CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PEDRO CRUZ VILLALÓN apresentadas em 30 de Setembro de 2010[1]

1. Este processo de reenvio prejudicial permite ao Tribunal de Justiça continuar a aprofundar[2] a virtualidade específica que a livre prestação de serviços projecta no âmbito dos transportes, a sua delimitação relativamente ao livre estabelecimento e a função de ambas as liberdades, cujo exercício efectivo garante o correcto funcionamento do «espaço sem fronteiras internas»[3] que a União Europeia constitui.

I — Legislação aplicável

2. O Unabhängiger Verwaltungssenat Wien solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a compatibilidade com os artigos 49.º TFUE, 56.º TFUE e 101.º TFUE de uma norma nacional que, com vista à exploração de uma «linha turística de autocarros», exige que a empresa que solicita a gestão da mesma possua: a) na data da concessão ou, o mais tardar, a partir da data do início da prestação dos serviços de transporte, uma sede ou um estabelecimento (no qual se irá desenvolver a actividade económica em questão) no Estado-Membro da autoridade que concede a autorização, e b) que não seja prejudicada a rentabilidade de uma empresa concorrente que esteja a prestar o dito serviço num percurso total ou parcialmente idêntico.

A — *Direito da União Europeia*

3. O artigo 49.º TFUE (ex-artigo 43.º CE) regula «[n]o âmbito das disposições seguintes» o direito de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, proibindo as restrições ao mesmo, estendendo essa interdição às restrições relativas à abertura de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro, compreendendo a liberdade de estabelecimento «tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na

1 — Língua original: espanhol.

2 — Como, noutra perspectiva, recentemente teve ocasião de fazer o advogado-geral P. Mengozzi nas suas conclusões de 7 de Setembro de 2010 apresentadas no processo Neukirchinger (C-382/08).

3 — Artigo 26.º TFUE, n.º 2.

acepção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais [...]».

4. Por sua vez, o artigo 56.º TFUE (ex-artigo 49.º TCE), também «[n]o âmbito das disposições seguintes», estabelece a proibição das restrições à livre prestação de serviços dentro da União para os nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.

5. De acordo com o n.º 1 do artigo 58.º TFUE (ex-artigo 51.º CE) «[a] livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes».

6. Para efeitos da implementação efectiva de uma política comum de transportes, a alínea b) do artigo 91.º TFUE encarrega o Parlamento Europeu e o Conselho do estabelecimento «[da]s condições em que os transportadores não residentes podem efectuar serviços de transporte num Estado-Membro».

B — *Direito austríaco*

7. De acordo com a Kraftfahrliniengesetz (lei relativa a transportes rodoviários regulares, a seguir «KflG») [4], o serviço regular de transporte rodoviário com paragens definidas, ao longo de um itinerário determinado, deve ser autorizado mediante uma concessão (§ 1) cujo requerimento deve preencher requisitos muito precisos (§ 2) competindo a sua atribuição ao Landeshauptmann (§ 3). Quando a empresa requerente não for austríaca, é exigido que tenha sede ou um estabelecimento de exploração permanente na Áustria (§ 7, n.º 1, ponto 2) para ficar, assim, equiparada aos requerentes austríacos de uma concessão. Por outro lado, a concessão é considerada contrária ao interesse público quando o serviço requerido é susceptível de pôr em risco a prestação dos serviços de transporte por parte da empresa de transporte cuja zona de circulação será percorrida pela linha regular requerida, o que aconteceria se esta se visse profundamente afectada na gestão do seu serviço em consequência de sofrer uma perda de receitas que ponha manifestamente em risco a sua rentabilidade [§ 7, n.º 1, ponto 4, alínea b) em conjugação com o § 14, n.ºs 1 a 3].

II — Factos

8. A empresa alemã Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (a seguir «Yellow Cab») requereu em 25 de Janeiro de 2008 que, nos termos da KflG, lhe fosse atribuída uma concessão para a exploração de uma linha regular de

4 — Na versão publicada no BGBl. n.º 153/2006.

transporte rodoviário de passageiros, exclusivamente no território do município de Viena, num percurso determinado com fins turísticos e com paragens definidas, já coberto praticamente na totalidade por um grupo de empresas [5].

9. O requerimento da Yellow Cab foi indeferido pela autoridade competente em 13 de Março de 2009, por entender que a atribuição da concessão prejudicaria a segurança rodoviária. Interposto recurso pela Yellow Cab perante o Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, este teve em consideração fundamentos diferentes para o indeferimento do requerimento, pois, com base na legislação austríaca impunha-se a sua rejeição devido a, por um lado, a Yellow Cab não possuir uma sede ou um estabelecimento na Áustria na data em que solicitou a concessão, e, por outro, porque a rentabilidade da empresa de transporte já a operar ficaria gravemente comprometida.

III — Questões prejudiciais e processo no Tribunal de Justiça

10. Dado que estes condicionalismos da legislação austríaca suscitaram ao Unabhängiger Verwaltungssenat Wien certas dúvidas sobre a compatibilidade da mesma com o Direito da União, este decidiu suspender a instância e dirigir-se através de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

«1. Uma norma nacional que, para a concessão de uma autorização para gerir uma linha regular de transporte rodoviário de passageiros e, por conseguinte, para a criação de um sistema de transporte colectivo público que passe regularmente por paragens definidas, de acordo com um horário pré-estabelecido, estabeleça como condições para a autorização

a) que, antes do início da prestação dos serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros e, em particular, na data da concessão, a empresa da UE requerente já tenha de possuir uma sede ou uma sucursal no Estado da autoridade que concede a autorização,

b) que, o mais tardar, a partir da data do início da prestação dos serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros, a empresa da UE requerente tenha de possuir uma sede ou uma sucursal no Estado da autoridade que concede a autorização,

é compatível com as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços, na acepção dos artigos 43.º e seguintes e 49.º e seguintes do Tratado CE, e com o direito da concorrência da UE, na acepção dos artigos 81.º e seguintes do Tratado CE?

2. Uma norma nacional que, para a concessão de uma autorização para gerir uma linha regular de transporte rodoviário de passageiros e, por conseguinte, para a criação de um sistema de transporte

5 — Concretamente, e segundo o despacho de reenvio, composto pelas Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours – Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, ao abrigo de uma concessão de 17 de Maio de 2005.

colectivo público que passe regularmente por paragens definidas, em conformidade com um horário pré-estabelecido, preveja que a autorização deve ser recusada se, com o início da prestação dos serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros que foram objecto do pedido de autorização, as receitas de uma empresa concorrente, que faça um percurso total ou parcialmente idêntico, decorrentes da linha por ela explorada diminuírem de forma tão significativa que a continuação da exploração deste percurso pela empresa concorrente deixe de ser rentável segundo as leis do mercado, é compatível com as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços, na acepção dos artigos 43.º e seguintes e 49.º e seguintes do Tratado CE, e com o direito da concorrência da UE, na acepção dos artigos 81.º e seguintes do Tratado CE?»

11. Este reenvio prejudicial foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 24 de Agosto de 2009.

12. Nas suas observações escritas, a Yellow Cab sustenta a falta de justificação dos referidos condicionalismos, enquanto o Governo austríaco, após pôr em causa a admissibilidade da segunda pergunta, defende a compatibilidade daqueles com o Direito da União; em particular, considera improcedente, neste caso, a invocação da liberdade de prestação de serviços. Na mesma linha, o Governo alemão, centrando-se exclusivamente no requisito da sede ou estabelecimento, nega que tenha sido violada a liberdade de estabelecimento, da mesma forma que o Governo italiano, para quem, além disso, a defesa económica do anterior concessionário pode estar justificada. A Comissão, finalmente, não considera que, neste caso, quer a livre concorrência quer a liberdade de prestação de serviços tenham sido afectadas, pois, no que respeita à liberdade de estabelecimento admite a exigência de uma sede ou de um estabelecimento, se bem que limitando-a ao momento imediatamente anterior àquele em que se inicie o serviço.

13. Convém ter em conta que o Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, em cada uma das suas duas perguntas, compara os requisitos da legislação austríaca com três categorias do Direito primário, a saber, a liberdade de prestação de serviços, o livre estabelecimento e a concorrência. Para efeitos de sistematização, iniciarei a análise destes requisitos da perspectiva exclusiva das duas liberdades, para, depois, fazer uma aproximação à repercussão da concorrência sobre este processo.

IV — Análise da primeira pergunta

A — *Da perspectiva da livre prestação de serviços*

14. Como acabo de referir, o tribunal de reenvio sobrepõe as liberdades de prestação de serviços e de estabelecimento como

parâmetros para a decisão do presente caso, pelo que cumpre, desde já, delimitar ambas.

1. Delimitação entre liberdade de prestação de serviços e direito de estabelecimento

15. Numa primeira linha de resposta cabe começar por indicar de que modo, na jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça tem utilizado certos critérios determinantes, quando se trata de distinguir entre «prestação de serviços» e «estabelecimento».

16. Assim, a estabilidade e a continuidade da prestação permitem considerar que o conceito de estabelecimento implica a possibilidade de um nacional comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem, e de dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade, no domínio das actividades não assalariadas [6].

17. Pelo contrário, será o carácter «temporário» do exercício da actividade [7] aquilo que permite qualificar a actividade económica em questão como «prestação de serviços», ultrapassando a ténue fronteira entre ambas as liberdades [8].

18. Estes critérios adquirem particular relevância dadas as circunstâncias deste caso, já que a descrição dos factos efectuada pelo órgão jurisdicional de reenvio e a natureza do serviço proposto pela Yellow Cab apontam para que a sua actividade venha a ser exercida com carácter permanente ou, em qualquer caso, sem limitação previsível da sua duração, aspectos estes que o Tribunal de Justiça expressamente considerou para recusar a aplicação das disposições em matéria de prestação de serviços [9]. Recapitulando, uma actividade como a que a Yellow Cab pretendia exercer, que, dadas as suas características, exige uma certa permanência e estabilidade

6 — Como resulta dos acórdãos de 21 de Junho de 1974, Reyners (2/74, Colect., p. 325, n.º 21), de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 25) e de 14 de Setembro de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Colect., p. I-8203, n.º 18).

7 — Carácter temporário que, segundo o acórdão Gebhard, já referido, n.os 25 a 28, deve ser apreciado não apenas em função da duração da prestação, mas também em função da sua frequência, periodicidade ou continuidade, de forma que se a participação do interessado na vida económica do Estado-Membro de acolhimento não tem um carácter estável e contínuo há que recorrer à livre circulação de serviços em lugar de ao direito de estabelecimento.

8 — Ténue, porque, ao fim e ao cabo, como assinalam os acórdãos de 11 de Dezembro de 2003, Schnitzer (C-215/01, Colect., p. I-14847, n.os 30 e 31); de 29 de Abril de 2004, Comissão/Portugal (C-171/02, Colect., p. I-5645, n.º 26) e de 16 Julho de 2009, von Chamier-Gliszczinski (C-208/07, Colect., p. I-6095, n.º 74), «nenhuma disposição do Tratado permite determinar, de maneira abstracta, a duração ou a frequência a partir da qual a prestação de um serviço ou de um certo tipo de serviço noutro Estado-Membro deixa de poder ser considerada como prestação de serviços na acepção do Tratado. Assim, o conceito de "serviço" na acepção do Tratado pode abranger serviços de natureza muito diferente, incluindo serviços cuja prestação se efectua ao longo de um período alargado, ou mesmo de vários anos».

9 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1988, Steymann (196/87, Colect., p. 6159, n.º 16); Schnitzer, já referido (n.os 27 a 29), e de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect., p. I-7573, n.º 28).

no Estado-Membro em que vai ser desenvolvida, enquadra-se melhor no âmbito da liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) do que no âmbito da livre prestação de serviços (artigo 56.º TFUE).

2. Livre prestação de serviços no âmbito da política de transportes da União

19. De qualquer modo, e independentemente do que atrás foi dito, não se deve esquecer que a actividade pretendida pela Yellow Cab parece claramente enquadrar-se no âmbito dos transportes, em que o desenvolvimento da liberdade de prestação de serviços é entregue, por efeito do artigo 58.º TFUE, ao Direito derivado relativo à política comum de transportes [10].

20. Contudo, na falta de uma norma sectorial *specialis* em matéria de transportes, constitui jurisprudência assente que não cabe aplicar o artigo 56.º TFUE como parâmetro para medir o grau de oposição do Direito da União a uma norma nacional, dada a estreita margem de manobra concedida pelo Tribunal de Justiça nesta matéria [11]. Cabe, pois, indagar acerca da existência ou não de uma norma com estas características.

21. Deve dizer-se, desde logo, que o Regulamento (CEE) n.º 1191/69 [12], alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 [13], não é aplicável a este caso [14] dado que não regula expressamente a liberdade de prestação de serviços na acepção do artigo 56.º TFUE. Do

10 — Obviamente, como já precisou o acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1974, Comissão/França (167/73, Colect., p. 187), a política comum de transportes, longe de excluir as liberdades fundamentais, tem por objecto pô-las em prática e completá-las. Por outro lado, dado que se baseia também na livre prestação de serviços, essa política deve ser interpretada à luz do artigo 56.º TFUE [acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1985, Parlamento/Conselho (13/83, Recueil, p. 1513, n.º 62); de 13 de Dezembro de 1989, Corsica Ferries France (C-49/89, Colect., p. 4441, n.os 10 a 12); de 18 de Janeiro de 2001, Itália/Comissão (C-361/98, Colect., p. I-385, n.os 31 a 33), e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.os 55 e segs.] ao que não se opõe o n.º 1 do artigo 58.º TFUE que não renuncia aos objectivos que esta liberdade concreta prossegue no mercado interno.

11 — Basta consultar o acórdão de 22 de Maio de 1985, Parlamento/Conselho (13/83, Recueil, p. 1513, n.os 62 e 63), relembrado pelo de 13 Julho de 1989, Lambregts Transportbedrijf (4/88, Colect., p. 2583, n.º 14), para os quais a circunstância de o Conselho não ter cumprido as obrigações que lhe incumbem nos termos do artigo 75.º do Tratado (actualmente previstas nos artigos 90.º TFUE e 91.º TFUE) não podia ter por efeito tornar os artigos 59.º e 60.º do Tratado (actuais artigos 56.º TFUE e 57.º TFUE) directamente aplicáveis no domínio dos transportes. Na mesma linha, o acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Corsica Ferries (C-49/89), depois de recordar que a livre circulação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições do título relativo aos transportes (n.º 10), não censura uma regulamentação nacional restritiva do artigo 56.º TFUE num momento (1981 e 1982) em que «a livre prestação de serviços no sector dos transportes marítimos ainda não estava realizada e consequentemente os Estados-Membros podiam aplicar disposições do tipo das que estão em causa no processo principal» (n.º 14).

12 — Regulamento do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 156, p. 1; EE 08 F1 p. 131), ainda aplicável *ratione temporis*.

13 — Regulamento do Conselho, de 20 de Junho de 1991, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1191/69, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 169, p. 1).

14 — Tenha-se em conta, no entanto, que o Regulamento n.º 1893/91 derrogou o seu primitivo artigo 19.º, n.º 2, que excluía do seu âmbito as empresas de outros modos de transporte diferentes do ferroviário, que efectuassem principalmente transportes de carácter local ou regional.

mesmo modo, também não são aplicáveis o Regulamento (CEE) n.º 684/92 [15], uma vez que requer que o transporte seja internacional, nem o Regulamento (CE) n.º 12/98 [16] cujo artigo 3.º admite os transportes de cabotagem apenas para «[….] serviços regulares, desde que sejam efectuados por ocasião de um serviço regular internacional, nos termos do disposto no Regulamento (CEE) n.º 684/92, por um transportador não residente no Estado-Membro de acolhimento. O transporte de cabotagem não pode ser executado independentemente desse serviço internacional. Os serviços urbanos e suburbanos são excluídos do âmbito de aplicação do presente ponto».

22. Aliás, também não é de aplicar *ratione temporis* o Regulamento n.º 1370/2007 [17], já referido, que, além do mais, exclui expressamente os serviços explorados essencialmente por razões históricas ou de interesse turístico (artigo 1.º, n.º 2), nem tão pouco o Regulamento (CE) n.º 1073/2009 [18], devido à mesma razão temporal, bem como ao facto de excluir «os serviços de transporte que satisfaçam as necessidades de um centro ou aglomeração urbanos» e os que se efectuem «independentemente desse serviço internacional» [artigo 15.º, alínea c)].

23. Consequentemente, a falta de uma norma especial que, para um caso como o aqui analisado, desenvolva no âmbito da política de transportes a livre prestação de serviços, determina a impossibilidade de apreciar à luz do artigo 56.º TFUE os requisitos estabelecidos pela legislação austríaca.

B — *Da perspectiva do direito de estabelecimento*

24. Há que analisar a seguir a legalidade dos condicionalismos impostos pelo Direito austríaco da perspectiva do direito de estabelecimento e das consequências jurídicas que implica: o exercício efectivo de uma actividade económica de modo estável e contínuo nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais (artigo 49.º, segundo parágrafo, TFUE).

1. Exigência de uma autorização como pressuposto para desenvolver a actividade

25. A exigência de uma autorização representa, em princípio, uma restrição à liberdade de estabelecimento, que só é justificável se se

15 — Regulamento do Conselho, de 16 de Março de 1992, que estabelece regras comuns para os transportes internacionais de passageiros em autocarro (JO L 74, p. 1).

16 — Regulamento do Conselho, de 11 de Dezembro de 1997, que fixa as condições em que os transportadores não residentes podem efectuar serviços de transporte rodoviário de passageiros num Estado-Membro (JO L 4, p. 10).

17 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 1191/69 e (CEE) n.º 1107/70 do Conselho.

18 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte em autocarro e que altera o Regulamento (CE) n.º 561/2006 (JO L 300, p. 88).

mostrar adequada para garantir a consecução dos objectivos que pretende preservar, com base, além do mais, em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, que assegurem que tal regime é adequado para enquadrar suficientemente o exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais [19], eliminando desta forma comportamentos discricionários capazes de privar de eficácia as disposições do Direito da União relativas a esta liberdade fundamental.

26. Com efeito, de acordo com a redacção do artigo 52.º, n.º 1, TFUE as restrições ao direito de estabelecimento poderão ser justificadas por razões de ordem pública, segurança e saúde públicas, mas, para isso, deverão ser adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não deverão ir além do necessário para alcançar o dito objectivo. Este parâmetro de proporcionalidade, que o Tribunal de Justiça tem vindo a aplicar de forma reiterada na sua jurisprudência sobre liberdades fundamentais, qualifica-se habitualmente como o *teste* de adequação e de necessidade, respectivamente, sendo os seus limites ultrapassados, desde logo, se os objectivos prosseguidos se podem alcançar com medidas menos restritivas [20].

27. Sem necessidade de recorrer à categoria jurídica de serviço de interesse geral, considero que a actividade que tem por objecto a exploração de uma linha de autocarros que, com paragens definidas, percorre uma cidade com fins turísticos não é destituída de certo interesse geral, dada a pluralidade de elementos envolvidos, tais como a segurança e integridade das pessoas, a segurança rodoviária ou, inclusivamente, a normal regulação da mobilidade urbana [21], que podem justificar, sem que o Direito da União a tal se oponha, que a concessão da mesma seja submetida a uma autorização. Efectivamente, tendo em vista a satisfação desses objectivos, «uma fiscalização prévia exercida pela Administração competente poderia constituir o meio mais adequado [...] ao passo que um sistema de verificação *a posteriori* correria o risco de ser executado muito tardiamente, nomeadamente depois de terem sido efectuadas despesas significativas de difícil recuperação» [22].

28. Diferente é a questão dos requisitos relativos à sede ou estabelecimento, por um lado, e o da protecção económica do anterior concessionário, por outro, como condicionantes da própria autorização, que devemos analisar em separado.

19 — Veja-se, por todos, o acórdão de 10 de Março de 2009, Hartlauer (C-169/07, Colect., p. I-1721, especialmente o n.º 64).

20 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Sanz de Lera e o. (C-163/94, C-165/94 e C-250/94, Colect., p. I-4821, n.os 23 a 28); de 20 de Fevereiro de 2001, Analir e o. (C-205/99, Colect., p. I-1271, n.º 35); e de 1 de Outubro de 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Colect., p. I-9021, n.º 33).

21 — Critério que, além do mais, aparecia como única justificação para a recusa do pedido de concessão.

22 — Critério que é explicitamente formulado no acórdão do Tribunal de Justiça Woningstichting Sint Servatius, já referido, n.º 34.

C — *Exigência de uma sede ou estabelecimento*

29. A legislação austríaca condiciona a autorização da concessão ao facto de a empresa requerente ter uma sede ou estabelecimento de exploração na Áustria. Mas, na medida em que importa diferenciar o momento em que esta exigência se deve concretizar, cabe, primeiramente, analisar a natureza deste requisito em si mesmo considerado, para passar, a seguir, à averiguação do seu alcance temporal.

1. Exigência de sede ou estabelecimento considerada em si mesma

30. Diferentemente do que acontece no âmbito da livre prestação de serviços, em que a exigência de um estabelecimento permanente é susceptível de restringir o artigo 56.º TFUE, a ponto de representar «a própria negação da referida liberdade» [23], a obrigação de possuir um estabelecimento – como elemento de uma concessão em linha com o que a Comissão invoca nos n.os 32 e 33 das suas observações –, parece ajustar-se de forma natural ao artigo 49.º TFUE, disposição que confere às empresas de um determinado Estado-Membro o direito de «estabelecimento» noutro Estado-Membro [24].

31. Contudo, os requisitos exigidos por cada Estado-Membro às empresas que desejem estabelecer-se no seu território são susceptíveis, também, de influenciar a sua decisão final, dado que não é o mesmo projectar o exercício de uma actividade económica num Estado em que as exigências para o estabelecimento são aceitáveis do ponto de vista burocrático ou económico ou noutro no qual a onerosidade das condições desincentiva as empresas estrangeiras. A ténue fronteira entre ambas as categorias distingue precisamente as que são admitidas pela União e as que, por uma questão de proporcionalidade, podem chegar a não o ser.

32. O Tribunal de Justiça tende a utilizar, no geral, um conceito eminentemente fáctico, desprovido de requisitos jurídicos particulares e, em suma, independente das instituições nacionais, referindo-se, simplesmente, a uma presença permanente [25]. Não obstante, a simples exigência de uma sede ou

23 — Com esta contundência se pronunciou o acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Recueil, p. 3755, n.º 52).

24 — Deste modo, o requisito que consiste em dispor de um estabelecimento de exploração para obter a autorização necessária para um laboratório de análises clínicas configura, segundo o Tribunal de Justiça, uma violação da livre prestação de serviços, e não da liberdade de estabelecimento em si mesma considerada, na medida em que esse condicionalismo não implicava converter esse estabelecimento na sede principal ou central da empresa [acórdão de 11 de Março de 2004, Comissão/França (C-496/01, Colect., p. I-2351, n.os 61 e 64 a 77)]. Não obstante, em certas ocasiões, pode constituir também um obstáculo à liberdade de estabelecimento, não já a exigência da sede ou do centro de exploração mas a de que tanto os dirigentes como o pessoal das empresas de vigilância e dos serviços internos de vigilância residam no território do Estado-Membro em que as empresas estão estabelecidas [acórdão de 9 de Março de 2000, Comissão/Bélgica (C-355/98, Colect., p. I-1221, n.os 31 a 34 e 41)].

25 — Acórdão Centro di Musicologia Walter Stauffer, já referido, n.º 19.

estabelecimento como um *prius* da própria autorização, na medida em que, por definição, se encontraria já cumprida pelos residentes na Áustria, assume o carácter de uma restrição, que deveria ser suficientemente justificada a fim de não incorrer numa discriminação indirecta.

33. Todavia, a partir dos dados fornecidos pelo Unabhängiger Verwaltungssenat Wien não se conseguem conhecer com exactidão as condições que a legislação austríaca exige «para o estabelecimento». Dito de outra maneira, desconhece-se de que modo, exactamente, ficam satisfeitas, para o Direito austríaco, as exigências nesta matéria, de tal forma que seria lícito perguntar se, nas suas observações, a Comissão utiliza o mesmo conceito de estabelecimento que o Governo austríaco emprega nas suas. Por outro lado, não é irrelevante a distinção entre «sede» e «estabelecimento de exploração». O Governo austríaco viria a corroborá-lo ao afirmar que as sociedades não austríacas dispõem de certa vantagem sobre as austríacas, dado que, se estas só conseguirão a concessão com uma «sede», as não austríacas podem obtê-la, para além disso, com um «estabelecimento de exploração».

34. Por conseguinte, face à insuficiente informação sobre estes conceitos no Direito austríaco, compete ao tribunal de reenvio a apreciação da proporcionalidade dos encargos que, para possuir uma «sede» ou «estabelecimento de exploração», o Direito austríaco pode impor, com base nos limites de admissibilidade que assinalei no n.º 31 das presentes conclusões.

2. Dimensão temporal da exigência de estabelecimento

35. Mais precisa deve ser, na minha opinião, a resposta quanto a este ponto, isto é, relativamente a saber se a legislação austríaca, como foi referido, exige a sede ou o estabelecimento de exploração antes de o candidato à concessão poder saber se tem reais possibilidades de a obter. Por conseguinte, sem uma apreciação fiável sobre as possibilidades de êxito do seu pedido de concessão, exigir à empresa, à partida, a existência de uma «sede» ou de um «estabelecimento de exploração», como uma condição para a sua atribuição, constitui uma restrição a esta liberdade, entendida na acepção de desenvolvimento de actividades económicas.

36. Com efeito, a indefinição dos objectivos prosseguidos por esta antecipação parece ser uma constante na posição do Governo austríaco, embora justifique a exigência de uma sede ou estabelecimento com a intenção de criar condições de concorrência iguais e para garantir o cumprimento das disposições de Direito social e laboral (n.º 30 do seu articulado). Não se afigura claro, de um modo geral, que a exigência de uma sede ou de um estabelecimento na Áustria se possa

considerar o único meio para alcançar o objectivo enunciado.

37. O certo é que o esforço de investimento que representa para a empresa abrir um centro permanente – que não poderá amortizar se, a final, lhe for negada a concessão –, não se justifica em termos de proporcionalidade, dado que o conjunto dos objectivos apontados pode ser satisfeito na fase anterior à concessão da autorização, por meios alternativos, menos onerosos para a empresa. Tais como seriam as informações e as garantias que podem fornecer as autoridades dos outros Estados-Membros que, além disso, se mostram mais fiáveis e rigorosas do que as que possa oferecer uma empresa estrangeira recém estabelecida.

38. Concordo, pois, com a Comissão em que a exigência de uma sede ou de um estabelecimento de exploração pode justificar-se em termos de proporcionalidade, sempre que se refira ao momento imediatamente anterior ao do início da actividade, mas não, pelo contrário, quando a sua existência seja prevista antes da concessão como uma condição para a atribuição da mesma.

V — Análise da segunda pergunta: a protecção económica do anterior concessionário

39. Tendo em consideração o atrás exposto quanto à livre prestação de serviços, na análise da segunda pergunta limitar-me-ei a apreciar, à luz da liberdade de estabelecimento e da livre concorrência, o requisito que subordina a atribuição da concessão à preservação da integridade económica do anterior concessionário, o que, à partida, suscita dúvidas de admissibilidade, por parte do Governo austríaco.

A — *Excepção de inadmissibilidade*

40. Afigura-se pouco consistente a inadmissibilidade alegada pelo Governo austríaco relativamente à segunda pergunta, argumentando que na primeira instância ninguém discutiu este possível fundamento de recusa da concessão. É bem certo que, em princípio, a concessão foi recusada à Yellow Cab com um fundamento completamente diferente do agora utilizado pelo Unabhängiger Verwaltungssenat Wien; contudo, este adverte desde logo (com certo carácter preventivo), no seu despacho de reenvio, que goza de plena jurisdição para decidir sobre esta matéria, deduzindo-se, além disso, a necessidade de obter uma interpretação do Direito da União que lhe seja útil. Nestas circunstâncias o Tribunal de Justiça deve pronunciar-se sobre a questão, visto que a mesma está relacionada com o objecto do litígio nacional e não se mostra meramente hipotética [26].

26 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 38), e de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 19).

B — *Apreciação de mérito*

41. A justificação da garantia da viabilidade económica da concessão anteriormente existente requereria que concorressem sólidas razões de interesse público, radicadas basicamente no regular funcionamento do serviço em causa.

42. Neste sentido, o Regulamento n.º 684/92, embora não seja aqui aplicável, pode prestar algum auxílio na interpretação. Assim, no seu artigo 7.º, n.º 4, quando admite, em determinadas condições, como causa de recusa da autorização, a circunstância de o serviço objecto do pedido poder comprometer directamente a existência de serviços regulares que já tivessem sido autorizados, apressa-se a esclarecer que o facto de «uma transportadora oferecer preços inferiores aos oferecidos por outras transportadoras rodoviárias ou ferroviárias ou de a ligação em questão já ser explorada por outras transportadoras rodoviárias ou ferroviárias não pode por si só justificar a recusa do pedido» (na mesma linha vai o artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1073/2009).

43. Ao fim e ao cabo, o facto de o serviço requerido por quem deseje obter uma concessão poder pôr em risco – pela mera perda da sua rentabilidade – o cumprimento do serviço da empresa de transportes anterior, representa uma evidente deslocação do objecto de protecção. Pois é claro que, mais do que assegurar o serviço, aquilo que se assegura parece ser antes a rentabilidade do concessionário inicial. Em suma, esta cláusula específica de rentabilidade empresarial não parece estar dirigida para a promoção do turismo, para a racionalização e segurança do tráfego nem para a protecção do passageiro.

44. Diferente seria se essa diminuição de rentabilidade perturbasse o serviço a ponto de provocar a sua inoperância ou comprometer a sua viabilidade, sempre que, além do mais, as condições originárias não pudessem ser compensadas (nem, obviamente, melhoradas) com a entrada em cena do segundo concessionário. Nesse caso sim, efectivamente, produzir-se-ia uma eventual diminuição – em termos de qualidade – do transporte, prejudicando os passageiros, como sustenta a Áustria nas suas observações (n.º 40 do seu articulado), mas isso exigiria uma apreciação com base em informações detalhadas.

45. Com efeito, para que a restrição da liberdade não seja efectuada de forma arbitrária por parte da autoridade nacional, os critérios que permitem restringi-la têm que ser

transparentes, objectivos e conhecidos antecipadamente [27]. Ainda que, segundo afirma a Áustria, a averiguação da situação económica do primeiro concessionário constitua um prognóstico que deve ser feito com base numa investigação suficiente das circunstâncias de facto (n.º 34 do seu articulado), na prática tem lugar apenas com base nos dados e nas declarações fornecidos pelo concessionário já estabelecido, o que não parece muito de acordo com esses critérios nem, por conseguinte, com a liberdade de estabelecimento.

46. Recapitulando, a garantia económica do anterior concessionário dificulta o exercício da liberdade de estabelecimento quando, como aqui acontece, se caracteriza pela indefinição do seu objectivo e dos critérios para a sua verificação.

VI — Perspectiva da concorrência

47. Por fim, tanto na primeira como na segunda pergunta, o órgão jurisdicional de reenvio solicitou a comparação de uma norma nacional como a aqui trazida à colação com o artigo 101.º TFUE (concorrência). Na nossa resposta convém, contudo, distinguir entre a influência que o dito preceito pode ter relativamente à condição da sede ou à cláusula de viabilidade económica da concessão anterior.

48. Deve-se adiantar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça parece contradizer os argumentos específicos da Comissão quanto à não consideração da livre concorrência neste caso, e que justifica com o facto de não dizer respeito ao comportamento entre empresas sem que, além disso, esteja implicada aqui qualquer empresa pública. Com efeito, o acórdão Cipolla [28], embora reconheça que os artigos 81.º CE e 82.º CE [actuais artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE] se referem unicamente a «empresas e não visam medidas legislativas ou regulamentares emanadas dos Estados-Membros [...] lidos em conjugação com o artigo 10.º CE [actual artigo 4.º TFUE, n.º 3], que institui um dever de cooperação, impõem aos Estados-Membros que não tomem ou mantenham em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas» de modo que «existe violação dos artigos 10.º CE e 81.º CE quando um Estado-Membro impõe ou favorece a celebração de

27 — Como já referi que afirma o Tribunal de Justiça, entre outros, nos seus acórdãos Woningstichting Sint Servatius e Hartlauer.

28 — Acórdão de 5 de Dezembro de 2006 (C-94/04 e C-202/04, Colect., p. I-11421, n.os 46 e 47), referindo-se ao despacho de 17 de Fevereiro de 2005, Mauri (C-250/03, Colect., p. I-1267, n.º 29 e 30).

acordos contrários ao artigo 81.º CE ou reforça os seus efeitos […]».

49. Entrando já no assunto, convém salientar que a virtualidade do argumento da violação da concorrência se apresenta com força muito diferente em cada uma das duas perguntas formuladas.

50. Efectivamente, e no que respeita à primeira pergunta, as possíveis consequências indirectas que uma violação da liberdade de estabelecimento pode ter para a livre concorrência serão sempre examinadas no decurso da análise do referido direito. O que significa que, no presente caso, se torna supérfluo apreciar a condição de dispor de uma sede também na perspectiva da concorrência [29].

51. Diferente é o alcance que pode ter o artigo 101.º TFUE da perspectiva da segunda pergunta, relativa à cláusula de garantia da viabilidade económica da anterior concessão. Com efeito, é evidente que uma cláusula de viabilidade económica como a que o ordenamento austríaco prevê, que sujeita a autorização à condição de o anterior concessionário manter a sua rentabilidade, influencia de modo quase inevitável a livre concorrência. Desde logo, e como indica a Comissão, razões de interesse público podem justificar, nalguns casos, uma cláusula de salvaguarda económica do anterior concessionário como garantia do regular funcionamento do serviço. No entanto, não parece existir qualquer circunstância especial deste tipo no presente caso, no qual, portanto, a ausência de qualquer regulamentação a esse respeito privilegiaria uma determinada empresa, embora outra fosse capaz de oferecer o serviço a um preço inferior ou ao mesmo preço mas com custos mais reduzidos, violando, afinal, a neutralidade que a concorrência exige [30].

29 — Por outro lado, sendo duvidoso, à partida, que o transporte num autocarro turístico beneficie das características de um serviço de interesse económico geral, em linha com o processo Woningstichting Sint Servatius, já referido, a alegação baseada nesse carácter careceria de eficácia relativamente ao estabelecimento, visto que aqui não se considera a concessão de direitos especiais ou exclusivos a nenhuma empresa, dado que o elemento nuclear do litígio não é senão a legalidade de uma série de restrições no quadro de um procedimento administrativo de autorização prévia.

30 — Neste sentido, e dito com todas as cautelas necessárias, o certo é que a circunstância de o anterior concessionário único parecer resultar de uma união de várias empresas locais dedicadas ao sector turístico, como se pode concluir do despacho de reenvio, também não é exactamente tranquilizadora, relativamente à cláusula da viabilidade económica, da perspectiva do exercício da livre concorrência.

VII — Conclusão

52. Tendo em conta as considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial, declarando que:

«1. O artigo 49.º TFUE (liberdade de estabelecimento) opõe-se a uma norma nacional que, para autorizar a gestão de um serviço de transporte colectivo público turístico, numa cidade, que passe regularmente por paragens definidas, de acordo com um horário pré-estabelecido, imponha como condição para a autorização que, antes do início da prestação dos serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros e, em particular, na data da concessão, a empresa requerente já tenha de possuir uma sede ou um estabelecimento de exploração no Estado da autoridade que concede a autorização.

2. O artigo 49.º TFUE (liberdade de estabelecimento) não se opõe a uma norma nacional que, para autorizar a gestão de um serviço de transporte colectivo público turístico, numa cidade, que passe regularmente por paragens definidas, de acordo com um horário pré-estabelecido, exija que a empresa requerente possua, o mais tardar, na data do início da prestação dos serviços de transporte, uma sede ou um estabelecimento de exploração no Estado da autoridade que concede a autorização.

3. O artigo 49.º TFUE (liberdade de estabelecimento) e o artigo 101.º TFUE (concorrência) opõem-se a uma norma nacional que, para autorizar a gestão de um serviço de transporte colectivo público turístico, numa cidade, que passe regularmente por paragens definidas, de acordo com um horário pré-estabelecido, preveja que a autorização deve ser recusada, de forma incondicional, se, com o início da prestação dos serviços regulares de transporte rodoviário de passageiros que foram objecto do pedido de autorização, as receitas de uma empresa concorrente, que faça um percurso total ou parcialmente idêntico, decorrentes da linha por ela explorada diminuírem de forma tão significativa que a continuação

da exploração deste percurso pela empresa concorrente deixe de ser rentável segundo as leis do mercado.

4. O artigo 56.º TFUE (livre prestação de serviços) não é aplicável à análise da compatibilidade com o direito da União de uma norma nacional que, para autorizar a gestão de um serviço de transporte colectivo público turístico, numa cidade, que passe regularmente por paragens definidas, de acordo com um horário pré-estabelecido, imponha os condicionalismos anteriormente indicados.»