FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 30. september 2010[1]

1. Denne præjudicielle forelæggelse giver Domstolen lejlighed til yderligere at uddybe[2] spørgsmålet om de specifikke virkninger af den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet, afgrænsningen heraf i forhold til etableringsfriheden og betydningen af begge friheder, hvis effektive udøvelse sikrer, at det »område uden indre grænser«[3], som Den Europæiske Union udgør, fungerer effektivt.

I — Retsforskrifter

A — *EU-retten*

2. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien opfordrer Domstolen til at udtale sig om, hvorvidt en national retsforskrift, som hvad angår drift af en »turistbusrute« kræver, a) at den virksomhed, der har ansøgt om tilladelse til at drive en sådan, på tidspunktet for tildeling af koncessionen eller senest på tidspunktet for rutedriftens påbegyndelse skal have et hjemsted eller et forretningssted (hvor den omhandlede økonomiske virksomhed udøves) i den medlemsstat, hvor den bevilgende myndighed befinder sig, og b) at der ikke sker et indgreb i rentabiliteten for en konkurrerende virksomhed, som præsterer nævnte tjenesteydelse på en helt eller delvis identisk strækning, er forenelig med artikel 49 TEUF, 56 TEUF og 101 TEUF.

3. Artikel 49 TEUF (tidligere artikel 43 EF) omhandler »inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser« retten for statsborgere i en medlemsstat til frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, idet den forbyder restriktioner herfor, og idet dette forbud også omfatter hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber, idet etableringsfriheden omfatter »adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Fra et andet perspektiv havde generaladvokat Mengozzi for nylig lejlighed hertil i sit forslag til afgørelse af 7.9.2010 fremsat i Neukirchinger-sagen (sag C-382/08).

3 — Artikel 26, stk. 2, TEUF.

lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere […]«.

4. Artikel 56 TEUF (tidligere artikel 49 EF) indeholder »inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser« et forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Unionen for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i en anden medlemsstat end modtageren af den pågældende ydelse.

5. Det følger af artikel 58, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 51 EF), at »den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet omfattes af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport«.

6. Med henblik på gennemførelsen af en fælles transportpolitik pålægger artikel 91, stk. 2, litra b), TEUF Europa-Parlamentet og Rådet at fastsætte »de betingelser, under hvilke transportvirksomheder har adgang til at udføre interne transporter i en medlemsstat, hvor de ikke er hjemmehørende«.

B — *Østrigsk ret*

7. Det følger af Kraftfahrliniengesetz (lov om rutebefordring af personer med bus, herefter »KflG«) [4], at der til transport af personer med bus på en bestemt trafikforbindelse med faste stoppesteder kræves en koncession (§ 1), at tildelingen af denne koncession kræver, at en række meget præcise betingelser er opfyldt (§ 2), og at tildelingen foretages af Landeshauptmann (§ 3). Er den ansøgende virksomhed ikke østrigsk, kræves det, at den har et hjemsted eller et fast forretningssted i Østrig (§ 7, stk. 1, andet punktum) for at kunne ligestilles med østrigske virksomheder, som har ansøgt om en koncession. Desuden må koncessionen anses for at være i strid med offentlige interesser, hvis ydelsen kan bringe opfyldelsen af de transportydelser, som ydes af en virksomhed, der allerede er aktiv i det område, hvor den rute, som der ansøges om, er beliggende, i fare, hvilket er tilfældet, hvis sidstnævnte transportvirksomhed med hensyn til leveringen af denne ydelse vil blive så alvorligt ramt som følge af en nedgang i indtægten, at dens rentabilitet bringes i fare [§ 7, stk. 1, nr. 4), litra b), sammenholdt med § 14, stk. 1-3].

II — Faktiske omstændigheder

8. Den tyske virksomhed Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH (herefter »Yellow Cab«) ansøgte den 25. januar 2008 i henhold til KflG om tildeling af en koncession til drift af en turistbusrute udelukkende inden for Wien

4 — I den affattelse, som er offentliggjort i BGBl. nr. 153/2006.

kommunes område på en nærmere bestemt strækning med faste stoppesteder, hvor den pågældende rute praktisk talt allerede var dækket af en gruppe virksomheder [5].

9. Yellow Cabs ansøgning blev den 13. marts 2009 afvist af den kompetente myndighed under henvisning til, at en tildeling af koncessionen ville være til skade for færdselssikkerheden. Yellow Cab appellerede afgørelsen til Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, som afviste sagen på et andet grundlag, idet den på grundlag af østrigsk ret fandt, at Yellow Cabs ansøgning skulle afvises, fordi Yellow Cab ikke havde et hjemsted eller et forretningssted i Østrig på det tidspunkt, hvor den ansøgte om koncessionen, og fordi rentabiliteten for den transportvirksomhed, som allerede var aktiv på ruten, ville blive alvorligt kompromitteret som følge heraf.

III — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

10. Eftersom Unabhängiger Verwaltungssenat Wien er i tvivl med hensyn til, om betingelserne fastsat i den østrigske lovgivning er forenelige med EU-retten, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det foreneligt med etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 43 ff. EF og 49 ff. EF og EU-konkurrenceretten som omhandlet i artikel 81 ff. EF, at en national retsforskrift vedrørende tildeling af bevilling til drift af en busrute, dvs. til etablering af et kollektivt offentligt transportmiddel, med hvilket faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, som betingelse for tildeling af bevilling bestemmer:

a) at en virksomhed i EU, der indgiver en sådan ansøgning, allerede inden rutedriftens påbegyndelse, og navnlig på tidspunktet for tildeling af koncessionen, skal have et hjemsted eller et forretningssted i den stat, hvor den bevilgende myndighed befinder sig?

b) at en virksomhed i EU, der indgiver en sådan ansøgning, senest på tidspunktet for rutedriftens påbegyndelse skal have et hjemsted eller et forretningssted i den stat, hvor den bevilgende myndighed befinder sig?

2) Er det foreneligt med etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 43 ff. EF og 49 ff. EF og EU-konkurrenceretten som omhandlet i artikel 81 ff. EF, at en national

5 — I henhold til forelæggelseskendelsen drejer det sig konkret om gruppen bestående af Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours — Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, i henhold til en koncession tildelt den 17.5.2005.

retsforskrift vedrørende tildeling af bevilling til drift af en busrute, dvs. til etablering af et kollektivt offentligt transportmiddel, med hvilket faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, bestemmer, at en bevilling skal nægtes, såfremt indtægterne hos en konkurrerende virksomhed, der betjener en helt eller delvis identisk strækning, fra den rute, som denne virksomhed driver, reduceres så betragteligt, at den fortsatte drift af denne rute, som den konkurrerende virksomhed betjener, ikke længere er rentabel ud fra et markedsøkonomisk synspunkt, hvis den ansøgte rutekørsel påbegyndes?«

11. Denne præjudicielle forelæggelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 24. august 2009.

12. Yellow Cab har i sine skriftlige indlæg gjort gældende, at ovennævnte betingelser er retsstridige, mens den østrigske regering, efter at have rejst tvivl om, hvorvidt det andet spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, har gjort gældende, at de er forenelige med EU-retten. Den østrigske regering er navnlig af den opfattelse, at den frie udveksling af tjenesteydelser ikke med rette kan påberåbes i denne sag. På linje hermed har den tyske regering, som udelukkende fokuserer på kravet om et hjemsted eller et fast forretningssted, afvist, at der er sket en tilsidesættelse af etableringsfriheden, hvilket standpunkt også indtages af den italienske regering, som desuden har anført, at beskyttelsen af de økonomiske interesser hos den allerede etablerede koncessionsindehaver kan være berettiget. Endelig har Kommissionen afvist, at den frie konkurrence eller den frie udveksling af tjenesteydelser er blevet påvirket i denne sag, eftersom etableringsfriheden tillader, at der opstilles krav om et hjemsted eller et fast forretningssted, idet den dog begrænser et sådant krav til at gælde for perioden umiddelbart før ydelsen påbegyndes.

13. Det bemærkes, at Unabhängiger Verwaltungssenat Wien i hvert af de to spørgsmål behandler kravene fastsat i den østrigske lovgivning i forhold til tre kategorier i den primære ret, nemlig den frie udveksling af tjenesteydelser, etableringsfriheden og konkurrenceretten. Jeg vil i det følgende systematisk analysere hvert af disse krav udelukkende i lyset af de to grundlæggende friheder, for derefter at behandle konkurrencerettens betydning i denne sag.

IV — Analyse af det første spørgsmål

A — *I lyset af den frie udveksling af tjenesteydelser*

14. Som jeg netop har anført, fremhæver den forelæggende ret den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden som

parametre for bedømmelsen af den foreliggende sag, hvilket nødvendiggør, at disse to friheder indledningsvis skal afgrænses i forhold til hinanden.

1. Afgrænsningen mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden

15. Indledningsvis bemærkes, at Domstolen i sin faste praksis har udviklet bestemte kriterier for at sondre mellem »levering af tjenesteydelser« og »etablering«.

16. Det forhold, at leveringen af ydelsen er stabil og vedvarende, gør det muligt at antage, at etableringsbegrebet for en fællesskabsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstigelse af det økonomiske og sociale samarbejde i Det Europæiske Fællesskab inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed [6].

17. Det er derimod den »midlertidige« karakter af udøvelsen af virksomheden [7], som afgør, om en given økonomisk virksomhed skal anses for »levering af en tjenesteydelse«, hvilket hjælper til at skabe klarhed over den diffuse grænse mellem de to friheder [8].

18. Disse kriterier er særligt relevante, henset til omstændighederne i den foreliggende sag, eftersom den forelæggende rets beskrivelse af de faktiske omstændigheder og arten af de ydelser, som leveres af Yellow Cab, peger i retning af virksomhed, som skal udføres på vedvarende måde eller under alle omstændigheder uden nogen begrænsninger med hensyn til dens varighed, hvilket udgør elementer, som Domstolen udtrykkeligt har inddraget med henblik på at afvise anvendelsen af bestemmelserne om levering af tjenesteydelser [9]. En virksomhed som den, Yellow Cab vil udøve, og som på grund af sine særlige kendetegn kræver en vis vedvarende karakter og en vis stabilitet i den medlemsstat, hvor

6 — Som det fremgår af dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 21, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25, og af 14.9.2006, sag C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Sml. I, s. 8203, præmis 18.

7 — Den midlertidige karakter af den pågældende virksomhed skal ifølge Gebhard-dommen, præmis 25-28, ikke kun bedømmes på grundlag af ydelsens varighed, men også på grundlag af dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet, således at hvis den pågældende ikke på stabil og vedvarende måde deltager i det økonomiske liv i modtagermedlemsstaten, finder den frie udveksling af tjenesteydelser anvendelse i stedet for etableringsfriheden.

8 — Diffus fordi der i sidste ende, som det fremgår af dom af 11.12.2003, sag C-215/01, Schnitzer, Sml. I, s. 14847, præmis 30 og 31, af 29.4.2004, sag C-171/02, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 5645, præmis 26, og af 16.7.2009, sag C-208/07, von Chamier-Glisczinski, Sml. I, s. 6095, præmis 74, »ikke findes nogen bestemmelse i traktaten, der gør det muligt teoretisk at fastslå en bestemt varighed eller hyppighed, hvorefter udførelsen af en ydelse eller en bestemt slags ydelse ikke længere kan betragtes som en tjenesteydelse i traktatens forstand. Begrebet »tjenesteydelse« i traktatens forstand kan altså dække over tjenesteydelser af meget forskellig art, herunder tjenesteydelser, der udføres over et længere tidsrum, endog flere år«.

9 — Domstolens dom af 5.10.1988, sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159, præmis 16, Schnitzer-dommen, præmis 27-29, og dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573, præmis 28.

den skal udøves, er derfor snarere omfattet af etableringsrettens anvendelsesområde (artikel 49 TEUF) end af anvendelsesområdet for den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 56 TEUF).

2. Den frie udveksling af tjenesteydelser inden for rammerne af Unionens transportpolitik

19. Uanset det foregående kan det under alle omstændigheder ikke lades ude af betragtning, at den virksomhed, som Yellow Cab ønsker at udøve, klart synes at være omfattet af transportområdet, for hvilket udviklingen af den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 58 TEUF varetages i den afledte ret om den fælles transportpolitik [10].

20. I mangel af særlige regler på transportområdet fremgår det af fast retspraksis, at artikel 56 TEUF ikke bør anvendes som parameter for at vurdere, i hvilket omfang EU-retten er til hinder for en national bestemmelse, henset til den snævre skønsmargen, som Domstolen har indrømmet på dette område [11]. Det må derfor i den foreliggende sag undersøges, om der findes en regel med disse kendetegn.

21. Indledningsvis bemærkes, at forordning (EØF) nr. 1191/69 [12], som ændret ved forordning (EØF) nr. 1893/91 [13], ikke finder anvendelse i denne sag [14], da den ikke udtrykkeligt regulerer den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 56 TEUF. Det

10 — Det er klart, som allerede understreget i Domstolens dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 25, at den fælles transportpolitik, frem for at udelukke de grundlæggende friheder, tilsigter at gennemføre disse i praksis og supplere dem. Desuden, henset til, at denne politik også er baseret på den frie udveksling af tjenesteydelser, bør den fortolkes i lyset af artikel 56 TEUF (Domstolens dom af 22.5.1985, sag 13/83, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 1513, præmis 62, af 13.12.1989, sag C-49/89, Corsica Ferries France, Sml. s. 444, præmis 10-12, af 18.1.2001, sag C-361/98, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 385, præmis 31-33, og af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 55 ff.), hvilket artikel 58, stk. 1, TEUF ikke er til hinder for, idet bestemmelsen ikke giver afkald på de mål, som denne frihed forfølger på det indre marked.

11 — Det er her tilstrækkeligt at henvise til dom af 22.5.1985, sag 13/83, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 1513, præmis 62 og 63, nævnt i dom af 13.7.1989, sag 4/88, Lambregts Transportbedrijf, Sml. 2583, præmis 14, i medfør af hvilke det forhold, at Rådet har undladt at opfylde de forpligtelser, som påhviler det i medfør af traktatens artikel 75 (forpligtelser, som nu er fastsat i artikel 90 TEUF og 91 TEUF), ikke bevirker, at traktatens artikel 59 og 60 (nu artikel 56 TEUF og 57 TEUF) finder direkte anvendelse på transportområdet. På linje hermed afviste Domstolen i dom af 13.12.1989, sag C-49/89, Corsica Ferries France, efter at have henvist til, at den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet er omfattet af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport (præmis 10), at censurere en national lovgivning, som begrænsede artikel 56 TEUF, fordi den fandt anvendelse på et tidspunkt (1981 og 1982), »hvor […] den frie udveksling af tjenesteydelser med hensyn til søtransport således endnu ikke [var] gennemført, og medlemsstaterne kunne derfor anvende retsforskrifter som dem, der omtvistes i hovedsagen« (præmis 14).

12 — Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 af 26.6.1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT L 156 s. 1), som endog finder anvendelse *ratione temporis*.

13 — Rådets forordning (EØF) nr. 1893/91 af 20.6.1991 om ændring af forordning (EØF) nr. 1191/69 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT L 169, s. 1).

14 — Det bør herved imidlertid erindres, at denne forordnings oprindelige artikel 19, stk. 2, som fra sit anvendelsesområde udelukkede andre transportvirksomheder end jernbanetransportvirksomheder, som hovedsageligt leverer transportydelser af lokal eller regional karakter, blev ophævet ved forordning nr. 1893/91.

samme gælder forordning (EØF) nr. 684/92 [15], der kun omhandler international transport, og forordning (EF) nr. 12/98 [16], hvis artikel 3 kun tillader cabotagekørsel for »rutekørsel, forudsat at denne kørsel udføres under international rutekørsel i overensstemmelse med forordning (EØF) nr. 684/92 af en transportvirksomhed, der ikke er hjemmehørende i værtsmedlemsstaten. Cabotagekørslen kan kun udføres i forbindelse med denne internationale transport. Kørsel i byer og forstæder er ikke omfattet af anvendelsesområdet for dette nummer«.

22. Desuden finder forordning nr. 1370/2007 [17], som desuden udtrykkeligt udelukker strækninger, som overvejende drives af historisk interesse eller med turistmæssigt formål (artikel 1, stk. 2) *ratione temporis* ikke anvendelse, ligesom forordning (EF) nr. 1073/2009 [18] heller ikke finder anvendelse af samme tidsmæssige årsager, og fordi den udelukker »befordring til opfyldelse af transportbehovene i en bykerne eller et byområde« og befordring, som ikke »udføres i forbindelse med denne internationale transport« [artikel 15, litra c)].

23. I mangel af en særregel der i en sag som denne gennemfører den frie udveksling af tjenesteydelser på transportpolitikkens område, er det dermed udelukket at analysere de i østrigsk ret opstillede krav i forhold til artikel 56 TEUF.

B — *I lyset af etableringsfriheden*

24. Det skal nu undersøges, hvorvidt de betingelser, som er fastsat i østrigsk ret, er lovlige i lyset af etableringsfriheden og de dermed forbundne retlige konsekvenser, som følger af udøvelsen af en økonomisk virksomhed på stabil og vedvarende måde på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere (artikel 49, stk. 2, TEUF).

1. Kravet om en tilladelse som forudsætning for at udøve virksomheden

25. Kravet om en tilladelse indebærer i princippet en restriktion for etableringsfriheden, som kun kan begrundes, hvis den er egnet til

15 — Rådets forordning (EØF) nr. 684/92 af 16.3.1992 om fælles regler for international personbefordring med bus (EFT L 74 s. 1).

16 — Rådets forordning (EF) nr. 12/98 af 11.12.1997 om betingelserne for transportvirksomheders adgang til at udføre personbefordring ad vej i en medlemsstat, hvor de ikke er hjemmehørende (EFT L 4 s. 10).

17 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og nr. 1107/70 (EUT 315, s. 1).

18 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1073/2009 af 21.10.2009 om fælles regler for adgang til det internationale marked for buskørsel og om ændring af forordning (EF) nr. 561/2006 (EUT L 300 s. 88).

at sikre virkeliggørelsen af de mål, som den forfølger, og bygger på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og på forinden kendte forhold, som sikrer, at den er egnet til i tilstrækkeligt omfang at lægge en ramme for de nationale myndigheders skønsudøvelse [19], idet vilkårlig adfærd, som kan fratage EU-bestemmelserne om denne grundlæggende frihed deres effektive virkning, herved udelukkes.

26. I medfør af artikel 52, stk. 1, TEUF kan restriktioner for etableringsretten således kun begrundes i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, men de skal være egnet til at sikre det forfulgte mål og må ikke gå videre end nødvendigt med henblik på virkeliggørelsen heraf. Dette proportionalitetskriterium, som Domstolen gentagne gange har anvendt i sin praksis vedrørende de grundlæggende friheder, beskrives oftest som henholdsvis egnetheds- og nødvendighedstesten, og kriteriets grænser overskrides naturligvis, hvis de forfulgte mål kan nås med mindre restriktive foranstaltninger [20].

27. Uden at det er nødvendigt at henvise til den juridiske kategori af tjenester af almen interesse, er det min opfattelse, at virksomhed i form af drift af en turistbusrute, der via faste stoppesteder dækker en by, er af en vis almen interesse, henset til, at en række af de omhandlede elementer, såsom personers sikkerhed og integritet, færdselssikkerheden eller endog almindelig bytransportplanlægning [21], uden at EU-retten er til hinder herfor, kan begrunde, at koncessionen for driften heraf er underlagt en tilladelse. For at opfylde disse mål »[vil] en forudgående kontrol udført af den kompetente administration […] således bedre kunne sikre, [at disse mål nås], hvorimod man med en efterfølgende kontrolordning risikerer at gribe ind for sent, bl.a. når der allerede er afholdt store omkostninger, som det er vanskeligt at tilbagesøge« [22].

28. Kravet om et hjemsted eller et forretningssted på den ene side og beskyttelsen af økonomiske interesser for en allerede etableret koncessionsindehaver på den anden side er som betingelser for at udstede tilladelsen forskellige og bør undersøges hver for sig.

19 — Jf. dom af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, navnlig præmis 64.

20 — Domstolens dom af 14.12.1995, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821, præmis 23-28, af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 35, og af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 33.

21 — Dette kriterium synes desuden at være den eneste begrundelse for afslaget på ansøgningen om tildeling af en koncession.

22 — Et kriterium, som udtrykkeligt er formuleret af Domstolen i Woningstichting Sint Servatius-dommen, præmis 34.

C — *Kravet om et hjemsted eller et forretningssted*

29. Den østrigske lovgivning underlægger tildelingen af koncessionen krav om, at den ansøgende virksomhed har et hjemsted eller et forretningssted i Østrig. Henset til vigtigheden af at fastlægge, på hvilket tidspunkt dette krav skal være opfyldt, er det nødvendigt først at analysere arten af kravet isoleret set for dernæst at undersøge dets tidsmæssige dimension.

1. Kravet om et hjemsted eller et forretningssted isoleret set

30. I modsætning til hvad der gælder med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser, hvor kravet om et hjemsted eller et forretningssted kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 56 TEUF og »reelt være udtryk for en ophævelse af denne ret« [23], synes kravet om at råde over et hjemsted — som et element i koncessionen — på linje med Kommissionens argumentation i punkt 32 og 33 i dens indlæg at være naturligt tilpasset artikel 49 TEUF, som giver virksomheder i én medlemsstat ret til at »etablere sig« i en anden medlemsstat [24].

31. De krav, som den enkelte medlemsstat stiller over for virksomheder, der ønsker at etablere sig på dens område, kan også have betydning for dens endelige afgørelse, eftersom det ikke er det samme at planlægge udøvelsen af en økonomisk virksomhed i en medlemsstat, hvor etableringskravene er acceptable ud fra et bureaukratisk og økonomisk synspunkt, som i en anden medlemsstat, hvor betingelserne er forbundet med sådanne vanskeligheder, at udenlandske virksomheder afholder sig fra at etablere sig. Den hårfine grænse mellem begge kategorier er netop hvad der adskiller krav, som er tilladte i henhold til EU-retten, fra krav, som, alt afhængig af deres forholdsmæssighed, ikke er tilladte i henhold hertil.

32. Domstolen har en tendens til at anvende et faktuelt begreb uafhængig af specifikke retlige krav og klart uafhængig af nationale institutioner, idet den kun henviser til en varig tilstedeværelse [25]. Ikke desto mindre vil kravet om et hjemsted eller et forretningssted, der

23 — Som er den eksakte formulering anvendt i dom af 4.12.1986, sag C-205/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3755, præmis 52.

24 — Kravet om at råde over et driftssted som betingelse for at opnå den nødvendige tilladelse til et biomedicinsk analyselaboratorium udgør således ifølge Domstolen en tilsidesættelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og ikke af etableringsfriheden isoleret set, for så vidt som dette krav ikke indebar, at driftsstedet blev omdannet til virksomhedens hovedsæde, dom af 11.3.2004, sag C-496/01, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2351, præmis 61 og 64-77. Ikke desto mindre kan det ske, at en hindring for etableringsfriheden ikke skyldes kravet om et hjemsted eller driftssted i sig selv, men det forhold, at ledelsen af og personalet i overvågningsvirksomheder og interne overvågningstjenester skal have bopæl i den medlemsstat, hvori de udøver deres beskæftigelse, dom af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, præmis 31-34 og 41.

25 — Dommen i sagen Centro di Musicologia Walter Stauffer, præmis 19.

pr. definition allerede er opfyldt af personer bosat i Østrig, som forudsætning for en tilladelse, allerede i sig selv antage karakter af en restriktion, som skal kunne begrundes for ikke at udgøre indirekte forskelsbehandling.

33. Det er imidlertid på grundlag af oplysningerne fra Unabhängiger Verwaltungssenat Wien ikke muligt at fastlægge det eksakte indhold af kravene for i henhold til den østrigske lovgivning at »etablere sig«. Udtrykt på en anden måde er det uklart, hvorledes kravene i henhold til østrigsk ret præcist skal opfyldes, hvorfor det er legitimt at spørge om, hvorvidt Kommissionen i sit indlæg henviser til det samme etableringsbegreb som den østrigske regering i sit indlæg. Desuden er sondringen mellem »hjemsted« og »forretningssted« ikke uden relevans. Den østrigske regering er af den opfattelse, at ikke-østrigske virksomheder til en vis grad er bedre stillet end østrigske virksomheder, eftersom sidstnævnte kun kan opnå tilladelse til et »hjemsted« i Østrig, mens ikke-østrigske virksomheder også kan opnå tilladelse til et »forretningssted« dér.

34. I lyset af de utilstrækkelige oplysninger vedrørende disse kategorier i henhold til østrigsk ret tilkommer det derfor den forelæggende ret at vurdere forholdsmæssigheden af de forhindringer, som i henhold til østrigsk ret skal overkommes for at have et »hjemsted« eller et »forretningssted« på grundlag af de grænser for berettigelse, som jeg har beskrevet i punkt 31 i dette forslag til afgørelse.

2. Den tidsmæssige dimension af etableringskravet

35. Efter min opfattelse er der behov for en mere nuanceret besvarelse af dette punkt, som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den østrigske lovgivning, således som den er blevet fremlagt for os, stiller som betingelse, at kravet om et hjemsted eller et forretningssted er opfyldt, inden ansøgeren kan vide, om han reelt har mulighed for at opnå koncessionen. Uden en pålidelig vurdering af mulighederne for at opnå koncessionen vil det forhold, at tildelingen af denne koncession fra begyndelsen underlægges et krav om, at virksomheden råder over et »hjemsted« eller et »forretningssted«, derfor udgøre en restriktion for denne frihed forstået som udøvelse af økonomisk virksomhed.

36. Den vage karakter af målene forfulgt med dette indledende krav synes at være et gennemgående træk i opfattelsen hos den østrigske regering, selv om sidstnævnte begrunder kravet om et hjemsted eller et forretningssted i skabelsen af lige konkurrencevilkår og opfyldelsen af bestemmelser i social- og arbejdsretten (punkt 30 i den østrigske regerings skriftlige indlæg). Det synes generelt ikke klart, at kravet om et hjemsted eller et

forretningssted i Østrig kan være det eneste middel til at nå det forfulgte mål.

37. Desuden kan investeringen i åbningen af et permanent center — som kun kan afskrives, hvis der gives endeligt afslag på koncession — ikke begrundes i proportionalitetshensyn, eftersom samtlige anførte formål kan opfyldes i løbet af fasen forud for udstedelsen af tilladelsen ved andre midler, som er mindre byrdefulde for virksomheden, som f.eks. i form af oplysninger og garantier, der kan gives af myndighederne i andre medlemsstater, og som desuden er mere pålidelige og opfylder strengere krav end de oplysninger, som kan gives af denne udenlandske virksomhed, som for nylig har etableret sig i landet.

38. Jeg er derfor som Kommissionen af den opfattelse, at kravet om et hjemsted eller et forretningssted kan være forholdsmæssigt begrundet, forudsat at det vedrører tidspunktet umiddelbart før virksomhedens påbegyndelse, men derimod ikke, hvis det skal opfyldes allerede inden tildelingen af koncessionen som en betingelse for tildelingen heraf.

V — Analyse af det andet spørgsmål: den økonomiske beskyttelse af en allerede etableret koncessionsindehaver

39. Henset til det ovenstående vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser, vil jeg i analysen af det andet spørgsmål begrænse mig til i lyset af etableringsfriheden og den frie konkurrence at undersøge den betingelse, som underlægger tildelingen af koncessionen et krav om, at den økonomiske rentabilitet for en allerede etableret koncessionsindehaver bevares, hvilket har ledt den østrigske regering til at betvivle, om dette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

A — *Formalitetsindsigelsen*

40. Det bemærkes, at der er visse svagheder forbundet med det af den østrigske regering påberåbte argument til støtte for, at det andet spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, nemlig at denne grund til at give afslag på koncessionen ikke er blevet drøftet i første instans. Det er klart, at Yellow Cab i princippet er blevet nægtet koncessionen af en helt anden grund end den, der her er påberåbt af Unabhängiger Verwaltungssenat Wien. Sidstnævnte har imidlertid (til en vis grad som en forebyggende foranstaltning) i forelæggelsesafgørelsen understreget, at den har fuld prøvelsesret i den foreliggende sag. Den har endog henvist til behovet for at opnå en fortolkning af EU-retten, som den kan anvende i praksis. Under disse omstændigheder bør Domstolen besvare spørgsmålet, eftersom dette vedrører sagens genstand i den nationale tvist og ikke udelukkende er hypotetisk [26].

26 — Domstolens dom af 13.3.2001, sag C-379/98, Preussen-Elektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38, og af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital Sml. I, s. 607, præmis 19.

B — *Realiteten*

41. Der kræves tungtvejende almene hensyn, som overvejende har grundlag i den omhandlede ydelses funktionsmåde, for at garantien for den økonomiske rentabilitet for en allerede etableret koncessionsindehaver kan begrundes.

42. Selv om forordning nr. 684/92 ikke finder anvendelse i denne sag, kan den være nyttig med hensyn til den fortolkning, der skal anlægges. I denne forordnings artikel 7, stk. 4, som under visse betingelser anerkender, at tilladelsen kan afslås, hvis det påvises, at den kørsel, for hvilken der ansøges om tilladelse, direkte vil kunne true en virksomhed, der udfører rutekørsel, for hvilken der allerede er givet tilladelse, bør det understreges, at »den omstændighed, at en transportvirksomhed tilbyder priser, der er lavere end de priser, som andre vej- eller jernbanetransportvirksomheder tilbyder, eller den omstændighed, at andre vej- eller jernbanetransportvirksomheder allerede udfører kørsel på den pågældende forbindelse, kan ikke i sig selv begrunde, at ansøgningen afslås« (jf. i samme retning artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 1073/2009).

43. I sidste ende forudsætter den omstændighed, at den tjenesteydelse, for hvilken ansøgeren ønsker at opnå en koncession — alene på grund af tabet af rentabilitet — kan være til skade for virksomheden for en allerede etableret transportvirksomhed, en klar forskydning af beskyttelsens genstand. Det er således klart, at garantien ikke så meget omhandler den præsterede ydelse som rentabiliteten for den oprindelige koncessionsindehaver. Denne særlige bestemmelse vedrørende en virksomheds rentabilitet synes således ikke at forfølge hverken hensynet til fremme af turisme, rationaliseringen af trafikken, færdselssikkerheden eller beskyttelsen af de rejsende.

44. Det ville forholde sig anderledes, hvis denne forringelse af rentabiliteten forstyrrede ydelsen i en sådan grad, at den blev umulig at præstere, eller levedygtigheden heraf blev kompromitteret, forudsat at der ikke kunne kompenseres for de oprindelige betingelser (eller at disse ikke kunne forbedres), ved den anden koncessionshavers indtræden på markedet. I et sådant tilfælde kan der reelt være tale om en forringelse af transportens kvalitet, som er til skade for de rejsende, som Østrig har gjort gældende i sine indlæg (punkt 40), men dette forudsætter en vurdering på grundlag af på detaljerede oplysninger.

45. For at den nationale myndighed ikke på vilkårlig vis begrænser friheden, skal de kriterier, som gør det muligt at begrænse den, være gennemsigtige, objektive og kendte på

forhånd [27]. Selv om — som anført af Østrig i punkt 34 i regeringens indlæg — en undersøgelse af den økonomiske situation for den første koncessionsindehaver udgør en prognose, som bør gennemføres på grundlag af tilstrækkelige konstateringer med hensyn til de faktiske omstændigheder, gennemføres denne undersøgelse i praksis alene på grundlag af oplysninger og indikationer fra den allerede etablerede koncessionsindehaver, hvilket næppe er i overensstemmelse med disse kriterier, og derfor heller ikke er i overensstemmelse med etableringsfriheden.

46. Den økonomiske beskyttelse af den tidligere koncessionsindehaver opstiller således hindringer for udøvelsen af etableringsfriheden, når, som tilfældet er i den foreliggende sag, denne beskyttelse er kendetegnet ved et upræcist formål og upræcise anvendelseskriterier.

VI — Det konkurrenceretlige perspektiv

47. Endelig har den forelæggende ret såvel i det første som i det andet spørgsmål rejst spørgsmålet om, hvorvidt en national lovgivning som den, der er omhandlet i denne sag, er berettiget i lyset af artikel 101 TEUF (konkurrence). Domstolen bør i sin besvarelse imidlertid sondre mellem betydningen af dette begreb for kravet om et hjemsted og i forhold til bestemmelsen om den økonomiske rentabilitet for en tidligere koncessionsindehaver.

48. Indledningsvis bemærkes, at Domstolens praksis synes at modsige de argumenter vedrørende den manglende relevans af den frie konkurrence, som Kommissionen har fremsat, og som den baserer på det forhold, at den foreliggende sag ikke vedrører virksomheders adfærd og ikke involverer nogen offentlig virksomhed. Det følger således af Cipolla-dommen [28], at selv om artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) »i sig selv udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter love eller administrative bestemmelser, som er fastsat af medlemsstaterne, fremgår det ikke desto mindre, at disse bestemmelser, sammenholdt med artikel 10 EF [nu artikel 4 TEU, stk. 3], som opstiller en samarbejdsforpligtelse, pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger — selv ikke i form af love eller administrative bestemmelser — som kan ophæve den effektive virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler«, således at »[d]er foreligger en tilsidesættelse af artikel 10 EF og 81 EF, såfremt en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse

27 — Som jeg allerede har nævnt, fastslog Domstolen dette bl.a. i dommen i sagen Woningstichting Sint Servatius og i Hartlauer-dommen.

28 — Dom af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Sml. I, s. 11421, præmis 46 og 47, med henvisning til kendelse af 17.2.2005, sag C-250/03, Mauri, Sml. I, s. 1267, præmis 29 og 30.

af aftaler i strid med artikel 81 EF eller forstærker sådanne aftalers virkninger […]«.

49. Det bemærkes herved, at argumentet om en tilsidesættelse af konkurrencereglerne ikke er lige tungtvejende i begge de forelagte spørgsmål.

50. For så vidt angår det første spørgsmål vil de mulige indirekte konsekvenser, som en tilsidesættelse af etableringsfriheden kan have for den frie konkurrence, således altid blive undersøgt i løbet af analysen af denne ret. Udtrykt på en anden måde: I den foreliggende sag er det overflødigt at vurdere kravet om et hjemsted i lyset af konkurrencereglerne [29].

51. Virkningen af artikel 101 TEUF kan være en anden hvad angår det andet spørgsmål vedrørende bestemmelsen om en garanti for den økonomiske rentabilitet for en tidligere koncessionsindehaver. Det er klart, at en garanti for den økonomiske rentabilitet som den, der er fastsat i den østrigske lovgivning, hvorefter tildelingen af en tilladelse er betinget af, at den tidligere koncessionshaver bevarer sin rentabilitet, vil have en uundgåelig virkning på konkurrencen. Som Kommissionen har understreget, kan offentlige hensyn naturligvis i visse tilfælde begrunde en bestemmelse om en økonomisk beskyttelse af en tidligere koncessionsindehaver for at sikre, at ydelsen reelt præsteres. Eftersom en sådan særlig omstændighed ikke synes at foreligge i nærværende sag, vil en manglende fastsættelse af restriktioner i denne henseende tilgodese en bestemt virksomhed, selv om en anden virksomhed kunne udbyde de samme ydelser til en lavere pris eller til den samme pris, men med lavere omkostninger, hvorved den neutralitet, som kræves i henhold til konkurrencereglerne, herved i sidste ende tilsidesættes [30].

29 — På den anden side og uafhængigt af den omstændighed, at det fra begyndelsen er tvivlsomt om turistbusvirksomhed opfylder kriterierne for at kunne anses for en ydelse af generel økonomisk interesse som omhandlet i dommen i sagen Woningstichting Sint Servatius, finder betragtningerne udviklet på grundlag af denne kvalificering ikke anvendelse med hensyn til etableringen, eftersom der her ikke er tale om tildeling af særlige rettigheder eller enerettigheder til en virksomhed, da det afgørende element i tvisten er spørgsmålet om lovligheden af en række restriktioner inden for rammerne af en procedure med en forudgående administrativ tilladelse.

30 — Endelig, og dette anføres med alle de nødvendige forbehold, er den omstændighed, at den eneste tidligere koncessionsindehaver synes at være en forening af forskellige lokale turistvirksomheder, efter min opfattelse ikke egnet til at fjerne bekymringerne med hensyn til udøvelsen af den frie konkurrence.

VII — Forslag til afgørelse

52. Henset til de ovenstående betragtninger, foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 49 TEUF (etableringsfriheden) er til hinder for en national retsforskrift, som for at tillade drift af en turistbusrute i en by, hvorved faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, som betingelse for tildeling af bevilling kræver, at virksomheden, der indgiver en sådan ansøgning, allerede inden rutedriftens påbegyndelse, og navnlig på tidspunktet for tildeling af koncessionen, skal have et hjemsted eller et forretningssted i den stat, hvor den bevilgende myndighed befinder sig.

2) Artikel 49 TEUF (etableringsfriheden) er ikke til hinder for en national retsforskrift, som for at tillade drift af en turistbusrute i en by, hvorved faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, kræver, at virksomheden, der indgiver en sådan ansøgning, senest inden rutedriftens påbegyndelse skal have et hjemsted eller et forretningssted i den stat, hvor den bevilgende myndighed befinder sig.

3) Artikel 49 TEUF (etableringsfriheden) og artikel 101 TEUF (konkurrence) er til hinder for en national retsforskrift, som for at tillade drift af en turistbusrute i en by, hvorved faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, bestemmer, at en bevilling skal nægtes, såfremt indtægterne hos en konkurrerende virksomhed, der betjener en helt eller delvis identisk strækning, fra den rute, som denne virksomhed driver, reduceres så betragteligt, at den fortsatte drift af denne rute, som den konkurrerende virksomhed betjener, ikke længere

er rentabel ud fra et markedsøkonomisk synspunkt, hvis den ansøgte rutekørsel påbegyndes.

4) Artikel 56 TEUF (den frie udveksling af tjenesteydelser) finder ikke anvendelse ved prøvelsen af om en national ordning, hvorefter tilladelse til drift af en turistbusrute i en by, hvorved faste stoppesteder betjenes regelmæssigt i henhold til en køreplan, kræver, at ovennævnte betingelser er opfyldt, er forenelig med EU-retten.«