CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. CRUZ VILLALÓN van 30 september 2010[1]

1. Deze prejudiciële procedure biedt het Hof de gelegenheid tot verdere precisering[2] van de specifieke gevolgen van de vrijheid van dienstverrichting op het gebied van het vervoer, de afbakening ten opzichte van de vrijheid van vestiging en de functie van beide vrijheden, waarvan een effectieve uitoefening de goede werking van de door de Europese Unie gevormde „ruimte zonder binnengrenzen"[3] waarborgen.

I — Toepasselijk recht

A — *Recht van de Europese Unie*

2. De Unabhängige Verwaltungssenat Wien verzoekt het Hof uitspraak te doen over de verenigbaarheid met de artikelen 49 VWEU, 56 VWEU en 101 VWEU van een nationale regeling die de exploitatie van een „toeristische buslijndienst" afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de onderneming die daartoe een concessieaanvraag doet, a) op het ogenblik van de verlening van de concessie of ten laatste vanaf de aanvang van de vervoerwerkzaamheid een zetel of vestiging (van waaruit de betrokken economische activiteit zal worden verricht) in de staat van de concessieverlenende autoriteit heeft, en b) dat de rentabiliteit van een concurrerende onderneming die de betrokken dienst reeds op een geheel of gedeeltelijk identiek traject aanbiedt, niet wordt aangetast.

3. Artikel 49 VWEU (oud artikel 43 EG) regelt „in het kader van de volgende bepalingen" het recht van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Het verbiedt iedere beperking daarvan en breidt dat verbod uit tot beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd. De vrijheid van vestiging omvat „de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Zoals recentelijk advocaat-generaal Mengozzi vanuit een ander perspectief heeft gedaan in zijn conclusie van 7 september 2010 in de zaak Neukirchinger (C-382/08).

3 — Artikel 26, lid 2, VWEU.

in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld".

4. Artikel 56 VWEU (oud artikel 49 EG) verbiedt, eveneens „in het kader van de volgende bepalingen", beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

5. Luidens het eerste lid van artikel 58 VWEU (oud artikel 51 EG) „[wordt] het vrije verkeer van de diensten op het gebied van het vervoer [...] geregeld door de bepalingen voorkomende in de titel betreffende het vervoer".

6. Met het oog op een doeltreffende uitvoering van een gemeenschappelijk vervoerbeleid stellen het Europees Parlement en de Raad volgens artikel 91, sub b**,** VWEU „de voorwaarden [vast] waaronder vervoerondernemers worden toegelaten tot nationaal vervoer in een lidstaat waarin zij niet woonachtig zijn".

B — *Oostenrijks recht*

7. Volgens het Kraftfahrliniengesetz (Oostenrijkse wet inzake busvervoerslijnen; hierna: „KflG")[4] is voor buslijndiensten met vaste haltes langs een bepaald traject een concessie vereist (§ 1), moet de aanvraag aan zeer nauwkeurig bepaalde voorwaarden voldoen (§ 2), en wordt de concessie verleend door de Landeshauptmann (§ 3). Indien de aanvragende onderneming niet Oostenrijks is, dient zij een zetel of vaste inrichting in Oostenrijk te hebben (§ 7, lid 1, punt 2) om aldus met Oostenrijkse concessieaanvragers te worden gelijkgesteld. Anderzijds wordt de concessie in strijd met het algemeen belang geacht wanneer de dienst een bedreiging kan zijn voor de vervulling van de vervoerstaken door de vervoersondernemingen in wier vervoerssector de aangevraagde lijn loopt; daarvan is sprake als een vervoersonderneming ernstig wordt belemmerd in de exploitatie van haar dienst ten gevolge van een zodanig inkomstenverlies dat de rendabele bedrijfsvoering duidelijk gevaar loopt (§ 7, lid 1, punt 4, sub b, juncto § 14, leden 1-3).

II — Feiten

8. Op 25 januari 2008 heeft de Duitse onderneming Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (hierna: „Yellow Cab") een concessie overeenkomstig de KflG aangevraagd voor de exploitatie van een toeristische buslijndienst

4 — In de versie gepubliceerd in BGBl. nr. 153/2006.

uitsluitend binnen het stadsgebied van Wenen op een nader omschreven traject met vaste haltes, welk traject reeds vrijwel volledig door een andere groep ondernemingen werd geëxploiteerd. [5]

9. De aanvraag van Yellow Cab werd op 13 maart 2009 door de bevoegde instantie afgewezen op grond dat verlening van de concessie de verkeersveiligheid zou schaden. Op het door Yellow Cab ingestelde beroep oordeelde de Unabhängige Verwaltungssenat Wien dat zich nog andere afwijzingsgronden voordeden: op basis van de Oostenrijkse wetgeving moest de aanvraag worden verworpen omdat Yellow Cab op het ogenblik dat zij de concessieaanvraag deed geen zetel of vestiging in Oostenrijk had, en tevens de rentabiliteit van de reeds op het traject actieve vervoerder ernstig zou worden aangetast.

III — Prejudiciële vragen en procedure voor het Hof

10. Aangezien deze voorwaarden van de Oostenrijkse regeling bij de Unabhängige Verwaltungssenat Wien tot bepaalde twijfels hebben geleid over hun verenigbaarheid met het Unierecht, heeft deze de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Verzetten de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in de zin van de artikelen 43 en volgende EG en 49 en volgende EG en het EU-mededingingsrecht als neergelegd in artikel 81 en volgende EG zich tegen een nationale regeling inzake de verlening van concessies voor de exploitatie van buslijndiensten, dus voor de terbeschikkingstelling van een openbaar vervoermiddel dat vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, waarin de volgende concessievoorwaarden worden opgelegd:

a) de aanvragende EU-onderneming dient reeds vóór de aanvang van de exploitatie van het buslijnvervoer, en meer bepaald op het ogenblik van de verlening van de concessie, een zetel of vestiging in de staat van de concessieverlenende autoriteit te hebben;

b) de aanvragende EU-onderneming dient ten laatste vanaf de aanvang van de exploitatie van het buslijnvervoer een zetel of vestiging in de staat van de concessieverlenende autoriteit te hebben?

2) Verzetten de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in de zin van de artikelen 43 en volgende EG en 49 en volgende EG en het EU-mededingingsrecht als neergelegd in artikel 81

5 — Volgens de verwijzingsbeschikking gaat het om Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours — Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, op basis van een concessie die op 17 mei 2005 is verleend.

en volgende EG zich tegen een nationale regeling inzake de verlening van concessies voor de exploitatie van buslijndiensten, dus voor de terbeschikkingstelling van een openbaar vervoermiddel dat vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, volgens welke de concessie wordt geweigerd indien bij de aanvang van de exploitatie van de aangevraagde buslijndienst de inkomsten die een concurrent die geheel of gedeeltelijk hetzelfde traject bedient, ontvangt uit de exploitatie van zijn lijndienst zodanig zullen dalen dat voortzetting van de dienst door de concurrent vanuit marktéconomisch oogpunt niet meer rendabel is?"

11. Het prejudiciële verzoek is bij de griffie van het Hof ingekomen op 24 augustus 2009.

12. In haar schriftelijke opmerkingen persisteert Yellow Cab bij de ongeldigheid van die voorwaarden, terwijl de Oostenrijkse regering, die om te beginnen de ontvankelijkheid van de tweede vraag betwist, de verenigbaarheid ervan met het recht van de Unie verdedigt; met name acht zij het beroep op het vrij verrichten van diensten in casu niet relevant. In dezelfde lijn meent de Duitse regering, die zich beperkt tot bespreking van het zetel- of vestigingsvereiste, dat de vrijheid van vestiging niet is aangetast, net als de Italiaanse regering, voor wie bovendien de economische bescherming van de bestaande concessiehouder gerechtvaardigd kan zijn. De Commissie, ten slotte, sluit uit dat in casu afbreuk wordt gedaan aan de vrije mededinging en aan het vrij verrichten van diensten, en acht met betrekking tot de vrijheid van vestiging een zetel- of vestigingsvereiste toelaatbaar, zij het beperkt tot het moment onmiddellijk voorafgaand aan de aanvang van het verrichten van de dienst.

13. De Unabhängige Verwaltungssenat Wien zet in beide vragen de vereisten van de Oostenrijkse wetgeving af tegen drie begrippen van primair recht, namelijk het vrij verrichten van diensten, de vrijheid van vestiging en de mededinging. Omwille van de systematiek zal ik die vereisten uitsluitend vanuit het perspectief van de twee vrijheden bespreken en vervolgens ingaan op de toepasselijkheid van de mededinging in deze zaak.

IV — Beoordeling van de eerste vraag

A — *Vanuit het perspectief van het vrij verrichten van diensten*

14. Zoals ik zo-even heb gezegd, voegt de verwijzende rechter in casu de vrijheid van dienstverrichting en van vestiging als

beoordelingscriteria samen, zodat ik eerst beide moet begrenzen.

1. De afbakening tussen het vrij verrichten van diensten en het recht van vestiging

15. Om te beginnen wijs ik op bepaalde doorslaggevende criteria die het Hof bij herhaling in zijn rechtspraak heeft gehanteerd voor het onderscheid tussen „verrichten van diensten" en „vestiging".

16. Zo kan op basis van de stabiliteit en de continuïteit van het verrichten worden aangenomen dat het begrip vestiging de mogelijkheid voor een gemeenschapsonderdaan omvat duurzaam deel te nemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daaruit voordeel te halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het gebied van niet in loondienst verrichte werkzaamheden te bevorderen. [6]

17. Daarentegen kan een economische activiteit op grond van het „tijdelijk" karakter van de uitoefening [7] worden aangemerkt als „dienstverrichting", waardoor de vage grens tussen beide vrijheden zichtbaarder wordt. [8]

18. Deze criteria zijn in de omstandigheden van dit geval bijzonder relevant, aangezien de door de verwijzende rechter gegeven beschrijving van de feiten en de aard van de door Yellow Cab voorgenomen dienst erop wijzen dat zij haar werkzaamheid duurzaam gaat uitoefenen, of althans het einde ervan niet valt te voorzien, aspecten die het Hof uitdrukkelijk in overweging heeft genomen om de toepassing van de bepalingen inzake dienstverrichting uit te sluiten. [9] Met andere woorden, een werkzaamheid zoals Yellow Cab wil gaan uitoefenen, die door haar bijzondere kenmerken een zekere duurzaamheid en stabiliteit

6 — Zoals valt af te leiden uit de arresten van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631, punt 21); 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 25), en 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 18).

7 — Een tijdelijk karakter dat volgens het arrest Gebhard, reeds aangehaald, punten 25-28, niet enkel aan de hand van de duur van de verrichting van de activiteit moet worden beoordeeld, maar tevens aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan, zodat wanneer de deelneming van de betrokkene aan het economisch leven van de lidstaat van ontvangst geen duurzaam karakter heeft, aansluiting moet worden gezocht bij het vrije verkeer van diensten in plaats van het recht van vestiging.

8 — Vaag, omdat immers, zoals is gepreciseerd in de arresten van 11 december 2003, Schnitzer (C-215/01, Jurispr. blz. I-14847, punten 30 en 31); 29 april 2004, Commissie/Portugal (C-171/02, Jurispr. blz. I-5645, punt 26), en 16 juli 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, Jurispr. blz. I-6095, punt 74), „geen enkele bepaling van het Verdrag het mogelijk maakt om op abstracte wijze de duur of de frequentie te bepalen vanaf welke de verrichting van een dienst of van een bepaald soort dienst niet meer kan worden beschouwd als een dienstverrichting in de zin van het Verdrag. Het begrip ‚dienst' in de zin van het Verdrag kan dus slaan op diensten van zeer verschillende aard, met inbegrip van diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren, worden verricht".

9 — Arrest van 5 oktober 1988, Steymann (196/87, Jurispr. blz. 6159, punt 16); arrest Schnitzer (reeds aangehaald, punten 27-29), en arrest van 7 september 2004, Trojani (C-456/02, Jurispr. blz. I-7573, punt 28).

vereist in de lidstaat van uitoefening, valt dus eerder onder de vestigingsvrijheid (artikel 49 VWEU) dan onder de vrijheid van dienstverrichting (artikel 56 VWEU).

2. Het vrij verrichten van diensten in het kader van het vervoerbeleid van de Unie

19. Los van het voorgaande mogen wij echter niet vergeten dat de door Yellow Cab voorgenomen activiteit duidelijk tot het gebied van het vervoer behoort en dat artikel 58 VWEU de uitvoering van de vrijheid van dienstverrichting op dit gebied overlaat aan het afgeleid recht met betrekking tot het gemeenschappelijk vervoerbeleid. [10]

20. Bij gebreke van een bijzondere sectorale regeling op vervoersgebied is het vaste rechtspraak dat artikel 56 VWEU niet mag worden toegepast als parameter ter bepaling in hoeverre een nationale regeling in strijd is met het Unierecht, gelet op de geringe beoordelingsruimte die het Hof op dat gebied toelaat. [11] Onderzocht moet derhalve worden of er in casu een dergelijke regeling is.

21. Om te beginnen is verordening (EEG) nr. 1191/69 [12], gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1893/91 [13], in dit geval niet van toepassing [14], omdat zij niet uitdrukkelijk het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 56 VWEU regelt. Ook verordening (EEG)

10 — Het is evident, zoals het Hof reeds in het arrest van 4 april 1974, Commissie/Frankrijk (167/73, Jurispr. blz. 359, punt 25) heeft vastgesteld, dat het gemeenschappelijk vervoerbeleid, verre van die fundamentele vrijheden terzijde te stellen, tot doel heeft deze te implementeren en aan te vullen. Daar dat beleid ook op het vrije verkeer van diensten is gebaseerd, moet het bovendien worden uitgelegd in het licht van artikel 56 VWEU [arresten van 22 mei 1985, Parlement/Raad (13/83, Jurispr. blz. 1513, punt 62); 13 december 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Jurispr. blz. 4441, punten 10-12); 18 januari 2001, Italië/Commissie (C-361/98, Jurispr. blz. I-385, punten 31-33), en 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punten 55 e.v.)], wat niet wordt uitgesloten door artikel 58, lid 1, VWEU, dat de doelstellingen die deze concrete vrijheid in de interne markt nastreeft, niet opzijzet.

11 — Ik volsta met een verwijzing naar het arrest van 22 mei 1985, Parlement/Raad (13/83, Jurispr. blz. 1513, punten 62 en 63), aangehaald in het arrest van 13 juli 1989, Lambregts Transportbedrijf (4/88, Jurispr. blz. 2583, punt 14). Volgens deze arresten kon de omstandigheid dat de Raad de krachtens artikel 75 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen (thans opgenomen in de artikelen 90 VWEU en 91 VWEU) niet was nagekomen, niet tot gevolg hebben dat de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag (thans artikelen 56 VWEU en 57 VWEU) rechtstreeks toepasselijk waren geworden in de transportsector. In dezelfde geest weigerde het arrest van 13 december 1989, Corsica Ferries France, na eraan te hebben herinnerd dat het vrij verrichten van diensten op vervoersgebied onder de bepalingen van de titel betreffende het vervoer vallen (punt 10), een nationale regeling te laken die artikel 56 VWEU beperkte op een moment (1981 en 1982) dat „de vrijheid van dienstverrichting in de zeevaartsector [nog] niet was verwezenlijkt en de lidstaten bijgevolg gerechtigd waren bepalingen als bedoeld in het hoofdgeding toe te passen" (punt 14).

12 — Verordening van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 156, blz. 1), die ratione temporis nog steeds van toepassing is.

13 — Verordening van de Raad van 20 juni 1991 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1191/69 (PB L 169, blz. 1).

14 — Wij mogen evenwel niet vergeten dat bij verordening nr. 1893/91 het oorspronkelijke artikel 19, lid 2, is geschrapt, volgens hetwelk de verordening niet van toepassing was op ondernemingen in andere takken van vervoer dan dat per spoor, die voornamelijk lokaal of regionaal vervoer verrichten.

nr. 684/92 [15] is niet van toepassing, nu het niet om internationaal vervoer gaat, en evenmin verordening (EG) nr. 12/98 [16], waarvan artikel 3 cabotagevervoer slechts toelaat voor „[...] geregeld vervoer, mits dit door een niet in de lidstaat van ontvangst gevestigde onderneming wordt verricht, in het kader van een internationale geregelde dienst overeenkomstig verordening (EEG) nr. 684/92. Het cabotagevervoer mag niet onafhankelijk van deze internationale dienst worden uitgevoerd. Het stads- en voorstadsvervoer is van de werkingssfeer van dit punt uitgesloten."

22. Bovendien is ratione temporis evenmin van toepassing verordening (EG) nr. 1370/2007 [17], die overigens uitdrukkelijk diensten die hoofdzakelijk geëxploiteerd worden met het oog op de instandhouding van het historisch erfgoed of vanuit toeristisch oogpunt uitsluit (artikel 1, lid 2), alsook verordening (EG) nr. 1073/2009 [18], ratione temporis én vanwege het feit dat zij „vervoerdiensten die voorzien in de behoeften van een stedelijk centrum of een agglomeratie" en die welke „onafhankelijk van deze internationale dienst" worden uitgevoerd, uitsluit (artikel 15, sub c).

23. Bij gebreke van een bijzondere regeling die het vrij verrichten van diensten in een situatie als de onderhavige op het gebied van het vervoerbeleid implementeert, kunnen de in de Oostenrijkse wetgeving gestelde eisen niet worden getoetst aan de maatstaf van artikel 56 VWEU.

B — *Vanuit het perspectief van het recht van vestiging*

24. Dan kom ik nu toe aan de beoordeling van de rechtmatigheid van de in de Oostenrijkse wetgeving gestelde voorwaarden vanuit het perspectief van het recht van vestiging en van de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen: de feitelijke uitoefening van een duurzame economische werkzaamheid overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld (artikel 49, lid 2, VWEU).

1. Het concessievereiste als voorwaarde voor de uitoefening van de activiteit

25. Het concessievereiste vormt in beginsel een beperking van de vrijheid van vestiging die slechts gerechtvaardigd kan zijn indien

15 — Verordening van de Raad van 16 maart 1992 houdende gemeenschappelijke regels voor het internationaal vervoer van personen met touringcars en met autobussen (PB L 74, blz. 1).

16 — Verordening van de Raad van 11 december 1997 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot binnenlands personenvervoer over de weg in een lidstaat waar zij niet gevestigd zijn (PB L 4, blz. 10).

17 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB L 315, blz. 1).

18 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de internationale markt voor touringcar- en autobusdiensten en tot wijziging van verordening (EG) nr. 561/2006 (PB L 300, blz. 88).

zij geschikt is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen, en bovendien is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria; zodat de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten voldoende is begrensd [19] en discretionair optreden waardoor de voorschriften van de Unie betreffende die fundamentele vrijheid van hun nuttig effect zouden kunnen worden beroofd, is uitgesloten.

26. Volgens artikel 52, lid 1, VWEU kunnen beperkingen van het recht van vestiging gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Daarvoor is evenwel vereist dat zij geschikt zijn om de nagestreefde doelstelling te waarborgen, en niet verder gaan dan nodig is om die doelstelling te bereiken. Dit evenredigheidscriterium, dat het Hof telkens in zijn rechtspraak over de fundamentele vrijheden heeft toegepast, wordt gewoonlijk de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets genoemd, waarvan de grenzen uiteraard worden overschreden indien de nagestreefde doelen met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt. [20]

27. Zonder hier dieper te hoeven ingaan op de figuur van de dienst van algemeen belang stel ik vast dat de activiteit bestaande in de exploitatie van een buslijndienst die langs vaste haltes een toeristische rondrit door de stad maakt, een zeker algemeen belang heeft, gelet op de veelheid van betrokken aspecten, zoals de veiligheid en integriteit van personen, de verkeersveiligheid of zelfs de goede regeling van de stedelijke mobiliteit [21], die kunnen rechtvaardigen dat voor de uitoefening ervan een concessie wordt vereist, zonder dat het Unierecht zich daartegen verzet. Teneinde die doelstellingen te verwezenlijken, kan immers „[v]ooraf gaande controle door de bevoegde overheid [...] een geschiktere maatregel zijn [...] terwijl bij een regeling van controle achteraf het gevaar bestaat dat te laat wordt ingegrepen, met name wanneer reeds aanzienlijke uitgaven zijn gedaan die moeilijk terug te vorderen zijn". [22]

28. Dit ligt anders in het geval van het vereiste van een zetel of vestiging enerzijds, en van economische bescherming van de bestaande concessiehouder anderzijds, als voorwaarden voor de verlening van die concessie. Ik zal deze vereisten afzonderlijk bespreken.

19 — Zie arrest van 10 maart 2009, Hartlauer (C-169/07, Jurispr. blz. I-1721, in het bijzonder punt 64).

20 — Arresten van 14 september 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punten 23-28); 20 februari 2001, Analir e.a. (C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 35), en 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Jurispr. blz. I-9021, punt 33).

21 — Dit criterium was overigens de enige rechtvaardiging voor de afwijzing van de concessieaanvraag.

22 — Dit criterium is uitdrukkelijk in punt 34 van het reeds aangehaalde arrest Woningstichting Sint Servatius geformuleerd.

C — *Het vereiste van een zetel of vestiging*

29. De Oostenrijkse regeling stelt de verlening van de concessie afhankelijk van de voorwaarde dat de aanvragende onderneming een zetel of vestiging in Oostenrijk heeft. Aangezien differentiatie noodzakelijk is naar het tijdstip waarop deze voorwaarde moet zijn vervuld, bespreek ik eerst de aard van dit vereiste op zich, en vervolgens het tijdsaspect ervan.

1. Het vereiste van een zetel of vestiging op zichzelf beschouwd

30. Anders dan op het gebied van het vrij verrichten van diensten, waar het vereiste van een vaste inrichting het nuttig effect van artikel 56 VWEU kan tenietdoen, zelfs in die mate dat het „in feite de ontkenning van die vrijheid" inhoudt [23], lijkt het vestigingsvereiste — als onderdeel van een concessie, in lijn met wat de Commissie in de punten 32 en 33 van haar opmerkingen overweegt — zich op natuurlijke wijze te voegen naar artikel 49 VWEU, die ondernemingen van een lidstaat het recht geeft zich in een andere lidstaat te „vestigen". [24]

31. De voorwaarden die elke lidstaat oplegt aan ondernemingen die zich op zijn grondgebied willen vestigen, kunnen echter ook hun uiteindelijke beslissing bepalen; het is immers niet hetzelfde de uitoefening van een economische activiteit te plannen in een lidstaat waar de vestigingsvereisten vanuit bureaucratisch of economisch oogpunt aanvaardbaar zijn, of in een andere staat waar het bezwarende karakter van de voorwaarden buitenlandse ondernemingen afschrikt. De fijne grens tussen beide categorieën vormt juist de scheidslijn tussen die welke volgens de Unie toelaatbaar zijn en die welke dat om redenen van evenredigheid mogelijk niet zijn.

32. Het Hof pleegt in het algemeen uit te gaan van een in hoge mate feitelijk begrip, ontdaan van specifieke juridische vereisten en al met al onafhankelijk van nationale rechtsfiguren, door simpelweg naar een duurzame aanwezigheid te verwijzen. [25] Het loutere

23 — Met deze stelligheid heeft het Hof zich uitgesproken in het arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (C-205/84, Jurispr. blz. I-3755, punt 52).

24 — Zo is volgens het Hof het vereiste van een bedrijfsvestiging ter verkrijging van een vergunning voor de exploitatie van een laboratorium voor medisch-biologische analysen in strijd met het vrij verrichten van diensten, niet met de vrijheid van vestiging op zichzelf beschouwd, aangezien die voorwaarde niet inhield dat die vestiging de hoofdzetel of het hoofdkantoor van de onderneming moest zijn [arrest van 11 maart 2004, Commissie/Frankrijk (C-496/01, Jurispr. blz. I-2351, punten 61 en 64-77)]. In sommige gevallen kan het evenwel zijn dat niet de eis van een zetel of van een bedrijfsvestiging, maar de voorwaarde dat de bestuurders en bepaald personeel van bewakingsondernemingen en interne bewakingsdiensten moeten verblijven op het grondgebied van de lidstaat waar de ondernemingen willen opereren, een belemmering van de vrijheid van vestiging oplevert [arrest van 9 maart 2000, Commissie/België (C-355/98, Jurispr. blz. I-1221, punten 31-34 en 41)].

25 — Arrest Centro di Musicologia Walter Stauffer, reeds aangehaald, punt 19.

vereiste van een zetel of vestiging als voorwaarde voor de concessie, voor zover daaraan per definitie reeds wordt voldaan door Oostenrijkse ingezetenen, is evenwel naar zijn aard een beperking waarvoor een voldoende rechtvaardiging moet bestaan om de kwalificatie indirecte discriminatie te vermijden.

2. Het tijdsaspect van het vestigingsvereiste

33. Uit de door de Unabhängige Verwaltungssenat Wien verstrekte gegevens blijkt echter niet welke voorwaarden precies de Oostenrijkse regeling voor het „zich vestigen" stelt. Met andere woorden, het is niet duidelijk hoe precies volgens Oostenrijks recht aan de voorwaarden dienaangaande wordt voldaan, zodat men zich kan afvragen of de Commissie in haar opmerkingen wel hetzelfde begrip „vestiging" hanteert als de Oostenrijkse regering in die van haar. Anderzijds is het onderscheid tussen „zetel" en „bedrijfsvestiging" niet irrelevant. Dit blijkt uit de verklaring van de Oostenrijkse regering dat niet-Oostenrijkse vennootschappen een zeker voordeel hebben boven de Oostenrijkse, die een concessie enkel kunnen verkrijgen met een „zetel", terwijl eerstgenoemden deze ook kunnen verkrijgen met een „bedrijfsvestiging".

34. Gezien de ontoereikende informatie over deze begrippen van Oostenrijks recht staat het aan de verwijzende rechter een oordeel te vellen over de evenredigheid van de eisen die het Oostenrijkse recht voor het hebben van een „zetel" of „bedrijfsvestiging" stelt, op basis van de toelaatbaarheidsdrempels die ik in punt 31 van deze conclusie heb genoemd.

35. Op dit punt — dat wil zeggen met betrekking tot de vraag of de Oostenrijkse regeling zoals die is gepresenteerd, vereist dat een zetel of bedrijfsvestiging bestaat voordat de aanvrager van de concessie weet of hij daadwerkelijk kans maakt om deze te verkrijgen — moet het antwoord naar mijn mening genuanceerder zijn. Van een onderneming om te beginnen als concessievoorwaarde verlangen dat zij een „zetel" of „bedrijfsvestiging" heeft, zonder een betrouwbare inschatting van de mogelijkheden dat de concessieaanvraag succes zal hebben, vormt een beperking van deze vrijheid, opgevat in de zin van ontplooiing van economische activiteiten.

36. De onduidelijkheid van de met deze anticipatie nagestreefde doelstellingen lijkt een constante factor in het standpunt van de Oostenrijkse regering, ook al rechtvaardigt zij het zetel- of vestigingvereiste met het scheppen van gelijke mededingingsvoorwaarden en waarborging van de bepalingen van sociaal en arbeidsrecht (punt 30 van haar memorie). In het algemeen is niet duidelijk dat het zetel- of

vestigingvereiste in Oostenrijk het enige middel is om het genoemde doel te bereiken.

37. De investering die de opening van een vaste inrichting voor een onderneming betekent — die zij niet kan terugverdienen indien de concessie uiteindelijk wordt geweigerd —, is vanuit evenredigheidsoogpunt niet gerechtvaardigd, aangezien alle aangevoerde doelstellingen in die fase vóór de verlening van de concessie kunnen worden bereikt met alternatieve, voor de onderneming minder bezwarende middelen. Bijvoorbeeld door informatie en garanties die de autoriteiten van andere lidstaten zouden kunnen doorgeven en die bovendien betrouwbaarder en nauwkeuriger zijn dan die welke de zojuist gevestigde buitenlandse onderneming kan verstrekken.

38. Ik ben het derhalve met de Commissie eens dat het vereiste van een zetel of bedrijfsvestiging in termen van evenredigheid gerechtvaardigd kan zijn, mits het betrekking heeft op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de aanvang van de activiteit, doch niet wanneer het moet zijn vervuld voorafgaand aan de concessie, als voorwaarde voor haar verlening.

V — Beoordeling van de tweede vraag: de economische bescherming van de bestaande concessiehouder

39. Gelet op hetgeen ik hiervoor ten aanzien van het vrij verrichten van diensten heb gesteld, zal ik bij de bespreking van de tweede vraag het vereiste dat de verlening van de concessie ondergeschikt maakt aan de handhaving van de economische positie van de bestaande concessiehouder, slechts behandelen vanuit het perspectief van de vrijheid van vestiging en de vrije mededinging, wat om te beginnen twijfels over de ontvankelijkheid oproept aan de zijde van de Oostenrijkse regering.

A — *Ontvankelijkheidsbezwaar*

40. Het betoog van de Oostenrijkse regering dat de tweede vraag niet-ontvankelijk is omdat deze mogelijke weigeringsgrond in de procedure in eerste aanleg door niemand ter discussie is gesteld, lijkt weinig overtuigend. Weliswaar is de concessie Yellow Cab in beginsel geweigerd op een heel andere grond dan thans door de Unabhängige Verwaltungssenat Wien is aangevoerd, maar deze laatste wijst (in zekere zin preventief) in zijn verwijzingsbeschikking reeds op zijn volledige rechtsmacht voor de beslechting van dit geschil, waaruit bovendien de noodzaak valt af te leiden van een uitlegging van het Unierecht die voor hem van praktisch nut is. In die omstandigheden moet het Hof de vraag beantwoorden, nu deze aansluit bij het voorwerp van het nationale geding en niet louter hypothetisch is. [26]

26 — Arresten van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38), en 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 19).

B — *Beoordeling ten gronde*

41. De rechtvaardiging van de waarborg van de economische levensvatbaarheid van de reeds bestaande concessie vereist het bestaan van solide redenen van algemeen belang, die in wezen moeten zijn gelegen in de goede werking van de betrokken busdienst.

42. Hoewel verordening nr. 684/92 hier niet van toepassing is, kan zij in dit verband wel steun bieden voor de uitlegging. Zo wordt in artikel 7, lid 4, gesteld dat onder bepaalde omstandigheden grond voor afwijzing van de vergunning kan vormen de omstandigheid dat het vervoer waarop de aanvraag betrekking heeft, het bestaan van geregelde diensten waarvoor reeds een vergunning is verleend, rechtstreeks bedreigt, maar wordt onmiddellijk daarna verduidelijkt dat het feit dat „een vervoerder lagere prijzen biedt dan andere ondernemingen voor vervoer over de weg of per spoor, of het feit dat de verbinding in kwestie reeds door andere ondernemingen voor vervoer over de weg of per spoor wordt geëxploiteerd, [...] op zich geen rechtvaardiging [kan] vormen voor afwijzing van de aanvraag" (in dezelfde zin, artikel 8, lid 4, van verordening 1073/2009).

43. Het feit dat de door de concessieaanvrager gewenste dienst de vervulling van de taak van de bestaande vervoerder in gevaar kan brengen — enkel door het verlies van rentabiliteit — leidt tot een kennelijke verschuiving van het object van bescherming. Duidelijk is immers dat niet het waarborgen van de dienst, maar de rentabiliteit van de oorspronkelijke concessiehouder zeker lijkt te worden gesteld. Deze specifieke bepaling met betrekking tot de rentabiliteit van de onderneming lijkt derhalve niet te zijn gericht op de bevordering van het toerisme, de rationalisatie en veiligheid van het verkeer of de bescherming van de reiziger.

44. Dit zou anders liggen indien die verslechtering van de rentabiliteit de dienst zodanig verstoort dat deze daardoor niet meer kan worden uitgevoerd of de levensvatbaarheid ervan wordt bedreigd, mits bovendien de oorspronkelijke voorwaarden niet kunnen worden gecompenseerd (en vanzelfsprekend evenmin verbeterd) met de intrede van de tweede concessiehouder op de markt. In dat geval zou er inderdaad sprake kunnen zijn van een verslechtering — in termen van kwaliteit — van het vervoer ten nadele van de reizigers, zoals Oostenrijk in haar opmerkingen stelt (punt 40 van haar memorie); om hierover te kunnen oordelen is echter gedetailleerde informatie nodig.

45. Wil een beperking van de vrijheid door de nationale autoriteit niet willekeurig zijn, dan moeten de criteria op grond waarvan zij kan worden beperkt transparant, objectief

en vooraf kenbaar zijn.[27] Hoewel, zoals de Oostenrijkse regering stelt, de beoordeling van de economische situatie van de eerste concessiehouder een prognose vormt, die moet worden verricht op basis van voldoende vaststellingen van feitelijke omstandigheden (punt 34 van haar memorie), gebeurt dit in de praktijk enkel op basis van door de gevestigde concessiehouder verschafte gegevens en verklaringen, wat niet bepaald met die criteria en bijgevolg evenmin met de vrijheid van vestiging strookt.

46. Samenvattend, de economische bescherming van de bestaande concessiehouder bemoeilijkt de uitoefening van de vrijheid van vestiging wanneer, zoals in casu het geval is, haar doel en de criteria voor de toepassing ervan onduidelijk zijn.

VI — Het perspectief van de mededinging

47. De verwijzende rechter verzoekt zowel in zijn eerste als in zijn tweede vraag om een nationale regeling als de onderhavige te toetsen aan artikel 101 VWEU (mededinging). In het antwoord moet evenwel onderscheid worden gemaakt tussen de gevolgen die dat artikel kan hebben voor het zetelvereiste en voor de clausule van economische levensvatbaarheid van de eerdere concessie.

48. Om te beginnen merk ik op dat de rechtspraak van het Hof de specifieke stelling van de Commissie dat de vrije mededinging hier niet relevant is omdat het niet gaat om gedragingen van ondernemingen en er bovendien geen openbare onderneming bij betrokken is, lijkt tegen te spreken. Volgens het arrest Cipolla[28] hebben de artikelen 81 EG en 82 EG (thans artikelen 101 VWEU en 102 VWEU) weliswaar slechts betrekking op „ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, [...] in samenhang met artikel 10 EG [thans artikel 4, lid 3, VEU], dat een verplichting tot samenwerking in het leven roept, [schrijven zij evenwel voor] dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken" zodat „strijdigheid met de artikelen 10 EG en 81 EG [bestaat] wanneer een lidstaat het tot stand komen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregels oplegt

27 — Zoals het Hof, zoals gezegd, onder meer in zijn arresten Woningstichting Sint Servatius en Hartlauer heeft vastgesteld.

28 — Arrest van 5 december 2006 (C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punten 46 en 47), met verwijzing naar de beschikking van 17 februari 2005, Mauri (C-250/03, Jurispr. blz. I-1267, punten 29 en 30).

of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt [...]".

49. Wat onze zaak betreft merk ik op dat het argument inzake een mededingingsinbreuk in elk van de twee vragen een zeer verschillende intensiteit heeft.

50. De indirecte gevolgen die een inbreuk op het recht van vestiging kan hebben voor de vrije mededinging, zullen namelijk, wat de eerste vraag betreft, altijd worden onderzocht bij de analyse van dat recht. Dit houdt in dat in het onderhavige geval een beoordeling van het zetelvereiste tevens vanuit het perspectief van de mededinging overbodig is. [29]

51. Vanuit het perspectief van de tweede vraag, over de clausule inzake de bescherming van de economische levensvatbaarheid van de bestaande concessie, kan artikel 101 VWEU een andere strekking hebben. Het is immers duidelijk dat een clausule inzake de economische levensvatbaarheid als die bepaald in het Oostenrijkse recht, die de verlening van de vergunning ervan laat afhangen of de rentabiliteit van de eerdere concessiehouder gehandhaafd blijft, wel een effect op de mededinging moet hebben. Uiteraard, zoals ook de Commissie opmerkt, kunnen redenen van algemeen belang in sommige gevallen een clausule ter economische bescherming van de eerdere concessiehouder als waarborg voor de goede werking van de dienst rechtvaardigen. In casu lijkt echter geen sprake van een dergelijk bijzonder geval, zodat conditionering per saldo ertoe zou leden dat een bepaalde onderneming wordt begunstigd, ondanks dat een andere onderneming de dienst tegen een lagere of dezelfde prijs maar met minder kosten zou kunnen aanbieden, waardoor uiteindelijk afbreuk wordt gedaan aan de door de mededinging verlangde neutraliteit. [30]

29 — Daar het bovendien om te beginnen twijfelachtig is dat het vervoer per toeristische bus voldoet aan de kenmerken van een dienst van algemeen economisch belang, in lijn met het reeds aangehaalde arrest Woningstichting Sint Servatius, zou het aan dat karakter ontleende argument geen hout snijden met betrekking tot de vestiging. Het gaat in casu immers niet om de concessie van bijzondere of exclusieve rechten aan een onderneming, nu het kernelement van het geschil niets anders is dan de rechtmatigheid van een aantal beperkingen in het kader van een administratieve procedure van voorafgaande toestemming.

30 — In zoverre — en ik zeg dit met de nodige voorzichtigheid — draagt ook het feit dat de oude enige concessiehouder, zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, een samenwerkingsverband is van verschillende lokale, in de toerismesector opererende ondernemingen er niet bepaald toe bij de twijfels weg te nemen die de clausule inzake de economische levensvatbaarheid oproept vanuit het oogpunt van de uitoefening van de mededinging.

VII — Conclusie

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

„1) Artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) verzet zich tegen een nationale regeling die voor de verlening van een concessie voor de exploitatie van een toeristische buslijndienst in een stad, die vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, vereist dat de onderneming die een aanvraag indient, reeds voor de aanvang van de vervoerwerkzaamheid een zetel of bedrijfsvestiging in de staat van de concessieverlenende autoriteit heeft.

2) Artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) verzet zich niet tegen een nationale regeling volgens welke de concessie voor de exploitatie van een toeristische buslijndienst in een stad, die vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, slechts wordt verleend indien de onderneming die een aanvraag indient, ten laatste vanaf de aanvang van de vervoerwerkzaamheid een zetel of bedrijfsvestiging in de staat van de concessieverlenende autoriteit heeft.

3) Artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging) en artikel 101 VWEU (mededinging) verzetten zich tegen een nationale regeling volgens welke de verlening van een concessie voor de exploitatie van een toeristische buslijndienst in een stad, die vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, moet worden geweigerd indien bij de aanvang van de exploitatie van de aangevraagde buslijndienst de inkomsten die een concurrent die geheel of gedeeltelijk hetzelfde traject bedient, ontvangt uit de exploitatie van zijn lijndienst zodanig zullen dalen dat

voortzetting van de dienst door de concurrent vanuit markteconomisch oogpunt niet meer rendabel is.

4) Artikel 56 VWEU (vrij verrichten van diensten) is niet van toepassing bij de beoordeling van de verenigbaarheid met het recht van de Unie van een nationale regeling die de verlening van een concessie voor de exploitatie van een toeristische buslijndienst in een stad, die vaste haltes volgens een dienstregeling regelmatig aandoet, afhankelijk stelt van de vervulling van de vorengenoemde voorwaarden."