

Vrij verkeer van diensten en kapitaal

III Rechtspraak

Hoe vrij is het vrije verkeer van diensten en kapitaal?

Mr. J.C.M. van der Beek

Het Hof van Justitie van de EG heeft in een recent arrest bepaald dat het volgen van een seminar in toeristenoorden in het buitenland niet door fiscale regels inzake de aftrekbaarheid onaantrekkelijker mag worden gemaakt dan het volgen van seminars in de eigen lidstaat. In een ander arrest bepaalde het Hof dat een visrecht of visvergunning niet valt onder de regels inzake het vrije verkeer van goederen, maar gezien moet worden in het kader van het vrij verrichten van diensten. Het derde arrest dat hier besproken zal worden bevestigt dat onder bepaalde strikte voorwaarden een voorafgaande vergunning mag worden geëist voor buitenlandse investeringen die verdacht zijn, zonder dat sprake is van strijd met het vrije verkeer van kapitaal.

- *HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-55/98, Skatte ministeriet/B. Vestergaard, n.n.g.;*
- *HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C- 97/98, Jäger-skiöld, n.n.g.; en*
- *HvJ EG 14 maart 2000, zaak C-54/99, Association Église de scientologie de Paris, n.n.g.*

Feiten in de zaak Vestergaard

Bent Vestergaard, een Deense accountant, had gedurende een week een cursus op Kreta gevolgd op het gebied van belastingrecht, die door een Deens accountantskantoor was georganiseerd. Van de zeven dagen daadwerkelijk verblijf op Kreta waren drie volledige dagen en twee halve dagen aan het seminar gewijd. Bij beschikking bepaalde het Deense bestuursorgaan in belastingzaken dat de door Vestergaard gemaakte kosten niet aftrekbaar waren. De Deense belastingwetgeving ging namelijk ter bepaling van het belastbaar inkomen uit van het vermoeden dat in toeristenoorden in andere lidstaten

gegeven seminars een sterk toeristische inslag hebben, zodat de kosten voor deelname daaraan niet aftrekbaar zijn als verwervingskosten. Een dergelijk vermoeden bestaat niet voor seminars die in toeristenoorden in Denemarken zelf worden gevolgd. Toen Vestergaard zich tegen dit oordeel verweerde met een beroep op artikel 49 EG (ex artikel 59), werd uiteindelijk aan het Hof de prejudiciële vraag gesteld of artikel 12 EG (ex artikel 6) en 49 EG zich verzetten tegen een dergelijke belastingregeling.

Het arrest

De vraag inzake de mogelijke strijd met artikel 12 EG doet het Hof zoals te verwachten af met de opmerking dat dit artikel slechts autonoom toepassing vindt in situaties waarvoor het Verdrag geen bijzondere non-discriminatieregeling bevat. In casu is wat de vrijheid van diensten betreft het beginsel nader uitgewerkt in artikel 49 EG, zodat op artikel 12 EG niet behoefte te worden ingegaan.¹

Het Hof gaat in op de toepasselijkheid van artikel 49 EG op de organisatie van beroepsopleidingen en overweegt dat het daarvoor voldoende is dat dergelijke diensten ten behoeve van onderdanen van een lidstaat worden verricht op het grondgebied van een andere lidstaat. Niet van belang is waar de dienstverrichter of de ontvanger van de dienst is gevestigd. Het Hof verwijst naar eerdere jurisprudentie waarin is vastgesteld dat artikel 49 EG niet alleen van toepassing is indien degene die de dienst verleent en degene die de dienst ontvangt in verschillende lidstaten zijn gevestigd, maar ook in de gevallen dat degene die de dienst verleent deze aanbiedt op het grondgebied van een andere lidstaat dan die waar hij is gevestigd ongeacht de vraag waar degenen die de dienst ontvangen zijn gevestigd. Uit eerdere arresten blijkt dat artikel 49 EG ook van toepassing is indien bijvoorbeeld een toeristengids en de toeristen afkomstig uit dezelfde lidstaat in een andere lidstaat een toeristische reis maken.² Het Hof voegt daaraan toe dat het vrij verkeer van diensten evenzeer de vrijheid omvat van ontvangers van diensten om zich met het oog daarop zonder beperkingen naar een andere lidstaat te begeven.³ Advoc-

1 Dit volgt uit vaste jurisprudentie; zie bijvoorbeeld zaak C-18/93, *Corsica Ferries Italia*, Jur. 1994, p. I-1783.

2 Zaken C-154/89, C-180/89 en C-189/89, *Commissie tegen Frankrijk, Italië en Griekenland*, Jur. 1991, p. I-659; zaak C-398/95, *SETTG*, Jur. 1997, p. I-3091.

3 Het Hof verwijst hier naar zaak C-224/97, *Ciola*, van 29 april 1999.

4 Zie conclusie AG Saggio, punt 25.

5 Zaak C-204/90, Jur. 1992, p. I-249.

6 Zaak C-250/95, Jur. 1997, p. I-2471.

7 Zie zaak C-49/89, Corsica Ferries I, Jur. 1989, p. 4441.

8 V. Hatzopoulos, 'Recent developments of the case-law of the ECJ in the field of services', CMLRev. 37, 43-82, 2000.

caat-generaal Saggio wijst wat dit punt betreft op het arrest Kohll, waarin het Hof zich voor het eerst bij het beoordelen van een nationale maatregel niet beperkt heeft tot het identificeren van belemmeringen voor dienstverrichters, maar ook heeft gelet op de beperkingen die daaruit voor dienstontvangers voortvloeien.⁴

Het Hof constateert in navolging van de advocaat-generaal, dat sprake is van een fiscaal regime dat in strijd met artikel 49 EG onderscheid maakt naar gelang de organisatie van opleidingen in andere lidstaten, dan wel in de desbetreffende lidstaat plaatsvindt, nu in het eerste geval de aftrekbaarheid van de kosten afhankelijk wordt gesteld van de weerlegging van het vermoeden dat de opleidingen een toeristische inslag hebben en in het tweede geval deze voorwaarde niet wordt gesteld. De advocaat-generaal gaat in op de redenen waarom naar zijn mening degenen die seminars in het buitenland organiseren zich in een nadeliger positie bevinden. Door het feit dat de cursisten minder gemakkelijk de kosten kunnen aftrekken en bovendien met een extra administratieve last opgezadeld worden omdat zij het 'vermoeden' moeten weerleggen, zullen zij minder snel geneigd zijn zich in te schrijven voor een cursus in een andere lidstaat.

Na bovenbedoelde constatering gaat het Hof in op de vraag of voor de inbreukmakende Deense regeling rechtvaardigingsgronden bestaan. Door de Deense rechter was in dat verband gerefereerd aan de rechtvaardigingsgronden die door het Hof geaccepteerd waren in de zaken Bachman⁵ (handhaving van de samenhang van het fiscale stelsel) en Futura Participations⁶ (waarborg van de doeltreffendheid van fiscale controles). De eerstbedoelde rechtvaardigingsgrond wijst het Hof af omdat in het onderhavige geval, anders dan in de zaak Bachman, geen rechtstreekse band bestaat tussen de aftrekposten en de bedragen die aan belastingen betaald moesten worden. De tweede rechtvaardigingsgrond acht het Hof evenmin van toepassing. Een lidstaat mag maatregelen treffen om de doeltreffendheid van fiscale controles te waarborgen, ook in verband met de controle van de aftrekbare kosten voor het bijwonen van cursussen voor beroepsopleidingen. Maar een lidstaat mag die aftrek niet afhankelijk stellen van verschillende voorwaarden naar gelang de cursussen binnenslands dan wel in een andere lidstaat worden gegeven. Het Hof wijst op de mogelijkheid voor een lidstaat om met een beroep op Richtlijn 77/799 alle voor de controles noodzakelijke informatie bij de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat op te vragen. Andere maatregelen zijn dan niet meer nodig. De advocaat-generaal had daar nog aan toegevoegd dat zelfs indien niet alle noodzakelijke informatie op basis van de richtlijn te verkrijgen zou zijn, de Deense regeling toch niet gerechtvaardigd zou zijn omdat de belastingdienst in dergelijke gevallen ook de mogelijkheid had om degenen die een beroep deden op de aftrekbaarheid de noodzakelijke vragen te stellen.

Commentaar

In dit arrest heeft het Hof weer bevestigd dat ook een geringe beperking van het vrij verkeer van diensten voldoende is voor een inbreuk op artikel 49 EG.⁷ De Deense overheid had in haar opmerkingen overigens het standpunt ingenomen dat geen enkel discriminatoir element bestond in de desbetreffende regeling omdat voor seminars in het buitenland dezelfde aftrekmogelijkheden bestonden als voor seminars in Denemarken. Het enige verschil in behandeling was gelegen in het 'vermoeden', maar dit verschil werd gerechtvaardigd door het feit dat een seminar in het buitenland niet op gelijke voet kon worden gesteld met een seminar in Denemarken, omdat in het laatste geval het verblijf nooit de duur van de cursus overtreft en er bovendien geen toeristische activiteiten op het programma staan. De Nederlandse regering sloot zich aan bij de Deense en merkte op dat de verplichting het 'vermoeden' te weerleggen slechts een geringe extra last op de cursist legde. Het Hof, in navolging van de advocaat-generaal, accepteerde deze redenering niet; van een gelijke mogelijkheid van aftrekbaarheid was geen sprake. Uit de Deense jurisprudentie was gebleken dat het zeer moeilijk was om kosten die gemaakt waren voor een cursus in het buitenland af te trekken. Tot nu toe had de belastinginstantie dat nog maar eenmaal toegestaan, namelijk bij een leraar oude geschiedenis die had deelgenomen aan een cursus in Griekenland. Bovendien wijst de advocaat-generaal op de EG-jurisprudentie waaruit blijkt dat een geringe beperking van het vrije verkeer voldoende is voor het vaststellen van een inbreuk daarop.

Expliciet dan het Hof gaat de advocaat-generaal in op het feit dat uit de jurisprudentie blijkt dat het bij het verbod van artikel 49 EG niet alleen gaat om beperkingen voor de dienstverrichters in andere lidstaten, maar ook voor de dienstontvangers. In een recent artikel heeft Hatzopoulos erop gewezen dat er zelfs een tendens in de jurisprudentie valt aan te wijzen in de richting van het waarborgen van het 'vrije verkeer van diensten' als zodanig, in plaats van het vrij verrichten van diensten waarbij het accent ligt op de personen die nadeel ondervinden van de maatregel en die beschermd dienen te worden.⁸

Interessant is de opmerking van de advocaat-generaal over de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de rechtvaardigingsgronden die in geval van toepasselijkheid van artikel 49 EG kunnen worden ingeroepen. Terecht merkt Saggio op dat wanneer sprake is van maatregelen die onderscheid maken naar gelang de herkomst van de diensten, in principe alleen een beroep op artikel 55 (ex artikel 66) jo. artikel 46 EG (ex artikel 56) mogelijk is. In dit laatste artikel zijn limitatief de gronden genoemd die een rechtvaardiging kunnen vormen voor een discriminerende maatregel (bescherming van de openbare orde, veiligheid en volksgezondheid). Wanneer daarentegen sprake is van een maatregel zonder onderscheid, kan (onder bepaalde voorwaar-

9 Zie zaak C-484/93, Svensson en Gustavsson, Jur. 1995, p. I-3955.

10 Zie artikel 8a en 36 lid Wet IB.

11 Jur. 1968, p. 590.

12 Zaak C-275/92, Jur., p. I-1039.

13 Het Hof verwijst naar C-92/92 NC-326/92, Phil Collins, Jur., p. I-5145.

den) een beroep worden gedaan op in de jurisprudentie voorkomende rechtvaardigingsgronden, zoals dwingende eisen van algemeen belang. De advocaat-generaal merkt op dat het Hof echter in zijn jurisprudentie wat betreft dit onderscheid tussen gronden, die ter rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen, niet altijd consequent is geweest. Het Hof heeft in sommige zaken waar sprake was van een discriminerende maatregel toch nog onderzocht of een rechtvaardigingsgrond bestond uit hoofde van dwingende eisen van algemeen belang, hoewel de zaak afgedaan had kunnen worden met de constatering dat niet voldaan was aan de strikte rechtvaardigingsgronden genoemd in het Verdrag.⁹ In de onderhavige zaak had het Hof eveneens kunnen volstaan met de constatering dat niet voldaan was aan de uitzonderingen genoemd in het Verdrag. Het Hof constateert immers met zoveel woorden in rechts-overweging 22 dat sprake is van een maatregel waarbij onderscheid wordt gemaakt naar gelang de plaats waar de diensten worden verricht. Het onderhavige arrest draagt wat dit betreft derhalve bij aan de al bestaande inconsistentie in de rechtspraak.

Opvallend is dat Nederland in haar opmerkingen tijdens de procedure het standpunt van de Deense overheid steunde. In Nederland wordt echter in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 geen onderscheid gemaakt tussen het bijwonen van cursussen, congressen, seminars, symposia en dergelijke in Nederland of in het buitenland.¹⁰

Feiten in de zaak Jägerskiöld

De heer Gustafsson, een Fin, had zonder toestemming van de heer Jägerskiöld gevist in het viswater van laatstgenoemde. Wel had Gustafsson een visvergunning gekocht die hem op grond van de Finse Visserijwet in Finland het recht gaf om ook in particuliere wateren te vissen. Jägerskiöld wendde zich tot de rechter met het verzoek om vast te stellen dat Gustafsson, ook al was hij in het bezit van de visvergunning, niet zonder zijn toestemming in zijn viswater had mogen vissen. Hij baseerde zich op het argument dat de Finse Visserijwet in strijd was met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen of, subsidiair inzake het vrij verrichten van diensten. De Finse rechter besloot hierover prejudiciële vragen aan het Hof te stellen.

Het arrest

De verwijzende rechter had de vraag gesteld of visrechten of -vergunningen om met een werphengel te vissen, goederen zijn in de zin van het EG-Verdrag, met name in de zin van het arrest in zaak 7/88, Commissie/Italië.¹¹ In dit arrest heeft het Hof het begrip goederen in de zin van artikel 23 EG (ex artikel 9) gedefinieerd als: 'waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen'. Naar de mening van Jägerskiöld

wordt aan deze definitie voldaan. Het Hof wijst er echter op dat bovengenoemd arrest in een geheel andere context is gegeven zodat de daarin gegeven definitie op zich niet volstaat om visrechten of -vergunningen als goederen in de zin van het EG-Verdrag aan te merken. Daarnaast merkt het Hof op dat niet alles wat op geld waardeerbaar is en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kan vormen, noodzakelijkerwijs onder de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen valt. Het Hof noemt als voorbeeld dat de verdragsbepalingen met betrekking tot het vrije verkeer van kapitaal van toepassing zijn op verrichtingen betreffende aandelen, obligaties en andere effecten, die net als visrechten of -vergunningen, op geld waardeerbaar zijn en het voorwerp van markttransacties kunnen vormen. Als tweede voorbeeld noemt het Hof loterijactiviteiten, die ingevolge het arrest Schindler¹², niet als goederen zijn te beschouwen ook al gaan zij gepaard met de verspreiding van reclamemateriaal en loterijbriefjes, maar als diensten. Dit geldt volgens het Hof ook voor de verlening van een visrecht en de afgifte van visvergunningen. De activiteit die erin bestaat dat viswater tegen betaling en onder bepaalde voorwaarden ter beschikking van derden wordt gesteld voor het vissen, is een dienstverrichting en valt, indien zij een grensoverschrijdend karakter heeft, onder de artikelen 49 en volgende EG (ex artikel 59). Dat het recht of de vergunningen worden vastgelegd in documenten die als zodanig verhandelbaar zijn, betekent volgens het Hof niet dat ze daarom binnen de werkingssfeer van het vrije verkeer van goederen vallen.

Jägerskiöld had voor zijn standpunt nog verwezen naar intellectuele eigendomsrechten die, ondanks hun immateriële karakter, toch onder het vrije verkeer van goederen vallen. Deze verwijzing acht het Hof niet juist omdat hoewel intellectuele eigendomsrechten de handel in goederen tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, zij zelf geen goederen zijn. Bovendien beïnvloeden intellectuele eigendomsrechten niet alleen het verkeer van goederen maar ook het verkeer van diensten.¹³

Het Hof constateert vervolgens wat betreft de toepasselijkheid van artikel 49 EG, dat dit artikel niet van toepassing is op activiteiten waarvan alle relevante elementen in de interne sfeer van één lidstaat liggen. Naar de mening van het Hof is daarvan in het onderhavige geval sprake.

Commentaar

Het principe dat wat accessoir is de hoofdzaak volgt, is een principe dat ook na het Schindler-arrest door het Hof is toegepast. Zo heeft het Hof in een zaak over de Nederlandse APK-keuringen vastgesteld dat, hoewel het mogelijk is dat de verrichting van bepaalde diensten (het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan auto's) gepaard gaat met de levering van goederen (bepaalde auto-onderdelen, olie etc.), de levering van deze goederen niet een

14 Zaak C-55/93, Van Schaik, Jur. 1994, p. I-4837; zie ook zaak C-226/96, Corsica Ferries Frankrijk, Jur. 1998, p. I-3949.

15 Zaak C-321-324/94, Jur. 1997, p. I-2343.

16 Zie wat dit betreft ook eerder genoemd artikel van Hatzopoulos.

17 Het Hof verwijst hier naar het arrest HvJ EG 36/75, Rutili, Jur. 1975, p. 1219.

18 Het Hof verwijst naar HvJ EG 222/86, Heylens, Jur. 1987, p. 4097.

19 HvJ EG, zaken C-163/94, C-165/94, C-250/94, Sanz de Lera e.a., Jur. 1995, p. I-4821 en HvJ EG, zaken C-358/93, C-416/93, Bordessa e.a., Jur. 1995, p. I-361.

doel op zichzelf is, maar ondergeschikt is aan de geleverde diensten en dus niet valt onder de regels van het vrije verkeer van goederen.¹⁴

Het Hof stelt in de zaak Jägerskiöld vast dat in de omstandigheden van het onderhavige geval artikel 49 e.v. EG niet van toepassing zijn, omdat het gaat om een situatie die zich volledig binnen de rechtssfeer van één lidstaat afspeelt. In de rechtspraak is echter een tendens waar te nemen dat bij de toepassing van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten steeds meer geabstraheerd wordt van de desbetreffende partijen en deze regels uiteindelijk zelfs toegepast worden in situaties waar geen duidelijk grensoverschrijdend element bestaat. Voldoende is dat een beperking bestaat op het vrije verkeer van diensten als zodanig. Op het gebied van het vrije verkeer van goederen heeft het Hof in het arrest Pistre expliciet overwogen dat het feit dat alle elementen van een bepaalde zaak beperkt waren tot het grondgebied van één lidstaat nog niet betekent dat artikel 28 EG (ex artikel 30) niet kan worden toegepast.¹⁵ Wat betreft het vrij verrichten van diensten heeft het Hof in de zaak SETTG artikel 49 EG toegepast in een situatie waarbij in de praktijk niet snel sprake zou zijn van een grensoverschrijdend effect.¹⁶ Het feit dat onder bepaalde omstandigheden sprake zou kunnen zijn van enig effect op de handel tussen de lidstaten vormde kennelijk voor het Hof voldoende reden om de Verdragsartikelen in deze zaken toe te passen. In de onderhavige zaak had het Hof eveneens een dergelijke reden kunnen vinden, zeker wanneer men moet aannemen dat ook onderdanen uit andere lidstaten graag in Finland vissen. In deze zaak heeft het Hof de bedoelde tendens in ieder geval niet voortgezet.

Feiten in de zaak Scientology

In deze zaak werd door de Franse Vereniging Église de Scientology de Paris een beroep ingesteld bij de Franse rechter tegen de stilzwijgende afwijzing van haar verzoek om intrekking van de Franse bepalingen inzake de voorafgaande vergunning voor bepaalde categorieën van direct buitenlandse investeringen. Volgens de Franse regeling is een voorafgaande vergunning vereist voor ondermeer buitenlandse investeringen die de openbare orde, de volksgezondheid of de openbare veiligheid in gevaar kunnen brengen. De vergunning wordt geacht één maand na ontvangst van de gedane aanvraag te zijn verleend, tenzij de minister binnen dezelfde termijn schorsing van de betrokken verrichting heeft bepaald. De Franse Conseil d'État bij wie de zaak aanhangig was gemaakt heeft aan het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de bovenbedoelde Franse regeling al dan niet in strijd is met artikel 58 EG (ex artikel 73 D). Artikel 58 bevat een aantal uitzonderingen op het vrije verkeer van kapitaal zoals vervat in artikel 56 EG, lid 1 (ex artikel 73 B). In artikel 58 EG wordt

bepaald dat de lidstaten alle nodige maatregelen mogen nemen die, onder meer, op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn. Volgens lid 3 van hetzelfde artikel mogen deze maatregelen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapt beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer.

Het arrest

Allereerst herinnert het Hof eraan, dat volgens vaste jurisprudentie een nationale bepaling die een directe buitenlandse investering aan een voorafgaande vergunning onderwerpt, een beperking vormt van het kapitaalverkeer. Het feit dat sprake is van een stilzwijgende verlening van de vergunning na één maand en het feit dat geen sanctie verbonden is aan het niet-nakomen van de verplichting tot het aanvragen van een vergunning, neemt niet weg dat een dergelijke bepaling beschouwd moet worden als een beperking van het vrije kapitaalverkeer.

Het Hof gaat vervolgens na of de Franse bepaling kan vallen onder de uitzonderingsbepaling van artikel 58 lid 1 sub b EG. In dat verband gaat het Hof eerst in op de inhoud van het begrip 'openbare orde en veiligheid'. Hoewel de lidstaten in hoofdzaak vrij blijven om hun eisen op het gebied van openbare orde en veiligheid op hun nationale behoefte af te stemmen, moeten deze begrippen strikt worden opgevat, omdat zij een afwijking inhouden van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie op het gebied van het vrije verkeer van werknemers, herhaalt het Hof dat de inhoud van deze begrippen niet zonder controle van de EG-instellingen eenzijdig door de lidstaten kan worden bepaald. Redenen van openbare orde en veiligheid kunnen slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.¹⁷ De redenen mogen bovendien niet voor zuiver economische doeleinden worden aangevoerd. En ten slotte moet degene die door een beperkende maatregel op grond van deze eisen wordt geraakt, over een rechtsmiddel beschikken.¹⁸

Vervolgens wijst het Hof op het uit de jurisprudentie voortvloeiende proportionaliteitsbeginsel. Maatregelen die het vrije kapitaalverkeer beperken kunnen slechts gerechtvaardigd zijn indien zij noodzakelijk zijn ter bescherming van de belangen die zij moeten waarborgen (in dit geval bescherming van de openbare orde of de openbare veiligheid) en slechts voorzover die doelstellingen niet met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt.¹⁹ Het Hof wijst erop dat hoewel in eerdere jurisprudentie is uitgemaakt dat een voorafgaande vergunning in de omstandigheden die in die gevallen aan de orde waren, niet noodzakelijk was, hij niet heeft geoordeeld dat een stelsel van voorafgaande vergun-

20 Pb. EG 1988, L 178/5.

21 Zie artikel 14 van het EU-Verdrag van 7 februari 1992, Trb. 1992, 74. Bij de inwerking van het Verdrag van Amsterdam zijn de oorspronkelijke artikelen 67 tot en met 73A EG definitief vervallen; zie artikel 6, punt 39 van het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, Trb. 1998, 11.

22 Zie HvJ EG 203/80, Casati, Jur. 1981, p. 2595.

23 HvJ EG, zaak C-55/94, Jur. 1995, p. I-4165, besproken door C. Denys, NTER 1996, p. 34-37.

24 HvJ EG, zaak 121/85, Conegate, Jur. 1986, p. 1007.

ning nooit gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Het Hof erkent dat in het geval van buitenlandse investeringen, die een ernstige bedreiging voor de openbare orde of de openbare veiligheid vormen, een voorafgaande vergunning wel noodzakelijk zou kunnen zijn, omdat het moeilijk kan zijn om eenmaal in een lidstaat binnengekomen kapitaal te identificeren en te blokkeren. Een voorafgaande melding, in plaats van een voorafgaande vergunning, zal in verband met een dergelijke bedreiging onvoldoende kunnen blijken te zijn. In de Franse regeling wordt echter een voorafgaande vergunning vereist voor iedere directe buitenlandse investering 'die de openbare orde en de openbare veiligheid in gevaar kan brengen' zonder dat dit nader wordt gepreciseerd. Door deze vaagheid kunnen de betrokken investeerders niet van tevoren weten in welke omstandigheden een voorafgaande vergunning noodzakelijk is. Dit acht het Hof in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Commentaar

Sinds 1990 bestond op het gebied van directe investeringen het vrije verkeer van kapitaal op grond van Richtlijn 88/361 die op het toen geldende artikel 67 EG was gebaseerd.²⁰ Bij het EU-Verdrag van 1992 werden vanaf 1 januari 1994 de artikelen 67 tot en met 73 EG vervangen door de artikelen 73 B tot en met 73 G EG.²¹ Aan artikel 73 D EG (thans artikel 58), dat de uitzonderingen bevat op het vrije verkeer van kapitaal zoals aanvankelijk neergelegd in artikel 4 van Richtlijn 88/361, werd de uitzonderingsgrond van de openbare orde of de openbare veiligheid toegevoegd. Tot de invoering van het volledige vrije verkeer van kapitaal per 1 juli 1990, werden voorafgaande vergunningen in vele gevallen in overeenstemming met het EG-recht geacht.²² Op basis van artikel 58 EG hebben de lidstaten dergelijke vergaande bevoegdheden niet meer, doch hebben zij slechts de controlebevoegdheden voorzover zij in overeenstemming zijn met de tekst van dit artikel. In 1992, toen het volledige vrije verkeer van kapitaal al gold, heeft het Hof in het arrest *Bordessa*, dat betrekking had op de vraag of een voorafgaande vergunning mocht worden geëist voor de uitvoer van bankbiljetten in verband met het witwassen van geld (dus om redenen van openbare orde en openbare veiligheid), beslist dat in dat geval hetzelfde doel bereikt had kunnen worden met minder beperkende maatregelen, namelijk door middel van een eenvoudige melding. Een voorafgaande vergunning, met daaraan noodzakelijkerwijs verbonden een schorsend effect, leidde volgens het Hof ertoe dat het vrij verkeer van kapitaal illusoir werd aangezien dit afhankelijk werd gemaakt van de discretie van de overheid. Zoals advocaat-generaal Saggio in zijn conclusie in de onderhavige zaak opmerkt, sluit de tekst van artikel 58 EG echter op zich niet de mogelijkheid uit dat de op basis van dat artikel te nemen

maatregelen preventief mogen worden genomen en een schorsing van de desbetreffende investering teweeg kunnen brengen. Hij wijst in dit verband op de grote moeilijkheid om kapitaal te identificeren en te blokkeren wanneer het eenmaal in een lidstaat is binnengekomen, zodat het absoluut noodzakelijk is verdachte operaties vanaf de aanvang te kunnen blokkeren. Dit is volgens de advocaat-generaal niet alleen in het algemeen belang van de desbetreffende lidstaten, maar dient ook het communautaire belang omdat de effecten van verrichtingen die de openbare orde en de openbare veiligheid van een lidstaat in gevaar brengen zich dikwijls uitstreken buiten de nationale grenzen.

De advocaat-generaal concludeert derhalve dat artikel 58 onder b EG de lidstaten niet verhindert om door middel van een ad hoc vergunning controle uit te oefenen op buitenlandse investeringen, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Onder verwijzing naar het arrest *Gebhard*²³ wijst Saggio er op dat daarvoor de volgende elementen in aanmerking moeten worden genomen: de aard van de nationale belangen die de lidstaat wil beschermen; een daadwerkelijke bedreiging van dit belang; het noodzakelijke karakter van de maatregel in het licht van het doel dat bereikt dient te worden; en de afwezigheid van discriminatoire effecten.

Wat betreft de aard van de nationale belangen, gaat het in het onderhavige geval om de bescherming van de openbare orde of de openbare veiligheid, welke belangen genoemd worden in artikel 58 EG. Wat betreft ten tweede de ernst van de bedreiging en de proportionaliteit van de maatregel, merkt Saggio op dat de vaststelling van een algemeen risico onvoldoende is, doch dat er een daadwerkelijke bedreiging moet staan voor de openbare orde en de openbare veiligheid en dus een absolute zekerheid dat de investeringen de desbetreffende belangen in gevaar kunnen brengen. De maatregel moet voorts de enige effectieve maatregel zijn om de desbetreffende belangen te beschermen. Deze eisen brengen met zich mee dat de maatregelen betrekking moeten hebben op vastgestelde of vast te stellen feiten, en derhalve niet op algemene categorieën van verrichtingen. Aan deze eisen voldoet volgens Saggio de Franse maatregel niet, nu deze alleen in het algemeen verwijst naar investeringen die de openbare orde of de openbare veiligheid in gevaar kunnen brengen. Wat betreft de laatste voorwaarde, namelijk dat de maatregel geen discriminatoire effecten mag hebben, verwijst Saggio naar de jurisprudentie op het gebied van vrij verkeer van goederen waarin is uitgemaakt dat een lidstaat niet redenen van moraliteit kan invoeren om importen van producten te voorkomen indien de eigen wetgeving geen verbod bevat om dergelijke producten in de lidstaat zelf te produceren of in het verkeer te brengen.²⁴ Dit betekent voor het onderhavige geval dat aan deze voorwaarde alleen is voldaan indien de eis van een voorafgaande vergunning voor buitenlandse investerin-

25 Zie echter HvJ EG, zaak C-302/97, Konle, van 1 juni 1999, n.n.g., waarin het Hof aangeeft dat een procedure van voorafgaande vergunning slechts onder bepaalde voorwaarden als verenigbaar met artikel 56 EG kan worden beschouwd. Aan die voorwaarden was ook in dat geval niet voldaan. Zie, uitgebreid, J.W. van der Gonden, *Wetgeving ruimtelijke ordening getoetst aan de Europese regels van het vrije verkeer en de aansprakelijkheid van decentrale overheden*, NTER 1999, p. 249-257.

gen in verband met de bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid gepaard gaat met maatregelen in Frankrijk voor binnenlandse investeringen met een vergelijkbare inhoud. Het Hof heeft in zijn arrest de bovengenoemde voorwaarden die door Saggio worden genoemd gevolgd, met uitzondering van de opmerkingen met betrekking tot de laatste voorwaarde.

Uit het arrest blijkt dat het Hof weliswaar de uitzonderingen genoemd in artikel 58 EG strikt interpreteert, doch niet uitsluit dat in bepaalde, vastomlijnde gevallen het vrije verkeer van kapitaal beperkt kan worden door de eis van een voorafgaande vergunning van de overheid, met de schorsende werking die bij een dergelijke vergunning hoort. Uit eerdere jurisprudentie, met name de arresten *Sanz de Lera* en *Bordessa* had men wellicht kunnen afleiden dat een voorafgaande vergunning in feite nooit

gevergd kon worden.²⁵ Ook blijkt uit het arrest dat de begrippen openbare orde en openbare veiligheid strikt moeten worden geïnterpreteerd en dat de invulling daarvan niet zonder meer aan de lidstaten kan worden overgelaten. Het is opvallend dat het Hof voor de strikte interpretatie van deze uitzondering zich baseert op de jurisprudentie op het gebied van het vrije verkeer van werknemers. Hoe de begrippen in het kader van het vrije verkeer van kapitaal moeten worden ingevuld, wordt in het arrest niet nader aangegeven; daarvoor zullen we op volgende jurisprudentie moeten wachten. In Nederland bestaat overigens geen enkele vergunningsplichting voor buitenlanders om hier te lande te mogen investeren. Bij de Wet financiële betrekkingen buitenland van 1981 zijn zulke vergunningen volledig afgeschaft.