ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
25 oktober 2001 *

In zaak C-475/99,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Duitsland), in het aldaar aanhangig geding tussen

Firma Ambulanz Glöckner

en

Landkreis Südwestpfalz,

in tegenwoordigheid van:

Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz eV,

Deutsches Rotes Kreuz Landesverband Rheinland-Pfalz eV,

en

Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz,

* Procestaal: Duits.

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: S. von Bahr, president van de Vierde kamer, waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, D. A. O. Edward, A. La Pergola, M. Wathelet (rapporteur) en C. W. A. Timmermans, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs,

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Firma Ambulanz Glöckner, vertegenwoordigd door R. Steiling en C. Bittner, Rechtsanwälte,

— Landkreis Südwestpfalz, vertegenwoordigd door R. Spies als gemachtigde,

— Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz eV, vertegenwoordigd door O. Fechner, Landesvorsitzender, en H. Gauf, Stellvertretender Landesvorsitzender,

— Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, vertegenwoordigd door W. Demmerle als gemachtigde,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Erhardt en K. Wiedner als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Firma Ambulanz Glöckner, vertegenwoordigd door R. Steiling en C. Bittner; Landkreis Südwestpfalz, vertegenwoordigd door R. Spies; Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz eV, vertegenwoordigd door H. Gauf en S. Rheinheimer, Landesgeschäftsführer; Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, vertegenwoordigd door H.-P. Hennes als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Erhardt, ter terechtzitting van 22 februari 2001,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 mei 2001,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 8 december 1999, ingekomen bij het Hof op 15 december daaraanvolgend, heeft het Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz krachtens artikel 234 EG een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG).

2 Die vraag is gerezen in een geding tussen Firma Ambulanz Glöckner (hierna: „Ambulanz Glöckner"), een te Pirmasens (Duitsland) gevestigde privaatrechtelijke onderneming, en de Landkreis Südwestpfalz (hierna: „Landkreis"), ter zake van de weigering om een vergunning voor het verrichten van diensten voor ziekenvervoer per ambulance te verlengen.

Rechtskader

3 In Duitsland wordt de eerstehulpdienst geregeld bij deelstaatwetten. In de deelstaat Rijnland-Palts wordt in het Rettungsdienstgesetz (wet op de eerstehulpdienst), in de versie van 22 april 1991 (hierna: „RettDG 1991"), onderscheid gemaakt tussen twee soorten vervoer per ambulance, namelijk vervoer van spoedgevallen („Notfalltransport") en ziekenvervoer („Krankentransport"). Bij eerstbedoeld vervoer gaat het om het vervoer onder deskundige begeleiding van personen die als gevolg van verwondingen of ziekte in levensgevaar verkeren, per ambulance met dienstdoend arts of per speciaal geëquipeerde ambulance („Rettungswagen"). Het tweede soort vervoer betreft het vervoer onder deskundige begeleiding van zieke, gewonde of hulpbehoevende personen, die geen spoedgevallen zijn, per gewone ambulance („Krankentransportwagen").

4 De eerstehulpdienst valt in beginsel onder de verantwoordelijkheid van de deelstaat, de niet-stedelijke bestuursdistricten („Landkreise") en de steden die zelf een district vormen („kreisfreie Städte"). Op grond van § 5, lid 1, RettDG 1991 mag de bevoegde autoriteit evenwel „erkende medische-hulpverleningsorganisaties" (hierna: „medische-hulpverleningsorganisaties") zonder winstoogmerk met de uitvoering van die dienst belasten, waarbij zijzelf toezicht houdt, instructies geeft en de kosten draagt, voorzover die organisaties in staat en bereid zijn om de permanente uitvoering van die dienst te waarborgen. Overeenkomstig § 5, lid 3, mag die dienst enkel aan andere ondernemers worden overgedragen ingeval de medische-hulpverleningsorganisaties niet bereid of niet in staat zijn die dienst te verzekeren.

5 In de deelstaat Rijnland-Palts hebben de bevoegde districten en stadsdistricten — met uitzondering van de stad Trier, waar de dienst onder de brandweer ressorteert — de uitvoering van de eerstehulpdienst overgedragen aan vier medische-hulpverleningsorganisaties: de Arbeiter-Samariter-Bund Landesverband Rheinland-Pfalz eV (hierna: „ASB"), het Deutsche Rote Kreuz Landesverband Rheinland-Pfalz eV (hierna: „DRK"), de Johanniter-Unfall-Hilfe en de Malteser-Hilfsdienst.

6 Voorts was tot 1989 het federale Personenbeförderungsgesetz (wet op het personenvervoer), dat voor het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland gold, van toepassing op diensten voor vervoer per ambulance, die werden beschouwd als een vorm van personenvervoer per huurauto. De verrichters van diensten voor ambulancevervoer dienden voor hun werkzaamheden te beschikken over een vergunning, die enkel werd afgegeven wanneer aan bepaalde voorwaarden inzake veiligheid en efficiency van de verrichting was voldaan, en de betrouwbaarheid en de deskundigheid van de ondernemer waren gewaarborgd. Dit betekent, dat naast de medische-hulpverleningsorganisaties die waren belast met de eerstehulpdienst, die dag en nacht in het gehele betrokken gebied beschikbaar moet zijn, onafhankelijke ondernemers werkzaam waren, die zich de meeste tijd bezighielden met het niet-urgente ziekenvervoer overdag.

7 In 1989 werd het Personenbeförderungsgesetz aldus gewijzigd, dat de diensten voor vervoer per ambulance niet meer onder de werkingssfeer ervan vielen. Het RettDG 1991 regelt dan ook niet alleen de eerstehulpdienst, maar eveneens op meer algemene wijze de diensten voor vervoer per ambulance. Zo moet ingevolge § 18, lid 1, RettDG 1991 voor de afgifte van de vergunning voor het verrichten van ziekenvervoer nog steeds, zoals onder vigeur van de oude federale wettelijke

regeling, aan bepaalde voorwaarden inzake efficiency en veiligheid van de verrichting worden voldaan, en moeten de betrouwbaarheid en de deskundigheid van de onderneming zijn gewaarborgd. § 18, lid 3, RettDG 1991 bepaalt verder:

„De vergunning dient te worden geweigerd indien valt te verwachten, dat bij gebruik daarvan het algemeen belang bij een operationele eerstehulpdienst [...] wordt geschaad. Hierbij dient [...] in het bijzonder rekening te worden gehouden met de vraag, of de eerstehulpdienst voor het gehele rayon ambulances beschikbaar houdt en in het gehele rayon volledig wordt benut, waarbij ook het aantal interventies, de aankomsttijd en de duur van de interventies, alsmede de ontwikkeling van de kosten en opbrengsten als uitgangspunt dienen te worden genomen [...]."

8 De verwijzende rechter legt deze bepaling aldus uit, dat de medische-hulpverleningsorganisaties daarbij op de markt voor diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer de facto een monopolie wordt verleend, aangezien de bij die bepaling voorgeschreven beoordeling of de capaciteit van de medische-hulpverleningsorganisaties al dan niet volledig wordt benut, er in de praktijk altijd toe leidt, dat nieuwe aanvragen worden afgewezen, gezien de omvang van de door die organisaties beschikbaar gehouden middelen voor hulpverlening. Voor de goede uitvoering van de taak om voor het gehele gebied dag en nacht een eerstehulpdienst te waarborgen, moeten immers voldoende middelen beschikbaar worden gehouden voor hulpverlening bij spoedgevallen en rampen. Een volledige benutting van de capaciteit is dus niet denkbaar, zodat nimmer vergunningen voor het verrichten van diensten voor vervoer per ambulance aan onafhankelijke ondernemers behoeven te of moeten worden verleend, aangezien daardoor minder beroep op de eerstehulpdienst zou worden gedaan en de winst- en verliesrekening van die dienst ongunstig zou worden beïnvloed.

9 Volgens de Landkreis en ASB leent § 18, lid 3, RettDG 1991 zich voor een andere uitlegging in die zin, dat die bepaling zich enkel verzet tegen de afgifte van vergunningen aan onafhankelijke ondernemers wanneer deze aanzienlijk negatieve gevolgen voor de eerstehulpdienst kunnen hebben.

10 In dit verband zij eraan herinnerd, dat het niet aan het Hof staat om zich uit te spreken over de uitlegging van nationale bepalingen. Het Hof moet in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties acht slaan op de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vraag moet worden geplaatst.

Het hoofdgeding

11 Ambulanz Glöckner kreeg in 1990, dat wil zeggen vóór de inwerkingtreding van het RettDG 1991 en dus onder vigeur van de eerdere federale wettelijke regeling, een vergunning voor het verrichten van ziekenvervoerdiensten tot oktober 1994.

12 In juli 1994 verzocht zij de Landkreis om verlenging van haar vergunning; daarop vroeg deze de twee medische-hulpverleningsorganisaties die in het rayon Pirmasens zijn belast met het beheer van de openbare eerstehulpdienst, te weten ASB en DRK, naar hun mening over de eventuele gevolgen van de aangevraagde vergunning.

13 De twee organisaties lieten de Landkreis weten, dat hun eigen voorzieningen voor eerste hulp in het betrokken rayon niet volledig werden benut en dat zij met verlies draaiden, zodat zij door de komst van een nieuwe dienstverrichter zouden zijn gedwongen hetzij de bijdragen van de gebruikers te verhogen, hetzij hun prestaties terug te schroeven. Bijgevolg weigerde de Landkreis op grond van § 18, lid 3, RettDG 1991 de vergunning van Ambulanz Glöckner te verlengen, stellende dat de capaciteit van de eerstehulpdienst in 1993 in de betrokken sector slechts voor 26 % benut werd.

14 Nadat het door haar daartegen ingediende bezwaar was afgewezen, stelde Ambulanz Glöckner beroep in bij het Verwaltungsgericht Neustadt (Duitsland), dat de Landkreis bij vonnis van 28 januari 1998 gelastte, de aangevraagde vergunning af te geven. Het Verwaltungsgericht stelde zich in wezen op het standpunt, dat § 18, lid 3, RettDG 1991 aldus moest worden uitgelegd, dat de wetgever van de deelstaat de toelating van particuliere ondernemers tot het ziekenvervoer buiten de openbare eerstehulpdienst om in beginsel mogelijk wil maken, ook al zou dat een kostenstijging meebrengen. Aangezien Ambulanz Glöckner meer dan zeven jaar lang ziekenvervoer had verricht, was het volgens de nationale rechter duidelijk, dat haar werkzaamheden het voortbestaan noch de werking van de eerstehulpdienst in gevaar brachten.

15 De Landkreis kwam van dit vonnis in hoger beroep bij het Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz.

16 In zijn verwijzingsbeschikking vraagt deze rechter zich af, of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 90, lid 1, van het Verdrag voor de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten aan ondernemingen. Zijns inziens moeten de medische-hulpverleningsorganisaties worden beschouwd als ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van die bepaling, doordat daaraan de taak van vervoer van spoedgevallen is opgedragen. Dat aan deze organisaties daarnaast in 1991 de markt voor ziekenvervoerdiensten is overgedragen, is eveneens een „maatregel" in de zin van artikel 90, lid 1. De redenen die verband houden met de verdere vervulling van een taak van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, rechtvaardigen niet, dat de ziekenvervoerdiensten van de mededinging worden uitgesloten. Die uitlegging — aldus nog steeds de verwijzende rechter — volgt uit het feit, dat deze diensten tot en met 30 juni 1991 door de vrije mededinging werden geregeld, zonder dat de bevolking welk probleem dan ook heeft ondervonden wat dergelijke dienstverrichtingen betreft.

17 Gelet op een en ander, heeft de verwijzende rechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Is de verlening van een monopolie op ambulancevervoerdiensten voor een afgebakend geografisch gebied verenigbaar met artikel 86, lid 1, EG en de artikelen 81 en 82 EG?"

De toepasselijkheid van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 1, EG)

18 Alvorens de prejudiciële vraag te behandelen, moet worden nagegaan of artikel 90, lid 1, van het Verdrag van toepassing is op medische-hulpverleningsorganisaties als die waarom het gaat in het hoofdgeding, waaraan de bevoegde overheidsinstanties de eerstehulpdienst hebben overgedragen, en wel gelet op de bijzondere bescherming die aan die organisaties wordt toegekend bij § 18, lid 3, RettDG 1991. Laatstbedoelde vraag komt erop neer, of die medische-hulpverleningsorganisaties ondernemingen zijn, en of zij bijzondere of uitsluitende rechten hebben.

19 Om te beginnen omvat het begrip onderneming, in de context van het mededingingsrecht, elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie arrest van 12 september 2000, Pavlov e.a., C-180/98—C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punt 74), en wordt onder economische activiteit verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (arrest Pavlov e.a., reeds aangehaald, punt 75).

20 In het hoofdgeding verlenen de medische-hulpverleningsorganisaties tegen betaling door de gebruikers diensten op de markt voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer. Die activiteiten werden en worden niet altijd noodzakelijkerwijs door dergelijke organisaties of door overheidsinstanties verricht. Blijkens de stukken in het dossier verleende Ambulanz Glöckner in het verleden zelf beide soorten diensten. Een dergelijke dienstverlening is dus een economische activiteit voor de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag.

21 De door een bepaalde medische-hulpverleningsorganisatie verrichte diensten kunnen als gevolg van openbaredienstverplichtingen weliswaar minder concurrerend zijn dan vergelijkbare diensten die worden geleverd door andere ondernemers, die niet door dergelijke verplichtingen gebonden zijn, maar dat is geen beletsel om de betrokken activiteiten als economische activiteiten te beschouwen.

22 Bijgevolg moeten, wat de verlening van diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer betreft, eenheden als de medische-hulpverleningsorganisaties worden gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag.

23 In de tweede plaats kan de voor het verrichten van diensten voor ambulancevervoer noodzakelijke vergunning op grond van § 18, lid 3, RettDG 1991 door de bevoegde instantie worden geweigerd, wanneer het gebruik ervan negatieve gevolgen kan hebben voor de werking en de rentabiliteit van de eerstehulpdienst, waarvan het beheer aan medische-hulpverleningsorganisaties is opgedragen.

24 Dat in laatstbedoeld geval de diensten voor ziekenvervoer worden voorbehouden aan de medische-hulpverleningsorganisaties die zijn belast met de eerstehulpdienst, volstaat om deze maatregel te kwalificeren als uitsluitend of bijzonder

recht in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag. Bij wege van wettelijke maatregel wordt namelijk een beperkt aantal ondernemingen beschermd, waardoor de mogelijkheden van andere ondernemingen om in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden de betrokken economische activiteit uit te oefenen, aanmerkelijk ongunstig worden beïnvloed.

25 Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat de medische-hulpverleningsorganisaties bij § 18, lid 3, RettDG 1991 een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag is verleend.

Schending van artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG)

26 Ambulanz Glöckner stelt, dat § 18, lid 3, RettDG 1991 onverenigbaar is met artikel 90, lid 1, juncto artikel 85, lid 1, sub c, van het Verdrag, doordat het de medische-hulpverleningsorganisaties, die worden verzocht zich uit te spreken over elke aanvraag van een onafhankelijke ondernemer voor toegang tot de markt, de mogelijkheid biedt de markt voor ziekenvervoerdiensten onder elkaar te verdelen door middel van een gedragsafstemming onderling en met de overheidsinstanties.

27 Dienaangaande zij vastgesteld, dat uit de verwijzingsbeschikking nergens blijkt van enige op grond van artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst tussen de medische-hulpverleningsorganisaties.

28 Voorts wordt evenmin aangetoond, dat sprake is van gedragsafstemming tussen de overheidsinstanties, die worden verzocht om afgifte van een vergunning voor het verrichten van andere diensten voor vervoer per ambulance dan die welke onder de eerstehulpdienst vallen, en die medische-hulpverleningsorganisaties.

Deze laatste worden door de bevoegde instanties geconsulteerd, welke omstandigheid, zoals volgt uit punt 43 van dit arrest, in aanmerking kan worden genomen om na te gaan of sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 van het Verdrag. Zoals de advocaat-generaal evenwel in punt 103 van zijn conclusie heeft opgemerkt, wordt de beslissing tot afgifte dan wel weigering van de vergunning eenzijdig en op eigen verantwoordelijkheid door de bevoegde instanties genomen, in overeenstemming met de in het RettDG 1991 gestelde voorwaarden.

29 Artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 85, lid 1, sub c, daarvan, wordt dus niet geschonden.

Schending van artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG)

30 De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen, of een bepaling als § 18, lid 3, RettDG 1991 een situatie in het leven kan roepen waarin de medische-hulpverleningsorganisaties ertoe worden gebracht in strijd met artikel 86 van het Verdrag misbruik van machtspositie te maken.

Bestaan van machtspositie op wezenlijk deel van gemeenschappelijke markt

31 Voor het antwoord op die vraag moet de verwijzende rechter eerst nagaan, of de betrokken medische-hulpverleningsorganisaties daadwerkelijk een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt innemen. Daartoe moeten zowel de betrokken dienstenmarkt als de geografische omvang daarvan worden afgebakend.

32 De Commissie stelt in dit verband, dat er twee verschillende dienstenmarkten bestaan, te weten die voor vervoer van spoedgevallen en die voor ziekenvervoer.

33 Dit standpunt moet worden aanvaard. Hoewel de betrokken diensten verwant zijn, zijn zij namelijk op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, toch niet onderling verwisselbaar of substitueerbaar. Niet alleen bieden de diensten voor niet-urgent vervoer niet noodzakelijkerwijs een bruikbaar alternatief voor de diensten voor vervoer van spoedgevallen, waarvoor dag en nacht hoogwaardig gekwalificeerd personeel en een bijzonder geavanceerde uitrusting is vereist, maar het vervoer van spoedgevallen, dat buitengewoon kostbaar is, kan evenmin worden beschouwd als een bruikbaar alternatief voor niet-urgent vervoer.

34 Wat de geografische omvang van de betrokken dienstenmarkt betreft, moet de aandacht van de verwijzende rechter worden gevestigd op de noodzaak om rekening te houden met de markt waarop de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn, dat wil zeggen een gebied waarbinnen de objectieve mededingingsvoorwaarden voor de betrokken diensten en met name de vraag van de consument voor alle marktdeelnemers gelijk zijn (arrest van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 44).

35 Het is aan de nationale rechter om in casu na te gaan, of die markt:

— is beperkt tot de betrokken operationele sector waarop de vergunningaanvraag betrekking heeft, of

— zich uitstrekt tot de deelstaat Rijnland-Palts in zijn geheel, zoals de Commissie suggereert, op grond dat het wettelijk kader, de organisatiestructuren en de tarieven van de eerstehulpdienst in de hele deelstaat identiek zijn, dan wel

— het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland beslaat, zoals Ambulanz Glöckner betoogt, op grond dat de wettelijke regelingen voor het verrichten van diensten voor vervoer per ambulance in de verschillende deelstaten vergelijkbaar zijn, wat de Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, betwist.

36 Na de dienstenmarkt en de geografische omvang daarvan te hebben afgebakend, zal de verwijzende rechter in voorkomend geval eveneens moeten nagaan, of sprake is van een individuele dan wel eventueel collectieve machtspositie als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag, en moeten onderzoeken of die positie bestaat op een „wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt". Dit zijn vragen van feitelijke aard, die ter beoordeling van de nationale rechter staan.

37 In dat verband kan het voor de nationale rechter nuttig zijn om de juistheid te verifiëren van de feitelijke stellingen in punt 121 van de conclusie van de advocaat-generaal betreffende de activiteiten die DRK in een groot deel van de deelstaat Rijnland-Palts zou uitoefenen, welke stellingen, als zij juist blijken te zijn, zouden kunnen aantonen dat die medische-hulpverleningsorganisatie een machtspositie inneemt op de markten voor diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer.

38 Mocht de verwijzende rechter inderdaad een machtspositie vaststellen, althans voor de deelstaat Rijnland-Palts in zijn geheel, dan moet worden aangenomen dat een dergelijke positie een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt raakt, zoals de advocaat-generaal opmerkt in punt 129 van zijn conclusie, gelet op het

uitgestrekte grondgebied van deze deelstaat, dat bijna 20 000 km^2 beslaat, en het bijzonder grote aantal inwoners van ongeveer vier miljoen, wat meer is dan de bevolking van sommige lidstaten.

Misbruik van machtspositie

39 Het enkele feit dat door het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 90, lid 1, van het Verdrag een machtspositie wordt gecreëerd, is als zodanig niet onverenigbaar met artikel 86 van het Verdrag. Een lidstaat handelt slechts in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende bijzondere of uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht (zie arrest Pavlov e.a., reeds aangehaald, punt 127).

40 Volgens vaste rechtspraak maakt een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig aan misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van de werkzaamheden van deze laatste op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld (arrest van 13 december 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 18). Indien de uitbreiding van de machtspositie van de onderneming waaraan de staat bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend, het gevolg is van een overheidsmaatregel, vormt die maatregel een schending van artikel 90 juncto artikel 86 van het Verdrag (zie arresten GB-Inno-BM, reeds aangehaald, punt 21, en van 25 juni 1998, Dusseldorp e.a., C-203/96, Jurispr. blz. I-4075, punt 61).

41 In het hoofdgeding stelt Ambulanz Glöckner juist, dat haar uitsluiting van de markt voor ziekenvervoer per ambulance het gevolg is van de toepassing van § 18, lid 3, RettDG 1991, op grond waarvan het de medische-hulpverlenings-

organisaties in samenspraak met de overheidsinstanties mogelijk zou zijn, de toegang tot die markt te beperken.

42 De Commissie betoogt eveneens, dat de uitbreiding van de machtspositie van de markt voor vervoer van spoedgevallen naar de verwante, doch onderscheiden markt voor ziekenvervoer is te wijten aan de wijzigingen die zijn aangebracht in de federale wettelijke regeling voor laatstbedoeld soort vervoer en daarna in de wettelijke regeling van de deelstaat Rijnland-Palts, in het bijzonder aan de vaststelling van § 18, lid 3, RettDG 1991. Een dergelijke beperking van de mededinging vormt een schending van artikel 90 juncto artikel 86 van het Verdrag.

43 Dienaangaande zij vastgesteld, dat de wetgever van de deelstaat Rijnland-Palts met de vaststelling van § 18, lid 3, RettDG 1991, die voorziet in voorafgaande consultatie van de medische-hulpverleningsorganisaties over elke aanvraag door een onafhankelijke ondernemer van een vergunning voor het verrichten van diensten voor niet-urgent ziekenvervoer, die organisaties, die reeds een uitsluitend recht op de markt voor vervoer van spoedgevallen bezaten, een voordeel heeft verschaft door deze de mogelijkheid te bieden om eveneens met uitsluiting van andere ondernemers die diensten te verlenen. De toepassing van § 18, lid 3, RettDG 1991 heeft dus tot gevolg, dat „de afzet [...] ten nadele van de verbruikers" wordt beperkt in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b, van het Verdrag, doordat aan die medische-hulpverleningsorganisaties een nevenactiviteit inzake vervoer wordt voorbehouden die door een onafhankelijke ondernemer kan worden verricht.

Invloed op handel tussen lidstaten

44 Een maatregel als § 18, lid 3, RettDG 1991 kan enkel onverenigbaar met artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 van het Verdrag worden verklaard, wanneer voorts wordt vastgesteld, dat de uitvoering ervan de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

45 De Landkreis, ASB, de Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, en de Oostenrijkse regering stellen, dat de betrokken maatregel geen merkbare gevolgen voor de handel tussen de lidstaten heeft, aangezien de vergunning voor ambulancevervoer slechts voor een bepaald rayon wordt afgegeven. Voorts vindt dit soort vervoer per definitie op lokale schaal plaats, en gebeurt het slechts zelden dat grensoverschrijdende ambulancediensten gewaarborgd zijn.

46 De Commissie, hoewel van mening dat dit vraagstuk ter beoordeling van de nationale rechter staat, stelt dat grensoverschrijdend vervoer wegens de nabijheid voor de deelstaat Rijnland-Palts van België, Frankrijk en Luxemburg niet is uit te sluiten. Daarnaast vindt er waarschijnlijk ook vervoer over langere afstand plaats van zieken of gewonden die naar een andere lidstaat wensen te worden overgebracht of die naar hun land van herkomst worden gerepatrieerd.

47 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat bij de uitlegging en toepassing van de in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag opgenomen voorwaarde betreffende de gevolgen voor de handel tussen lidstaten, dient te worden uitgegaan van het doel ervan, namelijk ter zake van de mededingingsregels het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht af te bakenen tegenover dat van het recht der lidstaten. Onder het gemeenschapsrecht vallen dan ondernemersafspraken en gedragingen die de vrije handel tussen lidstaten in gevaar kunnen brengen op een wijze die schadelijk kan zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één markt tussen de lidstaten, inzonderheid door afscherming van de nationale markten of door wijziging van de mededingingsstructuur in de gemeenschappelijke markt (arrest van 31 mei 1979, Hugin/ Commissie, 22/78, Jurispr. blz. 1869, punt 17).

48 Wil van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten sprake zijn, dan moeten besluiten, overeenkomsten of feitelijke gedragingen op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed kunnen uitoefenen op het handelsverkeer tussen lidstaten, en wel zo, dat men moet vrezen dat zij de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kunnen belemmeren. Die invloed

dient voorts niet van geringe betekenis te zijn (arrest van 28 april 1998, Javico, C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 16).

49 Wat diensten betreft kan deze invloed, zoals het Hof reeds heeft overwogen, hierin bestaan, dat de betrokken activiteiten zo zijn geregeld dat de gemeenschappelijke markt wordt gecompartimenteerd en het vrij verrichten van diensten, één van de doelstellingen van het Verdrag, wordt belemmerd (zie arrest van 4 mei 1988, Bodson, 30/87, Jurispr. blz. 2479, punt 24). Evenzo kan de handel tussen lidstaten ongunstig worden beïnvloed door een maatregel die een onderneming belet zich in een andere lidstaat te vestigen om aldaar diensten op de betrokken markt aan te bieden (zie in die zin arrest van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, Jurispr. blz. 353, punt 26).

50 Het staat dus aan de nationale rechter om na te gaan of, gezien de economische kenmerken van de markten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer, voldoende waarschijnlijk is, dat een voorschrift als § 18, lid 3, RettDG 1991 ondernemers die zijn gevestigd in andere lidstaten dan de betrokken lidstaat, daadwerkelijk belet om in laatstbedoelde lidstaat diensten voor ambulancevervoer te verrichten of zelfs om zich aldaar te vestigen.

Rechtvaardiging uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag

51 Mocht, gelet op het voorgaande, worden vastgesteld dat § 18, lid 3, RettDG 1991 in strijd is met artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 van het Verdrag, dan moet nog worden nagegaan, of deze nationale bepaling kan worden gerechtvaardigd door het bestaan van een taak op het gebied van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

52 De Landkreis, ASB, de Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, en de Oostenrijkse regering stellen, dat een zekere mate van bescherming van de eerstehulpdienst tegen de mededinging van onafhankelijke ondernemers, zelfs op de markt voor niet-urgent ambulancevervoer, noodzakelijk is.

53 Volgens hen zijn voor het vervoer van spoedgevallen, dat dag en nacht en in het gehele gebied moet worden verzekerd, kostbare investeringen in uitrusting en gekwalificeerd personeel nodig. Voorkomen moet worden, dat die kosten, althans voor een deel, niet kunnen worden gecompenseerd door de opbrengsten uit het niet-urgente vervoer. Niet alleen leidt reeds de aanwezigheid van onafhankelijke ondernemers op die markt ertoe, dat de opbrengsten uit de eerstehulpdienst teruglopen, maar bovendien valt te verwachten dat die ondernemers, die op winst zijn gericht, voor het merendeel hun diensten liever aanbieden in dichtbevolkte gebieden waar de afstanden kort zijn, zodat de medische-hulpverleningsorganisaties naast het vervoer van spoedgevallen alleen nog maar zouden zijn belast met het ziekenvervoer in afgelegen gebieden. De Oostenrijkse regering voegt hieraan toe dat, aangezien de openbare eerstehulpdienst per slot van rekening uit belastingopbrengsten of ziektekostenverzekeringspremies wordt gefinancierd, er een ernstig gevaar bestaat dat de samenleving opdraait voor de onvermijdelijke verliezen van die dienst, terwijl de mogelijke winsten naar onafhankelijke ondernemers vloeien.

54 Het strookt huns inziens eveneens met het algemeen belang, dat de prijzen niet kunnen variëren naar gelang van de gebieden waar de dienst operationeel is.

55 In dit verband kan niet worden betwist, dat de medische-hulpverleningsorganisaties zijn belast met een taak van algemeen economisch belang, bestaande in de verplichting dag en nacht in het gehele betrokken gebied het spoedvervoer van zieken of gewonden te verzekeren tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden inzake kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting.

56 Artikel 90, lid 2, juncto lid 1, van het Verdrag staat de lidstaten toe, aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, uitsluitende rechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag kunnen belemmeren, voorzover beperkingen van de mededinging — of zelfs de uitsluiting van elke mededinging — van andere marktdeelnemers noodzakelijk zijn om te verzekeren, dat de houders van de uitsluitende rechten de hun opgedragen bijzondere taak kunnen vervullen (zie arrest van 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 14).

57 Nagegaan moet dus worden, of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de houder van een uitsluitend recht in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Daartoe moet volgens de rechtspraak van het Hof worden uitgegaan van de premisse, dat de verplichting van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele sectoren van bedrijvigheid onderstelt en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt (arrest Corbeau, reeds aangehaald, punten 16 en 17).

58 Om de door de Landkreis, ASB, de Vertreter des öffentlichen Interesses, Mainz, en de Oostenrijkse regering aangevoerde, in punt 53 van het onderhavige arrest genoemde redenen, die ter beoordeling van de nationale rechter staan, stelt het door het RettDG 1991 ingevoerde stelsel de medische-hulpverleningsorganisaties in staat, hun taak te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. In het bijzonder volgt uit de stukken in het dossier, dat de opbrengsten uit het niet-urgente vervoer bijdragen in de dekking van de kosten in verband met de dienst voor vervoer van spoedgevallen.

59 Het is juist, dat het Hof in punt 19 van het arrest Corbeau, reeds aangehaald, heeft overwogen, dat de uitsluiting van de mededinging niet gerechtvaardigd is in bepaalde gevallen waarin het gaat om specifieke, van de betrokken dienst van algemeen belang dissocieerbare diensten, voorzover die diensten het economisch evenwicht van de door de houder van het uitsluitende recht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen.

60 Dit laatste is evenwel, hoofdzakelijk om twee redenen, niet het geval met de twee diensten waarom het gaat in het hoofdgeding. In de eerste plaats houden, anders dan de casuspositie in de zaak die heeft geleid tot het arrest Corbeau, reeds aangehaald, de twee betrokken soorten diensten, die van oudsher door medische-hulpverleningsorganisaties worden verricht, zo nauw met elkaar verband dat de diensten voor niet-urgent ziekenvervoer moeilijk zijn te scheiden van de taak van algemeen economisch belang die wordt gevormd door de diensten voor vervoer van spoedgevallen en waarmee zij overigens kenmerken gemeen hebben.

61 In de tweede plaats zijn de medische-hulpverleningsorganisaties door de uitbreiding van hun uitsluitende rechten naar de sector van niet-urgent ziekenvervoer juist in staat hun taak van algemeen belang, betreffende het vervoer van spoedgevallen, te verzekeren in economisch evenwichtige omstandigheden. De mogelijkheid voor particuliere ondernemers om zich bij de diensten voor niet-urgent vervoer te richten op lucratievere trajecten, zou schadelijk kunnen zijn voor de economische uitvoerbaarheid van de door de medische-hulpverleningsorganisaties verrichte dienst en bijgevolg de kwaliteit en betrouwbaarheid van die dienst kunnen aantasten.

62 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 188 van zijn conclusie, kan de uitbreiding van de uitsluitende rechten van de met het beheer van de eerstehulpdienst belaste medische-hulpverleningsorganisaties evenwel alleen dan niet worden gerechtvaardigd uit hoofde van de taak van algemeen belang, indien zou worden vastgesteld dat die organisaties kennelijk niet in staat waren permanent te voldoen aan de vraag naar vervoer van spoedgevallen en ziekenvervoer.

63 In dit verband stelt Ambulanz Glöckner, dat § 18, lid 3, RettDG 1991 juist een situatie in de hand werkt waarin de medische-hulpverleningsorganisaties niet steeds in staat zijn volledig en tegen aanvaardbare prijzen te voldoen aan de vraag die bestaat op de markt voor ziekenvervoer (zie, naar analogie, arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 31, en 11 december 1997, Job Centre, C-55/96, Jurispr. blz. I-7119, punt 35). Volgens de Landkreis en ASB daarentegen is de openbare eerstehulpdienst ook zonder particuliere ondernemingen ontegenzeglijk in staat zowel aan de vraag naar vervoer van spoedgevallen als aan die naar ziekenvervoer te voldoen.

64 Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan, of de medische-hulpverleningsorganisaties die een machtspositie op de betrokken markten zouden innemen, daadwerkelijk in staat zijn, aan de vraag te voldoen en hun wettelijke plicht te vervullen om niet alleen in elke situatie dag en nacht eerstehulpdiensten te verlenen, maar ook op doeltreffende wijze ziekenvervoerdiensten aan te bieden.

65 Bijgevolg is een bepaling als § 18, lid 3, RettDG 1991 gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, voorzover zij niet in de weg staat aan de afgifte van een vergunning aan onafhankelijke ondernemers in gevallen waarin vaststaat, dat de met het beheer van de eerstehulpdienst belaste medische-hulpverleningsorganisaties kennelijk niet in staat zijn om te voldoen aan de vraag op het gebied van diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer.

66 Mitsdien moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord, dat:

— een nationale bepaling als § 18, lid 3, RettDG 1991, op grond waarvan de voor het verrichten van diensten voor ambulancevervoer noodzakelijke vergunning door de bevoegde instantie wordt geweigerd, wanneer het gebruik ervan de werking en de rentabiliteit kan schaden van de eerstehulpdienst, waarvan het beheer is opgedragen aan medische-hulpverleningsorganisaties als die waarom het gaat in het hoofdgeding, laatstbedoelde organisaties een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag verleent;

— wanneer de beslissing om die vergunning af te geven dan wel te weigeren, door de bevoegde instanties eenzijdig en op eigen verantwoordelijkheid wordt genomen, in overeenstemming met de in de wet vastgestelde

voorwaarden, en geen sprake is van een overeenkomst of overleg van die instanties met de medische-hulpverleningsorganisaties zelf of tussen deze laatste onderling, artikel 90, lid 1, juncto artikel 85, lid 1, sub c, van het Verdrag niet wordt geschonden;

— een nationale bepaling als § 18, lid 3, RettDG 1991 in strijd is met artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 van het Verdrag, voorzover vaststaat dat:

— de medische-hulpverleningsorganisaties een machtspositie innemen op de markt voor diensten voor vervoer van spoedgevallen,

— die machtspositie bestaat op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, en

— het gezien de economische kenmerken van de betrokken markt, voldoende waarschijnlijk is, dat die bepaling ondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten dan de betrokken lidstaat, daadwerkelijk belet om in laatstbedoelde lidstaat diensten voor ambulancevervoer te verrichten of zelfs om zich aldaar te vestigen;

— een bepaling als § 18, lid 3, RettDG 1991 evenwel gerechtvaardigd is uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, voorzover zij niet in de weg staat aan de afgifte van een vergunning aan onafhankelijke ondernemers in gevallen waarin vaststaat, dat de met het beheer van de eerstehulpdienst belaste medische-hulpverleningsorganisaties kennelijk niet in staat zijn om te voldoen aan de vraag op het gebied van diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer.

Kosten

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

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door het Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz bij beschikking van 8 december 1999 gestelde vraag, verklaart voor recht:

— een nationale bepaling als § 18, lid 3, van het Rettungsdienstgesetz (wet op de eerstehulpdienst), in de versie van 22 april 1991, op grond waarvan de voor het verrichten van diensten voor ambulancevervoer noodzakelijke vergunning door de bevoegde instantie wordt geweigerd, wanneer het

gebruik ervan de werking en de rentabiliteit kan schaden van de eerstehulpdienst, waarvan het beheer is opgedragen aan medische-hulpverleningsorganisaties als die waarom het gaat in het hoofdgeding, verleent laatstbedoelde organisaties een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 1, EG);

— wanneer de beslissing om die vergunning af te geven dan wel te weigeren, door de bevoegde instanties eenzijdig en op eigen verantwoordelijkheid wordt genomen, in overeenstemming met de in de wet vastgestelde voorwaarden, en geen sprake is van een overeenkomst of overleg van die instanties met de medische-hulpverleningsorganisaties zelf of tussen deze laatste onderling, wordt artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 85, lid 1, sub c, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, sub c, EG) niet geschonden;

— een nationale bepaling als § 18, lid 3, van het Rettungsdienstgesetz, in de versie van 22 april 1991, is in strijd met artikel 90, lid 1, van het Verdrag juncto artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG), voorzover vaststaat dat:

— medische-hulpverleningsorganisaties als die waarom het gaat in het hoofdgeding, een machtspositie innemen op de markt voor diensten voor vervoer van spoedgevallen,

— die machtspositie bestaat op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, en

— het gezien de economische kenmerken van de betrokken markt, voldoende waarschijnlijk is, dat die bepaling ondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten dan de betrokken lidstaat, daadwerkelijk belet om in laatstbedoelde lidstaat diensten voor ambulancevervoer te verrichten of zelfs om zich aldaar te vestigen;

— een bepaling als § 18, lid 3, van het Rettungsdienstgesetz, in de versie van 22 april 1991, is evenwel gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, voorzover zij niet in de weg staat aan de afgifte van een vergunning aan onafhankelijke ondernemers in gevallen waarin vaststaat, dat de met het beheer van de eerstehulpdienst belaste medische -hulpverlenings-organisaties kennelijk niet in staat zijn om te voldoen aan de vraag op het gebied van diensten voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer.

von Bahr Edward La Pergola

Wathelet Timmermans

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 oktober 2001.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

P. Jann