

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 19 september 1995 *

1. Konungariket Spaniens Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional har i tre likalydande begäran om förhandsavgörande ställt två frågor till domstolen om huruvida artikel 4.1 i förordning [real decreto] nr 1816/91 om ekonomiska transaktioner med utlandet är förenlig med artikel 73b och följande artiklar i EG-fördraget. I den nämnda förordningen uppställs som villkor för utförsel av sedlar till belopp överstigande 1 000 000 pesetas (PTA) att en deklaration upprättas, medan det för utförsel av belopp överstigande 5 000 000 PTA krävs att tillstånd ges före utförseln.¹

2. Vid den hänskjutande domstolen inleddes tre olika brottmål mot lika många tilltalade. Dessa greps när de förberedde sig för att på olika sätt och utan tillstånd föra ut sedlar till tredje land till belopp överstigande 5 000 000 PTA.

Målen C-163/94 och C-165/94 avser spanska medborgare, närmare bestämt Sanz de Lera,

bosatt i Spanien, och Díaz Jiménez, bosatt i Storbritannien, vilka båda var i färd med att transportera sedlar till Schweiz; den ene i sin personbil och den andre i sitt handbagage när han på flygplatsen Madrid-Barajas skulle stiga ombord på ett flygplan för att resa till Zürich.²

I mål C-250/94 är den tilltalade däremot en turkisk medborgare, bosatt i Spanien, som greps på flygplatsen Madrid-Barajas när hon skulle stiga ombord på ett flygplan för att resa till Istanbul (Turkiet).

3. Enligt de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, förde Sanz de Lera ut det omtvistade beloppet i syfte att sätta in pengarna på ett i hans namn öppnat konto i ett schweiziskt kreditinstitut. Det står däremot inte klart hur de pengar som Díaz Jiménez förberedde sig för att föra ut till Schweiz slutligen skulle användas. För fallet Kapanoglu lämnas i hänskjutandebeslutet inte några upplysningar i detta avseende.

* Originalspråk: italienska.

1 — Ordalydelsen av artikel 4 ändrades genom förordning [real decreto] nr 42 av den 15 januari 1993. Ändringen utgör dock, åtminstone i den del som är relevant för detta mål, endast ett förtydligande av bestämmelsen. De tillägg som gjorts tillför, enligt den nationella domstolen, i vart fall inte något nytt av betydelse för det förevarande målet.

2 — Det förhållandet att Sanz de Lera greps på franskt territorium och av franska poliser förefaller sakna betydelse, eftersom — vilket framgår av texten omedelbart nedan — det förefaller stå klart att pengarna var avsedda att sätas in i en schweizisk bank.

4. De tilltalade bestred — under åberopande av att den spanska förordningen var oförenlig med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital — att det handlings sätt som lagts dem till last skulle vara brottsligt.

tion måste föregås av att en *deklaration* upprättas.

Den spanska domstolen har därför beslutat att vilandeförklara målen och begärt att Europeiska gemenskapernas domstol skall uttala sig om tolkningen av artiklarna 73b, 73c.1 och 73d.1 b i EG-fördraget samt klargöra om artikel 73b har direkt effekt eller inte.

5. Jag vill inledningsvis erinra om att de ifrågavarande spanska föreskrifterna redan har blivit föremål för ett nyligen meddelat förhandsavgörande, i vilket domstolen prövat om dessa var förenliga med artiklarna 1 och 4 i rådets direktiv av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget.³ Innehållet i dessa artiklar motsvarar det i artiklarna 73b och 73d.1 b i EG-fördraget.

6. Domstolen har närmare bestämt ansett att ett krav på en föregående *deklaration*, i den mån det kan utgöra en åtgärd som erfordras för att medlemsstaterna skall kunna vidta en faktisk kontroll och effektivt förebygga olagliga verksamheter såsom penningtvätt, narkotikahandel och terrorism utan att därmed hindra kapitalrörelser som har genomförts i enlighet med gemenskapsrätten, är tillåtet⁵. Domstolen har däremot ansett att det är oproportionerligt att ha ett krav på *tillstånd*, i den mån som detta krav — trots att det syftar till att uppnå samma mål — får till resultat att valutautförseln hindras, genom att denna i varje enskilt fall blir beroende av förvaltningens samtycke.⁶

I samma dom slog domstolen även fast att artiklarna 1 och 4 i det ovan nämnda direktivet har direkt effekt.⁷

I domen av den 23 februari 1995, Bordessa m. fl.⁴, fastställde domstolen att det inte är förenligt med bestämmelserna i direktiv 88/361 att tillämpa föreskrifter enligt vilka utförseln av sedlar måste föregås av ett *tillstånd*, medan det är förenligt med förstnämnda bestämmelser att en sådan transak-

7. De omständigheter som nu är uppe till prövning motsvarar i huvudsak dem som gav upphov till domen i målet Bordessa. De skiljer sig dock från de senare på två punkter.

3 — EGT nr L 178, s. 5.

4 — De förenade målen C-358/93 och C-416/93 (Rec. s. I-361).

5 — Domen i målet Bordessa m. fl., ovannämnd, punkt 27.

6 — Samma dom, punkterna 24 och 25.

7 — Samma dom, punkt 35.

För det första begär den spanska domstolen ⁸ den här gången att domstolen skall tolka de relevanta bestämmelserna i EG-fördraget i deras lydelse enligt de ändringar som antagits genom Maastrichtfördraget och som trätt i kraft den 1 januari 1994. ⁹

Härav följer att det även är tillåtet att kräva att vissa kapitalöverföringar måste föregås av ett tillstånd, i den mån det utgör en åtgärd som erfordras för att tillvarata de ovan nämnda och numera i fördraget angivna hänsynen.

För det andra är det i det förevarande målet fråga om utförsel av sedlar till tredje land.

9. I detta avseende vill jag omedelbart framhålla att skillnaden i ordalydelse mellan artikel 73d.1 b i fördraget och artikel 4 i direktiv 88/361 enligt min mening inte är sådan att det finns anledning att komma till någon annan slutsats än den som domstolen redan har kommit till i fråga om tolkningen av sistnämnda bestämmelse.

8. Beträffande den första punkten har den spanska respektive den franska regeringen hävdats att de relevanta bestämmelserna i EG-fördraget skall tolkas med hänsyn till det förhållandet att det i artikel 73d.1 b, till skillnad från artikel 4 i direktiv 88/361, bland de restriktioner för kapitalrörelser som medlemsstaterna får vidmakthålla, uttryckligen anges även de "som är motiverade med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet" ¹⁰.

I själva verket är det så — vilket jag redan har påpekat i förslaget till avgörande i målet Bordessa, till vilket jag tillåter mig att hänvisa för en mer fördjupad analys ¹¹ — att omstruktureringen i Maastrichtfördraget av hela regelverket i fråga om kapital- och betalningsrörelser inte har tillfört något nytt av betydelse i fråga om de redan i direktiv 88/361 fastställda principerna. ¹²

8 — För övrigt densamma som vände sig till domstolen i målet Bordessa.

9 — Det kan i förbigående nämnas att det, liksom i målet Bordessa, är nödvändigt med en sådan tolkning — trots att omständigheterna i det förevarande målet inträffade före ikraftträdandet av de gemenskapsbestämmelser som nu begärs tolkade — eftersom den nationella domstolen uttryckligen har förklarat sig vilja tillämpa principen om en mildare strafflags retroaktiva verkan i det vid den anhängiga målet.

10 — Dvs. de som är "nödvändiga ... för att förhindra överträdelser av nationella lagar och andra författningar, särskilt i fråga om beskattning och tillsyn över finansinsitut" samt "i administrativt eller statistiskt informationssyfte fastställ[d]a förfaranden för deklaration av kapitalrörelser", vilka är restriktioner vilka som ovan anmärkts uttryckligen är tillåtna även enligt direktiv 88/361.

10. Artiklarna 73b och 73d, vilka har nästan samma lydelse som artikel 1 och artikel 4 första stycket i direktivet, fyller nämligen inte någon annan funktion än att bekräfta de principer som har införts genom direktivet

11 — Se särskilt punkterna 5 och 14.

12 — Med undantag för bestämmelserna om överföringar till och från tredje land, se punkt 11 och följande punkter nedan.

och som gäller från och med att detta trädde i kraft. Dessa principer innebär att det inte får finnas några hinder för den fria rörligheten för kapital, med undantag enbart för de restriktioner som medlemsstaterna får vidmakthålla, dit givetvis även de som är motiverade med hänsyn till allmän ordning och säkerhet hör.¹³

Att det i artikel 73d.1 b uttryckligen hänvisas till de två sistnämnda begreppen bör därför förstås som enbart ett förtydligande och inte som något utvidgande av de restriktioner för kapitalrörelserna som medlemsstaterna får införa.¹⁴

Systemet är alltså i huvudsak, åtminstone i sina väsentliga delar, oförändrat, med beaktande av såväl bestämmelserna i direktiv 88/361 som artiklarna 73b—73g, vilka har införts genom Maastrichtfördraget. En tillämpning av de sistnämnda bestämmelserna på de förevarande omständigheterna kan följaktligen inte, åtminstone inte beträffande den ovan angivna första punkten, leda till något annat resultat än det som följer av en tillämpning av direktivet.

13 — Under förutsättning att de inte utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital och betalningar.

14 — Stöd för detta återfinns dessutom i domen i målet Bordessa m. fl. (punkterna 21 och 22) där domstolen uttryckligen fastställde att medlemsstaterna enligt artikel 4 i direktiv 88/361, utöver de åtgärder som uttryckligen anges i bestämmelsen, även får vidta sådana som är motiverade med hänsyn till allmän ordning. Domstolen konstaterade vidare att en sådan tolkning vinner stöd av den nya avfattningen av artikel 73d i EG-fördraget.

11. Det återstår dock att pröva den ovan angivna andra punkten — vilken utgör den egentliga skillnaden mellan de förevarande omständigheterna och de som har prövats i målet Bordessa — som avser det förhållandet att de tilltalade avsåg att föra ut beloppen till tredje land.

I fråga om denna punkt har det genom Maastrichtfördraget införda regelverket verkligen varit nyskapande i många avseenden.

12. För det första är alla restriktioner för kapitalrörelser, inklusive de mellan medlemsstater och tredje land, uttryckligen förbjudna enligt artikel 73b.

För det andra får medlemsstaterna enligt artikel 73c.1 vidmakthålla de restriktioner som var i kraft den 31 december 1993 för sådana kapitalrörelser till eller från tredje land ”som gäller direktinvesteringar i fast egendom, etablering, tillhandahållande av finansiella tjänster eller emission och introduktion av värdepapper på kapitalmarknader”.

13. Slutligen har rådet enligt artikel 73c.2 behörighet att med kvalificerad majoritet (eller genom enhälligt beslut, när det är fråga om åtgärder som utgör ett steg tillbaka i förhållande till den uppnådda liberaliseringen)

besluta om åtgärder beträffande kapitalrörelser till eller från tredje land som gäller de ovan nämnda direkta investeringarna.

tillgång till kapitalet för att bedriva en ekonomisk verksamhet. Detta utmärkande drag föreligger inte i de förevarande fallen.¹⁵

Genom det nya regelverket fastställs således en allmän princip om att in- och utförseln beträffande tredje land skall vara fri, med undantag för de i artikel 73c angivna särskilda restriktionerna för direkta investeringar samt de allmänna restriktioner som anges i artikel 73d och som även gäller för in- och utförsel inom gemenskapen.

15. Trots att det inte finns någon uttrycklig definition i fördraget av begreppet direkt investering anser jag att man inte kan bortse från den [i föregående stycke] nämnda tolkningen, vilken dessutom överensstämmer med den som anges i förklaringarna till nomenklaturen i bilaga 1 till det ovan vid flera tillfällen nämnda direktivet 88/361.¹⁶

14. Det förefaller dock uppenbart — samt är ostridigt mellan parterna — att det förevarande fallet inte faller inom tillämpningsområdet för artikel 73c i EG-fördraget eftersom det, såsom ovan anmärkts, av besluten om hänskjutande inte framgår att det föreligger några omständigheter som kan föranleda att de ifrågakvarande kapitalrörelserna i rättsligt hänseende är att bedöma som direkta investeringar.

Denna nomenklatur, i vilken de olika slagen av kapitalrörelser uppdelas på kategorier som är av betydelse för direktivets tillämpning, kan utan tvekan bidra till att bringa klarhet i begreppet direkta investeringar som anges i fördraget.

Enligt denna nomenklatur hör dessutom överföringar av kontanta medel uttryckligen till kategorin "In- och utförsel av finansiella tillgångar" (kategori XII) och inte till kategorin "Direkta investeringar" (kategori I).

De sistnämnda brukar nämligen i allmänhet betecknas som investeringar, vilkas viktigaste utmärkande drag utgörs av att finansiären har för avsikt att upprätta eller upprätthålla varaktiga relationer med det företag som får

15 — Jag vill i detta avseende erinra om att medan pengarna i det första fallet slutligen skulle deponeras på ett schweiziskt bankkonto, är det osäkert vad pengarna skulle användas till i de båda andra fallen.

16 — De direkta investeringarna definieras där i vid bemärkelse såsom "[f]investeringar av alla slag som görs av fysiska personer eller av handels- eller industriföretag eller finansiella företag och som har till syfte att upprätta varaktiga och direkta relationer mellan den person som tillhandahåller kapitalet och den företagare eller det företag som får tillgång till kapitalet för sin ekonomiska verksamhet".

16. Av det ovan anförda följer att utförelsen av sedlar, i den mån den omfattas av de allmänna bestämmelserna i artikel 73b i fördraget men inte faller inom tillämpningsområdet för de särskilda bestämmelserna i artikel 73c, får bli föremål för restriktioner endast om dessa är motiverade enligt artikel 73d.

17. Den nu redovisade slutsatsen kan dock förefalla något märklig. Man kan nämligen fråga sig om man inte skulle kunna uppnå syftet med en direkt investering även genom en föregående överföring av sedlar och om detta inte skulle kunna leda till att bestämmelserna i artikel 73c i fördraget kringgicks.

18. Det står dock klart att gemenskapslagstiftaren uttryckligen har lämnat medlemsstaterna ett större utrymme för fritt skön enbart i fråga om direkta investeringar, medan alla andra kategorier av kapitalöverföringar har lämnats utanför tillämpningsområdet för detta undantag (vilket i sin egenskap av undantag skall tolkas restriktivt).

En systematisk tolkning av bestämmelsen, liksom dess ordalydelse, ger inte möjlighet att komma till någon annan slutsats. Sammanfattningsvis skall alltså de bestämmelser som reglerar kapitalrörelser inom gemenskapen anses gälla även för överföringar av sedlar till tredje land.

19. Jag anser i detta avseende att det resonemang som domstolen fört i det ovan nämnda målet Bordessa — i tillämpliga delar — skall användas även i det ifrågavarande målet. Det finns nämligen inte någon anledning att avvika från de överväganden som föranlett domstolen att fastställa att en föregående deklaration är tillåten men att ett tillståndskrav är oproportionerligt.

20. Likaså tycks det mig inte kunna finnas något rimligt tvivel om att artikel 73b har direkt effekt, även i fråga om sådana kapitalrörelser till och från tredje land som avser direkta investeringar.

Den skyldighet som föreskrivs i bestämmelsen är angiven i klara och ovillkorliga ordalag och kräver inte heller några genomförande åtgärder. I artikel 73d anges vidare de fall samt de specifika och begränsade förutsättningar som måste råda för att medlemsstaterna skall få vidta de angivna restriktionerna. Tillåtligheten av sådana åtgärder är dessutom, såsom domstolen själv har framhållit, underkastad en domstolskontroll¹⁷. Den behörighet som medlemsstaterna har i detta avseende kan inte innebära att enskilda inte skulle ha rätt att åberopa den i artikel 73b fastlagda principen.

17 — Domen i målet Bordessa m. fl., ovannämnd, punkt 34, vari hänvisas till artikel 4 i direktiv 88/361.

21. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag därför att domstolen besvarar de frågor som har ställts av Juzgado Central enligt följande:

- 1) Artiklarna 73b och 73d.1 b i EG-fördraget skall tolkas så, att det strider mot dessa artiklar att nationella bestämmelser om att utförsel av sedlar måste föregås av ett tillstånd tillämpas, men att det inte strider mot dessa artiklar att nationella bestämmelser om att en sådan transaktion måste föregås av en deklARATION tillämpas.
- 2) Bestämmelserna i artikel 73b i EG-fördraget kan åberopas av enskilda vid nationella domstolar för att göra gällande att en nationell lag som står i strid med denna inte skall tillämpas.