

Sag C-452/04

Fidium Finanz AG

mod

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af

Verwaltungsgericht Frankfurt am Main)

»Fri udveksling af tjenesteydelser – frie kapitalbevægelser – selskab med hjemsted i et tredjeland – virksomhed, som helt eller overvejende er rettet mod en medlemsstats område – erhvervsmæssig ydelse af pengelån – krav om forudgående tilladelse i den medlemsstat, hvor lånet ydes«

Forslag til afgørelse fra generaladvokat C. Stix-Hackl fremsat den 16. marts 2006

Domstolens dom (Store Afdeling) af 3. oktober 2006

Sammendrag af dom

1. *Fri udveksling af tjenesteydelser – frie kapitalbevægelser – traktatens bestemmelser – undersøgelse af en national foranstaltning med tilknytning til disse to grundlæggende friheder*

(Art. 49 EF og 56 EF)

2. *Fri udveksling af tjenesteydelser – traktatens bestemmelser – anvendelsesområde*

(Art. 49 EF og 56 EF)

1. Det fremgår af ordlyden af artikel 49 EF og 56 EF samt af bestemmelsernes placering i to forskellige kapitler i traktatens afsnit III, at disse bestemmelser, selv om de hænger nært sammen, har til formål at regulere forskellige tilfælde, og at de hver især har et forskelligt anvendelsesområde. Ganske vist kan det ikke udelukkes, at i visse særlige tilfælde, hvor en national bestemmelse både vedrører fri udveksling af tjenesteydelser og frie kapitalbevægelser, kan den samtidigt hindre udøvelsen af begge disse friheder.

Det kan i den forbindelse ikke gøres gældende, at under disse omstændigheder finder bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser subsidiært anvendelse i forhold til bestemmelserne om frie kapitalbevægelser.

Når en national foranstaltning på én gang vedrører fri udveksling af tjenesteydelser og frie kapitalbevægelser, skal det undersøges, i hvilket omfang foranstaltningen påvirker udøvelsen af disse grundlæggende friheder, og om et af principperne under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder har forrang for det andet. Undersøgelsen af den pågældende foranstaltning foretages i princippet alene i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det i lyset af sagens konkrete omstændigheder fremgår, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan henføres til denne.

(jf. præmis 28, 30, 31 og 34)

2. En national ordning, hvorefter en medlemsstat stiller krav om forudgående godkendelse af erhvervsmæssig långivningsvirksomhed, der udøves på statens område af et selskab med hjemsted i et tredjeland, og hvorefter en sådan godkendelse bl.a. skal nægtes, såfremt selskabet ikke har sin ledelse eller en filial på dette område, og hvis virkning er at hindre adgangen til en medlemsstats finansielle marked for selskaber med hjemsted i tredjelande, påvirker overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 ff. EF.

Eftersom de restriktive virkninger af en sådan ordning for de frie kapitalbevægelser kun er en uundgåelig konsekvens af hindringen for den frie udveksling af tjenesteydelser, skal ordningens forenelighed med artikel 56 ff. EF ikke undersøges.

Et selskab med hjemsted i et tredjeland kan ikke påberåbe sig artikel 49 ff. EF. I modsætning til bestemmelserne i traktatens kapitel om frie kapitalbevægelser indeholder kapitlet om den frie udveksling af tjenesteydelser således ingen bestemmelser, som udvider anvendelsesområdet for bestemmelserne til at omfatte tjenesteydere, der er tredjelandstatsborgere med hjemsted uden for Den Europæiske Union, idet formålet med sidstnævnte kapitel er at sikre medlemsstaternes borgere ret til fri udveksling af tjenesteydelser.

(jf. præmis 25, 49 og 50 samt domskonkl.)

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

3. oktober 2006(*)

»Fri udveksling af tjenesteydelser – frie kapitalbevægelser – selskab med hjemsted i et tredjeland – virksomhed, som helt eller overvejende er rettet mod en medlemsstats område – erhvervsmæssig ydelse af pengelån – krav om forudgående tilladelse i den medlemsstat, hvor lånet ydes«

I sag C-452/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tyskland) ved afgørelse af 11. oktober 2004, indgået til Domstolen den 27. oktober 2004, i sagen:

Fidium Finanz AG

mod

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas (refererende dommer) og K. Schiemann, samt dommerne S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet og M. Ilešič,

generaladvokat: C. Stix-Hackl

justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. januar 2006

efter at der er indgivet indlæg af:

- Fidium Finanz AG ved C. Fassbender og A. Eckhard, Rechtsanwälte, samt ved Assessor N. Petersen
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ved S. Ihle, S. Deppmeyer og A. Sahavi, som befuldmægtigede
- den tyske regering ved W.-D. Plessing og C. Schulze-Bahr, som befuldmægtigede
- den græske regering ved S. Spyropoulos og D. Kalogiros, S. Vodina og Z. Chatzipavlou, som befuldmægtigede
- Irland ved D. O'Hagan, som befuldmægtiget, bistået af M. Collins, SC
- den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili
- den portugisiske regering ved L. Fernandes, L. Máximo dos Santos og Â. Seiça Neves, som befuldmægtigede
- den svenske regering ved K. Wistrand, som befuldmægtiget
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H. Støvlbæk og T. Scharf, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 16. marts 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 49 EF, 56 EF og 58 EF.

2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag anlagt af Fidium Finanz AG (herefter »Fidium Finanz«), et selskab med hjemsted i Schweiz, til anfægtelse af en afgørelse truffet af Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Forbundsanstalten for tilsyn med finansielle tjenesteydelser) (herefter »Bundesanstalt«), hvori denne myndighed forbød selskabet erhvervsmæssigt at yde pengelån til kunder med bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland med henvisning til, at selskabet ikke har den fornødne godkendelse som krævet efter tysk lovgivning.

Retsforskrifter

A – Fællesskabsretten

3 Artikel 49 EF og 55 EF vedrører den frie udveksling af tjenesteydelser. Artikel 49, stk. 1, EF forbyder begrænsninger på denne frihed inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

4 Artikel 56 EF-60 EF vedrører frie kapitalbevægelser. Det er i artikel 56, stk. 1, EF, bestemt, at inden for rammerne af bestemmelserne i EF-traktatens kapitel med overskriften »Kapital og betalinger« er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

5 I indledningen til bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (denne artikel blev ophævet ved Amsterdam-traktaten) (EFT L 178, s. 5) under overskriften »Nomenklatur for kapitalbevægelser omhandlet i artikel 1 i direktivet« hedder det:

»[...]

De kapitalbevægelser, der er opført i nærværende nomenklatur, omfatter:

– samtlige transaktioner, der er nødvendige for realiseringen af kapitalbevægelser: indgåelse og gennemførelse af transaktionen samt hermed forbundne overførsler. [...]

[...]

– tilbagebetaling af lån og kreditter.

Denne nomenklatur er ikke udtømmende for så vidt angår begrebet kapitalbevægelser, og der er derfor indsat en rubrik XIII – F »Andre kapitalbevægelser: Diverse kapitalbevægelser«. Den kan således ikke fortolkes på den måde, at den begrænser rækkevidden af princippet om en fuldstændig liberalisering af kapitalbevægelserne som fastsat i artikel 1 i direktivet.«

6 Den omhandlede nomenklatur indeholder 13 forskellige kategorier af kapitalbevægelser. I rubrik VIII med overskriften »Finanslån og -kreditter« nævnes lån og kreditter ydet af valutaudlændinge til valutaindlændinge.

De nationale bestemmelser

7 I henhold til ordlyden af § 1, stk. 1, i tysk lov om finansiel virksomhed (Gesetz über das Kreditwesen), i affattelsen af 9. september 1998 (BGBl. 1998 I, s. 2776, herefter »KWG«), omfatter »kreditinstitutioner« »virksomheder, der driver bankvirksomhed som erhverv eller af et omfang, der kræver en kommerciel virksomhedsstruktur«, og som »bankvirksomhed« betragtes bl.a. »ydelse af pengelån og acceptkreditter (udlån)«.

8 Samme lovs § 1, stk. 1a, definerer begrebet »institutter for finansielle tjenesteydelser« som »virksomheder, der yder finansielle tjenesteydelser til tredjemænd som erhverv eller af et omfang, der kræver en kommerciel virksomhedsstruktur«.

9 Det er i KWG's § 32, stk. 1, første afsnit, bestemt, at:

»Såfremt nogen inden for statens område vil drive bankvirksomhed eller tilbyde finansielle tjenesteydelser erhvervsmæssigt eller vil drive en sådan virksomhed i et omfang, der forudsætter

en kommerciel virksomhedsstruktur, kræves skriftlig tilladelse hertil fra Bundesanstalt [...]«

10 Ifølge KWG's § 33, stk. 1, første afsnit, nr. 6, skal en tilladelse bl.a. nægtes, såfremt instituttets ledelse ikke har hjemsted i Tyskland.

11 Det er i KWG's § 53, stk. 1, bestemt, at hvis en virksomhed, der har hjemsted i udlandet, driver en filial i Tyskland, som driver bankvirksomhed eller yder finansielle tjenesteydelser, anses filialen for at være et kreditinstitut eller en kreditvirksomhed.

12 I KWG's § 53b, stk. 1, er fastsat en særlig ordning, som kreditvirksomheder, der har hjemsted i en anden af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområdes medlemsstater, er omfattet af.

13 Ifølge Bundesanstalts cirkulære af 16. september 2003 er der tale om drift af bankvirksomhed eller levering af finansielle tjenesteydelser »inden for statens område« som omhandlet i KWG's artikel 32, »når udbyderen af disse ydelser har sit hovedsæde eller er bosat i udlandet og retter målrettet henvendelse til det tyske marked for gentagne gange og erhvervsmæssigt at udbyde banktransaktioner og finansielle tjenesteydelser over for virksomheder og/eller personer, som har hovedsæde eller er bosat »inden for statens område«.

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14 Fidium Finanz er et aktieselskab, der er stiftet i henhold til schweizisk ret, og hvis hovedsæde og ledelse befinder sig i St. Gallen (Schweiz). Virksomheden yder lån i størrelsesordenen 2 500 EUR eller 3 500 EUR til en effektiv årlig rentesats på 13,94% til kunder i udlandet.

15 Ifølge oplysningerne fra Fidium Finanz gives ca. 90% af de af selskabet ydede lån til personer, som er bosat i Tyskland. De pågældende lån blev i første omgang ydet tyske statsborgere med bopæl i Tyskland, som opfylder visse betingelser. Derefter udgjorde målgruppen arbejdstagere med bopæl i denne medlemsstat, som opfyldte de nævnte betingelser. Der blev ikke for disse lån forinden indhentet oplysninger fra Schufa (tysk central vedrørende oplysninger om kreditværdighed).

16 De omhandlede lån udbydes på en internethjemmeside, som forvaltes fra Schweiz. På denne hjemmeside kan kunder downloade de nødvendige låneansøgningsdokumenter, udfylde og tilbagesende dem pr. post til Fidium Finanz. De nævnte lån udbydes også via låneformidlere, som driver virksomhed i Tyskland. Ifølge den forelæggende ret handler de sidstnævnte hverken som repræsentanter eller mandatarer for Fidium Finanz. Låneformidlerne indgår kontrakter for Fidium Finanz og oppebærer en provision.

17 Fidium Finanz har ikke opnået den i KWG's § 32, stk. 1, første afsnit, foreskrevne godkendelse til at drive bankvirksomhed eller yde finansielle tjenesteydelser i Tyskland. Selskabet er med hensyn til dets aktivitet i Schweiz omfattet af schweizisk lovgivning om forbrugerlångivning, men ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret fandt kravet om at indhente en godkendelse i henhold til denne lovgivning på tidspunktet for sagens omstændigheder ikke anvendelse på schweiziske virksomheder, som udelukkende yder lån i udlandet.

18 Da den fandt, at Fidium Finanz udøvede bankvirksomhed »inden for statens område« som omhandlet i KWG's § 32, som fortolket i cirkulæret af 16. september 2003, meddelte Bundesanstalt selskabet, at det skulle ansøge om godkendelse vedrørende selskabets virksomhed med långivning. Fidium Finanz gjorde imidlertid gældende, at selskabets virksomhed ikke var underlagt et krav om godkendelse fra de tyske myndigheder, i det omfang selskabet ikke

udøver sin virksomhed »inden for statens område« i KWG's forstand, men snarere »bestemt for« Tyskland.

19 Ved afgørelse af 22. august 2003 meddelte Bundesanstalt Fidium Finanz forbud mod bl.a. at drive udlånsvirksomhed erhvervsmæssigt eller i et omfang, der kræver en kommerciel virksomhedsstruktur, med målrettet henvendelse til kunder med bopæl i Tyskland. Med henvisning til, at denne og Bundesanstalts efterfølgende klageafgørelse, der bekræftede afgørelsen, udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56 EF ff., anlagde Fidium Finanz sag ved Verwaltungsgericht Frankfurt am Main.

20 Da Verwaltungsgericht am Main fandt, at en fortolkning af traktatens bestemmelser var nødvendig for afgørelse af tvisten i hovedsagen, besluttede den at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en virksomhed, der har hjemsted i en stat uden for Den Europæiske Union, konkret i Schweiz, påberåbe sig princippet om frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 56 EF for så vidt angår erhvervsmæssig ydelse af lån til indbyggere i en af Den Europæiske Unions medlemsstater, konkret Forbundsrepublikken Tyskland, over for denne medlemsstat og over for foranstaltninger, som er truffet af dennes myndigheder eller retsinstanter, eller er formidling, indrømmelse og afvikling af sådanne finansielle tjenesteydelser alene omfattet af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 ff. EF?

2) Kan en virksomhed, der har hjemsted i en stat uden for Den Europæiske Union, påberåbe sig princippet om frie kapitalbevægelser i artikel 56 EF, såfremt dens virksomhed består i erhvervsmæssigt eller helt overvejende at yde lån til indbyggere, der har bopæl inden for Den Europæiske Union, når virksomheden har hjemsted i et land, hvor det hverken er en betingelse for etablering eller drift en sådan forretningsvirksomhed, at der er opnået forudgående godkendelse hertil fra en statslig myndighed i dette land, eller at der føres et løbende tilsyn med dens virksomhed svarende til, hvad der er sædvanligt for kreditinstitutter inden for Den Europæiske Union, og konkret i Forbundsrepublikken Tyskland, eller er en påberåbelse af princippet om frie kapitalbevægelser i en sådan situation udtryk for et retsmisbrug?

Kan en sådan virksomhed i relation til fællesskabsretten behandles på samme måde som personer og virksomheder, der er etableret i den pågældende medlemsstat, for så vidt angår krav om godkendelse, uanset at den ikke har hjemsted i denne medlemsstat og heller ikke har filialer der?

3) Udgør en ordning, hvorefter erhvervsmæssig långivning, der ydes af en virksomhed med hjemsted i en stat uden for Den Europæiske Union til indbyggere inden for Den Europæiske Union, er undergivet et krav om forudgående godkendelse fra en myndighed i den medlemsstat inden for Den Europæiske Union, hvor låntagerne har bopæl, et indgreb i princippet om frie kapitalbevægelser i artikel 56 EF?

Er det herved af betydning, om den uautoriserede lånevirksomhed udgør en straffelovsovertrædelse eller alene en tilsidesættelse af en ordensforskrift?

4) Er det i spørgsmål 3 nævnte krav om forudgående godkendelse begrundet i henhold til artikel 58, stk. 1, litra b), EF, navnlig for så vidt angår

- beskyttelse af debitorer mod kontraktlige og finansielle forpligtelser over for personer, hvis troværdighed ikke forudgående er blevet undersøgt
- beskyttelse af denne personkreds mod ikke behørigt arbejdende virksomheder eller personer

for så vidt angår regnskabsføring, eller de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til generelle bestemmelser, til vejledning og oplysning over for deres kunder

- beskyttelse af denne personkreds mod uforholdsmæssig eller vildledende reklame
- garanti for, at den kreditgivende virksomhed har tilstrækkelige finansielle midler
- beskyttelse af kapitalmarkedet mod ukontrolleret indrømmelse af store lån
- beskyttelse af kapitalmarkedet og samfundet generelt mod kriminelle handlinger, navnlig for så vidt angår bestemmelser om bekæmpelse af hvidvaskning af penge eller terrorisme?

5) Er udformningen af en godkendelsesordning som den under spørgsmål 3 anførte, der for så vidt er i overensstemmelse med fællesskabsretten, omfattet af artikel 58, stk. 1, litra b), EF, hvorefter det er en afgørende forudsætning for meddelelse af tilladelse, at virksomheden har hovedsæde, eller i hvert fald en filial i den pågældende medlemsstat, navnlig for at

- muliggøre, at den pågældende medlemsstats myndigheder kan føre en reel og effektiv kontrol med forretningsførelse og -praksis, dvs. at de tillige kan foretage kontrol med kort varsel eller uanmeldt
- forretningsførelse og -praksis detaljeret kan efterprøves på grundlag af bilag, som er til rådighed, eller som kan gøres gældende i medlemsstaten
- medlemsstaten har adgang til at drage personer til ansvar for virksomheden inden for medlemsstatens suverænitetsområde
- have garanti for, eller nemmere adgang til, at sikre opfyldelse af finansielle krav fra virksomhedens kunder i denne medlemsstat? «

21 Under den mundtlige forhandling meddelte Fidium Finanz' advokat Domstolen, at myndighederne i den kompetente Kanton St. Gallen i marts 2005 gav nævnte selskab tilladelse til at drive virksomhed med forbrugerlångivning.

De præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

22 Den forelæggende ret ønsker med de præjudicielle spørgsmål oplyst, om virksomhed med erhvervs-mæssig långivning udgør levering af en tjenesteydelse og er omfattet af artikel 49 ff. EF., og /eller om den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 56 ff. EF om frie kapitalbevægelser. Hvis de sidstnævnte bestemmelser finder anvendelse under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder, ønsker retten oplyst, om de nævnte bestemmelser er til hinder for en national ordning som den i hovedsagen omhandlede, der kræver en forudgående godkendelse for et selskab med hjemsted i et tredjeland til at drive den førnævnte virksomhed på statens område, og hvori det er bestemt, at en sådan tilladelse skal nægtes meddelt, navnlig såfremt selskabet ikke har sin ledelse eller en filial på statens område (herefter »den anfægtede ordning«).

23 Det må indledningsvis præciseres, at den anfægtede ordning finder anvendelse på selskaber med hjemsted uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde. De kreditvirksomheder, der har hjemsted i en af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområdes medlemsstater, er i medfør af KWG's § 53b, stk. 1, omfattet af en særlig ordning, som ikke er genstand for den præjudicielle forelæggelse.

24 Som det fremgår af denne doms præmis 14 og 15, yder Fidium Finanz erhvervsmæssigt lån til personer, der har bopæl i Tyskland.

25 I modsætning til bestemmelserne i traktatens kapitel om frie kapitalbevægelser indeholder kapitlet om den frie udveksling af tjenesteydelser ingen bestemmelser, som udvider anvendelsesområdet for bestemmelserne til at omfatte tjenesteydere, der er tredjelandsstatsborgere med hjemsted uden for Den Europæiske Union. Som Domstolen har fastslået i udtalelse 1/94 af 15. november 1994 (Sml. I, s. 5267, præmis 81), er formålet med sidstnævnte kapitel at sikre medlemsstaternes borgere ret til fri udveksling af tjenesteydelser. Derfor kan artikel 49 ff. EF ikke påberåbes af et selskab med hjemsted i et tredjeland.

26 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var aftalen mellem Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater på den ene side og Det Schweiziske Forbund på den anden side om fri bevægelighed for personer (EFT 2002 L 114, s. 6), underskrevet i Luxembourg den 21. juni 1999, og som navnlig har til formål at lette leveringen af tjenesteydelser på de kontraherende parters område, endnu ikke trådt i kraft.

27 Der opstår således et spørgsmål om afgrænsningen af forholdet mellem på den ene side traktatbestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser og på den anden side bestemmelserne om frie kapitalbevægelser.

28 Det fremgår i denne forbindelse af ordlyden af artikel 49 EF og 56 EF samt af bestemmelsernes placering i to forskellige kapitler i traktatens afsnit III, at disse bestemmelser, selv om de hænger nært sammen, har til formål at regulere forskellige tilfælde, og at de hver især har et forskelligt anvendelsesområde.

29 Denne omstændighed bekræftes navnlig af artikel 51, stk. 2, EF, som sondrer mellem dels bankernes og forsikringsselskabernes tjenesteydelser, som er forbundet med kapitalbevægelser, dels frie kapitalbevægelser, og hvori det er fastsat, at liberaliseringen af de nævnte tjenesteydelser skal gennemføres »sideløbende med liberalisering af kapitalbevægelserne«.

30 Ganske vist kan det ikke udelukkes, at i visse særlige tilfælde, hvor en national bestemmelse både vedrører fri udveksling af tjenesteydelser og frie kapitalbevægelser, kan den samtidigt hindre udøvelsen af begge disse friheder.

31 Det er blevet gjort gældende for Domstolen, at under disse omstændigheder, og når henses til ordlyden af artikel 50, stk. 1, EF, finder bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser subsidiær anvendelse i forhold til bestemmelserne om frie kapitalbevægelser.

32 Dette argument kan ikke tages til følge. Selv om det er korrekt, at det i definitionen af begrebet »tjenesteydelser« i artikel 50, stk. 1, EF præciseres, at ydelserne »ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«, forholder det sig ikke desto mindre således, at denne præcisering kommer i betragtning ved definitionen af begrebet, uden dermed dog at fastsætte en rangorden mellem fri udveksling af tjenesteydelser og de andre grundlæggende friheder. Begrebet »tjenesteydelser« dækker således over ydelser, som ikke er omfattet af de andre friheder, med det formål at hindre, at en økonomisk aktivitet falder uden for anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder.

33 Tilstedeværelsen af en sådan rangorden kan heller ikke udledes af artikel 51, stk. 2, EF. Denne bestemmelse henvender sig navnlig til fællesskabslovgiver og skyldes de potentielt forskellige tempi for liberaliseringen af dels tjenesteydelser, dels kapitalbevægelser.

34 Når en national foranstaltning imidlertid på én gang vedrører fri udveksling af tjenesteydelser og frie kapitalbevægelser, skal det undersøges, i hvilket omfang foranstaltningen påvirker udøvelsen af disse grundlæggende friheder, og om ét af principperne under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder har forrang for et andet (jf. analogt dom af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 47, og af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 27, samt EFTA-Domstolens dom af 14.7.2000, sag E-1/00, State Debt Agency og Islandsbanki-FBA, EFTA Court Report 2000-2001, s. 8, præmis 32). Domstolen tager i princippet alene stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det i lyset af sagens konkrete omstændigheder fremgår, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan henføres til denne (jf. analogt dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 22, og af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 31, samt Karner-dommen, præmis 46, og Omega-dommen, præmis 26, og dom af 26.5.2005, sag C-20/03, Burmanjer m.fl., Sml. I, s. 4133, præmis 35).

35 Det er i lyset af disse betragtninger, at de præjudicielle spørgsmål skal besvares.

Det første spørgsmål

36 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om et selskab, der har hjemsted i et tredjeland, inden for rammerne af selskabets erhvervsmæssige långivning til personer, der er hjemmehørende i en medlemsstat, kan påberåbe sig princippet om frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 56 EF, eller om formidling, indrømmelse og afvikling af sådanne finansielle tjenesteydelser alene er omfattet af retten til fri udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 49 ff. EF.

37 Bundesanstalt, den tyske og den græske regering, Irland samt den italienske og den portugisiske regering har anført, at virksomhed med erhvervsmæssig långivning udgør levering af tjenesteydelser i den i artikel 50, stk. 1, EF anvendte betydning, og at artikel 56 ff. EF ikke finder anvendelse under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder. Kommissionen og Fidium Finanz har gjort gældende, at den pågældende virksomhed er omfattet af de frie kapitalbevægelser, og at selskabet kan påberåbe sig artikel 56 ff.

38 Det må først afgøres, hvilken grundlæggende frihed virksomhed med erhvervsmæssig långivning, således som den, der udøves af Fidium Finanz, har tilknytning til.

39 Det fremgår af fast retspraksis, at den långivningsvirksomhed, der udøves af et kreditinstitut, udgør tjenesteydelser i traktatens artikel 49 EF's forstand (jf. i denne retning dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 11, og af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 17). I øvrigt har Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF af 20. marts 2000 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut bl.a. til formål – både med hensyn til etableringsfrihed og fri udveksling af finansielle tjenesteydelser – at regulere långivning.

40 Selv om det er korrekt, at Fidium Finanz ikke er et kreditinstitut i fællesskabsrettens forstand, idet selskabets virksomhed ikke består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, forholder det sig ikke desto mindre således, at selskabets virksomhed i form af erhvervsmæssig långivning udgør levering af en tjenesteydelse.

41 Begrebet »kapitalbevægelser« er ikke defineret i traktaten. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at da artikel 56 EF i det væsentlige gentager indholdet af artikel 1 i Rådets direktiv 88/361, og uanset at direktivet er udstedt på grundlag af EØF-traktatens artikel 69 og artikel 70, stk. 1 (EØF-traktatens artikel 67-73 er erstattet af EF-traktatens artikel 73 B – 73 G), bevarer den

nomenklatur for »kapitalbevægelser«, som er indeholdt i direktivets bilag, den vejledende værdi hvad angår definitionen af begrebet kapitalbevægelser (jf. i denne retning bl.a. dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 21, af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 – C-524/99 og C-526/99 – C-540/99, Reisch m.fl., Sml. I, s. 2157, præmis 30, og af 23.2.2006, sag C-513/03, van Hilten-van der Heijden, Sml. I, s. 1957, præmis 39).

42 Lån og kreditter ydet af valutaudlændinge til valutaindlændinge er anført i punkt VIII i bilag I til direktiv 88/361 med overskriften »Finanslån og -kreditter«. Ifølge de forklarende bemærkninger til bilaget omfatter denne kategori blandt andet forbrugerkreditter.

43 Det følger heraf, at virksomhed med erhvervmæssig långivning i princippet både har tilknytning til fri udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 ff. EF og frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56 ff. EF.

44 Det skal derfor undersøges, om og i givet fald i hvilket omfang den omtvistede ordning påvirker udøvelsen af disse to friheder under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder og kan hindre denne udøvelse.

45 Det fremgår af sagens akter, at den omhandlede ordning er omfattet af den tyske lovgivning om tilsyn med virksomheder, som udfører banktransaktioner og finansielle tjenesteydelser. Ordningen har til formål at føre tilsyn med udførelsen af sådanne ydelser og kun at give tilladelse til udførelse heraf til virksomheder, som garanterer, at transaktionerne gennemføres i overensstemmelse med reglerne. Når først den erhvervsdrivende har opnået tilladelse til at arbejde på det indenlandske marked, og formidling med henblik på lånet er udført, samt låneaftalen underskrevet, gennemføres aftalen, og lånebeløbet overføres faktisk til lånemodtageren.

46 Den anfægtede ordning har til følge, at erhvervsdrivende, som ikke har de fornødne kvalifikationer efter KWG, ikke får adgang til det tyske marked. Ifølge fast retspraksis skal alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser mindre attraktiv, betragtes som restriktioner for denne frihed (jf. navnlig dom af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 22). Mens kravet om en tilladelse indebærer en begrænsning af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, er et krav om fast etablering reelt udtryk for en ophævelse af denne ret. Et sådant krav kan kun anses for lovligt, såfremt det godtgøres, at det udgør en ufravigelig forudsætning for at opnå det tilstræbte formål (jf. bl.a. Parodi-dommen, præmis 31, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 30).

47 Henset til betragtningerne i denne doms præmis 25 kan artikel 49 ff. EF ikke påberåbes af et selskab med hjemsted i et tredjeland, såsom Fidium Finanz.

48 Hvad angår de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56 ff. EF er det muligt, at ordningen – ved at gøre det vanskeligere for kunder, der har bopæl i Tyskland, at få adgang til finansielle tjenesteydelser, der udbydes af selskaber, som har hjemsted uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde – kan danne grundlag for, at disse kunder benytter disse tjenesteydelser mindre, og at antallet af de med disse ydelser forbundne grænseoverskridende finansielle overførsler dermed nedsættes. Det drejer sig imidlertid kun om en uundgåelig konsekvens af hindringen for den frie udveksling af tjenesteydelser (jf. i denne retning Omega-dommen, præmis 27, og dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33, jf. ligeledes, analogt, dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 34).

49 Det fremgår, at under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder er aspektet vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser dominerende i forhold til aspektet vedrørende de frie

kapitalbevægelser. Da den anfægtede ordning hindrer adgangen til det tyske finansielle marked for selskaber med hjemsted i tredjelande, påvirker den overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser. Eftersom de restriktive virkninger af ordningen for de frie kapitalbevægelser kun er en uundgåelig konsekvens af hindringen for den frie udveksling af tjenesteydelser, skal ordningens forenelighed med artikel 56 ff. EF ikke undersøges.

50 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at en national ordning, hvorefter en medlemsstat stiller krav om forudgående godkendelse af erhvervmæssig långivningsvirksomhed, der udøves på statens område af et selskab med hjemsted i et tredjeland, og hvorefter en sådan godkendelse bl.a. skal nægtes, såfremt selskabet ikke har sin ledelse eller en filial på dette område, påvirker overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 ff. EF. Et selskab med hjemsted i et tredjeland kan ikke påberåbe sig disse bestemmelser.

51 Henset til besvarelsen af spørgsmål 1 er det uforholdsmæssigt at besvare den forelæggende rets øvrige spørgsmål.

Sagens omkostninger

52 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen for ret:

En national ordning, hvorefter en medlemsstat stiller krav om forudgående godkendelse af erhvervmæssig långivningsvirksomhed, der udøves på statens område af et selskab med hjemsted i et tredjeland, og hvorefter en sådan godkendelse bl.a. skal nægtes, såfremt selskabet ikke har sin ledelse eller en filial på dette område, påvirker overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 ff. EF. Et selskab med hjemsted i et tredjeland kan ikke påberåbe sig disse bestemmelser.

Underskrifter

* Processprog: tysk.