

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. STIX-HACKL

van 16 maart 2006 (1)

Zaak C-452/04

Fidium Finanz AG

tegen

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

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

„Vrij verkeer van kapitaal – Vrijheid van dienstverrichting – Verstrekking van kredieten door onderneming met zetel in derde land aan inwoners van een lidstaat – Vereiste van voorafgaande vergunning in lidstaat waar dienst wordt verricht – Misbruik”

I – Inleidende opmerkingen

1. Deze prejudiciële procedure heeft betrekking op de vraag of het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten door een onderneming met zetel in een derde land aan inwoners van een lidstaat van de Europese Unie onder de vrijheid van kapitaalverkeer of de vrijheid van dienstverrichting valt. Daarbij gaat het met name om de toelaatbaarheid van een door de betrokken lidstaat vereiste vergunning voor die kredietverstrekking en om de eis dat de onderneming van het derde land in die lidstaat moet zijn gevestigd.

II – Rechtskader

A – Gemeenschapsrecht

1. De toepasselijke bepalingen op het gebied van de *vrijheid van kapitaalverkeer*
2. Artikel 56, lid 1, EG luidt als volgt:

„In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.”

3. Artikel 57, lid 1, EG bepaalt:

„Het bepaalde in artikel 56 doet geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van nationaal of gemeenschapsrecht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen 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.”

4. Artikel 58, lid 1, sub b, EG bepaalt:

„Het bepaalde in artikel 56 doet niets af aan het recht van de lidstaten: [...]

b) alle nodige maatregelen te nemen 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, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.”

5. Artikel 58, lid 3, EG luidt:

„De in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen en procedures mogen geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 56.”

2. Richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag(2) (hierna: „richtlijn 88/361”)

6. In de inleiding van de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 wordt onder meer het volgende vermeld:

„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 [...]

7. De classificatie van de nomenclatuur omvat onder meer:

„VIII. Financiële leningen en kredieten (niet vallende onder de categorieën I, VII en XI)

A. Door niet-ingezetenen aan ingezetenen verstrekte leningen en kredieten”.

8. De begripsbepalingen omvatten:

„Financiële leningen en kredieten

Deze categorie omvat eveneens hypothecaire leningen, consumptief krediet [...]

3. 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(3) (hierna: „richtlijn 2000/12”).

9. De verwijzing naar de rechtsgrondslag luidt:

„Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inzonderheid op artikel 47, lid 2, eerste en derde zin, [...]”

10. De vierde overweging van de considerans bepaalt onder meer:

„De onderhavige richtlijn vormt met betrekking tot de sector kredietinstellingen, ten aanzien van [...] het vrij verrichten van diensten, het essentiële instrument voor de totstandbrenging van de interne markt [...]”

11. De achttiende overweging van de considerans luidt:

„Tussen het doel van de onderhavige richtlijn en de door middel van andere communautaire besluiten tot stand gebrachte liberalisatie van het kapitaalverkeer bestaat een noodzakelijk verband. De maatregelen tot liberalisatie van de bankdiensten moeten in ieder geval in harmonie zijn met de maatregelen tot liberalisatie van het kapitaalverkeer.”

12. De vierde zin van de negentiende overweging van de considerans luidt:

„De bijkantoren met hoofdkantoor buiten de Gemeenschap komen niet in aanmerking voor het vrij verrichten van diensten [...] in andere lidstaten dan die waarin zij gevestigd zijn.”

13. De vijftenzestigste overweging van de considerans luidt:

„Het toezicht op de kredietinstellingen op geconsolideerde basis moet met name ten doel hebben de belangen van de inleggers van die instellingen te beschermen en de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen.”

14. Artikel 4, lid 1 luidt:

„De lidstaten schrijven voor dat de onder deze richtlijn vallende kredietinstellingen een vergunning moeten hebben verkregen alvorens hun werkzaamheden aan tevangen.”

15. Volgens bijlage I behoort tot de werkzaamheden die onder de wederzijdse erkenning vallen onder meer het „verstrekken van leningen, hierbij met name inbegrepen consumptieve kredieten”.

B – *Nationaal recht*

1. Gesetz über das Kreditwesen(4) (Duitse wet op het kredietwezen; hierna: „KWG”)

16. § 32, lid 1, eerste zin, KWG bepaalt:

„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 [...]”

17. § 1, lid 1, eerste zin, KWG luidt:

„Onder kredietinstellingen wordt verstaan ondernemingen die bedrijfsmatig of op een zodanige schaal banktransacties verrichten dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is.”

18. § 1, lid 1, tweede zin, KWG bepaalt onder meer:

„Onder banktransacties wordt verstaan [...]

(2) het verstrekken van geldleningen en wisselkredieten (kredietverrichtingen)”.

19. § 6, lid 2, luidt als volgt:

„De Bundesanstalt dient wantoestanden in het kredietwezen en in de sector van de financiële dienstverlening te bestrijden, die de garantie van de aan de instellingen toevertrouwde geldwaarden in gevaar kunnen brengen, de regelmatige uitvoering van banktransacties of financiële diensten nadelig kunnen beïnvloeden, of belangrijke schade kunnen toebrengen aan de economie in het algemeen.”

20. § 33, lid 1, eerste zin, KWG bepaalt onder meer:

„De vergunning moet worden geweigerd wanneer [...]

(6) de instelling haar hoofdbestuur niet in het binnenland heeft [...]

21. In tegenstelling tot § 33, lid 1, eerste zin, punt 6, KWG staat § 53 KWG toe dat bijkantoren van buitenlandse instellingen hun werkzaamheden uitoefenen zonder hun hoofdbestuur te verplaatsen, wanneer aan de voorwaarden van § 53, lid 2, KWG is voldaan. § 53b KWG voorziet in bevoorrechte toegangsmogelijkheden tot de Duitse markt voor in een andere staat van de Europese Economische Ruimte gevestigde depositokredietinstellingen en ondernemingen die financiële diensten verrichten.

22. Voor staten als Zwitserland is ingevolge § 53c KWG een versoepelde markttoegang afhankelijk van een Verordnung van het Bundesministerium der Finanzen (Bondsministerie van Financiën).

23. § 54 KWG stelt een sanctie op het verrichten van banktransacties of financiële diensten zonder vergunning overeenkomstig § 32, lid 1, eerste zin, KWG.

2. Richtsnoeren van de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (hierna: „BaFin”) van 12 april 2003 over de vergunningsplicht overeenkomstig § 32, lid 1, KWG

24. In afwijking van haar vroegere bestuurlijke praktijk acht BaFin de vergunningsplicht voortaan ook van toepassing op banktransacties van in het buitenland gevestigde ondernemingen wanneer zij zich doelgericht tot de binnenlandse markt wenden.

III – Feiten en hoofdgeding

25. Fidium Finanz AG (hierna: „Fidium Finanz”) is een vennootschap op aandelen naar Zwitsers recht waarvan de zetel en het hoofdbestuur in St Gallen (Zwitserland) zijn gevestigd. Zij verstrekt hoofdzakelijk kleine kredieten ten bedrage van 2 500 of 3 500 EUR, waarbij geen inlichtingen bij de Schufa (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung; Duits instituut voor algemene kredietbewaking) worden ingewonnen. Dit is evenwel gebruikelijk wanneer in Duitsland gevestigde kredietinstellingen kredieten verlenen. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding beschikte

Fidium Finanz niet over een vergunning om banktransacties te verrichten naar Duits recht.

26. Volgens de verwijzingsbeschikking is Fidium Finanz in Zwitserland niet aan het toezicht van de Zwitserse bankcommissie onderworpen. Volgens de in de verwijzingsbeschikking vermelde informatie van het bevoegde kanton St Gallen van 28 juni 2004 beschikte Fidium Finanz niet over een vergunning tot het verstrekken van kredieten naar Zwitsers recht, maar had zij die ook niet nodig, omdat zij enkel consumptieve kredieten aan in het buitenland wonende personen verstrekke.

27. Begin 2003 werd het BaFin duidelijk dat Fidium Finanz leningen verstrekke. Fidium Finanz bood onder andere via het internet kredieten aan voor de twee voornoemde bedragen. De internetpagina was in het Duits opgesteld. Cliënten hadden de mogelijkheid de documenten voor de kredietaanvraag te downloaden, in te vullen en per post terug te sturen aan Fidium Finanz, die vervolgens over de goedkeuring van de kredietaanvraag besliste. Bij goedkeuring van het krediet werd het bedrag ervan per postwissel aan de cliënt bezorgd. De looptijd van de kredieten bedroeg 40 maanden, de jaarlijkse rentevoet beliep volgens de informatie van Fidium Finanz in het jaar 2003 ongeveer 13,94 %. Daarnaast bood Fidium Finanz de kredieten aan via in Duitsland werkzame bemiddelaars, die ook via het internet namens Fidium Finanz klanten werven.

28. Op 12 april 2003 maakte BaFin nieuwe richtsnoeren bekend inzake de vergunningsplicht uit hoofde van § 32, lid 1, KWG voor grensoverschrijdende banktransacties.

29. Bij besluit van 22 augustus 2003 heeft BaFin Fidium Finanz verboden krediettransacties in de zin van § 1, lid 1, tweede zin, punt 2, KWG bedrijfsmatig of op een dergelijke schaal te verrichten dat daar een commercieel georganiseerde onderneming voor nodig is, door het verstrekken van geldleningen aan in de Bondsrepubliek Duitsland wonende cliënten tot wie zij zich doelgericht wendt.

30. Op 18 februari 2004 heeft BaFin het op 1 september 2003 tegen dat besluit ingediende bezwaar afgewezen. Hierop heeft Fidium Finanz op 2 maart 2004 bij het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main beroep ingesteld tot nietigverklaring van het tegen haar uitgevaardigde besluit. Zij stelt dat zij op grond van de plaats van de zetel van haar bedrijf en de concentratie van al haar administratieve activiteiten in Zwitserland geen banktransacties „in het binnenland” („im Inland”) verricht, wat volgens § 32, lid 2, eerste zin, KWG een voorwaarde is voor de vergunningsplicht.

31. Volgens het Verwaltungsgericht kan het beroep naar nationaal recht evenwel niet slagen, omdat Fidium Finanz onderworpen is aan de vergunningsplicht van § 32, lid 1, KWG. Op grond van het gemeenschapsrecht, dat voorrang heeft boven het nationale recht, zou echter een andere uitkomst mogelijk kunnen zijn.

IV – Prejudiciële vragen

32. Het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main heeft het Hof derhalve de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„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 aanvangen 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?”

V – Eerste prejudiciële vraag

33. Met de eerste prejudiciële vraag wenst het Verwaltungsgericht in wezen te vernemen of een onderneming met zetel in een derde land zich met het oog op het verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat kan beroepen op de vrijheid van kapitaalverkeer, dan wel of deze activiteit alleen onder artikel 49 EG, dus de vrijheid van dienstverrichting valt.

A – Belangrijkste argumenten van partijen

34. Fidium Finanz en de Commissie zijn van mening dat het verstrekken van kredieten binnen de werkingssfeer van de vrijheid van kapitaalverkeer valt. Zij verwijzen daartoe naar de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361.

35. Volgens Fidium Finanz behoort het verstrekken van kredieten in rubriek VIII van bijlage I bij richtlijn 88/361 met het opschrift „Financiële leningen en kredieten” uitdrukkelijk tot het kapitaalverkeer. Volgens de Commissie verandert ook de formulering „aflossing van de kredieten of leningen” in de inleiding van de nomenclatuur daaraan niets, aangezien de niet-limitatieve aard van de opsomming impliceert dat ook het verstrekken van leningen tot het kapitaalverkeer behoort.

36. Fidium Finanz voegt hieraan toe dat het verstrekken van kredieten weliswaar verband houdt met de vrijheid van dienstverrichting, maar dat dit de toepasselijkheid van artikel 56 EG niet uitsluit, daar uit de rechtspraak van het Hof in hoofdzaak is af te leiden dat op het gebied van de financiële diensten deze twee fundamentele vrijheden tegelijkertijd van toepassing zijn.(5)

37. BaFin en de Duitse, de Griekse, de Ierse, de Italiaanse en de Portugese regering zijn daarentegen van mening dat artikel 56 EG niet van toepassing is. BaFin en de Duitse regering baseren zich daarvoor in de eerste plaats op het feit dat het verlenen van kredieten geen belegging of investering is.(6) De Duitse en de Griekse regering en BaFin erkennen voorts dat de vergunningsplicht indirect van invloed kan zijn op de kapitaalbewegingen, in casu op de betaling van het geleende bedrag, maar beklemtonen tegelijkertijd dat volgens de rechtspraak van het Hof(7) artikel 56 EG niet de beperkingen van kapitaalbewegingen verbiedt die slechts indirect voortvloeien uit beperkingen ten aanzien van de andere fundamentele vrijheden, in casu de vrijheid van dienstverrichting.

38. Volgens de Ierse regering kan weliswaar van deze rechtspraak niet meer worden uitgegaan, maar sluit ook het criterium van het „hoofdaspect” de toepasselijkheid van de regels van het kapitaalverkeer uit.

39. Verder noemen de Italiaanse, de Griekse, de Duitse regering en BaFin richtlijn 2000/12, die, gelet op haar rechtsgrondslag, een aantal overwegingen van de considerans en de opsomming in bijlage I, het verstrekken van kredieten niet onder de vrijheid van kapitaalverkeer, maar onder de vrijheid van dienstverrichting laat vallen.

40. De Duitse regering voegt hier ten slotte aan toe dat artikel 49 EG een bepaling in de zin van artikel 57, lid 1, EG is en dat de vrijheid van kapitaalverkeer op het gebied van financiële diensten beperkt is tot de lidstaten, omdat het verstrekken van kredieten op zijn minst ook een dienst is.

B – *Beoordeling*

41. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het verstrekken van leningen vanuit een derde land en bestemd voor de Europese Unie onder de regels inzake de vrijheid van kapitaal en/of die inzake de vrijheid van dienstverrichting valt.

42. Wat de artikelen 49 EG en volgende betreft, dus de artikelen betreffende de vrijheid van dienstverrichting, heeft het Hof in de zaken Svensson en Gustavsson(8) alsook Parodi(9) het toekennen van leningen ook als dienstverrichtingen beschouwd. Deze activiteiten behoren dus weliswaar tot de materiële werkingssfeer van die bepalingen, maar een onderneming als Fidium Finanz kan zich niet beroepen op de vrijheid van dienstverrichting, omdat de personele werkingssfeer ervan zich niet uitstrekt tot buiten de Gemeenschap gevestigde personen. Ook uit de Overeenkomst over het vrije verkeer van personen tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat blijkt niets anders.(10)

43. Uit de tekst van artikel 56, lid 1, EG – „[...] en tussen lidstaten en derde landen [...]” – blijkt daarentegen dat ook een buiten de Gemeenschap gevestigde onderneming zich op de vrijheid van kapitaalverkeer kan beroepen.(11)

44. Het hierna volgende onderzoek moet zich dus richten op de vraag of de betrokken activiteiten niet alleen binnen de personele, maar ook binnen de materiële werkingssfeer van artikel 56, lid 1, EG vallen, en of het verstrekken van kredieten onder het kapitaalverkeer valt.

45. Het Verdrag bevat zelf geen juridische definitie van het begrip kapitaalverkeer. In vaste rechtspraak(12) verwijst het Hof evenwel naar de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 voor de concretisering ervan. Ongeacht het feit dat die richtlijn is vastgesteld op basis van de destijds toepasselijke artikelen 69 en 70, lid 1, EEG-Verdrag, behoudt zij ook na de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht haar indicatieve waarde voor de definitie van het begrip kapitaalverkeer.

46. Rubriek VIII van de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 noemt onder punt A de „Door niet-ingezetenen aan ingezetenen verstrekte leningen en kredieten”. In de verklarende aantekeningen aan het einde van de nomenclatuur worden deze omschreven als „door financiële instellingen verstrekte financieringsmiddelen [...] eveneens [...] consumptief krediet”. In eerste instantie is een activiteit als die van Fidium Finanz derhalve onder te brengen onder het kapitaalverkeer.

47. Volgens de inleiding van de nomenclatuur zijn evenwel slechts „*aflossingen* van kredieten of leningen” kapitaalbewegingen, hetgeen een scheiding suggereert tussen het sluiten van overeenkomsten inzake het leveren van een financiële dienst, die tot de – in casu niet toepasselijke – vrijheid van dienstverrichting zou behoren, en de uitvoering van dergelijke transacties als onderdeel van de vrijheid van kapitaalverkeer.

48. Dat een dergelijke splitsing van één economische transactie evenwel niet werd beoogd, blijkt enerzijds uit het vervolg van de inleiding van de nomenclatuur, waarin wordt aangegeven dat de kapitaalbewegingen „alle voor het verwezenlijken van de kapitaalbewegingen noodzakelijke verrichtingen: sluiten en uitvoeren van de transactie en desbetreffende overmakingen” omvatten.

49. Anderzijds wordt dit ook verduidelijkt door de van rubriek VIII afwijkende formulering van rubriek X. Daarin is slechts sprake van „Overmakingen ter uitvoering van verzekeringsovereenkomsten”. Men zou daaruit kunnen afleiden dat de kapitaalbewegingen op dit gebied beperkt zijn tot overmakingen, met uitsluiting van de daaraan ten grondslag liggende verzekeringsovereenkomst.

50. Uit de afwijkende formulering van rubriek VIII, sub A, kan echter worden afgeleid dat de gemeenschapswetgever een economische transactie niet juridisch heeft willen splitsen, althans niet wat leningen betreft.

51. Deze conclusie wordt gestaafd door de rechtspraak van het Hof(13), op grond waarvan andere gevallen die niet expliciet zijn opgesomd, ook tot het vrij verkeer van kapitaal behoren, omdat bijlage I „een niet-uitputtende lijst van verrichtingen [bevat]”. De vrijheid van kapitaalverkeer moet dan zeker voor het *verstrekken* van kredieten gelden, met name omdat kredieten in de nomenclatuur van bijlage I uitdrukkelijk worden genoemd, hoewel in de inleiding van de nomenclatuur slechts sprake is van de *aflossing* van kredieten of leningen.

52. Aan deze uitlegging wordt ook niet afgedaan door de overwegingen van het Hof in het arrest *Luisi en Carbone*.(14) Volgens deze overwegingen bestaat kapitaalverkeer slechts uit „financiële operaties die in wezen op belegging of investering van het betrokken bedrag zijn gericht en niet op vergoeding van een prestatie”. Het verstrekken van leningen heeft evenwel in zoverre het karakter van een belegging als een dergelijke transactie regelmatig met rentewinst wordt verricht.(15) De betaling van de bedragen na het verstrekken van de lening is voorts geen vergoeding van een prestatie in de zin van het vrije betalingsverkeer, maar is zelf een kapitaalbeweging.

53. Ik zal thans gedetailleerd onderzoeken of de regels van de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing zijn op de verstrekking van kredieten. Aan de rechtspraak van het Hof kan ik daartoe vier verschillende groepen argumenten ontlelen.

54. De eerste lijn van de rechtspraak vormen de zaken *Svensson en Gustavsson*(16), en *Parodi*(17), die allebei betrekking hebben op voorschriften die het verstrekken van kredieten door banken belemmeren, alsmede de zaak *Commissie/Italië*.(18) Uit deze arresten is af te leiden dat de huidige artikelen 49 EG en 56 EG parallel worden toegepast op het gebied van de verrichting van financiële diensten. De regels over de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen op grond van deze arresten dus naast de vrijheid van dienstverrichting worden ingeroepen.

55. Een andere, tweede lijn volgt het Hof in de zaken *Safir*(19) en *Ambry*.(20) In die beslissingen hanteert het Hof de vrijheid van dienstverrichting als enige toetsingscriterium. Hoewel de prejudiciële vragen in beide zaken zowel op artikel 49 EG als op artikel 56 EG betrekking hadden, heeft het Hof uitdrukkelijk verklaard dat niet behoefde te worden beoordeeld „of een dergelijke regeling tevens in strijd is met artikel 73 B van het Verdrag” (thans artikel 56 EG). Op het eerste gezicht zou men hierin een afwijzing van de toepasselijkheid van de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen zien.(21)

56. Een meer gedetailleerde analyse van de arresten in de eerdergenoemde zaken *Safir* en *Ambry* (met name van de woorden „niet hoeft te worden beoordeeld”) toont evenwel aan dat het Hof de toepasselijkheid van artikel 56 EG alleen maar niet heeft willen uitsluiten.(22)

57. Daar komt bij dat in de zaak *Safir* de prejudiciële vraag met betrekking tot het huidige artikel 56 EG slechts als alternatief was gesteld („of”)(23) ten opzichte van de regels betreffende de vrijheid van dienstverrichting. Aangezien het Hof bij de uitlegging van artikel 49 EG de onverenigbaarheid van de nationale maatregel met juist deze bepaling reeds had vastgesteld,

behoefde verder geen uitspraak over de vrijheid van kapitaalverkeer te worden gedaan. Uit deze rechtspraak kan dus geen afwijzing van de toepasselijkheid van artikel 56 EG worden afgeleid.

58. Hetzelfde geldt voor de zaak Ambry. De prejudiciële vraag was hier weliswaar cumulatief geformuleerd („en”)(24), maar ook hier werd eerst vastgesteld dat de nationale maatregel onverenigbaar was met artikel 49 EG. Voor de beslechting van het hoofdgeding hoefde het Hof zich niet noodzakelijk verder uit te spreken.

59. Derhalve pleiten ook de in de vorige punten aangehaalde arresten niet tegen de toepasselijkheid van de regels inzake de vrijheid van kapitaalverkeer.

60. In de arresten Sandoz(25) (met betrekking tot de behandeling van in het buitenland aangegane leningen) en Reisch e.a.(26) heeft het Hof alleen het huidige artikel 56 EG uitgelegd en zich niet uitgesproken over artikel 49 EG, aangezien de prejudiciële vragen beperkt waren tot de regels over het vrije kapitaalverkeer. Derhalve moet ook op grond van deze bepalingen worden uitgegaan van de toepasselijkheid van de artikelen 56 en volgende EG op de verstrekking van kredieten.

61. Alleen het arrest Bachmann(27) en een aantal ernaar verwijzende conclusies(28), die bij potentiële samenloop van de vrijheid van dienstverrichting en de vrijheid van kapitaalverkeer in geval van een slechts indirecte beperking van de in artikel 56 EG geregelde vrijheid van kapitaalverkeer de laatstgenoemde vrijheid niet wilden toepassen, zouden tegen de toepasselijkheid van de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen pleiten.

62. In dit verband merk ik in de eerste plaats op dat het criterium van de indirecte beperking of indirecte aantasting onvoldoende nauwkeurig en te vaag is om een concreet geval onder een van de fundamentele vrijheden te laten vallen.(29) Op dit criterium kan evenwel ook op grond van de rechtspraak van het Hof geen beroep meer worden gedaan, omdat het Hof sinds het arrest Bachmann niet meer van dit afbakeningscriterium uitgaat. Dat geldt overigens ook voor het op een vergelijkbaar doel gerichte criterium van het „hoofdaspect”. Ook deze lijn van de rechtspraak verzet zich er dus in elk geval niet tegen dat een beroep wordt gedaan op artikel 56 EG.

63. Derhalve stel ik met betrekking tot de relevante rechtspraak van het Hof concluderend vast dat de regels inzake de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing zijn in een geval als dat van het hoofdgeding.

64. Rest mij te onderzoeken of de bepalingen van richtlijn 2000/12 zich kunnen verzetten tegen de toepassing van artikel 56 EG. Hoewel deze richtlijn niet van toepassing is op de in de onderhavige procedure beschreven feiten(30), dient zij wel in aanmerking te worden genomen wegens haar nauwe band met de onderhavige economische activiteit.

65. De richtlijn beoogt onder meer „leningen, met name consumptief krediet” te regelen, zoals blijkt uit bijlage I bij de richtlijn. Zoals blijkt uit de rechtsgrondslag van de richtlijn, namelijk artikel 47, lid 2, EG, en uit de vierde en de negentiende overweging van de considerans van de richtlijn, vallen kredieten onder de vrijheid van dienstverrichting.

66. Deze omstandigheid ga ik thans onderzoeken met het oog op eventuele gevolgen voor de toepasselijkheid van artikel 56 EG.

67. De keuze van de rechtsgrondslag van een handeling van afgeleid recht waarin de toepasselijkheid van een van de fundamentele vrijheden tot uitdrukking komt, kan weliswaar van belang zijn voor de kwalificatie van kredieten in het kader van de desbetreffende fundamentele vrijheid, maar daarmee kan een dergelijke handeling de draagwijdte van de betrokken of een

andere fundamentele vrijheid nog niet beperken.

68. Dat dit ook niet de bedoeling van de gemeenschapswetgever was, blijkt uit de achttiende overweging van de considerans van richtlijn 2000/12 en reeds uit de bovengenoemde nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361, waar de gemeenschapswetgever op het verstrekken van leningen in het afgeleide recht naast de vrijheid van dienstverrichting, ook de vrijheid van kapitaalverkeer toepasselijk verklaart. Richtlijn 2000/12 pleit dus om twee redenen voor de toepasselijkheid van artikel 56, lid 1, EG.

69. Verder ga ik in op de stelling dat de vrijheid van kapitaalverkeer uitsluitend van toepassing is op zogenaamde „transacties op het gebied van vermogenswaarden” of op een zogenaamde „overmaking van vermogenswaarden” die tegenover de economische activiteit kan worden geplaatst. Zelfs wanneer men deze opvatting deelt, betekent dat niet dat het verstrekken van kredieten automatisch uitgesloten is van de werkingssfeer van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het verstrekken van kredieten heeft immers vanzelfsprekend betrekking op een transactie op het gebied van vermogenswaarden; zoals ook uitdrukkelijk ter terechtzitting is aangevoerd, is kredietverstrekking een kapitaalbeweging. Gelet op het specifieke karakter van de vrijheid van kapitaalverkeer, behoeft niet te worden aangegeven wat zij nog kan zijn. Volledigheidshalve wijs ik er nog op dat er ook financiële dienstverrichtingen zijn die niet verbonden zijn met een kapitaalbeweging, zoals loutere adviesactiviteiten.

70. In dit verband moet ook worden gewezen op een uitdrukkelijke regel van primair recht inzake de verhouding van de vrijheid van kapitaalverkeer tot de vrijheid van dienstverrichting. Krachtens artikel 50 EG heeft de vrijheid van kapitaalverkeer voorrang boven de vrijheid van dienstverrichting. Deze in het primaire recht vastgelegde rangorde is juist in een geval als dat van het hoofdgeding relevant. Dat betekent dat zelfs wanneer op de economische activiteit van een kredietinstelling, op zichzelf beschouwd, de regels inzake de vrijheid van dienstverrichting van toepassing zouden zijn, deze activiteit vanuit bepaalde gezichtspunten uitsluitend onder de bij voorrang toe te passen vrijheid van kapitaalverkeer valt.

71. Deze rangorde geldt ook ten opzichte van derde landen. Dit blijkt uit het feit dat het Verdrag voor de betrekkingen met derde landen weliswaar bijzondere regels bevat (artikelen 57 EG, 59 EG en 60 EG), maar geen specifieke bepaling met betrekking tot de voorrangsregel. Kennelijk hebben de lidstaten als auteurs van het Verdrag ter zake niet in een afwijking willen voorzien.

72. De vrijheid van kapitaalverkeer moet voorts ook toepasselijk blijven wanneer men de betrokken maatregel van de lidstaat onderzoekt, omdat niet het doel, maar de gevolgen daarvan beslissend zijn. In het hoofdgeding strekken de gevolgen zich evenwel mede uit tot het verstrekken van kredieten. De mate daarvan, bijvoorbeeld of het om een wezenlijk gevolg gaat, of de rechtstreekse aard van de maatregel, is niet van belang.

73. In de procedure is voorts aangevoerd dat het bij de vrijheid van kapitaalverkeer alleen om objectgerichte maatregelen gaat. Niets in het primaire recht ondersteunt deze strikte uitlegging. Integendeel, uit het Verdrag kan worden afgeleid dat ook persoonsgerichte maatregelen, zoals het toezicht op kredietinstellingen, onder de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen vallen. Anders zou de afwijking van artikel 58, lid 1, sub b, EG immers overbodig zijn.

74. Ten slotte blijkt ook uit artikel 57, lid 1, EG – in de variant „gemeenschapsrecht [...] inzake [...] het verrichten van financiële diensten [...]” – in samenhang met artikel 49 EG niets anders. Indien ondernemingen uit derde landen zich alleen al niet op artikel 56 EG zouden kunnen beroepen omdat materieel gezien ook nog een andere fundamentele vrijheid in het geding is, zou dat tot uitholling van de waarborgen van de vrijheid van kapitaalverkeer leiden.

75. Gelet op het voorgaande concludeer ik dat een onderneming met zetel buiten de Europese Unie, en wel in de Zwitserse Bondsstaat, zich voor het verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat kan beroepen op de vrijheid van kapitaalverkeer.

VI – Tweede prejudiciële vraag

76. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen of de keuze van een zetel in een derde land om uitsluitend aan inwoners van de Europese Unie kredieten te verstrekken, als rechtsmisbruik moet worden aangemerkt, omdat de onderneming voor het verrichten van deze bedrijfsactiviteit in het derde land geen vergunning nodig heeft. In de tweede plaats wenst hij te vernemen of het relevante gemeenschapsrecht aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een gelijkstelling met nationale ondernemingen wat de vergunningsplicht betreft.

A – Belangrijkste argumenten van partijen

77. Met betrekking tot het eerste deel van de vraag is alleen Fidium Finanz van mening dat zij geen rechtsmisbruik heeft gepleegd, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof (31), volgens welke de keuze van een zetel in een staat met minder beperkingen voor het verrichten van een bedrijfsactiviteit dan die in de doelstaat op zichzelf nog geen misbruik is, maar enkel de uitoefening van een fundamentele vrijheid.

78. BaFin, de Duitse, de Griekse, de Ierse en de Italiaanse regering stellen daarentegen subsidiair dat in de in de verwijzingsbeschikking beschreven omstandigheden een beroep op artikel 56 EG als rechtsmisbruik moet worden aangemerkt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof(32) kunnen de justitiabelen in geval van misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht doen. De Italiaanse regering wijst voorts nog op de negende overweging van de considerans van richtlijn 2000/12. Volgens de Portugese regering is er geen sprake van misbruik, omdat er helemaal geen recht krachtens artikel 56 EG is ontstaan. De Commissie is van mening dat deze vraag niet hoeft te worden beantwoord, gelet op de vierde en de vijfde prejudiciële vraag.

79. Wat het tweede deel van de tweede prejudiciële vraag betreft, maken alleen BaFin, de Italiaanse en de Portugese regering kenbaar dat het gemeenschapsrecht niet in de weg staat aan een gelijke behandeling wat de vergunningsplicht betreft. De Commissie verwijst naar haar opmerkingen met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag.

B – Beoordeling

80. In het kader van het eerste deel van de tweede prejudiciële vraag moet ik onderzoeken of het gedrag van een onderneming als Fidium Finanz als misbruik van artikel 56, lid 1, EG moet worden aangemerkt, en zo ja, welke rechtsgevolgen het gemeenschapsrecht aan een dergelijke kwalificatie verbindt.

81. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan in geval van misbruik geen beroep worden gedaan op de fundamentele vrijheden, met name de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.(33) Blijkens de aangehaalde rechtspraak geldt dit ook voor het beroep op het desbetreffende afgeleide recht.

82. De nationale rechterlijke instanties kunnen rekening houden met misbruik door de belanghebbende, en hem in voorkomend geval de toepassing ontzeggen van de bepalingen van gemeenschapsrecht waarop hij een beroep heeft gedaan.(34)

83. In het hoofdgeding is de onderneming weliswaar in een derde land gevestigd, maar haar

bedrijfsactiviteit bestaat praktisch alleen in het verstrekken van kredieten aan inwoners van een bepaalde lidstaat. Op grond van deze grensoverschrijdende oriëntatie is de onderneming naar het recht van het betrokken derde land, dus in casu van de Zwitserse Bondsstaat, niet onderworpen aan het nationale overheids-toezicht. Met een beroep op artikel 56 EG betwist Fidium Finanz de verplichting tot verkrijging van een vergunning in het gastland. Volgens de verwijzende rechter bestaan er belangrijke aanwijzingen dat de onderneming haar zetel doelbewust zo heeft gekozen dat zij noch onderworpen is aan het toezicht van de staat van vestiging, noch aan dat van de lidstaat waarin de bedrijfsactiviteit daadwerkelijk plaatsvindt. Het aanknopingspunt voor mogelijk misbruik ziet de verwijzende rechter derhalve in de omzeiling van nationale bepalingen van de lidstaat.

84. Het is de vraag of dit een beroep op artikel 56 EG uitsluit. Een beroep op artikel 56 EG kan evenwel slechts slagen wanneer de lidstaten niet-gerechtvaardigde beperkingen van de vrijheid van kapitaalverkeer (kunnen) opleggen.

85. Op het gebied van de vrijheid van dienstverrichting heeft het Hof in de zaken TV 10(35), Commissie/Duitsland(36) en Van Binsbergen(37) overwogen dat een lidstaat niet het recht kan worden ontzegd maatregelen te treffen om te verhinderen dat de vrijheid van dienstverrichting door een dienstverrichter wiens werkzaamheid geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, wordt gebruikt om zich te onttrekken aan de beroepsregels die, ware hij op het grondgebied van die lidstaat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn.

86. Wanneer men de rechtspraak met betrekking tot artikel 49 EG toepast op artikel 56 EG, zou een onderneming in de situatie van Fidium Finanz zich dus niet op de vrijheid van kapitaalverkeer kunnen beroepen.

87. De rechtspraak met betrekking tot de vrijheid van vestiging geeft evenwel een ander beeld. In het kader van artikel 43 EG heeft het Hof verklaard dat het feit dat een vennootschap in een eerste lidstaat, die minder strenge eisen stelt met betrekking tot de uitoefening van een activiteit, enkel wordt opgericht om met een beroep op de artikelen 43 EG en volgende een filiaal te kunnen oprichten in een tweede lidstaat, waarin strengere regels gelden, op zichzelf geen misbruik oplevert.

88. Dit geldt ook wanneer alle economische activiteiten worden ontplooid in het land van het filiaal en de vennootschap dus in de eerste lidstaat enkel is opgericht met het doel aldaar gebruik te maken van de – gunstiger – wettelijke regelingen en te ontkomen aan de strengere regels in de staat van het filiaal.(38)

89. Wat de eerste oprichting van vennootschappen betreft, is het omzeilen van nationale bepalingen dus geen misbruik. Op basis van de rechtspraak inzake de vrijheid van vestiging zou een beroep op artikel 56 EG in casu niet per se uitgesloten zijn.

90. Derhalve rijst de vraag welke criteria gelden voor de vaststelling van het bestaan van misbruik op het gebied van de vrijheid van kapitaalverkeer. Anders dan de rechtspraak betreffende de vrijheid van dienstverrichting, bestaat in casu niet het gevaar dat een andere fundamentele vrijheid, namelijk de vrijheid van vestiging, wordt omzeild.(39) Anders dan in de zaak Centros is de omzeiling, of de mogelijkheid daartoe, niet reeds opgenomen in de aangevoerde gemeenschapsrechtelijke bepaling zelf, die in die zaak de vrijheid van vestiging betreft.

91. Uit het arrest Centros is af te leiden dat de twee lijnen in de rechtspraak, dus die met betrekking tot de vrijheid van dienstverrichting en die met betrekking tot de vrijheid van vestiging, elkaar niet tegenspreken. In het kader van artikel 43 EG heeft het Hof namelijk het omzeilen van nationale bepalingen niet in zijn algemeenheid niet als misbruik aangemerkt, maar alleen omdat

de vrijheid van vestiging juist beoogt vennootschappen die hun zetel binnen de Gemeenschap hebben, in staat te stellen via een filiaal activiteiten op het grondgebied van andere lidstaten te ontplooien.(40)

92. Anders gezegd, de omzeiling wordt slechts als misbruik aangemerkt wanneer zij buiten het doel van de aangevoerde bepaling ligt.(41)

93. Dit criterium wordt ook in twee recentere beslissingen van het Hof gehanteerd en aangevuld. Op grond daarvan is, om te kunnen bewijzen dat het om een misbruik gaat, in de eerste plaats een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt dat in weerwil van de formele naleving van de door de gemeenschapsregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt. Voorts vereist misbruik een subjectief element, namelijk de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat(42) of om aan de toepassing van het nationale recht, met name het belastingrecht, te ontsnappen.(43)

94. Ik zal thans nagaan of in casu gebruik kan worden gemaakt van de rechtspraak betreffende kwesties van afgeleid recht waarin sprake was van een frauduleus beroep op het gemeenschapsrecht om subjectieve rechten te verkrijgen of waarin misbruik is gemaakt van dergelijke rechten.

95. Aangaande de toepasselijkheid van deze rechtspraak op situaties waarin sprake is van primairrechtelijke bepalingen, merk ik op dat de overwegingen van het Hof weliswaar kwesties van afgeleid recht betreffen, maar in algemene bewoordingen zijn geformuleerd, zodat zij de betrokken processuele constellaties ontstijgen.(44)

96. Ook vormt de behandeling van de betrokken thematiek in het kader van een ander geval van misbruik, namelijk fraude, geen beletsel voor een beroep op de rechtspraak van het Hof. Enerzijds is de verkrijging door bedrog van een niet voorzien voordeel inherent aan de omzeiling van een norm die een verplichting oplegt. Anderzijds behandelt het Hof de twee categorieën op dezelfde wijze, daar het in de gevallen van frauduleuze verkrijging van een subjectief recht ook naar zijn rechtspraak op het gebied van omzeiling verwijst en omgekeerd.(45) Het Hof behandelt deze gevallen, net als het in casu te onderzoeken geval van omzeiling van nationale bepalingen door een beroep op het gemeenschapsrecht, onder het overkoepelend begrip misbruik.(46)

97. Derhalve kunnen de bovengenoemde beslissingen van het Hof in casu worden gebruikt. Om te kunnen bewijzen dat het om een misbruik gaat, is dus een objectief en een subjectief element vereist.

98. Gelet op de taakverdeling in het kader van de prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG, staat het aan de nationale rechter na te gaan of sprake is van deze twee elementen.(47)

99. Wat de in de zaak Centros gehanteerde objectieve voorwaarde betreft, namelijk dat de ingeroepen norm haar doel niet heeft bereikt, staat het aan de nationale rechter, aan de hand van de concrete feitelijke omstandigheden na te gaan of uit een algemene beoordeling blijkt dat op grond van het objectieve gedrag van Fidium Finanz haar een beroep op de vrijheid van kapitaalverkeer kan worden ontzegd. De nationale rechter moet daarbij de doelen van de vrijheid van kapitaalverkeer in aanmerking nemen. Een belangrijk doel is het mogelijk maken van grensoverschrijdende financiële diensten.

100. Het feit dat gebruik wordt gemaakt van de verschillen in wetgeving op het gebied van toezicht en dat vanuit een derde land kredieten in een lidstaat worden verstrekt, kan op zichzelf dus nog geen misbruik van de vrijheid van kapitaalverkeer opleveren.

101. Wat het subjectieve element betreft, dient de nationale rechter na te gaan of Fidium Finanz de bedoeling had om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat of om aan de toepassing van het recht van de betrokken lidstaat, dus in het bijzonder het Duitse recht inzake het toezicht op banken, te ontsnappen.

102. Op het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag dient derhalve te worden geantwoord dat een onderneming met zetel in een derde land, waarin zij niet aan toezicht is onderworpen, zich voor het verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat niet kan beroepen op artikel 56 EG indien aan de twee cumulatieve voorwaarden voor misbruik is voldaan, hetgeen door de nationale rechter dient te worden beoordeeld.

103. Zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, bestaat er een rechtstreeks verband tussen het eerste en het tweede onderdeel van de tweede prejudiciële vraag. Met het tweede onderdeel, dat de mogelijke gelijke behandeling betreft, verwijst de verwijzende rechter naar het in het eerdergenoemde arrest TV10 SA aan misbruik verbonden rechtsgevolg. Omdat het tweede onderdeel van de tweede vraag inhoudelijk het eerste onderdeel niet overstijgt en verband houdt met de kwestie van de rechtvaardiging, verwijs ik naar mijn opmerkingen met betrekking tot de vierde en de vijfde prejudiciële vraag.

VII – Derde prejudiciële vraag

104. Met de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de vergunningsplicht voor de verstrekking van kredieten een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer vormt en of de aard van de sanctie die voorzien is voor een niet-vergunde activiteit van belang is.

A – Belangrijkste opmerkingen van partijen

105. Fidium Finanz en de Commissie zijn, wat het eerste onderdeel van de derde prejudiciële vraag betreft, van mening dat het vergunningsvereiste de voorwaarden vervult om als een beperking in de zin van artikel 56 EG te worden aangemerkt, omdat het een beletsel vormt voor de verstrekking van kredieten in een lidstaat vanuit een derde land. Ook BaFin sluit zich subsidiair daarbij aan.

106. Volgens de Ierse, de Italiaanse, de Griekse en de Portugese regering vormt dit vereiste daarentegen geen beperking. Onder verwijzing naar hun opmerkingen met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag, voeren de Ierse en de Italiaanse regering aan dat alleen het verrichten van de dienst, maar niet de overmaking van kapitaal zelf wordt beperkt.

107. Wat het tweede onderdeel van de prejudiciële vraag betreft, wijzen alleen Fidium Finanz, BaFin en de Commissie erop dat het voor de beperkende aard van de voorafgaande vergunning niet van belang is of de ongeoorloofde activiteit als een strafbaar feit dan wel als een administratieve onregelmatigheid wordt aangemerkt.

B – Beoordeling

108. In het kader van het eerste onderdeel van de derde prejudiciële vraag moet worden opgehelderd of het vereiste van de voorafgaande verkrijging van een vergunning voor de

verstrekking van kredieten als een beperking in de zin van artikel 56, lid 1, EG moet worden beschouwd.

109. In dit verband moet om te beginnen worden vastgesteld dat het vergunningsvereiste, zoals dat voortvloeit uit de nationale bepalingen en uit de gewijzigde administratieve praktijk van BaFin, zonder onderscheid geldt voor in Duitsland en in derde landen gevestigde ondernemingen. Dit neemt evenwel niet weg dat sprake kan zijn van een beperking. Blijkens de tekst van artikel 56, lid 1, EG („alle beperkingen”) en de rechtspraak van het Hof⁽⁴⁸⁾ gaat het vrije kapitaalverkeer immers verder dan het wegwerken van een ongelijke behandeling en is het opgezet als een algemeen verbod op beperkingen.

110. Vervolgens moet dus nog worden onderzocht of inhoudelijk sprake is van een beperking. Het vergunningsvereiste belemmert een in een derde land gevestigde onderneming om zonder de betrokken vergunning kredieten te verstrekken aan Duitse inwoners. Volgens de arresten Konle⁽⁴⁹⁾, Reisch e.a.⁽⁵⁰⁾ en Salzmann⁽⁵¹⁾ duidt dit er reeds op dat sprake is van een beperking. In die zaken heeft het Hof het loutere bestaan van het vereiste van een vergunning voordat zelfs van het vrije kapitaalverkeer gebruik wordt gemaakt, als beperking aangemerkt.

111. Deze conclusie wordt bevestigd door het arrest in de zaak Parodi.⁽⁵²⁾ Het Hof heeft daarin geoordeeld dat het vereiste van een vergunning in de lidstaat van ontvangst voor de verstrekking van leningen vanuit een andere lidstaat van de EG een beperking vormde van de in die zaak betrokken fundamentele vrijheid. Aangezien de Tweede bankrichtlijn⁽⁵³⁾, die het zogenaamde „Europees paspoort” heeft ingevoerd, nog niet van toepassing was op die intracommunautaire situatie, komt deze overeen met de huidige situatie tussen derde landen en lidstaten en kan die rechtspraak dus worden getransponeerd op dergelijke constellaties.

112. In casu komt daar nog de complicerende factor bij, dat op grond van de bepalingen van het nationale, dus Duitse recht, de vergunning slechts kan worden verkregen wanneer de onderneming haar hoofdbestuur of ten minste een bijkantoor in Duitsland heeft.

113. Om in Duitsland kredieten te kunnen verstrekken, moet een onderneming van een derde land daar dus fysiek aanwezig zijn. Deze verplichting brengt aanzienlijke meerkosten mee en weerhoudt economische actoren er wellicht van, deze bedrijfsactiviteit uit te oefenen. Er is dus sprake van een beperking.

114. Op het eerste onderdeel van de derde prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord dat het vergunningsvereiste een beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt.

115. Het tweede onderdeel van de derde vraag heeft betrekking op de aard van de sanctie voor een niet-vergunde activiteit, dus de kwalificatie van de inbreuk als administratieve onregelmatigheid of als strafbaar feit, en op de vraag of deze kwalificatie van belang is voor de beoordeling daarvan als beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer.

116. Ik verwijs dienaangaande naar de rechtspraak van het Hof, volgens welke er zelfs wanneer geen sanctie verbonden is aan de niet-nakoming van de vergunningsplicht, sprake is van een beperking van het vrije kapitaalverkeer.⁽⁵⁴⁾ Dit moet dan des te meer gelden wanneer, zoals in casu, aan de inbreuk op het vergunningsvereiste sancties zijn verbonden. Zij maken de belemmering zelfs nog ernstiger. De aard van de sanctie, of het nu gaat om een strafbaar feit dan wel een administratieve onregelmatigheid, is dus niet van belang en verandert niets aan het bestaan van een beperking in de zin van artikel 56 EG.

VIII – Vierde prejudiciële vraag

117. Met de vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het vereiste van de voorafgaande vergunning voor de verstrekking van kredieten door een in een derde land gevestigde onderneming aan inwoners van een lidstaat van de Europese Unie zijn rechtvaardiging vindt in artikel 58, lid 1, sub b, EG.

A – Belangrijkste argumenten van partijen

118. Alleen Fidium Finanz is van mening dat de door het vergunningsvereiste veroorzaakte beperking niet door artikel 58, lid 1, sub b, EG kan worden gerechtvaardigd. In dit verband stelt zij dat hooguit sprake kan zijn van „toezicht op financiële instellingen”. Dit soort toezichtbepalingen zijn evenwel slechts gerechtvaardigd wanneer zij de door het banktoezicht beoogde doelen adequaat en op de vereiste wijze verwezenlijken. Deze doelen worden door het vergunningsvereiste echter niet adequaat verwezenlijkt.

119. Wat het doel van de bescherming van investeerders betreft, is het toezicht alleen al niet gerechtvaardigd omdat aan cliënten slechts kredieten worden verstrekt, maar van hen geen deposito's in ontvangst worden genomen. Hun vermogen loopt dus geen gevaar.

120. De verstrekking van kredieten kan evenwel een risico vormen, gelet op het doel van de functionaliteit van het kredietwezen. Dat risico is echter onafhankelijk van de plaats waar het krediet wordt verstrekt, omdat het voortvloeit uit het feit dat kredietinstellingen die kredieten verstrekken aan particulieren, zichzelf vaak met vreemd vermogen moeten financieren. Indien een groot aantal schuldenaars hun betalingsverplichting niet nakomen, worden ook de kredietinstellingen getroffen die de leningen hebben gefinancierd. Hun zetel is evenwel vaak niet identiek met de plaats waar het krediet is verstrekt, zodat het risico een andere kapitaalmarkt treft. Dat het vergunningsvereiste wordt gekoppeld aan de plaats van de verstrekking van het krediet is dus geen adequaat middel voor het bereiken van het doel van toezicht.

121. Voorts is het vergunningsvereiste in geen geval noodzakelijk voor het bereiken van de doelen. Uit de rechtspraak van het Hof(55) volgt dat in casu een stelsel van verplichte aangifte een minder vergaand en even doeltreffend middel vormt ter waarborging van het toezicht op kredietinstellingen.

122. BaFin, de Duitse, de Italiaanse, de Ierse, de Griekse, de Portugese regering en de Commissie zijn daarentegen van mening dat het vergunningsvereiste in elk geval zijn rechtvaardiging vindt in artikel 58, lid 1, sub b, EG. BaFin en de Duitse regering verwijzen hiertoe in de eerste plaats naar de rechtspraak van het Hof(56), volgens welke vergunningsvereisten voor verzekeringsondernemingen gerechtvaardigd kunnen zijn. Voor de verstrekking van kredieten geldt niets anders.

123. Voorts beroepen BaFin, de Duitse regering en de Commissie zich op richtlijn 2000/12, die de werkzaamheden van de daaronder vallende kredietinstellingen onderwerpt aan een vergunning van de lidstaten. Omdat de verstrekking van kredieten door een financiële instelling als Fidium Finanz soortgelijke risico's inhoudt, moeten de gronden voor het vergunningsvereiste volgens de richtlijn, namelijk bescherming van de beleggers en de financiële markten, ook in casu gelden.

124. Bovendien stellen zij dat volgens de rechtspraak van het Hof(57) een loutere aangifteverplichting, als minder drastische maatregel, niet altijd de nodige bescherming van rechtsgoederen waarborgt. Daarom kan volgens BaFin en de Duitse regering ook een voorafgaande vergunning gerechtvaardigd zijn.

125. De Ierse en de Griekse regering voegen hieraan toe dat bij gebreke van geharmoniseerde

communautaire regelingen de lidstaat waarin de dienst wordt verricht de vereiste toezichtmaatregelen kan treffen, waaronder het vereiste van een voorafgaande vergunning.

B – *Beoordeling*

126. Om artikel 58, lid 1, sub b, EG als rechtvaardiging van het vergunningsvereiste in aanmerking te kunnen nemen, zou het ook van toepassing moeten zijn op de betrekkingen met derde landen. Weliswaar worden die in artikel 58 EG niet uitdrukkelijk genoemd, maar omdat lid 3 ervan naar artikel 56 EG verwijst en dat artikel ook betrekking heeft op „derde landen”, is artikel 58 EG van toepassing op derde landen, in casu dus de Zwitserse Bondsstaat.⁽⁵⁸⁾ Anders zouden binnen de Gemeenschap verdergaande beperkingen zijn toegestaan dan jegens derde landen.

127. Als mogelijke rechtvaardiging komt de eerste variant van artikel 58, lid 1, sub b, EG in aanmerking. Volgens de tekst – „alle nodige maatregelen [...] om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name [...] met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen” –, is voor de rechtvaardiging vereist dat aan vier voorwaarden wordt voldaan. Ik zal ze hierna onderzoeken.

128. Aangezien de bepalingen van het KWG als nationale regels nationale wetten zijn, is de eerste voorwaarde vervuld. In de tweede plaats moeten zij ook het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen beogen. Zoals blijkt uit de bovengenoemde §§ 1, lid 1, eerste en tweede zin, juncto 6, lid 2, KWG, hebben de bepalingen van het KWG betrekking op het toezicht op de financiële instellingen in de zin van artikel 58, lid 1, sub b, EG, zodat ook deze voorwaarde is vervuld. In de derde plaats eist artikel 58, lid 1, sub b, EG dat overtredingen worden tegengegaan. Dat is nu juist het doel van een vergunningsvereiste. Derhalve is ook aan de derde voorwaarde voldaan.

129. Rest mij nog na te gaan of aan de vierde en laatste voorwaarde is voldaan, namelijk of een vergunningsvereiste als een „nodige maatregel” is aan te merken. Dit zou alleen het geval zijn wanneer het door de wetgever beoogde doel kan bereiken en dit doel bovendien niet kan worden verwezenlijkt door maatregelen die het vrije verkeer van kapitaal minder beperken.

130. Ik zal derhalve om te beginnen de met de toezichtregeling beoogde doelen vaststellen.

131. Deze doelen kunnen worden afgeleid uit de opsomming in de vierde prejudiciële vraag van de verwijzende rechter. De achter de eerste drie gedachtestreepjes genoemde punten hebben betrekking op de bescherming van de kredietnemers. Het vierde tot en met het zesde gedachtestreepje beogen de bescherming van de kapitaalmarkt als zodanig. Deze twee doelen beantwoorden daarmee aan de typische doelstellingen van een regeling inzake financieel toezicht zoals die van het KWG.⁽⁵⁹⁾

132. Daarom ga ik hierna eerst onderzoeken of de vergunning de kredietnemers kan beschermen. Men zou in dit verband kunnen stellen dat de cliënten helemaal niet beschermd hoeven te worden, omdat een financiële instelling als Fidium Finanz enkel kredieten verstrekt en geen deposito's van cliënten in ontvangst neemt, zodat zij vreemd vermogen niet rechtstreeks in gevaar brengt. In die richting gaat ook het arrest van het Hof in de zaak Parodi⁽⁶⁰⁾, waarin het Hof, wat de risico's voor de cliënten betreft, een onderscheid maakt tussen de verstrekking van leningen en het deponeren van gelden.

133. Uit de feiten van het hoofdgeding blijkt evenwel dat Fidium Finanz, door ervan af te zien de Schufa te raadplegen, bewust financieel zwakke cliënten werft voor wie een onbelemmerde afwikkeling van de krediettransactie van groot belang is.

134. Daar komt nog bij dat de cliënten niet alleen gevaar lopen door rechtstreeks verlies van tegoeden, maar ook door bijvoorbeeld het aangaan van verdere financiële verplichtingen jegens de kredietinstelling. Dit geldt in het bijzonder wanneer een gedeelte van de kredieten via het internet wordt verstrekt en er dus geen personen aan nationaal toezicht onderworpen zijn die in geval van onoordeelkundig advies ter verantwoording kunnen worden geroepen. Een vergunningsvereiste is daarentegen een adequaat middel om het doel van bescherming van de kredietnemers te bereiken.

135. Verder moet het toezicht ook adequaat zijn wat het tweede doel – de bescherming van de kapitaalmarkt – betreft.

136. Dit zou op het eerste gezicht problematisch kunnen zijn omdat het in gevaar brengen van de kapitaalmarkt met name voortvloeit uit het feit dat ondernemingen die kredieten verstrekken zich herfinancieren bij andere financiële instellingen. Indien nu veel debiteuren hun betalingsverplichtingen niet nakomen, worden ook de herfinancieringsinstellingen getroffen. Deze instellingen kunnen evenwel net als de kredietnemers ook actief zijn op andere kapitaalmarkten.

137. Dat mag echter niet tot ontkenning van de noodzaak van toezicht in de staat van de kredietnemers leiden. Enerzijds kunnen de betrokken herfinancieringsinstellingen net zo goed in die staat zijn gevestigd. Anderzijds is ook in het tegenovergestelde geval in elk geval de instelling die het krediet heeft verstrekt getroffen, wanneer veel debiteuren in gebreke blijven. Ook wanneer die niet in de staat van de kredietnemer is gevestigd, heeft dit feit op zijn minst negatieve gevolgen op grond van de activiteiten die zij daar verricht. Uiteindelijk is de plaats van de bedrijfsactiviteit het meest voor de hand liggende aanknopingspunt voor toezicht. Indien dit toezicht achterwege zou kunnen blijven met het argument dat de eventueel betrokken herfinancieringsinstellingen elders zijn gevestigd, zou elke vorm van toezicht absoluut onmogelijk zijn.

138. Daar komt nog bij dat toezichtregelingen ook het voorkomen van het witwassen van geld beogen. Het feit alleen al dat krediettransacties zonder toezicht plaatsvinden, bergt het gevaar voor witwassen in zich, omdat zowel de verstrekking van het krediet als de terugbetaling ervan de herkomst van het geld kan verhullen. Derhalve vormt het vergunningsvereiste ook een adequaat middel om het doel van bescherming van de kapitaalmarkt te bereiken.

139. Dat het vergunningsvereiste en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid tot uitoefening van toezicht een adequaat middel vormen voor het bereiken van de doelen van bescherming van de cliënten en van de kapitaalmarkt blijkt ook uit de bepalingen van richtlijn 2000/12.

140. Artikel 4 daarvan bepaalt dat kredietinstellingen een vergunning moeten hebben verkregen alvorens hun werkzaamheden aan te vangen, hetgeen een toezicht op deze instellingen impliceert. In de vijftenzestigste overweging van de considerans van richtlijn 2000/12 worden de bescherming van de cliënten en de waarborging van de stabiliteit van het financiële stelsel als rechtvaardiging voor het toezicht op de instellingen genoemd.

141. Het is juist dat instellingen als Fidium Finanz, die uitsluitend kredieten verstrekken, uit hoofde van artikel 1, punt 1, van richtlijn 2000/12 bij gebreke van het in ontvangst nemen van deposito's geen „kredietinstellingen” in de zin van artikel 4 van de richtlijn zijn. De zojuist genoemde redenen voor een vergunningsplicht voor kredietinstellingen zijn echter evenzeer van toepassing op grond van de vergelijkbare risico's die zuivere kredietverstrekkingen meebrengen in een situatie als die van het hoofdgeding.

142. Voorts zou de vergunningsplicht evenwel ook noodzakelijk moeten zijn. Naast het feit dat de vergunning adequaat moet zijn, mag er geen minder vergaand en even doeltreffend middel

bestaan om het beoogde doel te bereiken.

143. Tegen de noodzaak van de vergunning in casu zou de rechtspraak van het Hof(61) inzake het vrije kapitaalverkeer kunnen pleiten. Op grond daarvan dient in beginsel de voorkeur te worden gegeven aan een meldingssysteem boven een stelsel van voorafgaande vergunning, omdat de vrijheid van kapitaalverkeer daarmee minder wordt beperkt.

144. Wat de uitvoer van deviezen betreft, gaat het Hof ervan uit dat een adequaat aangiftesysteem voldoende is, daar dit, anders dan de vergunning, niet leidt tot opschorting van de uitvoer van geldstukken, bankbiljetten enzovoorts.(62)

145. Het minder beperkende middel kan evenwel alleen worden gebruikt wanneer het even geschikt is voor het bereiken van het nagestreefde doel. Voor de op het gebied van het kapitaalverkeer relevante verkrijging van onroerende goederen heeft het Hof(63) dan ook vastgesteld dat met een eenvoudige aangifteprocedure niet altijd de nagestreefde doelstellingen kunnen worden bereikt, en dat dus ook een vergunningssysteem nodig kan zijn.

146. Derhalve zal ik onderzoeken onder welke voorwaarden een vergunning nodig is. Volgens de reeds aangehaalde „onroerendgoedrechtspraak” is een vergunning in elk geval niet nodig wanneer het te bereiken doel, zoals bij de uitvoer van deviezen, voor de nationale instanties slechts de verkrijging van informatie is.(64)

147. Het vereiste van een vergunning voor de verstrekking van kredieten gaat echter verder dan een loutere informatiebehoefte van de nationale autoriteiten en moet hen in staat stellen indien nodig de onderneming doeltreffende maatregelen op te leggen, waaronder in het uiterste geval ook de weigering of intrekking van de vergunning.

148. Wat de verstrekking van kredieten betreft, zou een systeem van melding achteraf namelijk niet dezelfde garanties bieden als een systeem van voorafgaande vergunning. Op het moment dat reeds verrichte krediettransacties worden gecontroleerd, kunnen moeilijk te verifiëren operaties en ook overtredingen van de toepasselijke bepalingen reeds hebben plaatsgevonden.

149. Wat de noodzaak van de vergunning betreft, deze moet volgens het arrest Bordessa e.a. voorts ook gegrond zijn op objectieve criteria, die vooraf bekend zijn gemaakt, en waartegen voor elke aanvrager die door een dergelijke maatregel wordt geraakt, een beroepsmogelijkheid openstaat.(65)

150. De toepasselijke bepalingen van het KWG zijn gegrond op objectieve criteria, die vooraf bekend zijn gemaakt. De niet nader bepaalde rechtsbegrippen in § 32, lid 1, KWG betreffende de vergunning worden in artikel 1 KWG gedefinieerd. Wat het aspect „in het binnenland” betreft, blijkt uit de informatie van BaFin welke groep van personen aan deze voorwaarde voldoet. Voorts gaat het bij de weigering van de vergunning krachtens § 33, lid 1, KWG, om een gebonden en niet om een discretionaire bevoegdheid van de autoriteiten („moet worden geweigerd”). Ten slotte staat ook beroep open tegen een afwijzend besluit.

151. Voor eventueel nog resterende gevallen die tot ongewenste hardheid zouden leiden, is een regeling getroffen in § 2, lid 4, KWG, waarin is bepaald dat ondernemingen die vanwege de aard van de door hen verrichte activiteiten geen toezicht behoeven, kunnen worden vrijgesteld van de vergunningsplicht van § 32, lid 1, KWG.

152. De voorlopige conclusie moet derhalve zijn dat het vergunningsvereiste met het oog op het bereiken van de doelen van bescherming van de cliënten en bescherming van de kapitaalmarkt zowel adequaat als noodzakelijk is. Het is dus „nodig” in de zin van artikel 58, lid 1, sub b, EG.

153. Ten slotte is blijkens het dossier in het hoofdgeding geen sprake van willekeurige discriminatie of een verkapte beperking in de zin van artikel 58, lid 3, EG. Ondernemingen uit derde landen worden door de toepassing van het vergunningsvereiste juist gelijkgesteld met nationale ondernemingen op het punt van de toezichtregels.

154. Derhalve moet op de vierde vraag worden geantwoord dat het vereiste van de voorafgaande vergunning voor de verstrekking van kredieten door een onderneming met zetel in een derde land aan inwoners van de Europese Unie zijn rechtvaardiging vindt in artikel 58, lid 1, sub b, EG.

IX – Vijfde prejudiciële vraag

155. Met de vijfde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een op zich met het gemeenschapsrecht verenigbare regeling inzake de vergunningsplicht als bedoeld in de derde prejudiciële vraag ook gerechtvaardigd is op grond van 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.

A – Belangrijkste argumenten van partijen

156. Fidium Finanz is van mening dat het onevenredig en dus volgens artikel 58, lid 1, sub b, EG niet gerechtvaardigd is de afgifte van een vergunning afhankelijk te stellen van de aanwezigheid van het hoofdbestuur of een bijkantoor in de betrokken lidstaat. Tot staving van haar opvatting verwijst Fidium Finanz naar het arrest van het Hof in de zaak Commissie/Italië.⁽⁶⁶⁾ Door de wijze waarop de vergunning wordt toegekend, wordt de aanvragende financiële instelling gedwongen een „onderdaan” te worden. Dat komt echter neer op ontkenning van de vrijheid van kapitaalverkeer. Ten slotte getuigen ook de aan de oprichting van een bijkantoor verbonden niet onaanzienlijke kosten van de onevenredige aard van deze regeling.

157. BaFin, de Duitse, de Ierse, de Italiaanse, de Griekse en de Portugese regering en de Commissie zijn daarentegen van mening dat de voorwaarde van de permanente fysieke aanwezigheid in de betrokken lidstaat voor het verkrijgen van een vergunning gerechtvaardigd is door artikel 58, lid 1, sub b, EG. Volgens BaFin en de Duitse, de Italiaanse en de Ierse regering kan een doeltreffende controle van ondernemingen uit derde landen, bij gebreke van de mogelijkheid om aldaar te verifiëren en op te treden, uitsluitend worden gewaarborgd door een fysieke aanwezigheid in de lidstaat waarin de onderneming actief is.

158. Volgens de Duitse en de Griekse regering gaat ook richtlijn 2000/12 ervan uit dat een onderneming een zetel in een van de lidstaten moet hebben om een vergunning te kunnen krijgen.

159. De Ierse regering voegt eraan toe dat een fysieke aanwezigheid in de betrokken lidstaat met het oog op controle weliswaar in het algemeen niet noodzakelijk is, maar in elk geval wel wanneer de onderneming in het derde land niet aan toezicht is onderworpen.

B – Beoordeling

160. Net als in het kader van de vierde prejudiciële vraag, moet ook hier worden nagegaan of sprake kan zijn van een rechtvaardiging aan de hand van artikel 58, lid 1, sub b, EG. In casu zijn, naast de kwestie van de toelaatbaarheid van het vereiste van een voorafgaande vergunning als zodanig, die ik reeds bevestigend heb beantwoord, de specifieke vergunningsvoorwaarden in het

geding. Krachtens de §§ 33, lid 1, eerste zin, punt 6, en 53 KWG is voor de afgifte van de vergunning voor het verstrekken van kredieten de aanwezigheid van het hoofdbestuur of ten minste een bijkantoor in de betrokken lidstaat vereist. Een uitsluitend in een derde land gevestigde onderneming zou dus verplicht zijn een fysieke aanwezigheid in de lidstaat te vestigen om aldaar actief te kunnen zijn.

161. Zowel wat de principiële toepasselijkheid van artikel 58, lid 1, sub b, EG op derde landen als wat de betrokken variant van artikel 58, lid 1, EG betreft, verwijs ik naar mijn opmerkingen met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag.

162. Ook het vereiste van de fysieke aanwezigheid moet „overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegengaan [...] met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen”, omdat het voortvloeit uit dezelfde wet als het vergunningsvereiste en dit vereiste slechts concretiseert.

163. Derhalve ga ik thans na of de fysieke aanwezigheid een „nodige maatregel” is in de zin van artikel 58, lid 1, EG.

164. Aan de geschiktheid voor het bereiken van het doel bestaat op dit punt geen twijfel. Zoals uit het antwoord op de vierde prejudiciële vraag blijkt, dient de vergunningsplicht zelf reeds tot bescherming van de cliënten en de kapitaalmarkt. Dit geldt a fortiori voor de noodzaak van de fysieke aanwezigheid. Daardoor kan de lidstaat waarop de activiteit is gericht, immers gemakkelijker toezicht uitoefenen, bijvoorbeeld via kort van tevoren aangekondigde dan wel onaangekondigde controles, of gemakkelijker de honorering van financiële aanspraken van cliënten op de onderneming waarborgen.

165. Het is echter de vraag of de verplichting tot vestiging ook nodig is. Dit zou alleen niet het geval zijn wanneer er geen minder vergaande, even doeltreffende maatregelen ter bescherming van de cliënten respectievelijk de kapitaalmarkt zouden bestaan. De voorafgaande vergunning beperkt de vrijheid van kapitaalverkeer reeds in niet onaanzienlijke mate. Zoals uit mijn opmerkingen met betrekking tot de derde prejudiciële vraag blijkt, wordt dit effect nog versterkt door het vereiste van de fysieke aanwezigheid, omdat dit voor ondernemingen uit derde landen extra kosten meebrengt.

166. Zo heeft het Hof in de zaak *Ospelt en Schlössle Weissenberg*(67) met betrekking tot het vrije kapitaalverkeer geoordeeld dat de aan de afgifte van een voorafgaande vergunning voor de verwerving van landbouw- en bosbouwgrond gekoppelde verplichting om op de plaats van het bedrijf te wonen, gelet op het evenredigheidsbeginsel, verder gaat dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken.

167. Ook op het gebied van de vrijheid van dienstverrichting heeft het Hof soortgelijke beslissingen genomen. Zo is bijvoorbeeld de met het oog op controle gestelde voorwaarde een exploitatiezetel in een lidstaat te hebben voor de verkrijging van een vergunning voor het verrichten van medisch-biologische analyses vanuit een andere lidstaat onevenredig.(68) Het Hof heeft ook de met het oog op toezicht opgelegde verplichting tot vestiging in een lidstaat voor de uitoefening van de werkzaamheid van effectenbemiddelaar als niet gerechtvaardigd aangemerkt.(69)

168. Op deze rechtspraak met betrekking tot artikel 49 EG kan ook een beroep worden gedaan voor de beoordeling van de verstrekking van kredieten in het licht van de vrijheid van kapitaalverkeer, omdat de verstrekking van kredieten, zoals gezegd, in beginsel een dienst is.

169. In eerste instantie kan uit de aangehaalde rechtspraak dus worden afgeleid dat de

verplichting tot fysieke aanwezigheid niet echt noodzakelijk is voor het bereiken van het met de regeling nagestreefde doel. Voor een definitieve beoordeling moeten de aangehaalde arresten evenwel nauwkeuriger worden geanalyseerd, gelet op de eraan ten grondslag liggende feiten.

170. Terwijl het arrest in de zaak *Ospelt en Schlössle Weissenberg* op dit punt weinig aanknopingspunten biedt als gevolg van de op essentiële punten afwijkende feiten, zijn uit de aangehaalde rechtspraak met betrekking tot artikel 49 EG twee kenmerken af te leiden die beslissend zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vraag.

171. Om te beginnen ging het, in tegenstelling tot de onderhavige zaak, om intracommunautaire feiten. Verder heeft het Hof zijn beslissingen onder meer gebaseerd op het feit dat er in de lidstaat van herkomst door de bevoegde autoriteiten reeds een vergelijkbare controle werd verricht. In casu is de situatie wezenlijk anders. Zoals gezegd, is de onderneming in de staat van herkomst, de Zwitserse Bondsstaat, niet aan een dergelijk toezicht onderworpen.

172. Gelet op deze essentiële verschillen tussen de onderhavige zaak en de zaken die ten grondslag liggen aan de aangehaalde rechtspraak, kan de beoordeling in die arresten niet automatisch worden getransponeerd op de onderhavige zaak.

173. Veeleer moet worden onderzocht welke gevolgen de vestiging in een derde land, dat bovendien geen toezicht verricht, voor deze prejudiciële zaak heeft. Indien er, gelet op de beschreven feiten, geen maatregelen zouden bestaan die, zonder het vereiste van de fysieke aanwezigheid, een doeltreffend algemeen toezicht zouden waarborgen, zou dat voor de toelaatbaarheid van de Duitse maatregelen pleiten.

174. Wat in aanmerking komende maatregelen betreft, moet in het algemeen onderscheid worden gemaakt tussen controle op de zetel van de onderneming en controle in de staat waarin de activiteit wordt verricht.

175. Wat de controle in de staat van de zetel betreft, zijn er in casu geen doeltreffende methoden. Bij gebreke van desbetreffende volkenrechtelijke overeenkomsten is een eigen controle ter plaatse in de Zwitserse Bondsstaat door autoriteiten van de lidstaten niet mogelijk. Evenmin kan via administratieve samenwerking worden uitgegaan van controle door autoriteiten van het derde land, omdat er in dat land in de voor de onderhavige procedure relevante periode nu juist geen toezicht bestond voor grensoverschrijdende activiteiten.

176. Aangaande de controle in de lidstaat waar de activiteit op gericht is, dus in Duitsland, ga ik eerst in op de honorering van financiële aanspraken van cliënten op de onderneming. Dit doel kan zonder fysieke aanwezigheid in de Gemeenschap worden bereikt. Zoals het Hof in zijn arrest *Commissie/Italië*(70) heeft overwogen, is ook het verschaffen van financiële garanties in de betrokken lidstaat daartoe voldoende.

177. Rest mij derhalve na te gaan of ook zonder vestiging doeltreffende controles mogelijk zijn in de lidstaat waar de activiteit wordt verricht.

178. Onder verwijzing naar het arrest *Commissie/Duitsland*(71) valt te denken aan een verplichting van de onderneming om de bevoegde autoriteiten de vereiste bedrijfsdocumenten, balansen, rekeningen, programma's van werkzaamheden en dergelijke ter controle te verstrekken.

179. Zoals het Hof in dit arrest evenwel verder heeft verklaard, moeten deze documenten „door de autoriteiten van de staat van vestiging voor echt worden verklaard en worden toegezonden aan de autoriteiten van de betrokken lidstaat”.

180. De erkenning door het Hof, dat deze verplichting tot overdracht van informatie een doeltreffend minder vergaand controlemiddel is, was in het eerdergenoemde arrest Commissie/Duitsland dus afhankelijk van de voorwaarde dat er een minimale vorm van samenwerking bestond tussen de autoriteiten van de staat van vestiging en die van de lidstaat waar de feitelijke activiteit werd verricht.

181. Zoals ik reeds meermalen heb uiteengezet, is in casu evenwel van een dergelijke soort samenwerking waarschijnlijk geen sprake. Daarom zou het aan de te controleren onderneming en niet aan de autoriteiten van de staat van vestiging staan, de te onderzoeken documenten te verzamelen en voor te leggen aan de autoriteiten van de staat waar de activiteit wordt verricht.

182. Bij gebreke van elke vorm van overheidsbemoeienis in het land van herkomst, zou de autoriteit van de betrokken lidstaat in de gegeven omstandigheden de volledigheid en/of juistheid van de verstrekte documenten niet kunnen vaststellen, waardoor een doeltreffende controle op basis van het ter beschikking gestelde materiaal uitgesloten is.

183. Het feit dat de onderneming is gevestigd in een derde land waarin geen controle plaatsvindt, leidt in de onderhavige zaak dus tot een ander resultaat dan in de bovengenoemde arresten van het Hof met betrekking tot artikel 49 EG. In casu vormt een verplichting tot overlegging van bedrijfsdocumenten dus geen minder vergaand en even doeltreffend middel voor het bereiken van de door de wetgeving van de betrokken lidstaat nagestreefde doelen.

184. Omdat er dus geen minder vergaande, maar even doeltreffende toezichtmethoden in aanmerking komen, stel ik vast dat het vereiste van de fysieke aanwezigheid als een adequaat en noodzakelijk middel is te beschouwen en derhalve een „nodige maatregel” is in de zin van artikel 58, lid 1, sub b, EG.

185. Op de vijfde prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord dat een op zich met het gemeenschapsrecht verenigbare regeling inzake de vergunningsplicht als bedoeld in de derde prejudiciële vraag, waarin is bepaald dat de onderneming haar hoofdbestuur of ten minste een bijkantoor in de betrokken lidstaat moet hebben om een vergunning te krijgen, gerechtvaardigd is op grond van artikel 58, lid 1, sub b, EG.

X – Conclusie

186. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Een onderneming met zetel buiten de Europese Unie en wel in de Zwitserse Bondsstaat kan zich voor 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.

2) Een onderneming met zetel in een derde land, waarin zij niet aan toezicht is onderworpen, kan zich voor het verstrekken van kredieten aan inwoners van een lidstaat niet beroepen op artikel 56 EG indien aan de objectieve (punten 99 en 100 van deze conclusie) en subjectieve (punt 101 van deze conclusie) voorwaarden voor het bestaan van misbruik is voldaan. Of dit in het hoofdgeding het geval is, dient de nationale rechter te beoordelen.

3) Een vergunningsvereiste vormt een beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer. Het is in dat opzicht niet van belang of de niet-vergunde bedrijfsmatige verstrekking van kredieten een

strafbaar feit dan wel een administratieve onregelmatigheid is.

4) Artikel 58, lid 1, EG dient aldus te worden uitgelegd dat het vereiste van de voorafgaande vergunning voor de verstrekking van kredieten door een onderneming met zetel in een derde land, waarin zij niet aan toezicht is onderworpen, aan inwoners van de Europese Unie, is toegestaan en dat een op zich met het gemeenschapsrecht verenigbare regeling inzake de vergunningsplicht, waarin is bepaald dat de kredietverlenende onderneming haar hoofdbestuur of ten minste een bijkantoor in de betrokken lidstaat moet hebben om een vergunning te krijgen, gerechtvaardigd is.”

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – PB L 178, blz. 5.

3 – PB L 126, blz. 1.

4 – BGBl. I, blz. 2776.

5 – Arresten van 14 november 1995, Svensson en Gustavsson (C-484/93, Jurispr. blz. I?3955, punten 10 e.v.), en 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, Jurispr. blz. I?3899, punten 14 en 17).

6 – Zie arrest van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377, punt 21).

7 – Arrest van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, Jurispr. blz. I?249, punt 34).

8 – Aangehaald in voetnoot 5, punt 11.

9 – Aangehaald in voetnoot 5, punt 17.

10 – 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).

11 – Zie dienaangaande, Kiemel, in von der Groeben en Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Band 1, Art. 56, Randnr. 24; Follak, in Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 1, F. II, Randnr. 5; conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 10 april 2003 in de zaak Ospelt en Schlössle Weissenberg (arrest van 23 september 2003, C?452/01, Jurispr. blz. I-9743, punten 45-47).

12 – 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); 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I?4731, punt 37); 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, Jurispr. blz. I?4641, punt 39); 2 juni 2005, Commissie/Italië (C-174/04, Jurispr. blz. I?4933, punt 27); 5 juli 2005, D. (C?376/03, Jurispr. blz. I?5821, punt 24), en 19 januari 2006, Bouanich (C-265/04, Jurispr. blz. I?923, punt 29).

13 – Arrest Trummer en Mayer, aangehaald in voetnoot 12, punten 22-24, en arrest van 6 juni 2000, Verkooijen (C?35/98, Jurispr. blz. I?4071, punten 27-30).

14 – Arrest aangehaald in voetnoot 6, punt 21.

15 – Zie Ohler, „Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken”, *Wertpapiermitteilungen* 1996, 1801 (1805).

16 – Arrest aangehaald in voetnoot 5, punten 10 e.v.

- 17 – Arrest aangehaald in voetnoot 5, punten 14 en 17.
- 18 – Arrest van 7 februari 2002 (C-279/00, Jurispr. blz. I?1425, punten 37 e.v.).
- 19 – Arrest van 28 april 1998 (C-118/96, Jurispr. blz. I?1897, punten 35 e.v.).
- 20 – Arrest van 1 december 1998 (C-410/96, Jurispr. blz. I?7875, punten 39 e.v.).
- 21 – In die zin Notaro, *Revue du marché unique européen*, 1998, nr. 2, blz. 268, 269; Rohde, *Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, blz. 101, voetnoot 376.
- 22 – Zie Bröhmer, in: Callies en Ruffert, *Kommentar des EUV/EGV*, Art. 56, punten 30 e.v.
- 23 – Arrest aangehaald in voetnoot 19, punt 20.
- 24 – Arrest aangehaald in voetnoot 20, punt 18.
- 25 – Arrest van 14 oktober 1999 (C-439/97, Jurispr. blz. I?7041, punt 38).
- 26 – Arrest aangehaald in voetnoot 12, punt 40.
- 27 – Arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 34.
- 28 – Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Elmer van 17 mei 1995 in de zaak Svensson en Gustavsson, aangehaald in voetnoot 5, punten 8 e.v., advocaat-generaal Tesauro van 23 september 1997 in de zaak Safir, aangehaald in voetnoot 19, punt 17, en advocaat-generaal Geelhoed van 20 november 2001 in de zaak Reisch e.a., aangehaald in voetnoot 12, punten 62 e.v.
- 29 – Bijvoorbeeld Ohler, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Kommentar zu den Art. 56 bis 60 EGV*, blz. 103, punt 141; Frenz, *Handbuch Europarecht*, deel 1, Europäische Grundfreiheiten, blz. 1049, punten 2784 e.v.
- 30 – Titel IV van de richtlijn, die de betrekkingen met derde landen regelt, bevat geen bepalingen voor het verstrekken van leningen uit derde landen en bestemd voor een lidstaat, zonder te zijn vertegenwoordigd door een dochteronderneming of een bijkantoor in de Gemeenschap.
- 31 – Arrest van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punten 27 e.v.).
- 32 – Arrest Centros, aangehaald in voetnoot 31, punt 24, en arrest van 5 oktober 1994, TV10 (C?23/93, Jurispr. blz. I?4795, punt 21).
- 33 – Zie met name het arrest Centros, aangehaald in voetnoot 31, punt 24; de arresten van 2 mei 1996, Paletta (C?206/94, Jurispr. blz. I?2357, punt 24), en 12 mei 1998, Kefalas e.a. (C?367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 20), en het arrest TV 10, aangehaald in voetnoot 32, punt 25.
- 34 – Arrest van 23 maart 2000, Diamantis (C-373/97, Jurispr. blz. I?1705, punt 34), en arrest Paletta, aangehaald in voetnoot 33, punt 25.
- 35 – Arrest aangehaald in voetnoot 32, punten 26 e.v.
- 36 – Arrest van 4 december 1986 (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 22).

- 37 – Arrest van 3 december 1974 (33/74, Jurispr. blz. 1299, punt 13).
- 38 – Arrest van 30 september 2003, Inspire Art (C-167/01, Jurispr. blz. I-10155, punten 95, 96 en 98), en arrest Centros, aangehaald in voetnoot 31, punten 18, 27 en 29.
- 39 – Zie dienaangaande arresten Commissie/Duitsland, aangehaald in voetnoot 36, punt 22, en Van Binsbergen, aangehaald in voetnoot 37, punt 13.
- 40 – Arrest Centros, aangehaald in voetnoot 31, punt 26.
- 41 – Zie ook in die zin Karayannis, „L’abus de droits découlant de l’ordre juridique communautaire”, *Cahiers de droit européen*, 1999, Cahier 1/2, blz. 531.
- 42 – Arresten van 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Jurispr. blz. I-11569, punten 52 e.v.), en 21 juli 2005, Eichsfelder Schlachtbetrieb (C-515/03, Jurispr. blz. I-7355, punt 39).
- 43 – Zie dienaangaande arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 57 en de aangehaalde rechtspraak).
- 44 – Zie ook in die zin Dennis Weber, *Abuse of Law, Legal Issues of Economic Integration*, 2004, blz. 43, 51 en 54.
- 45 – Arresten Centros, aangehaald in voetnoot 31, punt 24, en Kefalas e.a., aangehaald in voetnoot 33, punt 20; zie ook Zimmermann, *Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, blz. 185 e.v.
- 46 – Zie met betrekking tot de verschillende gevallen van misbruik, Lagondet, „L’abus de droit dans la jurisprudence communautaire”, *Journal des tribunaux*, 2003, nr. 95, blz. 8 e.v.
- 47 – Arresten Eichsfelder Schlachtbetrieb, aangehaald in voetnoot 42, punt 40, en Emsland-Stärke, aangehaald in voetnoot 42, punt 54.
- 48 – Arresten van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punt 40), en 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 56), en arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk, aangehaald in voetnoot 12, punt 43.
- 49 – Arrest van 1 juni 1999 (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 39).
- 50 – Arrest aangehaald in voetnoot 12, punt 32.
- 51 – Arrest van 15 mei 2003 (C-300/01, Jurispr. blz. I-4899, punt 41).
- 52 – Arrest aangehaald in voetnoot 5, punt 19.
- 53 – Tweede richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, alsmede tot wijziging van richtlijn 77/780/EEG (PB L 386, blz. 1).
- 54 – Arrest van 14 maart 2000, Église de scientologie (C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 15).
- 55 – Arrest Reisch e.a., aangehaald in voetnoot 12, punt 37, en arrest van 14 december 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punt 27).

- 56 – Arrest Commissie/Duitsland, aangehaald in voetnoot 36, punt 46.
- 57 – Arrest Konle, aangehaald in voetnoot 49, punten 45 e.v.
- 58 – Zie Frenz, aangehaald in voetnoot 29, blz. 1065, punt 2822, en Bröhmer, aangehaald in voetnoot 22, artikel 58, punt 1.
- 59 – Zie Hübner in: Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Band 1, E. IV, punt 46.
- 60 – Arrest aangehaald in voetnoot 5, punt 29.
- 61 – Arresten Salzmann, aangehaald in voetnoot 51, punt 50; Reisch e.a., aangehaald in voetnoot 12, punt 37; Konle, aangehaald in voetnoot 49, punt 44, en Sanz de Lera e.a., aangehaald in voetnoot 55, punt 27.
- 62 – Arrest van 23 februari 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 en C-416/93, Jurispr. blz. I-361, punt 27).
- 63 – Arresten Ospelt en Schlössle Weissenberg, aangehaald in voetnoot 11, punt 45; Salzmann, aangehaald in voetnoot 51, punt 49, en Konle, aangehaald in voetnoot 49, punt 46.
- 64 – Arrest Konle, aangehaald in voetnoot 49, punt 45.
- 65 – Arrest Ospelt en Schlössle Weissenberg, aangehaald in voetnoot 11, punt 34.
- 66 – Arrest van 6 juni 1996 (C-101/94, Jurispr. blz. I-2691, punten 16 en volgende).
- 67 – Arrest aangehaald in voetnoot 11, punt 54.
- 68 – Arrest van 11 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-496/01, Jurispr. blz. I-2351, punt 69).
- 69 – Arrest van 6 juni 1996, Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 66, punten 16 e.v.
- 70 – Arrest van 6 juni 1996, aangehaald in voetnoot 66, punt 23.
- 71 – Arrest aangehaald in voetnoot 36, punt 55.