derhalve kan ook een voorafgaande vergunningsplicht voor bepaalde transfers van kapitaal toelaatbaar worden geacht als maatregel die nodig is ter bescherming van genoemde belangen, die thans in het Verdrag verankerd zijn.

9. In dit verband merk ik meteen op, dat het verschil tussen de formulering van artikel 73 D, lid 1, sub b, van het Verdrag en die van artikel 4 van richtlijn 88/361 mijns inziens niet van dien aard is, dat het tot andere conclusies leidt dan die waartoe het Hof reeds bij de uitlegging van laatstgenoemde bepaling is gekomen.

Gelijk ik reeds heb opgemerkt in mijn conclusie in de zaak Bordessa, waarnaar ik voor nadere uiteenzettingen verwijs [11], heeft het Verdrag van Maastricht de gehele materie van het kapitaal- en betalingsverkeer weliswaar opnieuw geordend, doch niets nieuws ingevoerd ten opzichte van de reeds in richtlijn 88/361 neergelegde beginselen. [12]

10. Met name de artikelen 73 B en 73 D, die bijna letterlijk de formulering van de artikelen 1 en 4, eerste alinea, van de richtlijn overnemen, zijn slechts een bevestiging van het beginsel dat die richtlijn bij haar inwerkingtreding had ingevoerd: het vrije verkeer van

8 — Overigens dezelfde rechter als die welke zich in de zaak Bordessa tot het Hof had gewend.

9 — Terzijde zij opgemerkt, dat ook al hebben de in geding zijnde feiten, evenals die in de zaak Bordessa, zich voorgedaan vóór de inwerkingtreding van de gemeenschapsbepalingen waarvan uitlegging wordt gevraagd, deze uitlegging noodzakelijk lijkt, aangezien de nationale rechter uitdrukkelijk heeft verklaard, dat hij in het kader van het bij hem aanhangig geding het beginsel van de terugwerkende kracht van de gunstigste strafwet wil toepassen.

10 — Dat wil zeggen maatregelen die nodig zijn „om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen", alsmede „procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden"; zoals ik reeds heb gezegd, waren deze beperkingen ook uitdrukkelijk toegestaan door richtlijn 88/361.

11 — Zie inzonderheid punten 5 en 14.

12 — Met uitzondering van de regeling van de handel met derde landen, die hierna in de punten 11 e. v. zal worden behandeld.

kapitaal mag geen belemmeringen ondervinden, met als enige uitzondering de beperkingen die de Lid-Staten mogen handhaven, waartoe vanzelfsprekend ook die behoren welke op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn. [13]

De uitdrukkelijke verwijzing naar deze laatste twee begrippen in artikel 73 D, lid 1, sub b, is derhalve enkel bedoeld als een precisering en niet als een uitbreiding van de mogelijke beperkingen van het kapitaalverkeer die de Lid-Staten mogen invoeren. [14]

Het stelsel is dus, althans in de algemene lijnen, in wezen ongewijzigd gebleven, ongeacht of het vanuit de regeling van richtlijn 88/361 dan wel vanuit de regeling van de bij het Verdrag van Maastricht ingevoegde artikelen 73 B tot en met 73 G wordt bekeken; de toepassing van laatstgenoemde bepalingen op de in geding zijnde feiten kan bijgevolg, althans met betrekking tot het eerstgenoemde aspect, niet tot andere conclusies leiden dan die welke uit de toepassing van de richtlijn voortvloeien.

11. Rest evenwel het onderzoek van het tweede aspect, dat het eigenlijke verschil tussen de onderhavige en de in de zaak Bordessa onderzochte feiten vormt, namelijk de omstandigheid dat de verdachten voornemens waren, de omstreden bedragen naar derde landen uit te voeren.

Wat dit betreft, is bij het Verdrag van Maastricht werkelijk een op vele punten nieuwe regeling ingevoerd.

12. In de eerste plaats verbiedt artikel 73 B met zoveel woorden alle beperkingen van het kapitaalverkeer, met inbegrip van dat tussen Lid-Staten en derde landen.

In de tweede plaats staat artikel 73 C, lid 1, de Lid-Staten toe alle beperkingen inzake het kapitaalverkeer naar derde landen te handhaven die op 31 december 1993 bestonden „in verband met directe investeringen — met inbegrip van investeringen in onroerende goederen —, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten".

13. Tot slot kent artikel 73 C, lid 2, de Raad de bevoegdheid toe om met gekwalificeerde meerderheid van stemmen (of met eenparigheid van stemmen voor maatregelen die een

13 — Mits zij geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van het vrije kapitaal- en betalingsverkeer vormen.

14 — Het Hof heeft zich overigens in dezelfde zin uitgesproken in het arrest Bordessa, (r. o. 21 en 22), waarin het uitdrukkelijk heeft verklaard, dat artikel 4 van richtlijn 88/361 de Lid-Staten toestaat, naast de daarin uitdrukkelijk genoemde maatregelen ook de maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde gerechtvaardigd zijn, en het heeft bovendien gepreciseerd, dat die uitlegging steun vindt in de nieuwe formulering van artikel 73 D EG-Verdrag.

achteruitgang ten opzichte van de reeds verwezenlijkte liberalisatie vormen) alle maatregelen betreffende het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met genoemde directe investeringen te nemen.

Voor de derde landen legt de nieuwe regeling dus het algemene beginsel van het vrije handelsverkeer vast, onverminderd de in artikel 73 C voorziene specifieke beperkingen inzake directe investeringen en de in artikel 73 D ook voor het intracommunautaire handelsverkeer vastgestelde algemene beperkingen.

14. Het ligt zonder meer voor de hand, en wordt door partijen ook niet betwist, dat de onderhavige zaak buiten de werkingssfeer van artikel 73 C EG-Verdrag valt, aangezien, zoals ik al heb gezegd, uit de verwijzingsbeschikkingen niets valt op te maken waardoor de in geding zijnde kapitaalbewegingen als directe investeringen kunnen worden aangemerkt.

Deze investeringen worden namelijk gewoonlijk omschreven als investeringen waarvan het hoofdkenmerk is, dat de kapitaalverschaffer duurzame betrekkingen wil vestigen of handhaven met de onderneming waarvoor de middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit kenmerk is in de onderhavige zaken niet aanwezig. [15]

15. Hoewel een uitdrukkelijke definitie van het begrip directe investering in het Verdrag ontbreekt, kan mijns inziens niet worden afgeweken van die interpretatie, die overigens strookt met die in de verklarende aantekeningen bij de nomenclatuur in bijlage I bij de reeds meermaals aangehaalde richtlijn 88/361. [16]

Deze nomenclatuur, die de diverse soorten kapitaalbewegingen indeelt in voor de toepassing van de richtlijn relevante categorieën, kan ongetwijfeld ertoe bijdragen, het relevante begrip directe investering ook voor de toepassing van het Verdrag te verduidelijken.

Volgens die nomenclatuur vallen de overmakingen van betaalmiddelen bovendien uitdrukkelijk onder de rubriek „In- en uitvoer van vermogenswaarden" (rubriek XII) en niet onder de rubriek „Directe investeringen" (rubriek I).

15 — Ik herinner er in dit verband aan, dat terwijl de eindbestemming van het geld in de eerste zaak de storting daarvan op een Zwitserse bankrekening was, die bestemming in de twee andere zaken zeer onzeker was.

16 — De directe investeringen worden daarin in ruime zin gedefinieerd als „alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit".

16. Uit het voorgaande volgt, dat de uitvoer van bankbiljetten, voor zover hij onder de algemene bepalingen van artikel 73 B van het Verdrag en tegelijkertijd buiten de werkingssfeer van de specifieke regeling van artikel 73 C valt, slechts kan worden onderworpen aan beperkingen die gerechtvaardigd zijn in de zin van artikel 73 D.

17. Die conclusie kan evenwel merkwaardig voorkomen. Men kan zich namelijk afvragen, of het doel van een directe investering niet ook met een voorafgaande transfer van bankbiljetten kan worden verwezenlijkt en of op die manier artikel 73 C van het Verdrag uiteindelijk niet wordt omzeild.

18. Vaststaat echter, dat de gemeenschapswetgever de Lid-Staten enkel voor de directe investeringen uitdrukkelijk een ruimere beoordelingsmarge heeft toegekend, en daarentegen de voor alle andere doelstellingen verrichte transfers van kapitaal buiten de werkingssfeer van de uitzondering (die als zodanig restrictief moet worden uitgelegd) heeft gelaten.

De structuur noch de letter van de bepaling laten ruimte voor een andere conclusie. Al met al worden de transfers van bankbiljetten naar derde landen dus geacht onderworpen te zijn aan dezelfde regeling als die welke geldt voor intracommunautair kapitaalverkeer.

19. Dienaangaande ben ik van mening, dat de redenering van het Hof in de zaak Bordessa, waarnaar ik eerder heb verwezen, mutatis mutandis op de onderhavige zaak moet worden toegepast. Er is namelijk geen reden om af te wijken van de overwegingen op grond waarvan het Hof een voorafgaande aangifte toelaatbaar en een vergunningsvereiste overdreven heeft geacht.

20. Zo kan mijns inziens in redelijkheid evenmin worden getwijfeld aan de rechtstreekse werking van artikel 73 B, ook met betrekking tot ander kapitaalverkeer naar of uit derde landen dan directe investeringen.

De daarin vervatte verplichting is namelijk duidelijk en onvoorwaardelijk geformuleerd en vereist geen verdere uitvoeringsmaatregel, terwijl artikel 73 D bepaalt in welke gevallen en onder welke specifieke en welbepaalde voorwaarden de Lid-Staten de genoemde beperkingen mogen toepassen. De toelaatbaarheid van dergelijke maatregelen wordt overigens door de rechter getoetst, zoals het Hof niet zonder reden heeft opgemerkt. [17] De bevoegdheid waarover de Lid-Staten in dit verband beschikken, kan particulieren derhalve niet het recht ontnemen, zich op het in artikel 73 B van het Verdrag neergelegde beginsel te beroepen.

17 — Arrest Bordessa, reeds aangehaald, r. o. 34, met betrekking tot artikel 4 van richtlijn 88/361.

21. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging de door de Juzgado Central gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 73 B en 73 D, lid 1, sub b, EG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen de toepassing van een nationale regeling die voor de uitvoer van bankbiljetten een voorafgaande vergunning vereist, maar niet in de weg staan aan de toepassing van een nationale regeling die voor een dergelijke verrichting een voorafgaande aangifte vereist.

2) De bepalingen van artikel 73 B EG-Verdrag kunnen door particulieren voor de nationale rechter worden ingeroepen om een daarmee strijdige nationale wet buiten toepassing te laten."