

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

CHRISTINE STIX-HACKL

přednesené dne 16. března 2006¹

I – Úvodní poznámky

1. Projednávané řízení o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce se týká otázky, zda poskytování úvěrů provozované podnikatelským způsobem společností usazenou ve třetím státě obyvatelům členského státu Evropské unie podléhá volnému pohybu kapitálu nebo volnému pohybu služeb. Přitom se jedná zejména o přípustnost povolení k takovému poskytování úvěrů vyžadovaného dotčeným členským státem a o podmínku usazení společnosti ze třetího státu v tomto členském státě, která je pro to nezbytná.

2. Článek 56 odst. 1 ES zní následovně:

„V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.“

3. Článek 57 odst. 1 první pododstavec ES stanoví:

II – Právní rámec

A – Právo Společenství

1. Relevantní ustanovení v oblasti *volného pohybu kapitálu*

„Článkem 56 není dotčeno používání žádných omezení vůči třetím zemím, která existují ke dni 31. prosince 1993 podle vnitrostátního práva nebo práva Společenství ve vztahu k pohybu kapitálu do nebo ze třetích zemí, zahrnujícího přímé investice včetně investic do nemovitostí, usazování, poskytování finančních služeb či přijetí cenných papírů na kapitálové trhy.“

¹ — Původní jazyk: němčina.

4. Článek 58 ES odst. 1 písm. b) stanoví: 2. Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy² (dále jen „směrnice 88/361“).

„Článkem 56 není dotčeno právo členských států:

6. Úvod klasifikace v příloze I směrnice 88/361 (výňatky):

- b) učinit všechna nezbytná opatření, jež by zabránila porušování vnitrostátních právních a správních předpisů, zejména v oblasti daňového práva a dohledu nad finančními institucemi, nebo stanovit postupy pro ohlašování pohybu kapitálu pro účely správní či statické, nebo učinit opatření odůvodněná veřejným pořádkem či veřejnou bezpečností.“

„Pohyb kapitálu uvedený v této klasifikaci zahrnuje:

- veškeré operace nutné při pohybu kapitálu, tj. uzavírání a plnění konkrétní transakce a spojených převodů.

5. Podle čl. 58 odst. 3 ES:

„Opatření a postupy uvedené v odstavcích 1 a 2 nesmějí představovat ani prostředek svévolné diskriminace, ani zastřené omezení volného pohybu kapitálu a plateb ve smyslu článku 56.“

- operace spočívající ve splacení úvěrů nebo půjček.

2 — Úř. věst. 1988, L 178, s. 5; Zvl. vyd. 10/01, s. 10.

Tato klasifikace není úplným seznamem pro definování pohybu kapitálu proto existuje bod XIII F „Jiný pohyb kapitálu-různé [...]“

3. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/12/ES ze dne 20. března 2000 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu³ (dále jen „směrnice 2000/12“)

7. Tato klasifikace obsahuje zejména:

9. Odkaz na právní základ zní následovně:

„VIII. Finanční půjčky a úvěry (neuvedené v bodě I, VII a XI)

„s ohledem na Smlouvu o založení Evropského společenství, a zejména na čl. 47 odst. 2 první a třetí větu této smlouvy [...]“

A. Půjčky a úvěry poskytnuté nerezidenty rezidentům“

10. Čtvrtý bod odůvodnění upřesňuje (výňatky):

8. Definice zní následovně:

„Tato směrnice je z hlediska [...] volného pohybu služeb v bankovníctví základním nástrojem pro dosažení společného trhu [...]“

„Finanční půjčky a úvěry

11. Bod 18 odůvodnění zní následovně:

„Existuje nezbytný vztah mezi účelem této směrnice a liberalizací pohybu kapitálu,

Tato kategorie rovněž zahrnuje hypoteční půjčky, spotřebitelské úvěry, [...]“

3 — Úř. věst. L 126, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 272.

uskutečňovanou na základě jiných právních předpisů Společenství. Opatření týkající se liberalizace bankovních činností musí být v každém případě v souladu s opatřeními pro liberalizaci pohybu kapitálu.“

15. Příloha I stanoví seznam činností podléhajících vzájemnému uznání, mj. „půjčky, zejména spotřebitelské úvěry“.

B – Vnitrostátní právo

12. Podle čtvrté věty bodu 19 odůvodnění:

1. *Úvěrový zákon*⁴ (Gesetz über das Kreditwesen, dále jen „KWG“)

„Na pobočky úvěrových institucí, které mají sídlo mimo Společenství, se nevztahuje volný pohyb služeb [...] v jiných členských státech než těch, kde jsou usazeny [...]“

16. Článek 32 odst. 1 první pododstavec KWG stanoví:

13. Podle bodu 65 odůvodnění:

„Každý, kdo chce v tuzemsku vykonávat bankovní činnosti nebo poskytovat finanční služby podnikatelským způsobem nebo v objemu vyžadujícím existenci obchodně organizovaného podniku, musí získat písemné povolení Bundesanstalt;

„Dohled nad úvěrovými institucemi na konsolidovaném základě musí být zaměřen zejména na ochranu zájmů vkladatelů dotyčných institucí a na zajištění stability finančního systému.“

[...]“

14. Podle čl. 4 odst. 1:

17. Podle čl. 1 odst. 1 prvního pododstavce KWG:

„Členské státy stanoví, že úvěrové instituce musí před zahájením své činnosti získat povolení.“

„Úvěrovými institucemi se rozumí podniky uskutečňující bankovní operace podnikatel-

4 – BGBl. I, s. 2776.

ským způsobem nebo v objemu vyžadujícím existenci obchodně organizovaného podniku.“

(6) nemá-li podnik v tuzemsku své vedení [...]“

18. Podle čl. 1 odst. 1 druhého pododstavce KWG:

„Bankovními operacemi se rozumí [...]

(2) poskytování peněžních půjček a akceptačních úvěrů (úvěrové operace).“

19. Článek 6 odst. 2 zní následovně:

„Bundesanstalt dbá na to, aby nedocházelo k poruchám v oblasti úvěrových a finančních služeb, které by ohrožovaly bezpečnost majetku svěřeného institucím, poškozovaly řádné provádění bankovních operací nebo finančních služeb nebo mohly způsobit značné škody celému hospodářství.“

20. Podle čl. 33 odst. 1 prvního pododstavce KWG (výňatky):

„Povolení musí být zamítnuto zejména tehdy,

[...]

21. Na rozdíl od čl. 33 odst. 1 prvního pododstavce bodu 6 KWG připouští článek 53 KWG činnost poboček zahraničních institucí, aniž by bylo nutné přemísťovat jejich vedení, pokud jsou splněny podmínky stanovené v odstavci 2. Pro instituce přijímající vklady a pro podniky finančních služeb se sídlem v jiném členském státu Evropského hospodářského prostoru stanoví článek 53b KWG privilegované možnosti přístupu na trh ve Spolkové republice Německo.

22. Pro státy jako Švýcarsko podřizuje článek 53c KWG zmírnění podmínek přístupu na trh nařízení spolkového ministerstva financí.

23. Článek 54 KWG trestně postihuje výkon bankovních činností nebo poskytování finančních služeb bez povolení na základě čl. 32 odst. 1 KWG.

2. Pokyny Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (dále jen „BaFin“) ze dne 12. dubna 2003 k povinnému povolení na základě článku 32 odst. 1 KWG

bankovní komise. Podle informací příslušného kantonu St. Gallen ze dne 28. června 2004 uvedených v předkládajícím rozhodnutí sice nemá Fidium Finanz povolení pro poskytování úvěrů podle švýcarského práva, takové povolení ovšem ani nepotřebuje, protože poskytuje spotřebitelské úvěry výhradně osobám bydlejícím v zahraničí.

24. V důsledku změny své správní praxe má BaFin od tohoto okamžiku za to, že bankovní činnosti podniků usazených v zahraničí vyžadují povolení, obrací-li se cíleně na tuzemský trh.

III – Skutkový stav a spor v původním řízení

25. Fidium Finanz AG (dále jen „Fidium Finanz“) je akciovou společností založenou podle švýcarského práva se sídlem a vedením v St. Gallen. Poskytuje zejména malé úvěry ve výši 2 500 nebo 3 500 eur, pro něž nejsou předem vyžadovány žádné informace u Schufa (Schutzorganisation für allgemeine Kreditsicherung, Německá asociace pro ochranu věřitelů). Takový postup je naopak běžný, pokud úvěry poskytují úvěrové instituce usazené v Německu. Fidium Finanz neměla v době rozhodné z hlediska skutečností v původním řízení povolení pro výkon bankovních činností stanovené německým právem.

26. Podle předkládajícího rozhodnutí nepodléhá Fidium Finanz ve Švýcarsku dohledu

27. Na začátku roku 2003 věnoval BaFin pozornost poskytování půjček společností Fidium Finanz. Tato společnost nabízela zejména prostřednictvím internetu úvěry na výše uvedené částky. Internetové stránky byla vypracovány v německém jazyce. Klienti si mohli stáhnout dokumenty pro žádost o úvěr, vyplnit je a zaslat žalované poštou, která potom rozhodla o přijetí žádosti o úvěr. Částka úvěru byla v případě schválení klientovi zaslána poštovní poukázkou. Doba trvání úvěru byla 40 měsíců, efektivní úroková míra dosahovala v roce 2003 podle údajů poskytnutých žalovanou 13,94 %. Druhý způsob nabízení úvěrů probíhal prostřednictvím úvěrových zprostředkovatelů působících v Německu, kteří také vyhledávali jejím jménem klienty na internetu.

28. Dne 12. dubna 2003 uveřejnil BaFin nové informace o povinném získání povolení podle čl. 32 odst. 1 KWG pro přeshraničně provozované bankovní činnosti.

29. Rozhodnutím ze dne 22. srpna 2003 zakázal BaFin Fidium Finanz uskutečňovat podnikatelským způsobem nebo v objemu vyžadujícím existenci obchodně organizovaného podniku úvěrové operace ve smyslu čl. 1 odst. 1 druhého pododstavce druhého bodu KWG, spočívající v cíleném obracení se na klienty usazené v Německu a poskytování jim úvěrů.

30. Stížnost podanou proti tomuto rozhodnutí dne 1. září 2003 zamítl BaFin rozhodnutím ze dne 18. února 2004. Fidium Finanz podala dne 2. března 2004 žalobu k Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, ve které žádala zrušení rozhodnutí, které proti ní bylo vydáno. Tvrdí, že jelikož se sídlo její společnosti nachází ve Švýcarsku, kde jsou koncentrovány veškeré činnosti spojené s jejím vedením, nevykonává bankovní operace „v tuzemsku“, pro něž čl. 32 odst. 2 první pododstavec KWG stanoví povinnost získání povolení.

31. Podle názoru Verwaltungsgericht nemá ovšem tato žaloba při použití vnitrostátního práva výhled na úspěch, neboť Fidium Finanz podléhá povinnosti povolení podle čl. 32 odst. 1 KWG. Odlišného závěru lze případně dosáhnout použitím práva Společenství na základě jeho přednosti.

IV – Předběžné otázky

32. Verwaltungsgericht Frankfurt am Main proto předložil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

1. Může se podnik usazený ve státě nacházejícím se mimo Evropskou unii, v tomto případě ve Švýcarsku, při podnikatelským způsobem provozovaném poskytování úvěrů obyvatelům členského státu Evropské unie, v tomto případě Spolkové republiky Německo, dovolávat vůči tomuto členskému státu a opatřením jeho orgánů nebo soudů volného pohybu kapitálu podle článku 56 ES, anebo vyhledávání klientů, poskytování a plnění takových finančních služeb podléhá pouze volnému pohybu služeb podle článků 49 a následujících ES?
2. Může se podnik usazený ve státě nacházejícím se mimo Evropskou unii dovolávat volného pohybu kapitálu podle článku 56 ES, pokud poskytuje úvěry podnikatelským způsobem nebo převážně obyvatelům majícím bydliště v Evropské unii a je-li usazen v zemi, ve které zahájení a výkon této činnosti nepodléhá předchozímu povolení veřejného orgánu tohoto státu ani požadavku stálého dozoru nad jeho činnostmi způsobem, který je pro úvěrové instituce běžný uvnitř Evropské unie a v tomto případě zejména ve Spolkové

republiky Německo, anebo v takovém případě představuje dovolávání se volného pohybu kapitálu zneužití práva?

4. Je požadavek předchozího povolení uvedený ve třetí otázce odůvodněný čl. 58 odst. 1 písm. b) ES, zvláště co se týče

Může být takový podnik s ohledem na právo Evropské unie posuzován ohledně povinnosti získání povolení stejně jako osoby a podniky usazené na území dotčeného členského státu, ačkoliv v tomto členském státě nemá své sídlo a ani v něm nemá pobočku?

3. Zasahují do volného pohybu kapitálu podle článku 56 ES právní předpisy, podle kterých podléhá poskytování úvěrů provozované podnikatelským způsobem podnikem usazeným ve státě nacházejícím se mimo Evropskou unii osobám majícím bydliště uvnitř Evropské unie předchozímu získání povolení orgánu členského státu Evropské unie, ve kterém jsou dlužníci usazeni?

Záleží v tomto ohledu na tom, zda nepovolené, podnikatelským způsobem provozované poskytování půjček představuje trestný čin nebo pouze porušení předpisů?

— ochrany dlužníka v oblasti smluvních a finančních závazků vůči osobám, jejichž spolehlivost nebyla předem ověřena,

— ochrany těchto osob vůči osobám nebo podnikům nevykonávajícím řádně svou činnost v oblasti účetnictví a poradenských a informačních povinností vůči zákazníkům, uložených jim na základě obecných právních předpisů,

— ochrany těchto osob před nepřiměřenou nebo nedovolenou reklamou,

— záruky dostatečného finančního zajištění podniku poskytujícího úvěry,

— ochrany kapitálového trhu před nekontrolovatelným poskytováním velkých úvěrů,

- ochrany kapitálového trhu a společnosti obecně před takovými trestnými činy, jaké jsou zejména předmětem předpisů týkajících se boje proti praní špinavých peněz nebo terorismu?
- bylo možno mít přístup k osobně odpovědným zástupcům podniku na území členského státu,

- bylo možno zajistit anebo přinejmenším usnadnit dodržování finančních závazků vůči klientům podniku v členském státě?

5. Spadá úprava požadavku povolení ve smyslu třetí otázky, který je sám o sobě v právu Společenství přípustný, pod čl. 58 odst. 1 písm. b) ES, pokud podle ní vydání povolení nutně předpokládá, že podnik má svoji hlavní správu nebo přinejmenším svoji pobočku v dotčeném členském státě, zejména aby

V – K první předběžné otázce

- byla umožněna skutečná kontrola postupů a transakcí orgány dotčeného členského státu, tj. především v krátkých lhůtách a neočekávaně,

33. Svoji první předběžnou otázkou se Verwaltungsgericht v podstatě táže, zda se může společnost usazená ve třetím státě dovolávat volného pohybu kapitálu za účelem poskytování úvěrů obyvatelům členského státu, nebo zda tato činnost podléhá pouze článku 49 ES, tj. volnému pohybu služeb.

A – Hlavní argumenty účastníků řízení

- bylo možno dokonale sledovat postupy a transakce na základě dokumentů, které jsou k dispozici v členském státě nebo tam mohou být předány,

34. Fidium Finanz a Komise jsou toho názoru, že poskytování úvěrů spadá do oblasti působnosti volného pohybu kapitálu. Obě přitom odkazují na klasifikaci v příloze I směrnice 88/361.

35. Podle názoru Fidium Finanz spadá poskytování úvěrů uvedené v bodě VIII přílohy I směrnice 88/361 nazvaném „Finanční půjčky a úvěry“ výslovně do pohybů kapitálu. Na tom podle názoru Komise nic nemění ani výraz „operace spočívající ve splacení úvěrů nebo půjček“ v úvodu klasifikace, neboť i poskytování půjček je zahrnuto z důvodu netaxativní povahy výčtu.

36. Fidium Finanz doplňuje, že sice existuje, pokud jde o poskytování úvěrů, spojitost s volným pohybem služeb, ta však nevylučuje použitelnost článku 56 ES, neboť z většinové judikatury Soudního dvora v oblasti finančních služeb vyplývá souběžná platnost obou základních svobod⁵.

37. Naopak BaFin, stejně tak jako německá, řecká, italská, portugalská a irská vláda jsou toho názoru, že článek 56 ES není použitelný. BaFin a německá vláda přitom zakládají toto tvrzení nejprve na skutečnosti, že poskytování úvěrů nemá povahu vkladu respektive investice⁶. Německá a řecká vláda, stejně jako BaFin navíc uznávají, že povinnost získání povolení může nepřímo působit na pohyb kapitálu, v projednávaném případě na vyplacení půjčky, přesto zároveň

zdůrazňují, že z judikatury Soudního dvora vyplývá⁷, že článek 56 ES nazakazuje taková omezení pohybu kapitálu, která nepřímo vyplývají z omezení jiných základních svobod, v projednávaném případě volného pohybu služeb.

38. Podle názoru irské vlády se sice již není možné odvolávat na tuto judikaturu, ale kritérium spojené s „hlavní prvkem“ rovněž vylučuje použití ustanovení o pohybu kapitálu.

39. Italská, řecká a německá vláda, stejně tak jako BaFin navíc uvádí směrnici 2000/12, která na základě svého právního základu, některých bodů odůvodnění, stejně tak jako výčtu v příloze I zahrnuje poskytování úvěrů do volného pohybu služeb, ale nikoli do volného pohybu kapitálu.

40. Německá vláda konečně doplňuje, že článek 49 ES je ustanovením ve smyslu čl. 57 odst. 1 ES a že volný pohyb kapitálu v oblasti

5 — Rozsudky ze dne 14. listopadu 1995, Svensson a Gustavsson (C-184/93, Recueil, s. I-3955, body 10 a násled.) a ze dne 9. července 1997, Parodi (C-222/95, Recueil, s. I-3899, body 14 a 17).

6 — Viz rozsudek ze dne 31. ledna 1984, Luisi a Carbone (286/82 a 26/83, Recueil, s. 377, bod 21).

7 — Rozsudek ze dne 28. ledna 1992, Bachmann (C-204/90, Recueil, s. I-249, bod 34).

finančních služeb je omezen na členské státy, protože poskytování úvěrů je přinejmenším také službou.

43. Naproti tomu ze znění čl. 56 odst. 1 ES („[...] a mezi členskými státy a třetími zeměmi [...]“) vyplývá, že se i podnik usazený mimo Společenství může dovolávat volného pohybu kapitálu¹¹.

B – Posouzení

41. Svoji první otázkou se předkládající soud v podstatě táže, zda poskytování půjček z třetího státu do Evropské unie podléhá režimu volného pohybu kapitálu nebo režimu volného pohybu služeb.

42. Pokud jde o článek 49 a následující ES, tedy o články týkající se volného pohybu služeb, považoval Soudní dvůr ve věcech *Svensson a Gustavsson*⁸ stejně tak jako *Parodi*⁹ půjčky také za služby. Tato plnění tedy sice spadají do věcné působnosti těchto ustanovení, ale společnost jako *Fidium Finanz* se nemůže dovolávat volného pohybu služeb, protože z mého osobního hlediska se jeho použití nevztahuje na osoby usazené mimo Společenství. Nic jiného nevyplývá ani z dohody o volném pohybu osob mezi Evropským společenstvím a Švýcarskou konfederací¹⁰.

44. Proto se následující přezkum musí soustředit na to, zda dotčené operace spadají nejen do osobní, ale i věcné působnosti čl. 56 odst. 1 ES a zda je třeba zahrnout poskytování úvěrů do pohybu kapitálu.

45. Samotná smlouva neobsahuje právní definici pojmu pohybu kapitálu. V ustálené judikatuře¹² odkazuje Soudní dvůr k tomu, aby tento pojem konkretizoval, na klasifikaci uvedenou v příloze I směrnice 88/361. Bez ohledu na to, že je tato klasifikace založena na tehdy platném článku 69 a čl. 70 odst. 1

11 — Viz k tomu Kiemel, v: Groeben/Schwarze, *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Svazek 1, článek 56, bod 24; Follak, v Dausers, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Svazek 1, díl II, bod 5; stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ze dne 10. dubna 2003 ve věci *Ospelt a Schlösle Weissenberg* (rozsudek ze dne 23. září 2003, C-452/01, Recueil, s. I-9743, body 45 až 47).

12 — Rozsudky ze dne 16. března 1999, *Trummer a Mayer* (C-222/97, Recueil, s. I-1661, bod 21), ze dne 5. března 2002, *Reisch a další* (C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99, Recueil, s. I-2157, bod 30), ze dne 4. června 2002, *Komise v. Portugalsko* (C-367/98, Recueil, s. I-4731, bod 37), ze dne 13. května 2003, *Komise v. Spojené království* (C-98/01, Recueil, s. I-4641, bod 39), ze dne 2. června 2005, *Komise v. Itálie* (C-174/04, Sb. rozh. s. I-4933, bod 27), ze dne 5. července 2005, *D.* (C-376/03, Sb. rozh. s. I-5821, bod 24) a ze dne 19. ledna 2006, *Bouanich* (C-265/04, Sb. rozh. s. I-923, bod 29).

8 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, bod 11.

9 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, bod 17.

10 — Dohoda mezi Evropským společenstvím a jeho členskými státy na jedné straně a Švýcarskou konfederací na straně druhé o volném pohybu osob (Úř. věst. 2002, L 114, s. 6).

Smlouvy o EHS, zachovala si i po vstupu Maastrichtské smlouvy v platnost informativní hodnotu pro účely definování pojmu pohybu kapitálu.

46. V bodě VIII klasifikace uvedené v příloze I směrnice 88/361 jsou uvedeny pod bodem A. „Půjčky a úvěry poskytované nerezidenty rezidentům“. V rámci vysvětlivek na konci klasifikace je upřesněno, že těmito plněními jsou „financování všeho druhu poskytnuté finančními institucemi [...] také spotřebitelské úvěry [...]“. V prvním kroku můžeme tedy činnost, kterou vykonává Fidium Finanz, zahrnout do pohybu kapitálu.

47. Úvod klasifikace přesto mluví jako o pohybu kapitálu pouze o „operacích spočívajících ve *splacení* úvěrů nebo půjček“, což by odpovídalo oddělení uzavírání smluv o poskytování finanční služby, které spadají do, zde nepoužitelného, volného pohybu služeb, od výkonu takových plnění jako součástí volného pohybu kapitálu.

48. Další část úvodu klasifikace, ve které je uvedeno, že pohyb kapitálu zahrnuje „veškeré operace nutné při pohybu kapitálu, tj. uzavírání a plnění konkrétní transakce

a spojených převodů“, nicméně ukazuje, že takové rozdělení jednotného hospodářského procesu nebylo úmyslem zákonodárce.

49. Mimo jiné je to také zdůrazněno zněním bodu VIII, které se odlišuje od znění bodu X nazvaného „Převody z titulu plnění pojistných smluv“. Z toho bychom mohli vyvodit, že je tím pohyb kapitálu v této oblasti omezen na pouhé převody, s vyloučením pojistné smlouvy, která je základem takového převodu.

50. Z jiné formulace bodu VIII A nicméně ukazuje, že právní rozdělení hospodářského procesu nebylo, přinejmenším pokud jde o půjčky, záměrem zákonodárce Společenství.

51. Tento závěr se opírá o judikaturu Soudního dvora¹³, podle které spadají pod volný pohyb kapitálu i jiné případy, které nejsou ve výčtu výslovně uvedeny, jelikož příloha I „neobsahuje taxativní seznam operací“. Volný pohyb kapitálu se musí *a fortiori* použít na *poskytování* úvěrů, zejména proto,

13 — Rozsudek Trummer a Mayer, uvedený v poznámce pod čarou 12, body 22 až 24, a rozsudek ze dne 6. června 2000, Verkooijen (C-35/98, Recueil, s. I-4071, body 27 až 30).

že úvěry jsou výslovně uvedeny v klasifikaci v příloze I, i když se úvod klasifikace zmiňuje pouze o operacích spočívajících ve *splacení* úvěrů nebo půjček.

52. Tomuto výkladu neodporují ani úvahy Soudního dvora ve věci *Luisi a Carbone*¹⁴. Pohyby kapitálu jsou totiž pouze „finanční operace, jejichž cílem je především uložení nebo investování dotčené částky, a nikoliv odměna za službu“. Poskytování půjček je vlastní povaha vkladu do té míry, do jaké míry je taková operace realizována pravidelně se ziskem ve formě úroků¹⁵. Navíc, platba částky následující po poskytnutí půjčky nepředstavuje odměnu za službu ve smyslu volného pohybu kapitálu, nýbrž je sama o sobě pohybem kapitálu.

53. Nyní je třeba podrobně přezkoumat, zda jsou pravidla volného pohybu kapitálu použitelná na poskytování úvěrů. Z dosavadní judikatury Soudního dvora můžeme vyvodit čtyři různé směry odůvodnění:

54. První směr odůvodnění tvoří rozsudky *Svensson a Gustavsson*¹⁶ a rovněž *Parodi*¹⁷, které se oba týkají právních předpisů bránících poskytování úvěrů bankami, a rovněž *Komise v. Itálie*¹⁸. Z těchto rozsudků vyplývá souběžné použití nynějšího článku 49 ES a článku 56 ES v oblasti poskytování finančních služeb. Pravidla týkající se volného pohybu kapitálu tedy mohou být uplatňována vedle pravidel týkajících se volného pohybu služeb.

55. Rozsudky ve věcech *Safir*¹⁹ a *Ambry*²⁰ tvoří druhý směr odůvodnění. V těchto rozsudcích používá Soudní dvůr volný pohyb služeb jako jediné kritérium posouzení. Přestože se předběžné otázky v obou případech vztahovaly nejen na článek 49 ES, ale i článek 56 ES, Soudní dvůr výslovně prohlásil, že není třeba přezkoumávat, „zda takový právní režim odporuje rovněž článku 73b (nyní článku 56 ES)“. V tom by mohlo být na první pohled spatřováno odmítnutí použitelnosti pravidel týkajících se volného pohybu kapitálu²¹.

14 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 6, bod 21.

15 — Viz Ohler, „Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken“, *Wertpapiermitteilungen* 1996, 1801 (1805).

16 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, body 10 a násl.

17 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, body 14 a 17.

18 — Rozsudek ze dne 7. února 2002 (C-279/00, Recueil, s. I-1425, body 37 a násl.).

19 — Rozsudek ze dne 28. dubna 1998 (C-118/96, Recueil, s. I-1897, body 35 a násl.).

20 — Rozsudek ze dne 1. prosince 1998 (C-410/96, Recueil, s. I-7875, body 39 a násl.).

21 — V tomto smyslu Notaro, *Revue du marché unique européen*, 1998, bod 2, s. 268, 269; Rohde, *Freier Kapitalverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, s. 101, poznámka pod čarou 376.

56. Hlubší analýza rozsudků ve věcech Safir a Ambry (zejména výrazu „není nezbytné posuzovat“) nicméně ukazuje, že Soudní dvůr pouze nechtěl v žádném případě vyloučit použití článku 56 ES²².

57. K tomu se připojuje skutečnost, že ve věci Safir byla položena předběžná otázka týkající se článku 56 ES pouze alternativně („nebo“)²³, pokud jde o pravidla volného pohybu služeb. Protože Soudní dvůr již při výkladu článku 49 ES dospěl k závěru o neslučitelnosti vnitrostátního opatření s tímto ustanovením, nebylo nezbytné uvádět další úvahy k volnému pohybu kapitálu. Z této judikatury tedy nevyplývá odmítnutí použitelnosti článku 56 ES.

58. To platí také pro věc Ambry. Zde jsou sice předběžné otázky formulovány kumulativně („a“)²⁴, přesto Soudní dvůr rovněž nejprve určil neslučitelnost vnitrostátního opatření s článkem 49 ES. Proto nebylo ani zde k rozhodnutí sporu v původním řízení nezbytné zapotřebí dalších úvah.

59. Z toho vyplývá, že ani rozsudky uvedené v předchozích bodech nebrání použitelnosti pravidel týkajících se volného pohybu kapitálu.

60. Ve věcech Sandoz²⁵ (ve které se jednalo o zacházení s půjčkami smluvenými v zahraničí) a Reisch a další²⁶ Soudní dvůr pouze provedl výklad nynějšího článku 56 ES a k článku 49 ES se nijak nevyjádřil, jelikož předběžné otázky byly omezeny na pravidla týkající se volného pohybu kapitálu. Také podle této judikatury je tedy třeba vycházet z použitelnosti článku 56 a následujících ES na poskytování úvěrů.

61. Proti použitelnosti pravidel volného pohybu kapitálu by mohl svědčit pouze rozsudek ve věci Bachmann²⁷ a rovněž některá stanoviska, která jsou s ním spojena²⁸ a ve kterých při případném souběžném použití volného pohybu služeb a volného pohybu kapitálu nechtěli generální

22 — Viz Bröhmer, v: Callies a Ruffert, *Kommentar des EUV/EGV*, článek 56, body 30 a násl.

23 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 19, bod 19.

24 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 20, bod 18.

25 — Rozsudek ze dne 14. října 1999 (C-439/97, Recueil, s. I-7041, bod 38).

26 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 40.

27 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 7, bod 34.

28 — Viz např. stanoviska generálního advokáta Elmera ze dne 17. května 1995 ve věci C-484/93 (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5), body 8 a násl., generálního advokáta Tesaura ze dne 23. září 1997 ve věci C-118/96 (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 19), bod 17, a generálního advokáta Geelhoeda ze dne 20. listopadu 2001 ve spojených věcech C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99 (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 12), body 62 a násl.

advokáti použít posledně jmenovaný pohyb v přítomnosti pouze nepřímého omezení článku 56 ES.

sice není na skutkovou podstatu popsanou v projednávaném řízení použitelná³⁰, přesto je třeba ji vzít v úvahu na základě úzkého vztahu k hospodářské činnosti, o níž se zde jedná.

62. K tomu je nejprve třeba poznamenat, že kritérium nepřímého omezení nebo nepřímého dotčení není pro otázku zahrnutí určitého případu do některé ze základní svobody dostatečně rozlišující a je příliš neurčité²⁹. Toto kritérium však také podle judikatury Soudního dvora již není možné uplatnit, protože ho Soudní dvůr od rozsudku ve věci *Bachmann* již nepoužívá jako prvek rozlišení. To ostatně platí rovněž pro kritérium „hlavního aspektu“, které sleduje obdobný cíl. Také tento přístup judikatury tedy v žádném případě nebrání tomu, aby dotýčný uplatňoval článek 56 ES.

65. Předmětem směrnice je zejména právní úprava „poskytování úvěrů, zejména spotřebitelských úvěrů“, tak jak uvádí její příloha I. Jak ukazuje právní základ směrnice, a sice čl. 47 odst. 2 ES, tak čtvrtý a devatenáctý bod odůvodnění, úvěry těží z volného pohybu služeb.

63. Vzhledem k relevantní judikatuře Soudního dvora je tedy závěrem třeba konstatovat, že se pravidla týkající se volného pohybu kapitálu použijí na takové případy, jaký je předmětem sporu v původním řízení.

66. Tuto okolnost je nyní třeba přezkoumat, pokud jde o případné dopady použitelnosti článku 56 ES.

64. Zbývá posoudit, zda by ustanovení směrnice 2000/12 nemohla být neslučitelná s odkazem na článek 56 ES. Tato směrnice

67. Volba právního základu sekundárního právního aktu, ve kterém je vyjádřena možnost uplatnění jedné ze základních svobod, může být sice důležitá pro kvalifikaci úvěrů v rámci dotčené základní svobody, ale to neznamená, že by takový právní akt mohl omezit dosah dotčené nebo jiné základní svobody.

29 — Například Ohler, *Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Kommentar zu den Art. 56 bis 60 EGV*, s. 103, bod 141; Frenz, *Handbuch Europarecht*, svazek 1, *Europäische Grundfreiheiten*, s. 1049, body 2784 a násl.

30 — Hlava IV směrnice, která upravuje vztahy se třetími státy, neobsahuje žádná relevantní ustanovení pro poskytování půjček ze třetích států směrem do členských států, přičemž by dotčený subjekt neměl ve Společenství pobočku nebo dceřinou společnost.

68. To, že tato skutečnost neodpovídá úmyslu zákonodárce Společenství, ukazuje bod 18 odůvodnění směrnice 2000/12 a rovněž výše uvedená klasifikace v příloze I směrnice 88/361. Podle těchto pramenů zákonodárce Společenství v sekundárním právu zahrnul poskytování půjček nejen do volného pohybu služeb, ale i volného pohybu kapitálu. Směrnice 2000/12 tedy svědčí ze dvou důvodů pro použitelnost čl. 56 odst. 1 ES.

69. Dále je třeba zabývat se tezí, podle které může být volný pohyb kapitálu použit pouze na takzvané „operace s hodnotami“ nebo takzvané „převody hodnot“, které můžeme srovnat s hospodářskou činností. I kdybychom mohli sdílet tento názor, neznamená to, že by poskytování úvěrů bylo automaticky vyloučeno z volného pohybu kapitálu. Neboť předmětem poskytování úvěrů je samozřejmě převod hodnot. Jak bylo také výslovně uvedeno na jednání, je pohybem kapitálu. Co ještě poskytování úvěrů je, můžeme s ohledem na specifickou volného pohybu kapitálu ponechat stranou. Pro úplnost je třeba poukázat na to, že existují také finanční služby, které nejsou spojeny s pohybem kapitálu, jako například výlučně poradenská činnost.

70. V této souvislosti je třeba kromě toho připomenout výslovné pravidlo primárního

práva týkající se vztahu volného pohybu kapitálu k volnému pohybu služeb. Podle článku 50 ES má volný pohyb kapitálu přednost před volným pohybem služeb. Tento vztah speciality stanovený primárním právem se uplatní právě v takové situaci, jako je ta ve věci v původním řízení. To znamená, že i kdyby se hospodářská činnost úvěrových podniků, posuzována odděleně, řídila volným pohybem služeb, podléhá, z určitých hledisek, výlučně přednostně použitelnému volnému pohybu kapitálu.

71. Tento vztah speciality platí rovněž ve vztahu ke třetím státům. Pokud jde totiž o vztahy ke třetím státům, Smlouva sice obsahuje zvláštní ustanovení (články 57 ES, 59 ES a 60 ES), ale neobsahuje žádné zvláštní ustanovení o pravidlu speciality. Členské státy jako autoři smluv zjevně nechtěly stanovit v tomto ohledu žádnou odchylku.

72. Na použitelnosti volného pohybu kapitálu je mimo jiné třeba trvat také tehdy, pokud přezkoumáváme příslušné opatření členského státu, protože záleží nikoliv na jeho cíli, ale na jeho účincích. Ve sporu v původním řízení se tyto účinky vztahují zejména na poskytování úvěrů. Přitom

mnoho nezáleží na intenzitě účinku, například týká-li se základního aspektu, nebo na přímé povaze.

federaci, může pro poskytování úvěrů obyvatelům členského státu dovolávat volného pohybu kapitálu.

73. V řízení je dále uplatňováno, že volný pohyb kapitálu zahrnuje pouze opatření, která se vztahují ke specifickému předmětu. Tento restriktivní výklad nemá žádnou oporu v primárním právu. Naopak ze Smlouvy vyplývá, že i opatření, která se vztahují na osoby, jako například dohled nad úvěrovými institucemi, mohou podléhat volnému pohybu kapitálu. Jinak by totiž bylo odchylné pravidlo v čl. 58 odst. 1 písm. b) ES nadbytečné.

74. Z článku 57 odst. 1 ES (ve variantě „práva Společenství [...] ve vztahu k [...] poskytování finančních služeb [...]“) ve spojení s článkem 49 ES konečně rovněž nevyplývá nic jiného. Pokud by bylo dovolání se článku 56 ES pro podnik ze třetího státu systematicky vyloučeno již proto, že je z věcného hlediska dotčena další základní svoboda, zbavilo by to účinku záruky zajištěné volným pohybem kapitálu.

75. Z toho všeho vyplývá, že se podnik usazený mimo Evropskou Unii, v projednávaném případě ve Švýcarské kon-

VI – K druhé předběžné otázce

76. Svou druhou předběžnou otázkou se předkládající soud v podstatě táže, zda volba sídla ve třetím státě za výhradním účelem poskytování úvěrů osobám usazeným v členských státech představuje zneužití práva, jelikož podnik pro tuto činnost ve třetím státě nepotřebuje žádné povolení. Zadruhé směřuje předběžná otázka k tomu, zda je třeba relevantní právo Společenství vyložit tak, že brání stejnému posuzování jako u vnitrostátních podniků, pokud jde o povinnost získání povolení.

A – Hlavní argumenty účastníků řízení

77. Pokud jde o první část předběžné otázky, je výlučně Fidium Finanz toho názoru, že nezneužila práva, a odkazuje k tomu na

judikaturu Soudního dvora³¹, podle které volba sídla ve státě s mírnějšími podmínkami pro výkon obchodní činnosti než v cílovém státě nepředstavuje sama o sobě zneužití práva, nýbrž pouze výkon základní svobody.

nebrání stejnému zacházení, pokud jde o povinnost získání povolení. Komise odkazuje na své vyjádření ke čtvrté předběžné otázce.

78. Naproti tomu BaFin, německá, řecká, irská a italská vláda jsou podpůrně toho názoru, že za okolností popsaných v předkládacím usnesení je třeba odkaz na článek 56 ES považovat za zneužití práva. Z ustálené judikatury Soudního dvora³² vyplývá, že se není možno zneužívajícím způsobem dovolávat práva Společenství. K doplnění zde italská vláda odkazuje na devátý bod odůvodnění směrnice 2000/12. Podle portugalské vlády se nejedná o zneužití, protože na základě článku 56 ES nevzniklo žádné právo. Komise je toho názoru, že vzhledem ke čtvrté a páté předběžné otázce není třeba na tuto otázku odpovídat.

79. Co se týče druhé části druhé předběžné otázky, pouze BaFin a italská a portugalská vláda mají za to, že právo Společenství

B – Posouzení

80. V rámci první části druhé předběžné otázky je třeba přezkoumat, zda je na chování podniku, jako je Fidium Finanz, třeba pohlížet jako na zneužívající odvolání se na článek 56 odst. 1 ES a, je-li tomu tak, jaké právní následky spojuje právo Společenství s takovou kvalifikací.

81. Z ustálené judikatury Soudního dvora vyplývá, že dovolání se základních svobod zneužívajícím způsobem, jmenovitě svobody usazování a volného pohybu služeb, není možné³³. Vzhledem k uvedené judikatuře to platí také pro dovolání se odpovídajícího sekundárního práva.

31 – Rozsudek ze dne 9. března 1999, Centros (C-212/97, Recueil, s. I-1459, body 27 a násl.).

32 – Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 31, bod 24, a rozsudek ze dne 5. října 1994, TV10 (C-23/93, Recueil, s. I-4795, bod 21).

33 – Viz zejména rozsudek Centros, uvedený v poznámce pod čarou 31, bod 24, rozsudek ze dne 2. května 1996, Paletta (C-206/94, Recueil, s. I-2357, bod 24), rozsudek ze dne 12. května 1998, Kefalas a další (C-367/96, Recueil, s. I-2843, bod 20), a rozsudek TV 10, uvedený v poznámce pod čarou 32, bod 25.

82. Vnitrostátní soudy mohou vzít v úvahu zneužívající chování dotčeného, aby mu případně odepřely prospěch z uplatňovaného ustanovení práva Společenství³⁴.

83. Ve sporu v původním řízení je sice podnik usazený v třetím státě, ale jeho obchodní činnost spočívá téměř výhradně v poskytování úvěrů obyvatelům určitého členského státu. S ohledem na tento přeshraniční aspekt se na základě práva dotčeného třetího státu, v konkrétním případě tedy Švýcarské konfederace, neuplatní dohled vnitrostátních orgánů. Tím, že se Fidium Finanz dovolává článku 56 ES, popírá nutnost získat povolení v hostitelském členském státě. Podle údajů předkládajícího soudu existuje závažné podezření, že sídlo podniku bylo cíleně vybráno tak, aby se neuplatnil ani dohled ve státě usazení, ani v tom členském státě, ve kterém skutečně uskutečňuje svoji činnost. Obcházení vnitrostátních právních předpisů členského státu je tak podle předkládajícího soudu poznatkem, který by mohl prokázat zneužívající jednání.

84. Je třeba si položit otázku, zda tyto okolnosti vylučují dovolání se článku 56 ES, které lze připustit pouze tehdy, pokud

členské státy přijmou (mohou přijmout) neodůvodněná opatření omezující volný pohyb kapitálu.

85. V oblasti volného pohybu služeb Soudní dvůr ve věcech TV10 SA³⁵, Pojištění³⁶ a Van Binsbergen³⁷ rozhodl, že členskému státu nemůže být odepřeno právo na přijetí opatření, která mají zabránit tomu, aby poskytovatel služeb, jehož činnost je zcela nebo převážně zaměřena na území tohoto státu, využíval svobod zaručených Smlouvou k tomu, aby se vyhnul pravidlům, která by na něho byla použitelná, usadil-li by se na území tohoto státu.

86. Pokud přeneseme judikaturu k článku 49 ES na článek 56 ES, mohlo by tím být vyloučeno dovolání se volného pohybu kapitálu podnikem ve stejné situaci, jako je Fidium Finanz.

87. Situace ovšem vypadá jinak, pokud vezmeme v úvahu judikaturu týkající se svobody usazování. V rámci článku 43 ES Soudní dvůr rozhodl, že není samo o sobě zneužitím práva, pokud je společnost založena v prvním členském státě s mírnějšími podmínkami pro výkon činnosti pouze

35 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 32, body 26 a násl.

36 — Rozsudek ze dne 4. prosince 1986 (205/84, Recueil, s. 3755, bod 22).

37 — Rozsudek ze dne 3. prosince 1974 (33/74, Recueil, s. 1299, bod 13).

34 — Rozsudky ze dne 23. března 2000, Diamantis (C-373/97, Recueil, s. I-1705, bod 34), a Paletta, uvedený v poznámce pod čarou 33, bod 25.

proto, aby byla ve druhém členském státě, ve kterém platí přísnější právní režim, zřízena s dovoláním se článku 43 a následujících ES pobočka.

88. To platí i tehdy, pokud se má veškerá obchodní činnost uskutečnit v zemi, ve které je pobočka, a pokud založení společnosti v prvním členském státě má za účel pouze to, aby podnik požíval místního, výhodnějšího, právního režimu a vyhnul se přísnějším právním předpisům ve státě, v němž je pobočka zřízena³⁸.

89. Pokud se jedná o založení první společnosti, nepředstavuje tedy obcházení vnitrostátních právních předpisů zneužití práva. Pokud vezmeme v úvahu judikaturu týkající se svobody usazování, nebylo by zde tedy dovolání se článku 56 ES bezpodmínečně vyloučeno.

90. Je tak třeba stanovit, jaká kritéria se použijí pro prokázání zneužití, pokud jde o volný pohyb kapitálu. Na rozdíl od judikatury týkající se volného pohybu služeb zde neexistuje nebezpečí obcházení jiné

základní svobody, zde tedy svobody usazování³⁹. Na rozdíl od rozsudku ve věci Centros není samo obcházení nebo jeho možnost stanovena v uplatňovaných ustanoveních práva Společenství týkajících se, v tomto případě, svobody usazování.

91. Z rozsudku ve věci Centros vyplývá, že si oba přístupy judikatury, tedy judikatura k volnému pohybu služeb a ke svobodě usazování, navzájem neodporují. Soudní dvůr totiž v rámci článku 43 ES nerozhodl, že by obcházení vnitrostátních právních předpisů nepředstavovalo zneužití obecně, nýbrž pouze proto, že cílem svobody usazování je právě dovolit společnostem usazeným ve Společenství, aby byly prostřednictvím poboček činné v jiných členských státech⁴⁰.

92. Jinými slovy, obcházení práva představuje zneužití pouze tehdy, pokud neodpovídá cíli uplatňovaného právního předpisu⁴¹.

38 — Rozsudky ze dne 30. září 2003, Inspire Art (C-167/01, Recueil, s. I-10155, body 95, 96 a 98), a Centros, uvedený v poznámce pod čarou 31, body 18, 27 a 29.

39 — Viz k tomu rozsudek Komise v. Německo, uvedený v poznámce pod čarou 36, bod 22, a rozsudek Van Binsbergen, uvedený v poznámce pod čarou 37, bod 13.

40 — Rozsudek Centros, uvedený v poznámce pod čarou 31, bod 26.

41 — Viz v tomto smyslu také Karayannis, „L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire“, *Cahiers de droit européen*, 1999, sešit 1/2, s. 531.

93. Toto kritérium bylo také použito a doplněno ve dvou rozsudcích Soudního dvora z nedávné doby. Podle těchto rozsudků vyžaduje důkaz zneužití jednak souhrn objektivních skutečností, ze kterých vyplývá, že i přes formální dodržení podmínek stanovených právní úpravou Společenství nebyl dosažen cíl sledovaný touto právní úpravou. Navíc tento důkaz vyžaduje subjektivní prvek, a sice záměr získat výhodu vyplývající z právní úpravy Společenství tím, že jsou uměle vytvořeny podmínky vyžadované pro její získání⁴² nebo záměr vyhnout se použití vnitrostátního práva, zejména daňového⁴³.

94. Nyní je třeba přezkoumat, zda může být v projednávaném případě použita ta část judikatury, ve které se jednalo o otázky sekundárního práva a která se týká podvodného dovolání se práva Společenství za účelem nabytí subjektivních práv, respektive dovolání se takových práv zneužívajícím způsobem.

95. Pokud se jedná o použitelnost této judikatury na okolnosti, ve kterých se jedná o ustanovení primárního práva, je zde třeba poukázat na to, že úvahy Soudního dvora se

sice týkaly sekundárního práva, ale jsou obecně formulovány, takže jsou platné i nad rámec okolností řízení, ve kterých byly učiněny⁴⁴.

96. Navíc skutečnost, že tuto tematiku pojednáváme také v rámci jiné skupiny případů zneužití, totiž podvodů, také nebrání použitelnosti závěrů Soudního dvora. Jednak podvodné získání nestanovené výhody vyplývá z oběhnutí normy ukládající povinnost. Jednak zachází Soudní dvůr s oběma případy stejně, protože v případech podvodného nabytí subjektivního práva odkazuje na svou judikaturu v oblasti zneužívání pravidel a naopak⁴⁵. Tuto skupinu případů řadí Soudní dvůr stejně jako případy, které nás zajímají a které se týkají obcházení vnitrostátní právní úpravy dovoláním se práva Společenství, pod obecní pojem zneužití⁴⁶.

97. Uvedená rozhodnutí Soudního dvora tedy mohou být v projednávaném řízení uplatněna. K prokázání zneužití je tedy zapotřebí přítomnosti objektivního a subjektivního prvku.

42 — Rozsudek ze dne 14. prosince 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Recueil, s. I-11569, body 52 a násl.), a rozsudek ze dne 21. července 2005, Eichsfelder Schlachtbetrieb, Sb. rozh. s. I-515/03, bod 39).

43 — Viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 13. prosince 2005, Marks & Spencer, (C-446/03, Sb. rozh. s. I-10837, bod 57 a uvedená judikatura).

44 — Viz v tomto smyslu také Dennis Weber, *Abuse of Law, Legal Issues of Economic Integration*, 2004, s. 43, 51 a 54.

45 — Rozsudky Centros, uvedený v poznámce pod čarou 31, bod 24, a Kefalas a další, uvedený v poznámce pod čarou 33, bod 20; viz také Zimmermann, *Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, s. 185 a násl.

46 — K rozdílným případům zneužití viz Lagodet, „L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire“, *Journal des tribunaux*, 2003, č. 95, s. 8 a násl.

98. S ohledem na rozdělení pravomocí v rámci řízení o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES je úlohou vnitrostátního soudu, aby prokázal existenci obou těchto prvků⁴⁷.

vytvořila odpovídající podmínky pro získání této výhody, nebo zda se Fidium Finanz chtěla vyhnout použití práva dotčeného členského státu, tedy zejména německým pravidlům použitelným v oblasti bankovního dohledu.

99. Pokud jde o objektivní podmínku zohledněnou ve věci Centros, a sice že uplatňovaná norma nedosáhla svého cíle, náleží vnitrostátnímu soudu, aby na základě konkrétních skutkových okolností ověřil, zda celkové posouzení ukazuje na to, že objektivní jednání Fidium Finanz umožňuje zakázat jí dovolání se použitelných ustanovení v oblasti volného pohybu kapitálu. Přitom musí vnitrostátní soud vzít v úvahu cíle volného pohybu kapitálu. Jedním z těchto důležitých cílů je umožnění přeshraničního poskytování finančních služeb.

102. Na první část předběžné otázky je tedy třeba odpovědět ve smyslu, že se podnik usazený ve třetím státě, ve kterém nepodléhá žádnému dohledu, nemůže pro poskytování úvěrů obyvatelům členského státu dovolávat článek 56 ES, existují-li obě kumulativní podmínky prokazující zneužití, přičemž toto posouzení přísluší vnitrostátnímu soudu.

100. Skutečnost, že došlo k využití rozdílů právních předpisů v oblasti pravidel dohledu a úvěry jsou poskytovány do členského státu ze třetí země, tak nemůže samo o sobě představovat zneužití volného pohybu kapitálu.

101. Pokud jde o subjektivní prvek, vnitrostátní soud musí přezkoumat, zda záměrem Fidium Finanz bylo využívat výhodu stanovenou právem Společenství tím, že uměle

103. Jak ukazuje usnesení předkládajícího soudu, existuje přímá souvislost mezi první a druhou částí druhé předběžné otázky. V druhé části, týkající se případného rovného zacházení, odkazuje předkládající soud na právní následky jednání zneužívajícím způsobem stanovené v rozsudku TV10 SA. Protože druhá část druhé předběžné otázky obsahově nepřesahuje první část otázky a odkazuje na otázku odůvodnění, odkazují na vyjádření týkající se čtvrté a páté předběžné otázky.

47 – Rozsudek Eichsfelder Schlachtbetrieb, uvedený v poznámce pod čarou 42, bod 40, a rozsudek Emsland-Stärke, uvedený v poznámce pod čarou 42, bod 54.

VII – Ke třetí předběžné otázce

104. Svou třetí předběžnou otázkou se předkládající soud ptá, zda povinnost získání povolení pro poskytování úvěrů představuje omezení volného pohybu kapitálu nebo zda zde záleží na druhu sankce stanovené pro případ nepovolené činnosti.

107. Pokud jde o druhou část třetí předběžné otázky, Fidium Finanz, BaFin a rovněž Komise odkazují pouze na to, že pro určení omezující povahy předchozího povolení nezáleží na kvalifikaci nepovolené činnosti jako trestného činu nebo porušení předpisů.

B – Posouzení

A – Hlavní argumenty účastníků řízení

105. Pokud jde o první část třetí předběžné otázky, je Fidium Finanz a rovněž Komise toho názoru, že požadavek získání povolení naplňuje podmínky omezení ve smyslu článku 56 ES, protože zabraňuje poskytování úvěrů v členském státě ze třetí země. Podpůrně se k tomuto názoru připojuje také BaFin.

108. V rámci první části třetí předběžné otázky je třeba určit, zda požadavek předchozího získání povolení pro poskytování úvěrů představuje omezení ve smyslu čl. 56 odst. 1 ES.

106. Irská, italská, řecká a portugalská vláda jsou naopak toho názoru, že se zde nejedná o omezení. S odkazem na svá vyjádření k první předběžné otázce poukazují irská a italská vláda na to, že je omezeno pouze poskytování služeb, ale ne sám převod kapitálu.

109. Zde je třeba nejprve určit, zda požadavek získání povolení, jak vyplývá z vnitrostátních právních předpisů ve spojení se změnou právní praxí BaFin, platí ve stejné míře pro podniky usazené v Německu a pro podniky ze třetích států. Tato skutečnost však nebrání existenci omezení. Jak totiž

vyplývá ze znění čl. 56 odst. 1 ES („všechna omezení“) a judikatury Soudního dvora⁴⁸, je pro volný pohyb kapitálu stanoven nejen pouhý zákaz diskriminace, ale také obecný zákaz veškerých omezení.

nebyla použitelná druhá bankovní směrnice⁵³, která zavedla takzvaný „evropský pas“, odpovídají tyto dnešnímu stavu existujícímu mezi třetími a členskými státy a tato směrnice tedy na něho může být přenesena.

110. Z druhého tedy zbývá přezkoumat, zda z věcného hlediska existuje omezení. Požadavek získání povolení zabraňuje podniku usazenému ve třetím státě, aby bez dotčeného povolení poskytoval úvěry osobám žijícím v Německu. Za použití judikatury Konle⁴⁹, Reisch⁵⁰ a Salzman⁵¹ značí již tato skutečnost, že omezení existuje. V těchto věcech kvalifikoval Soudní dvůr pouhou existenci požadavku získání povolení předtím, než bylo volného pohybu kapitálu vůbec možné využít, jako omezení.

112. V projednávaném řízení se k tomu ještě připojuje přitěžující okolnost, že na základě úpravy vnitrostátního, tedy německého, práva je obdržení povolení možné pouze za existence vedení nebo přinejmenším pobočky na vnitrostátním území.

111. Tento závěr je potvrzen rozsudkem ve věci Parodi⁵². Zde považoval Soudní dvůr požadavek získání povolení v hostitelském státě pro poskytování půjček z jiné země Společenství za omezení tímto případem dotčené základní svobody. Jelikož na tyto skutkové okolnosti v rámci Společenství ještě

113. Aby mohl vůbec poskytovat v Německu úvěry, musí být tedy podnik ze třetího státu v tomto státě fyzicky přítomný. To by bylo spojeno s podstatnými dodatečnými náklady a mohlo by to hospodářské subjekty odradit od toho, aby tuto obchodní činnost vykonávaly. V důsledku toho existuje omezení.

114. Na první část třetí předběžné otázky je tedy třeba odpovědět, že požadavek získání povolení představuje omezení volného pohybu kapitálu.

48 — Rozsudky ze dne 4. června 2002, Komise v. Francie (C-483/99, Recueil, s. I-4781, bod 40), ze 13. května 2003, Komise v. Španělsko (C-463/00, Recueil, s. I-4581, bod 56), a Komise v. Spojené království, uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 43.

49 — Rozsudek ze dne 1. června 1999 (C-302/97, Recueil, s. I-3099, bod 39).

50 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 32.

51 — Rozsudek ze dne 15. května 2003 (C-300/01, Recueil, s. I-4899, bod 41).

52 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, bod 19.

53 — Druhá směrnice Rady 89/646/EHS ze dne 15. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k činnosti úvěrových institucí a jejího výkonu a o změně směrnice 77/780/EHS (Úř. věst. L 386, s. 1).

115. Druhá část třetí předběžné otázky se týká druhu sankce za nepovolenou činnost, tedy kvalifikace porušení jako porušení předpisů nebo trestný čin, a významu této kvalifikace pro posouzení opatření jako omezení volného pohybu kapitálu.

podnikem usazeným ve třetí zemi obyvatelům členského státu Evropské unie odůvodněn čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

A – Hlavní argumenty účastníků řízení

116. V tomto ohledu můžeme odkázat na judikaturu Soudního dvora, podle které existuje omezení volného pohybu kapitálu i tehdy, pokud s nedodržením povinnosti získání povolení nejsou spojeny žádné sankce⁵⁴. To tedy musí platit tím spíše, pokud, jako v projednávaném případě, jsou s porušením požadavku získání povolení spojeny jakékoliv sankce. Tyto sankce dokonce ještě zvyšují závažnost omezení. Druh sankce, ať už jde o trestný čin nebo o porušení předpisů, je proto nepodstatný a nic nemění na existenci omezení ve smyslu článku 56 ES.

118. Pouze Fidium Finanz je toho názoru, že omezení způsobené uvedeným požadavkem získání povolení nemůže být odůvodněno čl. 58 odst. 1 písm. b) ES. K tomu Fidium Finanz odkazuje na alternativu „dohledu nad finančními institucemi“, kterou lze v každém případě uplatnit. Takové předpisy v oblasti dohledu by byly krom toho odůvodněné pouze tehdy, pokud by umožňovaly dosažení cílů sledovaných bankovním dohledem přiměřeným způsobem, který by nepřekračoval meze toho, co je nezbytné. Tyto cíle však nejsou pomocí požadavku získání povolení zajištěny vhodným způsobem.

VIII – Ke čtvrté předběžné otázce

117. Svoji čtvrtou předběžnou otázkou se předkládající soud ptá, zda je požadavek předchozího povolení pro poskytování úvěrů

119. Dohled není již sám o sobě odůvodněný cílem ochrany investorů, protože klientům jsou pouze poskytovány úvěry, nikoliv od nich přijímány vklady. Neexistuje tedy žádné ohrožení jejich majetku.

120. Poskytování půjček sice představuje nebezpečí, pokud jde o cíl zajištění fungování

⁵⁴ — Rozsudek ze dne 14. března 2000, Scientology (C-54/99, Recueil, s. I-1335, bod 15).

úvěrové oblasti. Toto nebezpečí je nicméně nezávislé na místě, kde je úvěr poskytnut, především proto, že úvěrové instituce, které poskytují jednotlivcům úvěry, musí samy sebe často financovat z prostředků třetích subjektů. Pokud dlužníci ve větším rozsahu přestanou půjčky splácet, jsou dotčeny také úvěrové instituce, které půjčky financovaly. Je nicméně časté, že jejich sídlo není totožné s místem poskytování úvěrů, takže nebezpečí se týká jiného kapitálového trhu. Spojení požadavku získání povolení s místem poskytování půjček tedy není vhodným prostředkem k dosažení cíle v oblasti dohledu.

121. Kromě toho není povinnost získání povolení v žádném případě nezbytná pro dosažení sledovaných cílů. Z judikatury Soudního dvora⁵⁵ vyplývá, že v projednávaném případě představuje ohlašovací systém mírnější a přitom stejně účinný prostředek k zajištění dohledu nad finančními institucemi.

122. Naopak BaFin, německá, italská, irská, řecká a portugalská vláda, stejně jako Komise jsou toho názoru, že požadavek získání povolení je v každém případě odůvodněný čl. 58 odst. 1 písm. b) ES. K tomu BaFin

a německá vláda odkazují nejprve na judikaturu Soudního dvora⁵⁶, podle které mohou být odůvodněné požadavky povolení pro pojišťovací podniky. Poskytování úvěrů nepodléhá odlišným pravidlům.

123. Dále argumentuje BaFin, německá vláda a Komise směrnicí 2000/12, která podrobuje činnost úvěrových institucí povinnosti povolení členskými státy. Jelikož poskytování úvěrů finanční institucí, jako je Fidium Finanz, skrývá podobná rizika, musí odůvodnění povinnosti povolení stanovené touto směrnicí, totiž ochrana investorů a finančních trhů, platit i v projednávaném případě.

124. Navíc z judikatury Soudního dvora⁵⁷ vyplývá, že pouhá ohlašovací povinnost, jakožto méně omezující opatření, jelikož nepřekračuje meze nezbytnosti, ne vždy zaručuje ochranu právem chráněných zájmů. Proto tedy může být podle názoru BaFin a německé vlády odůvodněno také předchozí povolení.

55 — Rozsudek Reich a další, uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 37, a rozsudek ze dne 14. prosince 1995, Sanz de Lera a další (spojené věci C-163/94, C-165/94 a C-250/94, Recueil, s. I-4821, bod 27).

56 — Rozsudek Komise v Německo, uvedený v poznámce pod čarou 36, bod 46.

57 — Rozsudek Konle, uvedený v poznámce pod čarou 49, body 45 a násled.

125. Irská a řecká vláda doplňují, že při neexistenci harmonizace pravidel na úrovni Společenství může členský stát, ve kterém je plnění poskytováno, přijmout potřebná opatření v oblasti dohledu, včetně požadavku předchozího povolení.

dohledu nad finančními institucemi [...]“ předpokládá každé odůvodnění splnění čtyř podmínek. Tyto podmínky je třeba dále přezkoumat.

B – Posouzení

126. Aby článek 58 odst. 1 písm. b) ES mohl být uplatněn pro odůvodnění povinnosti získání povolení, musí platit také ve vztahu ke třetím státům. Ty sice nejsou v článku 58 ES výslovně uvedeny. Protože ale jeho odstavec 3 odkazuje na článek 56 ES a tento zahrnuje právě i „třetí země“, je článek 58 ES použitelný na třetí státy, v projednávaném případě na Švýcarskou konfederaci⁵⁸. Jinak by v rámci Společenství existovala přísnější omezení než vůči třetím státům.

128. Protože ustanovení KWG jakožto vnitrostátní normy představují vnitrostátní právní předpisy, je první podmínka splněna. Zadruhé, musí také sloužit dohledu nad finančními institucemi. Jak vyplývá z výše uvedeného čl. 1 odst. 1 prvního a druhého pododstavce ve spojení s výše uvedeným čl. 6 odst. 2 KWG, je cílem ustanovení KWG dohled nad finančními institucemi ve smyslu čl. 58 odst. 1 písm. b) ES, takže i tato podmínka je splněna. Zatřetí vyžaduje čl. 58 odst. 1 písm. b) ES, aby dotčená opatření zabráňovala porušování právních předpisů. To je přesně účelem požadavku získání povolení. Tím je splněna i třetí podmínka.

127. Jako možné odůvodnění je možné zohlednit první variantu uvedenou v čl. 58 odst. 1 písm. b) ES. Podle znění tohoto ustanovení („nezbytná opatření, jež by zabránila porušování vnitrostátních právních a správních předpisů, zejména v oblasti [...]“

129. Zbývá přezkoumat čtvrtou a poslední podmínku, a sice, zda je třeba povinnost získání povolení považovat za „nezbytné opatření“. Tak by tomu bylo pouze tehdy, pokud by jejím prostřednictvím bylo umožněno dosažení cíle sledovaného zákonodárcem a tento cíl by nemohl být dosažen opatřením, které by méně omezovalo volný pohyb kapitálu.

⁵⁸ — Viz Frenz, uvedený v poznámce pod čarou 29, s. 1065, bod 2822, a Bröhmer, uvedený v poznámce pod čarou 22, čl. 58 odst. 1.

130. Na tomto místě je tedy nejprve třeba určit cíle sledované právní úpravou v oblasti dohledu.

131. Ty vyplývají z výčtu předkládajícího soudu v rámci čtvrté předběžné otázky. Body uvedené v odrážkách 1 až 3 mají za cíl ochranu dlužníků. Odrážky 4 až 6 se týkají ochrany kapitálového trhu jako takového. Oba tyto cíle tedy odpovídají typickým cílům takových ustanovení v oblasti finančního dohledu, jako jsou ustanovení KWG⁵⁹.

132. Nejprve je tedy třeba posoudit, zda může toto povolení sloužit k ochraně dlužníků. V tomto ohledu lze tvrdit, že neexistuje žádná potřeba ochrany klientů, protože finanční instituce, jako je Fidium Finanz, pouze poskytuje úvěry a nepřijímá vklady od klientů, takže nevystavuje cizí majetek ohrožení. Rozsudek Soudního dvora ve věci Parodi⁶⁰ vyznívá rovněž v tomto smyslu. Soudní dvůr v něm, pokud jde o stupeň nebezpečí pro klienty, zavedl rozlišování mezi poskytováním půjček a přijímáním vkladů.

133. Ze stručného popisu skutkového stavu sporu v původním řízení nicméně vyplývá, že tím, že nebyly vyžadovány informace od Schufa, získávala Fidium Finanz cíleně finančně slabé klienty, u kterých je bezproblémový průběh úvěrového obchodu mimořádně důležitý.

134. K tomu se připojuje to, že pro klienty kromě bezprostřední ztráty majetku existují i jiná nebezpečí, jako například vznik dalších finančních závazků vůči úvěrové instituci. To platí zejména tehdy, pokud je část úvěrů poskytována přes internet a v důsledku toho osoby, které by v případě nesprávného poradenství nebo informací mohly být povoleny k odpovědnosti, nepodléhají vnitrostátnímu dohledu. Požadavek získání povolení tedy představuje vhodný prostředek ke sledování cíle ochrany dlužníka.

135. Dále je třeba zabývat se tím, nakolik je dohled vhodný, pokud jde o druhý cíl, ochranu kapitálového trhu.

136. To by mohlo být na první pohled problematické, protože ohrožení kapitálového trhu spočívá zejména v tom, že podniky poskytující úvěry se samy refinancují u jiných finančních institucí. Pokud dlužníci ve velké míře přestanou úvěry splácet, jsou tím

59 — Viz Hübner, v: Dausies, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Svazek 1, E., IV, bod 46.

60 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 5, bod 29.

dotčeny i instituce, které poskytly toto refinancování. Ty mohou být ale činné i na jiných kapitálových trzích, tentokrát jako dlužníci.

137. To nicméně nemůže vést k tomu, aby byla popírána nutnost dohledu ve státě dlužníka. Zaprvé je stejně tak možné, že instituce, které poskytly refinancování, jsou také usazené v tomto státě. Zadruhé je i v opačném případě, přestane-li mnoho dlužníků úvěry splácet, dotčena přinejmenším sama instituce tyto úvěry poskytující. I když tato instituce není usazená ve státě dlužníků, má tato okolnost přinejmenším nepříznivé následky na činnosti v něm poskytované. Konečně, místo, ve kterém je vykonávána obchodní činnost, je nejvhodnějším kritériem pro určení dohledu. Pokud by jeho nezbytnost mohla být popřena z důvodu, že případně postižená refinancující instituce je usazena jinde, byl by dohled zcela nemožný.

138. Je třeba dodat, že právní úprava v oblasti dohledu slouží také k zabránění praní špinavých peněz. Již pouhé provozování úvěrových operací, nad kterým není vykonáván dohled, v sobě skrývá nebezpečí praní špinavých peněz, protože jak poskytování úvěrů, tak i jejich splácení může původ dotčených peněz zastřít. Požadavek získání povolení tak představuje vhodný prostředek ke sledování cíle ochrany kapitálového trhu.

139. Ustanovení směrnice 2000/12 rovněž ukazují, že požadavek získání povolení a z něj vyplývající možnost dohledu jsou vhodným prostředkem k uskutečnění cílů ochrany zákazníků a rovněž ochrany kapitálového trhu.

140. Její článek 4 podrobuje výkon činnosti úvěrových institucí předchozímu povolení, které s sebou nese dohled nad touto institucí. Bod 65 odůvodnění směrnice 2000/12 odůvodňuje dohled nad úvěrovými institucemi ochranou zájmů klientů a zajištěním stability finančního systému.

141. Finanční instituce jako Fidium Finanz, které pouze poskytují půjčky, sice nepředstavují podle čl. 1 odst. 1 směrnice 2000/12 „úvěrové instituce“ ve smyslu článku 4 směrnice, protože nepřijímají vklady. Uvedené důvody povinnosti získání povolení pro úvěrové instituce však platí na základě srovnatelných rizik pouhého poskytování úvěrů i v takové situaci, jako je ta ve sporu v původním řízení.

142. Krom toho musí být nicméně rovněž prokázána nezbytnost povinného povolení. Vedle vhodné povahy povolení je třeba také

prokázat, že neexistuje mírnější, stejně účinný prostředek k dosažení sledovaného cíle.

oznamovací systém sám o sobě vždy nestačí k dosažení cílů, o které je usilováno, a povolovací řízení tedy může být nezbytné.

143. Proti tomu, že je v projednávané věci povinnost získání povolení nezbytná, by mohla svědčit judikatura Soudního dvora⁶¹ v oblasti volného pohybu kapitálu. Podle ní je v zásadě třeba upřednostňovat systém ohlašování před systémem předchozího povolení, protože se jedná o systém, který méně zasahuje do volného pohybu kapitálu.

146. Je tedy třeba určit, za jakých podmínek je povolení nezbytné. Podle uvedené „nemo- vitostní judikatury“ není povolení v každém případě nezbytné, pokud cíl, kterého má být dosaženo, jako u vývozu deviz, spočívá pro vnitrostátní orgány pouze v získání informací⁶⁴.

144. Pokud jde o vývoz deviz, vychází Soudní dvůr z toho, že vhodný systém ohlašování postačuje, protože na rozdíl od povolení nemá za následek přerušování vývozu mincí, bankovek atd.⁶².

147. Požadavek získání povolení pro poskytování úvěrů však překračuje pouhý požadavek na informování vnitrostátních orgánů a musí případně těmto vnitrostátním orgánům umožnit přijmout a prosadit účinná opatření vůči podniku, k čemuž v krajním případě patří také odeprání nebo odejmutí povolení.

145. Přesto může být mírnější prostředek použit pouze tehdy, pokud je stejně účinný k dosažení cíle. Obdobně určil Soudní dvůr⁶³ pro oblast nákupu nemovitostí, při kterém dochází k pohybu kapitálu, že

148. Pokud jde o poskytování půjček, neposkytuje systém oznamování *a posteriori* stejné záruky jako předchozí povolení. Do ověření poskytnutých půjček by již mohlo dojít k těžko srozumitelným procesům a k porušení právních předpisů.

61 — Rozsudky Salzmanna, uvedený v poznámce pod čarou 51, bod 50, Reisch a další, uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 37, Konle, uvedený v poznámce pod čarou 49, bod 44, a Sanz de Lera a další, uvedený v poznámce pod čarou 55, bod 27.

62 — Rozsudek ze dne 23. února 1995, Bordessa a další (C-358/93 a C-416/93, Recueil, s. I-361, bod 27).

63 — Rozsudky Ospelt a Schlössle Weissenberg, uvedený v poznámce pod čarou 11, bod 45, Salzmanna, uvedený v poznámce pod čarou 51, bod 49, a Konle, uvedený v poznámce pod čarou 49, bod 46.

64 — Rozsudek Konle, uvedený v poznámce pod čarou 49, bod 45.

149. Podle rozsudku ve věci Bordessa musí nezbytnost povolení dále spočívat na objektivních a předem známých kritériích, přičemž každý zájemce, který je dotčen takovým opatřením, může uplatnit opravné prostředky⁶⁵.

150. Relevantní ustanovení KWG jsou založena na objektivních, předem známých kritériích. Neurčité právní pojmy obsažené v čl. 32 odst. 1 KWG v oblasti povolení jsou definovány v článku 1 KWG. Pokud jde o kritérium „na vnitrostátním území“, z informací BaFin vyplývá, které osoby toto kritérium splňují. Odepření povolení navíc na základě čl. 33 odst. 1 KWG nevyplývá z diskreční pravomoci orgánů, nýbrž se jedná o vázané rozhodnutí („je třeba odepřít“). Konečně, existuje také možnost uplatnit opravné prostředky proti zamítavému rozhodnutí.

151. Případné přílišné tvrdosti v jednotlivých případech, které by ještě existovaly, jsou postihnuty čl. 2 odst. 4 KWG, který stanoví možnost osvobození od povinnosti získání povolení podle čl. 32 odst. 1 KWG pro podniky, které z důvodu povahy jimi vykonávané činnosti nemusí dohledu podléhat.

152. Jako předběžný závěr je tedy třeba konstatovat, že povinnost získání povolení je nejen vhodná, ale i nezbytná k uskutečnění cíle ochrany klientů a ochrany kapitálového trhu. Tím je „nezbytná“ ve smyslu čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

153. Konečně, z dokumentů vložených do spisu nevyplývá, že by opatření dotčená ve sporu v původním řízení byla svévolnou diskriminací, respektive zastřeným omezením ve smyslu čl. 58 odst. 3 ES. Naopak, vzhledem k uplatnění požadavku povolení jsou podniky ze třetích států posuzovány stejně jako vnitrostátní podniky, pokud jde o pravidla dohledu.

154. Na čtvrtou předběžnou otázku je tedy třeba odpovědět, že požadavek předchozího povolení uložený podniku usazenému ve třetím státě pro poskytování úvěrů obyvatelům Evropské unie je odůvodněný čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

IX – K páté předběžné otázce

155. Svou pátou předběžnou otázkou se předkládající soud ptá, zda požadavek získání povolení takového druhu, jaký je popsáný ve

⁶⁵ — Rozsudek Ospelt a Schlössle Weissenberg, uvedený v poznámce pod čarou 11, bod 34.

třetí předběžné otázce, který je sám o sobě přípustný, je odůvodněný na základě čl. 58 odst. 1 písm. b) ES také tehdy, pokud je podmínkou udělení povolení skutečnost, že má podnik vedení nebo přinejmenším pobočku v dotčeném členském státě.

státě pro udělení povolení je odůvodněná čl. 58 odst. 1 písm. b) ES. Podle názoru BaFin, německé, italské a irské vlády může být účinný dohled nad podniky ze třetích států při nedostatku možností ověření nebo zásahu v zemích jejich původu zajištěn pouze pomocí fyzické přítomnosti v členském státě, ve kterém je podnik činný.

A – Hlavní argumenty účastníků řízení

156. Fidium Finanz je toho názoru, že pokud je udělení povolení závislé na existenci vedení, respektive pobočky v příslušném členském státě, je nepřiměřené a takové opatření tedy není odůvodněné čl. 58 odst. 1 písm. b) ES. Na podporu svého tvrzení odkazuje Fidium Finanz na rozsudek Soudního dvora ve věci Komise v. Itálie⁶⁶. S ohledem na způsob, jakým probíhá udělení povolení, je finanční instituce, která o něho žádá, nucena stát se „vnitrostátním subjektem“. To se rovná popření volného pohybu kapitálu. Konečně, rovněž nezanedbatelné náklady spojené se založením instituce také svědčí o nepřiměřené povaze tohoto režimu.

158. Také směrnice 2000/12 vychází podle názoru německé a řecké vlády z toho, že podnik musí k tomu, aby mohl povolení obdržet, mít sídlo v členském státě.

159. Irská vláda k tomu připojuje, že fyzická přítomnost v dotčeném členském státě sice není obecně nutná pro účely dohledu, ale v každém případě je nutná, pokud podnik ve třetím státě nepodléhá žádnému dohledu.

157. BaFin, německá, irská, italská, řecká a portugalská vláda, stejně jako Komise jsou naopak toho názoru, že podmínka trvalé fyzické přítomnosti v dotčeném členském

160. Podobně jako v rámci čtvrté předběžné otázky je i zde třeba ověřit, zda může v projednávaném případě poskytnout čl. 58 odst. 1 písm. b) ES odůvodnění. Kromě otázky přípustnosti požadavku předchozího povolení jako takového, na kterou jsme již odpověděli kladně, vyvstává otázka jeho

⁶⁶ – Rozsudek ze dne 6. června 1996 (C-101/94, Recueil, s. I-2691, body 16 a násl.).

specifické podoby. Z článku 33 odst. 1 prvního pododstavce bodu 6, ve spojení s článkem 53 KWG vyplývá, že udělení povolení k poskytování úvěrů nutně předpokládá existenci vedení nebo přinejmenším pobočky v dotčeném členském státě. Podnik usazený výlučně ve třetím státě by tedy tak byl povinen být fyzicky přítomen v členském státě, aby v něm mohl být činný.

161. Jelikož čl. 58 odst. 1 písm. b) ES je v zásadě použitelný na třetí státy a s ohledem na dotčený případ, na který se vztahuje čl. 58 odst. 1 ES, můžeme odkázat na vyjádření, které jsem předložil ke čtvrté předběžné otázce.

162. Navíc, požadavek fyzické přítomnosti má sloužit k „zabránění porušování vnitrostátních právních a správních předpisů v oblasti dohledu nad finančními institucemi,“ protože je stanovený ve stejném zákoně jako povinnost získání povolení a tuto povinnost pouze konkretizuje.

163. Je tedy třeba ověřit, zda je fyzická přítomnost „nezbytným opatřením“ ve smyslu čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

164. O vhodnosti povahy povolení k uskutečnění cíle zde není pochybnosti. Jak vyplývá z odpovědi na čtvrtou předběžnou otázku, slouží již sama povinnost získání povolení ochraně klientů a rovněž ochraně kapitálového trhu. To platí tím více pro požadavek fyzické přítomnosti. Ten totiž ulehčuje dohled členskému státu, do kterého je činnost směřována, tím, že umožňuje například nečekané kontroly a kontroly v krátkých lhůtách nebo tím, že lépe zaručuje dodržování finančních závazků vůči klientům podniku.

165. Je ovšem sporné, zda je povinnost zřídit pobočku také nezbytná. Tak by tomu bylo pouze v případě, pokud by neexistovalo méně omezující, stejně účinné opatření k ochraně klientů, respektive kapitálového trhu. Již povinnost předchozího povolení nezanedbatelně omezuje volný pohyb kapitálu. Jak vyplývá z úvah ke třetí předběžné otázce, je toto omezení ještě zesíleno požadavkem fyzické přítomnosti, neboť by podnikům ze třetích států vznikaly dodatečné finanční náklady.

166. Soudní dvůr tak ve svém rozsudku *Ospelt a Schlössle Weissenberg* týkajícím se volného pohybu kapitálu⁶⁷ prohlásil, že z hlediska zásady proporcionality požadavek

67 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 11, bod 54.

stálého bydliště v místě podniku ve spojení se získáním předchozího povolení pro získání zemědělských a lesních pozemků překračuje meze toho, co je pro dosažení sledovaného cíle nezbytné.

sledovaných právní úpravou. Pro konečné posouzení je ovšem třeba přesněji analyzovat uvedené rozsudky, pokud jde o okolnosti, jež jsou základem těchto rozsudků.

167. Také v oblasti volného pohybu služeb rozhodl Soudní dvůr obdobně. Tak je například požadavek usazení v členském státě, uložený pro účely dohledu, pro získání povolení na poskytování biomedicinských analýz z jiného členského státu nepřiměřený⁶⁸. Také povinnost pro výkon makléřské činnosti usadit se v členském státě, rovněž stanovenou pro účely dohledu, posoudil Soudní dvůr jako neodůvodněnou⁶⁹.

170. Zatímco rozsudek ve věci *Ospelt a Schlössle Weissenberg* se ukazuje jako jen málo použitelný pro projednávaný případ z důvodu zásadně odlišné skutkové podstaty, vyplývají z uvedené judikatury k článku 49 ES dvě kritéria, která jsou rozhodující pro zodpovězení předběžné otázky.

168. Tato judikatura k článku 49 ES může být použita také při posuzování poskytování úvěrů ve světle volného pohybu kapitálu, jelikož poskytování úvěrů, jak je uvedeno výše, představuje v zásadě službu.

171. Zprvce se na rozdíl od řízení v projednávané věci jedná o situace uvnitř Společenství. Dále, Soudní dvůr svá rozhodnutí zdůvodnil zejména tím, že je již v členském státě původu zaručen srovnatelný dohled příslušných orgánů. Situace je však v projednávané věci zcela jiná. Jak již bylo uvedeno, nepodléhá zde podnik ve státě původu, tedy ve Švýcarské konfederaci, žádnému srovnatelnému dohledu.

169. Zprvce je uvedené judikatuře třeba rozumět tak, že povinnost fyzické přítomnosti není opravdu nezbytná k dosažení cílů

172. Na základě těchto podstatných rozdílů mezi řízením, které nás zajímá, a řízeními, na kterých je založena uvedená judikatura, není možné automaticky přenést na projednávaný případ závěry učiněné v těchto rozsudcích.

68 — Rozsudek ze dne 11. března 2004, *Komise v. Francie* (C-496/01, Recueil, s. I-2351, bod 69).

69 — Rozsudek ze dne 6. června 1996, *Komise v. Itálie*, uvedený v poznámce pod čarou 66, body 16 a násl.

173. Naopak, je třeba přezkoumat, jaké důsledky má pro spor v původním řízení skutečnost, že je podnik usazený ve třetím státě, který navíc neprovádí žádný dohled. Pokud by na základě uvedených skutkových okolností neexistovalo žádné opatření, které by účinně zaručilo obecný dohled bez požadavku fyzické přítomnosti, svědčilo by to o přípustnosti německých opatření.

174. Pokud jde o možná opatření, je třeba obecně rozlišovat mezi kontrolou v sídle podniku a kontrolou prováděnou ve státě, ve kterém je činnost vykonávána.

175. Pokud jde o dohled ve státě, ve kterém má podnik sídlo, neexistují žádné účinné metody. Dohled na místě na území Švýcarské konfederace prováděný orgány členského státu nepřichází v úvahu, jelikož v tomto smyslu neexistuje žádná mezinárodní smlouva. Není možné počítat ani s dohledem prováděným orgány třetího státu v rámci správní spolupráce, neboť v tomto státě nepodléhaly přeshraniční činnosti v období, které je pro řízení relevantní, žádnému dohledu.

176. Pokud jde o dohled v členském státě, na jehož území činnost směřuje, tedy

v Německu, je třeba se nejprve zabývat dodržováním práv klientů, pokud se jedná o finanční aspekt, ze strany podniku. Tohoto cíle může být dosaženo bez fyzické přítomnosti ve Společenství. Jak uvedl Soudní dvůr ve svém rozsudku *Komise v. Itálie*⁷⁰, postačuje pro to také poskytnutí finančních záruk v dotčeném členském státě.

177. Zbývá tedy přezkoumat, zda i bez usazení je možné provádět účinný dohled v členském státě, ve kterém je činnost vykonávána.

178. S odkazem na rozsudek *Pojištění*⁷¹ je třeba zmínit povinnost podniku předložit příslušným orgánům nezbytné obchodní dokumenty, účetní rozvahy, účetní knihy, plány činnosti a jiné obdobné dokumenty.

179. Jak ovšem Soudní dvůr v tomto rozsudku dále uvedl, mají být tyto dokumenty

70 — Rozsudek ze dne 6. června 1996, uvedený v poznámce pod čarou 66, bod 23.

71 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 36, bod 55.

„zaslány ze státu usazení a řádně ověřeny orgány tohoto členského státu“.

účinný dohled na základě poskytnutých materiálů.

180. Uznání Soudním dvorem toho, že je toto předání informací účinným a mírnějším prostředkem dohledu, ve věci Pojištění předpokládalo, že existuje určitý minimální stupeň spolupráce mezi orgány státu usazení a orgány členského státu, do kterého činnost skutečně směřuje.

181. Jak jsme již několikrát uvedli, taková spolupráce by ovšem v projednávaném řízení neměla existovat. Bylo by tedy úlohou podniku, který by měl podléhat dohledu, a nikoliv orgánů státu usazení, shromáždit dokumenty určené k ověření a předložit je orgánům státu, ve kterém je činnost vykonávána.

182. Při nedostatku jakéhokoliv zásahu státu v zemi původu by za daných okolností neměly orgány dotčeného členského státu možnost ověřit úplnost nebo správnost předložených dokumentů, což vylučuje

183. Ze skutečnosti, že podnik je usazený ve třetím státě, ve kterém neexistuje žádný dohled, tedy vyplývá pro řízení v projednávané věci jiný závěr než ve výše uvedených rozhodnutích Soudního dvora přijatých na základě článku 49 ES. V projednávaném případě například není povinnost předložit obchodní dokumenty mírnějším, ale stejně účinným prostředkem k uskutečnění cílů sledovaných zákonodárcem dotčeného členského státu.

184. V důsledku toho, jelikož v úvahu nepřichází žádné mírnější, ale stejně účinné metody dohledu, je třeba konstatovat, že požadavek fyzické přítomnosti je třeba kvalifikovat jako vhodný a nezbytný, a že tedy představuje „nezbytné opatření“ ve smyslu čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

185. Na pátou předběžnou otázku je tedy třeba odpovědět, že taková podoba požadavku získání povolení ve smyslu třetí předběžné otázky, který je sám o sobě přípustný a podle kterého je nutnou podmínkou pro jeho poskytnutí skutečnost, že podnik má své vedení nebo přinejmenším pobočku v dotčeném členském státě, je odůvodněná na základě čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

X – Závěry

186. S ohledem na výše uvedené poznatky navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky odpověděl následovně:

- „1) Podnik usazený mimo Evropskou unii, v projednávaném případě ve Švýcarské konfederaci, se může při podnikatelsky provozovaném poskytování úvěrů obyvatelům členského státu Evropské unie, v tomto případě Spolkové republiky Německo, dovolávat vůči tomuto členskému státu a opatřením jeho orgánů nebo soudů volného pohybu kapitálu podle článku 56 ES.

- 2) Podnik usazený ve třetím státě, ve kterém nepodléhá žádnému dohledu, se nemůže při poskytování úvěrů obyvatelům členského státu dovolávat článku 56 ES, jsou-li splněny objektivní a subjektivní podmínky pro existenci zneužití práva. Zda tomu tak je, musí určit vnitrostátní soud.

- 3) Požadavek získání povolení představuje omezení volného pohybu kapitálu. Přitom nezáleží na tom, zda je nepovolené poskytování úvěrů podnikatelským způsobem trestným činem nebo porušením právních předpisů.

- 4) Článek 58 odst. 1 písm. b) ES je třeba vykládat ve smyslu, že požadavek předchozího povolení pro poskytování úvěrů podnikem usazeným ve třetím státě, ve kterém nepodléhá dohledu, obyvatelům Evropské unie, je přípustný a že podoba požadavku získání povolení, který je sám o sobě přípustný a podle kterého je nutnou podmínkou pro jeho poskytnutí skutečnost, že podnik poskytující úvěry má svoje vedení nebo přinejmenším pobočku v dotčeném členském státě, je odůvodněná.“