

Zaak C-452/04

Fidium Finanz AG

tegen

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

(verzoek van het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main om een prejudiciële beslissing)

„Vrij verrichten van diensten – Vrij verkeer van kapitaal – Vennootschap die in derde staat is gevestigd – Activiteit die volledig of hoofdzakelijk op grondgebied van lidstaat is gericht – Bedrijfsmatig verstrekken van kredieten – Vereiste van voorafgaande vergunning in lidstaat waar dienst wordt verricht”

Conclusie van advocaat-generaal C. Stix-Hackl van 16 maart 2006

Arrest van het Hof (Grote kamer) van 3 oktober 2006

Samenvatting van het arrest

1. *Vrij verrichten van diensten – Vrij verkeer van kapitaal – Verdragsbepalingen – Onderzoek van nationale maatregel die verband houdt met deze twee fundamentele vrijheden*

(Art. 49 EG en 56 EG)

2. *Vrij verrichten van diensten – Verdragsbepalingen – Werkingssfeer*

(Art. 49 EG en 56 EG)

1. Uit de bewoordingen van de artikelen 49 EG en 56 EG, alsmede uit de plaats ervan in twee verschillende hoofdstukken van titel III van het Verdrag, blijkt dat zij weliswaar nauw met elkaar verband houden, maar verschillende situaties beogen te regelen en elk een eigen werkingssfeer hebben. Het is juist dat in welbepaalde gevallen waarin een nationaal voorschrift zowel met het vrij verrichten van diensten als met het vrije verkeer van kapitaal verband houdt, niet kan worden uitgesloten dat bedoeld voorschrift tegelijkertijd het gebruik van deze twee vrijheden kan belemmeren.

In dat verband kan niet worden aangevoerd dat in dergelijke omstandigheden de bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten subsidiair gelden ten opzichte van die betreffende het vrije verkeer van kapitaal.

Wanneer een nationale maatregel zowel met het vrij verrichten van diensten als met het vrije verkeer van kapitaal verband houdt, moet worden onderzocht in hoeverre het gebruik van die fundamentele vrijheden wordt belemmerd en of, in de omstandigheden van het hoofdgeding, een van die vrijheden voorrang heeft boven de ander. In beginsel wordt de betrokken maatregel slechts uit het oogpunt van een van deze twee vrijheden onderzocht, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.

(cf. punten 28, 30-31, 34)

2. Een nationale regeling van een lidstaat, op grond waarvan voor het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten op zijn grondgebied door een vennootschap met zetel in een derde land is vereist, dat vooraf een vergunning wordt afgegeven, en op grond waarvan een dergelijke vergunning met name moet worden geweigerd wanneer die vennootschap haar hoofdbestuur niet op dat grondgebied heeft en daar evenmin een bijkantoor heeft, maakt hoofdzakelijk inbreuk op het vrij verrichten van diensten in de zin van de artikelen 49 EG en volgende, doordat zij tot gevolg heeft dat in derde landen gevestigde vennootschappen moeilijker toegang krijgen tot de financiële markt van een lidstaat.

Nu de beperkende werking van die regeling voor het vrije verkeer van kapitaal alleen maar een onvermijdelijk gevolg is van de beperking van het verrichten van diensten, behoeft de verenigbaarheid van die regeling met de artikelen 56 EG en volgende niet te worden onderzocht.

Een in een derde staat gevestigde vennootschap kan zich niet beroepen op de artikelen 49 EG en volgende. In tegenstelling tot het hoofdstuk betreffende het vrije verkeer van kapitaal bevat het hoofdstuk betreffende het vrij verrichten van diensten in het Verdrag immers geen enkele bepaling op grond waarvan de voorschriften ervan ook gelden voor dienstverrichters uit derde staten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd, en beoogt dit laatste hoofdstuk het vrij verrichten van diensten te waarborgen aan onderdanen van lidstaten.

(cf. punten 25, 49-50 en dictum)

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

3 oktober 2006 (*)

„Vrijheid van dienstverrichting – Vrijheid van kapitaalverkeer – In derde land gevestigde onderneming – Volledig of hoofdzakelijk op grondgebied van lidstaat gerichte activiteit – Bedrijfsmatig verstrekken van kredieten – Vereiste van voorafgaande vergunning in lidstaat waar dienst wordt verricht”

In zaak C-452/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Duitsland) bij beslissing van 11 oktober 2004, ingekomen bij het Hof op 27 oktober 2004, in de procedure

Fidium Finanz AG

tegen

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas

(rapporteur) en K. Schiemann, kamerpresidenten, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet en M. Ilešič, rechters,

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,

griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 januari 2006,

gelet op de opmerkingen van:

- Fidium Finanz AG, vertegenwoordigd door C. Fassbender en A. Eckhard, Rechtsanwälte, en door N. Petersen, Assessor,
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, vertegenwoordigd door S. Ihle, S. Deppmeyer en A. Sahavi als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door W. Plessing en C. Schulze-Bahr als gemachtigden,
- de Griekse regering, vertegenwoordigd door S. Spyropoulos, D. Kalogiros, S. Vodina en Z. Chatzipavlou als gemachtigden,
- Ierland, vertegenwoordigd door D. O'Hagan als gemachtigde, bijgestaan door M. Collins, SC,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Fernandes, L. Máximo dos Santos en Â. Sequeira Neves als gemachtigden,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door K. Wistrand als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. Støvlbæk en T. Scharf als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 maart 2006,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 EG, 56 EG en 58 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een beroep dat door Fidium Finanz AG (hierna: „Fidium Finanz”), een in Zwitserland gevestigde vennootschap, is ingesteld tegen een besluit van de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Duitse federale autoriteit voor toezicht op de financiële dienstverrichtingen; hierna: „Bundesanstalt”), waarbij deze overheidsinstantie haar verbod heeft opgelegd om bedrijfsmatig kredieten te verstrekken aan in Duitsland wonende cliënten op grond dat zij niet beschikte over de door de Duitse wettelijke regeling vereiste vergunning.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsrecht

3 De artikelen 49 EG tot en met 55 EG regelen de vrijheid van dienstverrichting. Artikel 49, eerste alinea, EG verbiedt de beperkingen van deze vrijheid binnen de Gemeenschap ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

4 De artikelen 56 EG tot en met 60 EG betreffen de vrijheid van kapitaalverkeer. In artikel 56, lid 1, EG heet het dat in het kader van de bepalingen van hoofdstuk 4 van titel III van het EG-Verdrag met als opschrift „Kapitaal en betalingsverkeer” alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden zijn.

5 Bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag [artikel ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam] (PB L 178, blz. 5), met als opschrift „Nomenclatuur van het kapitaalverkeer bedoeld in artikel 1 van de richtlijn”, vermeldt in de inleiding het volgende:

„[...]”

De in deze nomenclatuur opgesomde kapitaalbewegingen omvatten:

– alle voor het verwezenlijken van de kapitaalbewegingen noodzakelijke verrichtingen: sluiten en uitvoeren van de transactie en desbetreffende overmakingen [...]

[...]”

– de aflossing van de kredieten of leningen.

Deze nomenclatuur vormt geen limitatieve omschrijving van het begrip kapitaalverkeer; derhalve is een rubriek XIII – F ‘Overig kapitaalverkeer – Diversen’ opgenomen. De nomenclatuur mag dus niet worden geïnterpreteerd als een beperking van de draagwijdte van het beginsel van een volledige liberalisatie van het kapitaalverkeer zoals dat is neergelegd in artikel 1 van deze richtlijn.”

6 Bedoelde nomenclatuur omvat dertien verschillende categorieën kapitaalverkeer. Onder rubriek VIII, met als opschrift „Financiële leningen en kredieten”, van de nomenclatuur zijn de door niet-ingezetenen aan ingezetenen verstrekte leningen en kredieten opgenomen.

De nationale regeling

7 Volgens § 1, lid 1, van het Gesetz über das Kreditwesen (Duitse wet op het kredietwezen; hierna: „KWG”), in de op 9 september 1998 geldende versie ervan (BGBl. 1998 I, blz. 2776), moet onder „kredietinstellingen” worden verstaan, „ondernemingen die bedrijfsmatig of op een zodanige schaal banktransacties verrichten dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is”, en onder „banktransacties” onder meer „het verstrekken van geldleningen en wisselkredieten (kredietverrichtingen)”.

8 In lid 1a van § I van die wet wordt het begrip „instellingen voor financiële dienstverlening” gedefinieerd als „ondernemingen die bedrijfsmatig of op een zodanige schaal voor derden financiële diensten verrichten dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is”.

9 § 32, lid 1, eerste alinea, KWG luidt:

„Wie in het binnenland bedrijfsmatig of op een zodanige schaal banktransacties of financiële diensten wil verrichten dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is, heeft de schriftelijke toestemming van de Bundesanstalt nodig;

[...]”

10 In § 33, lid 1, eerste alinea, punt 6, KWG heet het dat de vergunning met name moet worden geweigerd wanneer de instelling haar hoofdbestuur niet in het binnenland heeft.

11 § 53, lid 1, KWG bepaalt dat wanneer een in het buitenland gevestigde instelling in Duitsland een bijkantoor heeft dat banktransacties of financiële diensten verricht, dit bijkantoor als een kredietinstelling of instelling voor financiële dienstverlening wordt beschouwd.

12 § 53b, lid 1, KWG voorziet in een bijzondere regeling voor de in andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte gevestigde kredietinstellingen.

13 Volgens de circulaire van de Bundesanstalt van 16 september 2003 worden banktransacties en financiële diensten „in het binnenland” verricht in de zin van § 32 KWG, wanneer „de dienstverrichter zijn zetel of gewone verblijfplaats in het buitenland heeft en zich doelgericht tot de binnenlandse markt wendt om herhaaldelijk en bedrijfsmatig banktransacties of financiële diensten aan te bieden aan ondernemingen en/of personen die in het binnenland zijn gevestigd of daar hun woonplaats hebben”.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

14 Fidium Finanz is een vennootschap naar Zwitsers recht waarvan de zetel en het hoofdbestuur te St. Gallen (Zwitserland) zijn gevestigd. Zij verstrekt kredieten van 2 500 of 3 500 EUR aan buiten Zwitserland gevestigde cliënten, tegen een jaarlijkse rentevoet van 13,94 %.

15 Volgens de door Fidium Finanz verstrekte gegevens worden ongeveer 90 % van haar leningen toegekend aan in Duitsland wonende personen. Eerst werden de betrokken kredieten aangeboden aan in Duitsland wonende Duitse onderdanen die aan bepaalde voorwaarden voldeden. Nadien bestond de doelgroep uit in die lidstaat wonende werknemers die aan bedoelde voorwaarden voldeden. Voor die kredieten worden niet vooraf inlichtingen ingewonnen bij de Schufa (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung; Duits instituut voor algemene kredietbewaking).

16 De betrokken kredieten worden via een vanuit Zwitserland beheerde website aangeboden. Daarop kunnen cliënten de nodige documenten downloaden om ze in te vullen en per post aan Fidium Finanz toe te sturen. De kredieten worden ook via in Duitsland werkzame kredietbemiddelaars aangeboden. Volgens de verwijzende rechter zijn deze bemiddelaars vertegenwoordigers noch gevolmachtigden van Fidium Finanz. Zij sluiten overeenkomsten af voor laatstgenoemde en ontvangen een provisie.

17 Fidium Finanz beschikt niet over de in § 32, lid 1, eerste alinea, KWG vastgestelde vergunning om in Duitsland banktransacties en financiële diensten te verrichten. Wat haar activiteiten in Zwitserland betreft, dient zij de Zwitserse wettelijke bepalingen inzake consumptief krediet na te leven, maar volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens werd de ingevolge die wetgeving geldende vergunningsplicht ten tijde van de feiten van het hoofdgeding niet toegepast op de Zwitserse ondernemingen die uitsluitend in het buitenland kredieten verstrekken.

18 Van mening dat Fidium Finanz „in het binnenland” banktransacties verrichtte in de zin van §

32 KWG, zoals geïnterpreteerd door de circulaire van 16 september 2003, heeft de Bundesanstalt deze onderneming medegedeeld dat zij voor haar activiteit van kredietverstrekking een vergunning diende te verkrijgen. Fidium Finanz heeft daartegen ingebracht dat voor haar activiteiten geen vergunning van een Duitse overheidsinstantie was vereist, aangezien zij niet „in het binnenland” in de zin van het KWG actief is, maar veeleer „voor het binnenland” in Duitsland.

19 Bij besluit van 22 augustus 2003 heeft de Bundesanstalt Fidium Finanz onder meer verboden om bedrijfsmatig of op een zodanige schaal dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is, krediettransacties te verrichten waarbij zij zich doelgericht tot in Duitsland wonende cliënten wendt. Van mening dat dit besluit en het latere besluit van de Bundesanstalt tot bevestiging van eerstbedoeld besluit de vrijheid van kapitaalverkeer als bedoeld in de artikelen 56 en volgende EG beperken, heeft Fidium Finanz een beroep ingesteld bij het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main.

20 Van oordeel dat de uitlegging van het Verdrag noodzakelijk is voor de oplossing van het hoofdgeding, heeft het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Kan een onderneming met zetel buiten de Europese Unie, in casu in Zwitserland, zich inzake het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat van de Europese Unie, in casu de Bondsrepubliek Duitsland, tegenover deze lidstaat en ten aanzien van de maatregelen van zijn autoriteiten of rechterlijke instanties beroepen op de vrijheid van kapitaalverkeer van artikel 56 EG, of vallen de voorbereiding, de verlening en de afwikkeling van dergelijke financiële diensten alleen onder de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 49 EG en volgende?

2) Kan een onderneming met zetel buiten de Europese Unie zich op de vrijheid van kapitaalverkeer van artikel 56 EG beroepen, of moet een beroep op die vrijheid als rechtsmisbruik worden aangemerkt, wanneer deze onderneming bedrijfsmatig of hoofdzakelijk kredieten verstrekt aan inwoners van de Europese Unie, terwijl zij gevestigd is in een land waarin voor het aanvaarden en verrichten van deze bedrijfsactiviteit geen voorafgaande vergunning van een overheidsinstantie van dat land vereist is, en deze activiteit evenmin aan permanent toezicht onderworpen moet zijn, zoals gebruikelijk is voor kredietinstellingen binnen de Europese Unie, in casu meer in het bijzonder in de Bondsrepubliek Duitsland?

Kan een dergelijke onderneming uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze worden behandeld als de op het grondgebied van de betrokken lidstaat gevestigde personen en ondernemingen wat de vergunningsplicht betreft, hoewel zij niet in die lidstaat is gevestigd en daar evenmin een bijkantoor heeft?

3) Maakt een regeling inbreuk op de vrijheid van kapitaalverkeer van artikel 56 EG, wanneer daarin voor de bedrijfsmatige verstrekking van kredieten aan inwoners van de Europese Unie door een onderneming met zetel buiten de Europese Unie is vereist, dat vooraf een vergunning wordt afgegeven door een overheidsinstantie van de lidstaat van de Europese Unie waar de kredietnemers zijn gevestigd?

Is het in dat opzicht van belang of de niet-vergunde bedrijfsmatige verstrekking van kredieten een strafbaar feit dan wel enkel een administratieve onregelmatigheid is?

4) Vindt het in vraag 3 supra bedoelde vereiste van een voorafgaande vergunning zijn rechtvaardiging in artikel 58, lid 1, sub b, EG, in het bijzonder uit het oogpunt van:

– de bescherming van de kredietnemers tegen contractuele en financiële verplichtingen ten

aanzien van personen wier betrouwbaarheid niet vooraf is gecontroleerd;

- de bescherming van deze groep van personen tegen ondernemingen of personen die niet volgens de boekhoudkundige voorschriften werken of die de op grond van algemene bepalingen op hen rustende advies- en informatieplicht tegenover hun cliënten niet in acht nemen;
- de bescherming van deze groep van personen tegen onjuiste en misleidende reclame;
- de zorg voor toereikende financiële middelen bij de kredietverlenende onderneming;
- de bescherming van de kapitaalmarkt tegen de ongecontroleerde verlening van grote leningen;
- de bescherming van de kapitaalmarkt en de maatschappij in het algemeen tegen criminele praktijken, in het bijzonder die waartegen de bepalingen ter bestrijding van het witwassen van geld en van het terrorisme zijn gericht?

5) Voldoet de op zich met het gemeenschapsrecht verenigbare regeling inzake de vergunningsplicht als bedoeld in vraag 3 supra aan artikel 58, lid 1, sub b, EG, wanneer daarin is bepaald dat de onderneming haar hoofdbestuur of ten minste een bijkantoor in de betrokken lidstaat moet hebben om een vergunning te krijgen, in het bijzonder om:

- het de instanties van de betrokken lidstaat mogelijk te maken de bedrijfsvoering en de zakelijke verrichtingen daadwerkelijk en doeltreffend – dus kort van tevoren aangekondigd dan wel onaangekondigd – te controleren;
- de bedrijfsvoering en de zakelijke verrichtingen aan de hand van de documenten die in de lidstaat aanwezig zijn of ter beschikking kunnen worden gesteld volledig duidelijk te maken;
- op het grondgebied van de lidstaat toegang te hebben tot persoonlijk aansprakelijke personen van de onderneming;
- ervoor te zorgen dat financiële aanspraken van cliënten op de onderneming binnen de lidstaat worden gehonoreerd of dit althans gemakkelijker te maken?”

21 Ter terechtzitting heeft de raadsman van Fidium Finanz het Hof medegedeeld dat de bevoegde overheidsinstanties van het kanton St. Gallen haar in maart 2005 een vergunning hadden verleend voor het verstrekken van consumptief krediet.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Inleidende opmerkingen

22 Met zijn prejudiciële verzoek wenst de verwijzende rechter te vernemen of het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten een dienstverrichting is, en of die activiteit onder de artikelen 49 EG en volgende en/of binnen de werkingssfeer van de artikelen 56 EG en volgende inzake de vrijheid van kapitaalverkeer valt. Voor het geval dat deze laatste bepalingen toepassing zouden vinden in de omstandigheden van het hoofdgeding, vraagt hij zich af of zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan voor het verrichten van bedoelde activiteit op het nationale grondgebied door een onderneming met zetel in een derde land is vereist, dat vooraf een vergunning wordt afgegeven, en op grond waarvan een dergelijke vergunning met name moet worden geweigerd wanneer die onderneming haar hoofdbestuur niet op dat grondgebied heeft en daar evenmin een bijkantoor heeft (hierna: „litigieuze regeling”).

23 Meteen al moet worden gepreciseerd dat de litigieuze regeling van toepassing is op ondernemingen met zetel buiten de Europese Economische Ruimte. Krachtens § 53b, lid 1, KWG geldt voor de in de lidstaten van de Europese Economische Ruimte gevestigde kredietinstellingen immers een bijzondere regeling, die in het prejudiciële verzoek niet aan de orde is.

24 Zoals uit de punten 14 en 15 van het onderhavige arrest blijkt, verstrekt het in Zwitserland gevestigde Fidium Finanz bedrijfsmatig kredieten aan inwoners van Duitsland.

25 In tegenstelling tot het hoofdstuk van het Verdrag betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer bevat het hoofdstuk betreffende de vrijheid van dienstverrichting geen enkele bepaling op grond waarvan de voorschriften ervan ook gelden voor dienstverrichters uit derde landen die buiten de Europese Unie zijn gevestigd. Zoals het Hof in zijn advies 1/94 van 15 november 1994 (Jurispr. blz. I-5267, punt 81) heeft vastgesteld, beoogt dit laatste hoofdstuk de vrijheid van dienstverrichting te waarborgen aan onderdanen van lidstaten. Bijgevolg kan een in een derde land gevestigde onderneming zich niet beroepen op de artikelen 49 EG en volgende.

26 Bovendien was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding de op 21 juni 1999 te Luxemburg ondertekende Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen (PB 2002, L 114, blz. 6), die met name de verrichting van diensten op het grondgebied van de overeenkomstsluitende partijen beoogt te vergemakkelijken, nog niet in werking getreden.

27 Bijgevolg rijst de vraag van de afbakening van en de verhouding tussen de verdragsbepalingen betreffende de vrijheid van dienstverrichting en die betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer.

28 Dienaangaande blijkt uit de bewoordingen van de artikelen 49 EG en 56 EG, alsmede uit de plaats ervan in twee verschillende hoofdstukken van titel III van het Verdrag, dat zij weliswaar nauw met elkaar verband houden, maar verschillende situaties beogen te regelen en elk een eigen werkingssfeer hebben.

29 Dit wordt met name door artikel 51, lid 2, EG bevestigd, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de door banken en verzekeringsmaatschappijen verrichte diensten waarmee kapitaalverplaatsingen gepaard gaan enerzijds, en het vrij verkeer van kapitaal anderzijds, en wordt vastgesteld dat de liberalisatie van bedoelde diensten „in overeenstemming met de liberalisatie van het kapitaalverkeer” moet worden verwezenlijkt.

30 Het is juist dat in welbepaalde gevallen waarin een nationaal voorschrift zowel met de vrijheid van dienstverrichting als met de vrijheid van kapitaalverkeer verband houdt, niet kan worden uitgesloten dat bedoeld voorschrift tegelijkertijd de uitoefening van deze twee vrijheden

kan belemmeren.

31 Voor het Hof is aangevoerd dat in dergelijke omstandigheden en gelet op de bewoordingen van artikel 50, eerste alinea, EG, de bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten subsidiair gelden ten opzichte van die betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer.

32 Dit argument kan niet worden aanvaard. Weliswaar is in de definitie van het begrip „diensten” in artikel 50, eerste alinea, EG gepreciseerd dat het gaat om verrichtingen waarop „de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen [...] niet van toepassing zijn”, maar dit neemt niet weg dat dit een precisering is op het vlak van de definitie van bedoeld begrip, zonder dat daarbij een rangorde tussen de vrijheid van dienstverrichting en de andere fundamentele vrijheden tot stand wordt gebracht. Het begrip „diensten” is immers van toepassing op de verrichtingen die niet door de andere vrijheden worden beheerst, om te vermijden dat economische activiteiten buiten de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden zouden vallen.

33 Ook uit artikel 51, lid 2, EG valt een dergelijke rangorde niet af te leiden. Deze bepaling richt zich met name tot de gemeenschapswetgever en vindt haar verklaring in het mogelijkerechts uiteenlopende tempo van de liberalisatie van de dienstverrichtingen enerzijds, en het kapitaalverkeer anderzijds.

34 Wanneer nu een nationale maatregel zowel met de vrijheid van dienstverrichting als met de vrijheid van kapitaalverkeer verband houdt, moet worden onderzocht in hoeverre de uitoefening van die fundamentele vrijheden wordt belemmerd en of, in de omstandigheden van het hoofdgeding, een van die vrijheden voorrang heeft boven de ander (zie in overeenkomstige zin arresten van 25 maart 2004, Karner, C-71/02, Jurispr. blz. I-3025, punt 47, en 14 oktober 2004, Omega, C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punt 27, en arrest van het EVA-Hof van 14 juli 2000, State Management Debt Agency/Íslandsbanki-FBA, E-1/00, EFTA Court Report 2000-2001, blz. 8, punt 32). Het Hof onderzoekt de betrokken maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van een van deze twee vrijheden, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden (zie in overeenkomstige zin arresten van 24 maart 1994, Schindler, C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punt 22, en 22 januari 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 31; arresten Karner, reeds aangehaald, punt 46, en Omega, reeds aangehaald, punt 26, en arrest van 26 mei 2005, Burmanjer e.a., C-20/03, Jurispr. blz. I-4133, punt 35).

35 Het prejudiciële verzoek moet in het licht van deze overwegingen worden beantwoord.

Eerste vraag

36 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een onderneming met zetel in een derde land zich inzake het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat, kan beroepen op de vrijheid van kapitaalverkeer van artikel 56 EG, dan wel of de voorbereiding, de verlening en de afwikkeling van dergelijke financiële diensten alleen onder de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 49 EG en volgende vallen.

37 De Bundesanstalt, de Duitse en de Griekse regering, Ierland, en de Italiaanse en de Portugese regering zijn van mening dat het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten een dienstverrichting in de zin van artikel 50, eerste alinea, EG is, en dat de artikelen 56 EG en volgende geen toepassing vinden in de omstandigheden van het hoofdgeding. De Commissie van de Europese Gemeenschappen en Fidium Finanz stellen dat de betrokken activiteit onder het vrije kapitaalverkeer valt en dat Fidium Finanz zich op artikel 56 EG kan beroepen.

- 38 Om te beginnen moet worden vastgesteld met welke fundamentele vrijheid het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten, zoals dit door Fidium Finanz wordt gedaan, verband houdt.
- 39 Volgens vaste rechtspraak is het verstrekken van kredieten door een kredietinstelling een dienst in de zin van artikel 49 EG (zie in die zin arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson, C-484/93, Jurispr. blz. I-3955, punt 11, en 9 juli 1997, Parodi, C-222/95, Jurispr. blz. I-3899, punt 17). Bovendien heeft richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PB L 126, blz. 1), ten doel met name het verstrekken van kredieten vanuit het oogpunt van zowel de vrijheid van vestiging als de vrijheid van dienstverrichting te regelen.
- 40 Fidium Finanz is weliswaar geen kredietinstelling in de zin van het gemeenschapsrecht, aangezien haar activiteit niet bestaat in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden, maar dit neemt niet weg dat haar activiteit van bedrijfsmatige kredietverstrekking een dienstverrichting is.
- 41 Het begrip „kapitaalverkeer” wordt in het Verdrag niet gedefinieerd. Volgens vaste rechtspraak behoudt de nomenclatuur van het „kapitaalverkeer” in de bijlage bij richtlijn 88/361, voor zover artikel 56 EG in hoofdzaak de inhoud van artikel 1 van die richtlijn heeft overgenomen, en ook al is die richtlijn vastgesteld op basis van de artikelen 69 en 70, lid 1, EEG-Verdrag (de artikelen 67 tot en met 73 van het EEG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 73 B tot en met 73 G van het EG-Verdrag, thans de artikelen 56 EG tot en met 60 EG), evenwel de indicatieve waarde die zij voor de definitie van het begrip kapitaalverkeer bezat (zie in die zin met name arresten van 16 maart 1999, Trummer en Mayer, C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 21; 5 maart 2002, Reisch e.a., C-515/99, C-519/99–C-524/99 en C-526/99–C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punt 30, en 23 februari 2006, Van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 39).
- 42 De door niet-ingezetenen aan ingezetenen verstrekte leningen en kredieten zijn opgenomen onder rubriek VIII van bijlage I bij richtlijn 88/361, met als opschrift „Financiële leningen en kredieten”. Volgens de verklarende aantekeningen in die bijlage omvat deze categorie met name het consumptief krediet.
- 43 Hieruit volgt dat het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten in beginsel zowel verband houdt met de vrijheid van dienstverrichting in de zin van de artikelen 49 EG en volgende als met de vrijheid van kapitaalverkeer van de artikelen 56 EG en volgende.
- 44 Bijgevolg moet worden onderzocht of, en in voorkomend geval, in hoeverre de litigieuze regeling de uitoefening van deze twee vrijheden in de omstandigheden van het hoofdgeding beïnvloedt en of zij deze kan belemmeren.
- 45 Uit de processtukken blijkt dat de betrokken regeling deel uitmaakt van de Duitse wetgeving op het toezicht over ondernemingen die banktransacties verrichten en financiële diensten aanbieden. Met de regeling wordt beoogd toezicht te houden op de verrichting van dergelijke diensten, en vergunningen voor de verrichting ervan enkel te verlenen aan ondernemingen die de regelmatige uitvoering van verrichtingen verzekeren. Zodra de onderneming toegang tot de nationale markt is verleend, de geldlening is voorbereid en de leningsovereenkomst is ondertekend, wordt die overeenkomst uitgevoerd en het geldbedrag van de lening feitelijk ter beschikking van de kredietnemer gesteld.
- 46 De litigieuze regeling heeft als gevolg dat ondernemingen die niet aan de geschiktheidseisen van het KWG voldoen geen toegang tot de Duitse financiële markt krijgen. Volgens vaste rechtspraak moeten alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting

verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken als beperkingen van die vrijheid worden beschouwd (zie met name arrest van 15 januari 2002, Commissie/Italië, C-439/99, Jurispr. blz. I-305, punt 22). Terwijl het vergunningsvereiste een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt, is het vereiste van een vaste inrichting in feite de ontkenning van die vrijheid. Een dergelijk vereiste is slechts aanvaardbaar, indien vaststaat dat het onmisbaar is om het beoogde doel te bereiken (zie met name de reeds aangehaalde arresten Parodi, punt 31, en Commissie/Italië, punt 30).

47 Gelet op de in punt 25 van het onderhavige arrest uiteengezette overwegingen, kan een onderneming met zetel in een derde land, zoals Fidium Finanz, zich niet beroepen op de artikelen 49 EG en volgende.

48 Wat de vrijheid van kapitaalverkeer in de zin van de artikelen 56 EG en volgende betreft, is het mogelijk dat de regeling, waar zij de door ondernemingen met zetel buiten de Europese Economische Ruimte aangeboden financiële dienstverrichtingen minder toegankelijk maakt voor in Duitsland wonende cliënten, met zich brengt dat die cliënten minder vaak van die diensten gebruik maken, zodat de met die verrichtingen verband houdende grensoverschrijdende financiële stromen zullen verminderen. Daarbij is evenwel enkel sprake van een onvermijdelijk gevolg van de beperking van het vrij verrichten van diensten (zie in die zin arrest Omega, reeds aangehaald, punt 27, en arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 33. Zie ook, in overeenkomstige zin, arrest van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 34).

49 In de omstandigheden van het hoofdgeding heeft het aspect vrijheid van dienstverrichting dus de voorrang boven het aspect vrijheid van kapitaalverkeer. Aangezien de litigieuze regeling tot gevolg heeft dat in derde landen gevestigde ondernemingen moeilijker toegang krijgen tot de Duitse financiële markt, maakt zij immers hoofdzakelijk inbreuk op de vrijheid van dienstverrichting. Nu de beperkende werking van die regeling voor de vrijheid van het kapitaalverkeer alleen maar een onvermijdelijk gevolg is van de beperking van het verrichten van diensten, behoeft de verenigbaarheid van de regeling met de artikelen 56 EG en volgende niet te worden onderzocht.

50 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een nationale regeling van een lidstaat, op grond waarvan voor het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten op zijn grondgebied door een onderneming met zetel in een derde land is vereist, dat vooraf een vergunning wordt afgegeven, en op grond waarvan een dergelijke vergunning met name moet worden geweigerd wanneer die onderneming haar hoofdbestuur niet op dat grondgebied heeft en daar evenmin een bijkantoor heeft, hoofdzakelijk inbreuk maakt op de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van de artikelen 49 EG en volgende. Een in een derde land gevestigde onderneming kan zich op die bepalingen niet beroepen.

51 Gelet op het antwoord op de eerste vraag behoeven de andere vragen van de verwijzende rechter niet te worden beantwoord.

Kosten

52 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie verklaart voor recht:

Een nationale regeling van een lidstaat, op grond waarvan voor het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten op zijn grondgebied door een onderneming met zetel in een derde land is vereist, dat vooraf een vergunning wordt afgegeven, en op grond waarvan een dergelijke vergunning met name moet worden geweigerd wanneer die onderneming haar hoofdbestuur niet op dat grondgebied heeft en daar evenmin een bijkantoor heeft, maakt hoofdzakelijk inbreuk op de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van de artikelen 49 EG en volgende. Een in een derde land gevestigde onderneming kan zich op die bepalingen niet beroepen.

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.