FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CRUZ VILLALÓN
föredraget den 30 september 2010 [1]

1. I förevarande mål ges domstolen möjlighet att ytterligare fördjupa sig [2] i den särskilda betydelse som friheten att tillhandahålla tjänster har inom transportområdet, dess avgränsning mot etableringsfriheten och den funktion som dessa båda friheter har, vilka om de utövas på ett effektivt sätt säkerställer att det ”område utan inre gränser” [3] som Europeiska unionen utgör fungerar på avsett vis.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

2. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien har bett domstolen att yttra sig över huruvida en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en ”busslinje för turister” enligt vilken det krävs att det företag som ansöker om tillstånd a) vid tidpunkten för koncessionen eller senast när busslinjetrafiken tas i drift har ett säte eller ett driftställe (vid vilket den ekonomiska verksamheten i fråga ska bedrivas) i den medlemsstat där koncessionsmyndigheten är belägen och b) inte äventyrar lönsamheten för ett konkurrerande företag vars busslinjetrafik helt eller delvis täcker samma sträcka är förenlig med artiklarna 49 FEUF, 56 FEUF och 101 FEUF.

3. I artikel 49 FEUF (f.d. artikel 43 EG) föreskrivs att medborgare i en medlemsstat ”inom ramen för nedanstående bestämmelser” ska ha rätt att etablera sig på en annan medlemsstats territorium och att det är förbjudet att inskränka denna rätt. Det anges att förbudet även ska omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerade i en annan medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Etableringsfriheten ska innefatta ”rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Liksom generaladvokaten Mengozzi haft tillfälle att göra ur ett annat perspektiv i sitt förslag till avgörande av den 7 september 2010 i mål C-382/08, Neukirchinger.

3 — Artikel 26.2 FEUF.

driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare …”.

4. Vidare föreskrivs i artikel 56 FEUF (f.d. artikel 49 EG) att det, även här ”inom ramen för nedanstående bestämmelser”, är förbjudet med inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.

5. Enligt artikel 58.1 (f.d. artikel 51 EG) ska ”fri rörlighet för tjänster på transportområdet regleras av bestämmelserna i avdelningen om transporter”.

6. För att en gemensam transportpolitik ska genomföras på ett effektivt sätt föreskrivs i artikel 91 b FEUF att Europaparlamentet och rådet ska fastställa ”de villkor under vilka utomlands hemmahörande transportföretag får utföra transporter i en medlemsstat”.

II — Bakgrund

B — *Österrikisk rätt*

7. Enligt Kraftfahrliniengesetz (lagen om busslinjetrafik, nedan kallad KflG) [4] krävs vid busslinjetrafik med förutbestämda hållplatser på en linje med viss sträckning en koncession (1 §). För att erhålla sådan koncession ska sökanden uppfylla vissa noggrant angivna villkor (2 §). Koncession beviljas av Landeshauptmann (3 §). Om det sökande företaget inte är österrikiskt ska det ha ett säte eller ett fast driftställe i Österrike (7 § första stycket punkt 2) för att anses jämställt med österrikiska koncessionssökande. Vidare anses det strida mot allmänintresset om tjänsten är ägnad att äventyra möjligheten för det trafikföretag inom vars transportområde den nya linjen helt eller delvis ska dras att utföra sina transportuppgifter. Detta ska anses vara fallet när den befintliga linjen lider ett intäktsbortfall som innebär att tjänstens lönsamhet klart kan ifrågasättas (7 § första stycket punkt 4 b jämförd med 14 § första–tredje styckena).

8. Det tyska företaget Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (nedan kallat Yellow Cab) ansökte den 25 januari 2008 enligt KflG om koncession för att driva en busslinje uteslutande inom Wiens kommun. Ansökan avsåg

4 — I den lydelse som offentliggjorts i BGBl nr 153/2006.

drift på en närmare angiven sträcka för turiständamål och med fasta hållplatser. Nästan hela denna sträcka betjänades redan av en sammanslutning av företag. [5]

9. Den behöriga myndigheten avslog den 13 mars 2009 Yellow Cabs ansökan med motiveringen att en sådan koncession skulle äventyra trafiksäkerheten. Yellow Cab överklagade beslutet till Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, som fann att Yellow Cabs ansökan skulle avslås med hänvisning till andra grunder. Enligt österrikisk lag skulle ansökan nämligen avslås dels på grund av att Yellow Cab inte hade något säte eller driftställe i Österrike vid den tidpunkt då koncessionsansökan gjordes, dels på grund av att det befintliga transportföretagets lönsamhet annars allvarligt hade äventyrats.

III — Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

10. Dessa villkor i den österrikiska lagstiftningen fick Unabhängiger Verwaltungssenat Wien att fråga sig huruvida denna lagstiftning var förenlig med unionsrätten. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien beslutade därför att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till Europeiska unionens domstol:

”1. Är det förenligt med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 43 EG och följande artiklar samt artikel 49 EG och följande artiklar, och med de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna i artikel 81 EG och följande artiklar att tillämpa en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje, och således att inrätta ett allmänt transportmedel som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser efter en fastlagd tidtabell, enligt vilken det för godkännande av tillstånd krävs

a) att ett EU-företag som ansöker om tillstånd, redan innan busslinjen tas i drift, och då särskilt vid tidpunkten för koncessionen, har ett säte eller ett driftställe i den stat där koncessionsmyndigheten är belägen,

b) att ett EU-företag som ansöker om tillstånd, senast när busslinjetrafiken tas i drift, har ett säte eller ett driftställe i den stat där koncessionsmyndigheten är belägen?

2) Är det förenligt med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 43 EG och följande artiklar samt artikel 49 EG

5 — Vilken närmare bestämt, och enligt beslutet om hänskjutande, bestod av Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours – Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, enligt en koncession från den 17 maj 2005.

och följande artiklar, och med de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna i artikel 81 EG och följande artiklar att tillämpa en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje, och således inrätta ett allmänt transportmedel som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser efter en fastlagd tidtabell, enligt vilken tillstånd inte får beviljas om ett konkurrerande företag, vars busslinjetrafik helt eller delvis täcker samma sträcka, kommer att drabbas av ett sådant intäktsbortfall om den busslinjetrafik som ansökan gäller tas i drift att det inte längre blir lönsamt att fortsätta driften av den konkurrerande busslinjeverksamheten?”

11. Begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 24 augusti 2009.

12. I sitt skriftliga yttrande vidhöll Yellow Cab att villkoren i fråga var otillbörliga, medan den österrikiska regeringen, efter att ha ifrågasatt huruvida den andra tolkningsfrågan kunde tas upp till sakprövning, gjorde gällande att villkoren är förenliga med unionsrätten. Den österrikiska regeringen ansåg särskilt att friheten att tillhandahålla tjänster felaktigt hade åberopats i förevarande mål. I linje med detta hävdade den tyska regeringen, som enbart inriktade sig på kravet på säte eller driftställe, att etableringsfriheten inte hade åsidosatts. Detta gjorde även den italienska regeringen, som dessutom menade att det kan vara motiverat att skydda den befintliga koncessionshavaren i ekonomiskt hänseende. Kommissionen menade slutligen att varken konkurrensrätten eller friheten att tillhandahålla tjänster hade åsidosatts i det aktuella fallet. Vad beträffar etableringsfriheten godtog kommissionen kravet på säte eller driftställe, dock endast omedelbart före den tidpunkt då tjänsten påbörjas.

13. Det bör påpekas att Unabhängiger Verwaltungssenat Wien i var och en av de båda tolkningsfrågorna tar upp villkoren i den österrikiska lagstiftningen mot bakgrund av tre primärrättsliga kategorier, nämligen friheten att tillhandahålla tjänster, etableringsfriheten och konkurrensrätten. För att använda ett systematiskt tillvägagångssätt ska jag först pröva villkoren i fråga uteslutande mot bakgrund av de två friheterna, och därefter behandla konkurrensrättens betydelse för detta mål.

IV — Prövning av den första frågan

A — *Mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster*

14. Som ovan nämnts utgår den hänskjutande domstolen från såväl friheten att tillhandahålla tjänster som etableringsfriheten vid

prövningen i förevarande mål och jag ska därför börja med att avgränsa dem från varandra.

1. Avgränsningen mellan friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsrätten

15. Det bör till att börja med påpekas att domstolen enligt fast rättspraxis har använt sig av vissa avgörande kriterier för att skilja mellan ”tillhandahållande av tjänster” och ”etablering”.

16. Om en prestation tillhandahålls stadigvarande och kontinuerligt, kan begreppet etablering anses innebära en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta. Begreppet befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på den fria yrkesutövningens område. [6]

17. Är den ekonomiska verksamhet som bedrivs av ”tillfällig” karaktär [7] kan den däremot betraktas som ”tillhandahållande av tjänster”, och därigenom förtydligas den diffusa gränsen mellan de båda friheterna. [8]

18. Omständigheterna i förevarande mål gör att dessa kriterier får särskilt stor betydelse. Att döma av den hänskjutande domstolens redogörelse för bakgrunden och den av Yellow Cab föreslagna tjänstens karaktär, är företagets verksamhet avsedd att bedrivas varaktigt, eller åtminstone utan någon förutsebar tidsbegränsning. Sådana aspekter har domstolen uttryckligen beaktat då den fastslagit att bestämmelserna om tillhandahållande av tjänster inte ska tillämpas. [9] En sådan verksamhet som den som Yellow Cab ville utöva, som på grund av sina särskilda kännetecken

6 — Se domstolens dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309), punkt 21, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 25, och av den 14 september 2006 i mål C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer (REG 2006, s. I-8203), punkt 18.

7 — I den ovannämnda domen i målet Gebhard, punkterna 25–28, klargör domstolen att den tillfälliga karaktären av den ifrågavarande verksamheten ska bedömas inte bara i förhållande till tjänstens varaktighet, utan även i förhållande till hur ofta den ägt rum, dess regelbundenhet och kontinuitet. Det innebär att om den berörda personens deltagande i det ekonomiska livet i mottagarstaten inte är av stadigvarande och kontinuerlig karaktär omfattas denne av bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster och inte av etableringsrätten.

8 — Den är när allt kommer omkring diffus, för som framgår av domstolens dom av den 11 december 2003 i mål C-215/01, Schnitzer (REG 2003, s. I-14847), punkterna 30 och 31, av den 29 april 2004 i mål C-171/02, kommissionen mot Portugal (REG 2004, s. I-5645), punkt 26, och av den 16 juli 2009 i mål C-208/07, von Chamier-Glisczinski (REG 2009, s. I-6095) punkt 74, ”[ger] ingen av bestämmelserna i fördraget … någon ledning när det gäller att rent abstrakt bestämma efter vilken tid eller över vilken frekvens som tillhandahållandet av en tjänst eller en viss typ av tjänster i en annan medlemsstat inte längre kan anses som tillhandahållande av en tjänst i den mening som avses i fördraget. Sålunda kan begreppet tjänster i den mening som avses i fördraget omfatta tjänster av mycket olika slag, däribland tjänster som tillhandahålls under en längre tid, till och med flera år.”

9 — Domstolens dom av den 5 oktober 1988 i mål 196/87, Steymann (REG 1988, s. 6159; svensk specialutgåva, volym 9, s. 751), punkt 16, domen i det ovannämnda målet Schnitzer, punkterna 27–29, och dom av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), punkt 28.

kräver en viss kontinuitet och varaktighet i den medlemsstat där den ska bedrivas, omfattas därför mer av etableringsfrihetens område (artikel 49 FEUF) än av området för friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF).

2. Friheten att tillhandahålla tjänster inom ramen för unionens transportpolitik

19. Oberoende av vad som ovan anförts bör det erinras om att den verksamhet som Yellow Cab avser att bedriva uppenbart tycks falla inom transportområdet. Enligt artikel 58 FEUF regleras den fria rörligheten för tjänster inom detta område i sekundärrätten rörande den gemensamma transportpolitiken. [10]

20. Om det inte finns några särskilda bestämmelser för transportområdet, följer det av fast rättspraxis att artikel 56 FEUF inte ska tillämpas som grund för att bedöma i vilken mån en nationell bestämmelse strider mot unionsrätten, eftersom det då enligt domstolen föreligger ett begränsat handlingsutrymme inom detta område. [11] Det bör således klarläggas huruvida det finns några sådana bestämmelser.

21. För det första är förordning (EEG) nr 1191/69, [12] som ändrats genom förordning (EEG) nr 1893/91, [13] inte tillämplig i det här fallet, [14] eftersom den inte uttryckligen reglerar friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 56 FEUF. Inte heller

10 — Såsom domstolen påpekade i sin dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257), punkt 25, åsidosätter den gemensamma transportpolitiken naturligtvis inte på något sätt de grundläggande friheterna, utan den syftar tvärtom till att genomföra och komplettera dem. Eftersom den också grundar sig på friheten att tillhandahålla tjänster, måste denna politik tolkas mot bakgrund av artikel 56 FEUF (domstolens dom av den 22 maj 1985 i mål 13/83, Parlamentet mot rådet (REG 1985, s. 1513; svensk specialutgåva, volym 8, s. 197), punkt 62, av den 13 december 1989 i mål C-49/89, Corsica Ferries France (REG 1989, s. 4441), punkterna 10–12, av den 18 januari 2001 i mål C-361/98, Italien mot kommissionen (REG 2001, s. I-385), punkterna 31–33, och av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkterna 55 och följande punkter), vilket inte motsägs av artikel 58.1 FEUF som inte ger avkall på de mål som eftersträvas med just denna frihet på den inre marknaden.

11 — Det räcker att hänvisa till dom av den 22 maj 1985 i mål 13/83, Parlamentet mot rådet (REG 1985, s. 1513; svensk specialutgåva, volym 8, s. 197), punkterna 62 och 63, vilken åter uppmärksammades i dom av den 13 juli 1989 i mål 4/88, LambregtsTransportbedrijf (REG 1989, s. 2583), punkt 14. I dessa domar slog domstolen fast att den omständigheten att rådet åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 75 i fördraget (nu artiklarna 90 FEUF och 91 FEUF) inte kan få till följd att artiklarna 59 och 60 i fördraget (nu artiklarna 56 FEUF och 57 FEUF) är direkt tillämpliga inom transportområdet. I linje med detta slog domstolen i sin dom av den 13 december 1989 i mål C-49/89, Corsica Ferries, efter att ha erinrat om att friheten att tillhandahålla tjänster på transportområdet regleras av bestämmelserna i avdelningen om transporter (punkt 10), fast att det inte förelåg något hinder för nationella bestämmelser som begränsade artikel 56 FEUF vid en tidpunkt (1981 och 1982) då ”friheten att tillhandahålla tjänster på sjötransportområdet ännu inte [hade] förverkligats, vilket innebar att medlemsstaterna hade rätt att tillämpa bestämmelser som de bestämmelser som avsågs i målet vid den nationella domstolen” (punkt 14).

12 — Rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 156, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64), som fortfarande är tillämplig av tidsmässiga skäl.

13 — Rådets förordning (EEG) nr 1893/91 av den 20 juni 1991 om ändring i förordning (EEG) nr 1191/69 (EGT L 169, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 17).

14 — Det bör emellertid beaktas att den ursprungliga artikel 19.2, enligt vilken förordningen inte skulle tillämpas på andra transportföretag än järnvägstransportföretag som huvudsakligen tillhandahöll transporttjänster av lokal eller regional karaktär, upphävdes genom förordning 1893/91.

är förordning (EEG) nr 684/92 [15] tillämplig, eftersom den endast avser internationella transporter, och inte heller förordning (EG) nr 12/98, [16] i vilken det i artikel 3 föreskrivs att cabotagetrafik endast ska vara tillåten för ”… linjetrafik, förutsatt att trafiken bedrivs av ett transportföretag som inte är hemmahörande i värdmedlemsstaten och att trafiken äger rum under internationell linjetrafik enligt förordning (EEG) nr 684/92. Cabotagetrafiken får inte ske annat än i samband med denna internationella trafik. Stads- och förortstrafik skall inte omfattas av tillämpningsområdet i den här punkten.”

22. För övrigt kan av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte heller den ovannämnda förordning 1370/2007 [17] tillämpas. I denna anges det dessutom uttryckligen att den inte är tillämplig på trafik som i första hand bedrivs på grund av dess historiska intresse eller dess turistvärde (artikel 1.2). Inte heller är förordning (EG) nr 1073/2009 [18] tillämplig, av tidsmässiga skäl och på grund av att den inte är tillämplig på ”transporter som uppfyller transportbehov i en storstad eller tätort” eller transporter som sker ”annat än i samband med denna internationella trafik” (artikel 15 c).

23. Eftersom det inte finns en särskild bestämmelse genom vilken, när det gäller ett sådant fall som det förevarande, friheten att tillhandahålla tjänster genomförs på transportpolitikens område, kan villkoren i den österrikiska lagstiftningen följaktligen inte prövas med avseende på artikel 56 FEUF.

B — *Mot bakgrund av etableringsrätten*

24. Det ska nu prövas huruvida villkoren i den österrikiska lagstiftningen är förenliga med etableringsrätten och de rättsliga konsekvenserna av den: ett faktiskt utövande av en ekonomisk verksamhet av stadigvarande och kontinuerlig karaktär på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare (artikel 49 andra stycket FEUF).

1. Kravet på tillstånd för att få bedriva verksamheten

25. Ett krav på tillstånd innebär i princip en begränsning av etableringsfriheten. Detta kan endast anses motiverat om det är lämpligt

15 — Rådets förordning (EEG) nr 684/92 av den 16 mars 1992 om gemensamma regler för internationell persontransport med buss (EGT L 74, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 117).

16 — Rådets förordning (EG) nr 12/98 av den 11 december 1997 om villkoren för att transportföretag ska få utföra nationella persontransporter på väg i en annan medlemsstat än den där de är hemmahörande (EGT L 4, s. 10).

17 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

18 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1073/2009 av den 21 oktober 2009 om gemensamma regler för tillträde till den internationella marknaden för persontransporter med buss och om ändring av förordning (EG) nr 561/2006 (EUT L 300, s. 88).

för att säkerställa att de eftersträvade målen uppnås och det grundar sig på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, varigenom gränserna för myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning i tillfredsställande mån kan fastställas. [19] De nationella myndigheterna kan då inte agera på ett sådant skönsmässigt sätt att unionsbestämmelserna om denna grundläggande frihet förlorar sin verkan.

26. Enligt artikel 52.1 FEUF kan begränsningar av etableringsrätten rättfärdigas av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, men då ska de vara anpassade till det eftersträvade målet och de får inte gå utöver vad som krävs för att målet ska uppnås. Detta proportionalitetskriterium, som domstolen upprepade gånger har tillämpat i mål om grundläggande friheter, brukar ofta kallas för ändamålsenlighetstestet respektive nödvändighetstestet. Naturligtvis överskrids gränserna för vad som är ändamålsenligt respektive nödvändigt om de eftersträvade målen kan uppnås med mindre ingripande åtgärder. [20]

27. Även om den inte behöver betraktas som en allmännyttig tjänst, anser jag att en verksamhet som utgörs av drift av en busslinje med fasta hållplatser i en stad för turiständamål är av visst allmänintresse. Detta mot bakgrund av att en mängd olika aspekter berörs, exempelvis enskilda personers säkerhet och integritet, trafiksäkerhet och till och med den allmänna trafikplaneringen i städerna. [21] Det kan rättfärdiga att ett tillstånd krävs, utan att det strider mot unionsrätten. ”En kontroll i förväg som genomförs av de behöriga myndigheterna [kan] bättre ... bidra [till att målen uppnås]… [medan] [e]tt system med kontroll i efterhand kan medföra att ingripande sker för sent, särskilt när betydande kostnader redan har uppkommit och motsvarande belopp svårligen kan återfås.” [22]

28. Kraven på säte eller driftställe, å ena sidan, och ekonomiskt skydd för den befintliga koncessionshavaren, å den andra, för att tillstånd ska beviljas skiljer sig åt och ska prövas separat.

19 — Se exempelvis domstolens dom av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), särskilt punkt 64.

20 — Domstolens dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94, Sanz de Lera m.fl. (REG 1995, s. I-4821), punkterna 23–28, av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir m.fl. (REG 2001, s. I-1271), punkt 35, och av den 1 oktober 2009 i mål C-567/07, Woningstichting Sint Servatius (REG 2009, s. I-9021), punkt 33.

21 — Ett kriterium som för övrigt angavs som det enda skälet till att koncessionsansökan avslogs.

22 — Ett kriterium som domstolen anger uttryckligen i den ovannämnda domen i målet Woningstichting Sint Servatius, punkt 34.

C — *Kravet på säte eller driftställe*

29. För att koncession ska beviljas ska det sökande företaget enligt de österrikiska bestämmelserna ha ett säte eller ett driftställe i Österrike. Det bör klargöras när detta krav ska vara uppfyllt och det är då lämpligt att först analysera kravets karaktär i sig, för att därefter undersöka dess tidsmässiga dimension.

1. Kravet på säte eller driftställe i sig

30. Till skillnad från vad som är fallet beträffande friheten att tillhandahålla tjänster, då ett krav på varaktig etablering kan innebära en så stark inskränkning av artikel 56 FEUF att det utgör ”ett verkligt uttryck för förnekande av denna frihet”,[23] förefaller kravet att ha ett driftställe som en del av koncessionen – i linje med kommissionens resonemang i punkterna 32 och 33 i dess yttrande – på ett naturligt sätt vara anpassat till artikel 49 FEUF, enligt vilken företag i en viss medlemsstat har rätt att ”etablera sig” i en annan medlemsstat.[24]

31. De krav som en medlemsstat ställer på företag som vill etablera sig inom dess territorium kan också ha betydelse för de beslut som företagen i slutändan fattar. Det är skillnad på att planera att bedriva ekonomisk verksamhet i en stat där etableringskraven är rimliga ur byråkratisk och ekonomisk synvinkel och att göra det i en stat där kraven är så ekonomiskt betungande att utländska företag avstår från att etablera sig. Den tunna skiljelinjen mellan dessa båda kategorier skiljer de krav som unionen kan godta från dem som inte kan anses godtagbara av proportionalitetsskäl.

32. Domstolen har i allmänhet en benägenhet att uttrycka sig med i hög grad faktiska begrepp, utan särskilda rättsliga krav och uppenbart oberoende av nationella institutioner, genom att endast hänvisa till en ständig närvaro.[25] Inte desto mindre får kravet på ett

23 — Så drastiskt uttryckte sig domstolen i sin dom av den 4 december 1986 i mål 205/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755; svensk specialutgåva, volym 8, s. 741), punkt 52.

24 — Ett krav på att ha ett driftställe för att få tillstånd att driva ett laboratorium för biomedicinsk analys innebär enligt domstolen en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och inte av etableringsfriheten i sig, eftersom kravet inte innebar att driftstället måste göras till företagets säte (dom av den 11 mars 2004 i mål C-496/01, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-2351), punkterna 61 och 64–77). Ibland kan det emellertid även utgöra en inskränkning i etableringsfriheten, som inte följer av kravet på säte eller driftställe, utan av kravet på att ledning och personal i bevakningsföretag och interna säkerhetstjänster ska vara bosatta i den medlemsstat där företagen är etablerade (dom av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), punkterna 31–34 och 41).

25 — Den ovannämnda domen i målet Centro di Musicologia Walter Stauffer, punkt 19.

säte eller ett driftställe, vilket per definition redan är uppfyllt av personer som är bosatta i Österrike, som en förutsättning för att få tillstånd, karaktären av en begränsning som måste vara tillräckligt motiverad för att det inte ska föreligga en indirekt diskriminering.

vad som är godtagbart som jag har hänvisat till i punkt 31 i detta förslag till avgörande.

2. Etableringskravets tidsmässiga dimension

33. Av de uppgifter som Unabhängiger Verwaltungssenat Wien har lämnat framgår det emellertid inte närmare vilka villkor ”för att etablera sig” som ställs i den österrikiska lagstiftningen. Med andra ord är det oklart hur villkoren i den österrikiska lagstiftningen närmare ska uppfyllas och det finns därför skäl att fråga sig om kommissionen i sitt yttrande använder sig av samma etableringsbegrepp som den österrikiska regeringen. Vidare finns det anledning att skilja mellan ”säte” och ”driftställe”. Den österrikiska regeringen har bekräftat detta genom att påpeka att icke österrikiska företag har en viss fördel framför de inhemska, genom att de sistnämnda bara kan beviljas koncession om de har ett ”säte” i landet medan det för de förstnämnda räcker att ha ett ”driftställe”.

35. Enligt min uppfattning finns det behov av ett mer nyanserat svar på denna fråga, det vill säga huruvida den österrikiska lagstiftningen, såsom den har beskrivits, kräver ett säte eller ett driftställe innan sökanden kan få reda på om denne har någon reell möjlighet att erhålla en koncession. Kan det inte göras en tillförlitlig bedömning av möjligheterna att erhålla en koncession, utgör kravet att företaget först ska ha ett ”säte” eller ett ”driftställe” för att en koncession ska kunna beviljas en begränsning av denna frihet i meningen bedrivande av ekonomisk verksamhet.

34. Mot bakgrund av att det saknas tillräckliga uppgifter om dessa kategorier i den österrikiska rätten, ankommer det således på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida de krav som ställs i österrikisk rätt för att man ska få ha ett ”säte” eller ett ”driftställe” är proportionerliga, på grundval av de gränser för

36. Det finns i den österrikiska regeringens ståndpunkt genomgående en vaghet beträffande syftena med detta föregående krav, även om den motiverar kravet på ett säte eller ett driftställe med att likvärdiga konkurrensvillkor ska skapas och att bestämmelserna i social- och arbetsmarknadslagstiftningen ska uppfyllas (punkt 30 i dess skriftliga yttrande). Det förefaller överlag inte helt klart om kravet på ett säte eller ett driftställe i Österrike

kan anses vara det enda sättet att uppnå det angivna målet.

37. De investeringar som inrättandet av ett fast driftställe medför för ett företag – vilka bara kan amorteras om företaget i slutändan tilldelas koncessionen – kan inte rättfärdigas av proportionalitetsskäl, eftersom samtliga eftersträvade mål kan uppnås på andra sätt som är mindre ekonomiskt betungande för företagen i denna fas som föregår beviljandet av tillståndet. Exempelvis kan myndigheter i andra medlemsstater lämna uppgifter och garantier, och dessa kan dessutom vara mer tillförlitliga och ingående än sådana som lämnas av ett nyetablerat utländskt företag.

38. Jag anser liksom kommissionen att kravet på ett ”säte” eller ett ”driftställe” kan vara motiverat i proportionalitetshänseende, förutsatt att det gäller tidpunkten alldeles innan verksamheten påbörjas, men inte som ett villkor före koncessionen för att den ska beviljas.

V — Prövning av den andra frågan: det ekonomiska skyddet för den befintliga koncessionshavaren

39. Med hänsyn till vad som ovan anförts beträffande friheten att tillhandahålla tjänster ska jag, vid prövningen av den andra frågan, begränsa mig till att mot bakgrund av etableringsfriheten och den fria konkurrensen pröva kravet att den befintliga koncessionshavaren inte får drabbas ekonomiskt för att koncessionen ska beviljas. Den österrikiska regeringen har här gjort gällande att denna fråga inte kan tas upp till sakprövning.

A — *Yrkandet om avvisning*

40. Den österrikiska regeringens argument för att den andra tolkningsfrågan ska avvisas förefaller svaga. Den har gjort gällande att ingen av parterna åberopade denna grund för att avslå ansökan om koncession i första instans. Det stämmer visserligen i princip att Yellow Cabs koncessionsansökan avslogs på en grund som skiljer sig avsevärt från den som nu prövas av Unabhängiger Verwaltungssenat Wien. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien påpekar emellertid (i viss grad i preventivt syfte) i sin begäran om förhandsavgörande att den är fullt behörig att pröva denna fråga och att det dessutom finns ett behov av att få en användbar tolkning av unionsrätten. Under dessa omständigheter bör domstolen besvara frågan, eftersom den rör föremålet för målet vid den nationella domstolen och inte är rent hypotetisk. [26]

26 — Domstolens dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19.

B — *Prövning i sak*

41. Det krävs tungt vägande skäl av allmänintresse, vilka i första hand har att göra med att tjänsten i fråga ska fungera korrekt, för att motivera att den befintliga koncessionshavarens lönsamhet ska garanteras.

42. I detta sammanhang kan förordning nr 684/92 ge viss tolkningshjälp, även om den inte är tillämplig här. I artikel 7.4 i nämnda förordning föreskrivs att en ansökan om tillstånd får avslås om den trafik som ansökan gäller direkt skulle äventyra upprätthållandet av sådan linjetrafik som redan har beviljats tillstånd. Det klargörs emellertid omedelbart därefter att det förhållandet att ”ett transportföretag erbjuder lägre priser än andra väg- eller järnvägstransportföretag eller det förhållandet att förbindelsen i fråga redan trafikeras av andra väg- eller järnvägstransportföretag … inte i sig [får] utgöra ett skäl för att avslå ansökan” (se även artikel 8.4 i förordning nr 1073/2009).

43. När allt kommer omkring innebär det förhållandet att den tjänst som koncessionssökanden avser att tillhandahålla – av rent lönsamhetsmässiga skäl – kan äventyra det befintliga transportföretagets möjligheter att fullgöra sina uppgifter en tydlig förskjutning av vad det är som ska skyddas. Det förefaller som om det är den befintliga koncessionshavarens lönsamhet som ska säkerställas och inte tjänsten i sig. Sammanfattningsvis förefaller denna särskilda klausul om företagsekonomisk lönsamhet inte vara avsedd att främja turism, att rationalisera eller öka säkerheten i trafiken eller att skydda passagerarna.

44. Annorlunda förhåller det sig om den minskade lönsamheten skulle drabba trafiken så till den grad att den inte längre kunde upprätthållas eller vara möjlig att bedriva och de ursprungliga förhållandena inte kunde återställas (eller förbättras) genom den andra koncessionshavarens inträde på scenen. I det fallet skulle det i själva verket kunna uppstå en negativ påverkan – i kvalitetshänseende – på transporterna, vilket skulle komma att drabba passagerarna. Detta påpekar också den österrikiska regeringen i sitt yttrande (punkt 40 i det skriftliga yttrandet). Det kräver emellertid en prövning som bygger på detaljerade uppgifter.

45. För att den nationella myndigheten inte godtyckligt ska kunna begränsa friheten, måste kriterierna för när så får ske vara öppet

redovisade, objektiva och kända på förhand. [27] Även om – såsom Österrike påpekar – det då den befintliga koncessionshavarens ekonomiska situation utreds ska göras en prognos som grundar sig på tillräckliga uppgifter om de faktiska omständigheterna (punkt 34 i dess skriftliga yttrande), görs det i praktiken enbart på grundval av de uppgifter som den befintliga koncessionshavaren tillhandahåller, vilket inte förefaller överensstämma särskilt väl med dessa kriterier och därmed inte heller med etableringsfriheten.

46. Sammanfattningsvis utgör skyddet av den befintliga koncessionsinnehavarens ekonomi hinder för etableringsfriheten, om det som i förevarande fall är oklart vilket syftet med detta skydd är och vilka kriterier som ska tillämpas för det.

VI — Det konkurrensrättsliga perspektivet

47. Avslutningsvis vill den hänskjutande domstolen såväl i den första som i den andra frågan veta huruvida de nationella bestämmelserna i fråga är förenliga med artikel 101 FEUF (konkurrens). Domstolen bör i sitt svar emellertid skilja mellan hur denna bestämmelse kan påverka kravet på ett säte och hur den påverkar kravet på ekonomisk lönsamhet för den befintliga koncessionshavaren.

48. Det bör först och främst påpekas att domstolens praxis förefaller motsäga kommissionens särskilda argument om att den fria konkurrensen saknar relevans i det här fallet, vilket kommissionen grundar på att det inte handlar om företags beteende gentemot varandra och att ingen offentlig verksamhet berörs. I domen i målet Cipolla [28] slog domstolen fast att även om artiklarna 81 EG och 82 EG (nu artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF) endast omfattar ”företags beteenden och inte avser lagar och andra författningar som antagits av medlemsstaterna, medför dessa bestämmelser, jämförda med artikel 10 EG (nu artikel 4.3 FEU), i vilken en skyldighet att samarbeta föreskrivs, emellertid att medlemsstaterna inte får vidta eller bibehålla åtgärder – inte heller i form av lagar eller andra författningar – som kan leda till att de konkurrensregler som är tillämpliga på företag förlorar sin ändamålsenliga verkan”, vilket innebär att ”det utgör en överträdelse av artiklarna 10 EG och 81 EG om en medlemsstat antingen påbjuder eller främjar avtal, beslut och samordnade förfaranden som strider mot artikel 81 EG eller förstärker

27 — Vilket domstolen, som jag har nämnt ovan, bland annat har slagit fast i domarna i målen Woningstichting Sint Servatius och Hartlauer.

28 — Domstolens dom av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla (REG 2006, s. I-11421), punkterna 46 och 47, i vilken det hänvisas till domstolens beslut av den 17 februari 2005 i mål C-250/03, Mauri (REG 2005, s. I-1267), punkterna 29 och 30.

verkningarna av sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden …”.

49. Det bör härvid påpekas att argumentet om åsidosättande av konkurrensrätten inte är lika tungt vägande i båda de frågor som ställts.

50. Således ska, såvitt avser den första frågan, de eventuella indirekta följder som en inskränkning av etableringsfriheten har för den fria konkurrensen alltid prövas mot bakgrund av konkurrensreglerna. Det innebär att det i förevarande mål är onödigt att även pröva kravet på ett säte mot bakgrund av konkurrensreglerna. [29]

51. Innebörden av artikel 101 FEUF kan däremot vara en annan beträffande den andra frågan, som rör kravet på säkerställande av den tidigare koncessionsinnehavarens lönsamhet. Det är nämligen uppenbart att en sådan bestämmelse om lönsamhet som föreskrivs i den österrikiska rättsordningen, enligt vilken tillståndet villkoras av att den tidigare koncessionshavaren behåller sin lönsamhet, oundvikligen inverkar på den fria konkurrensen. Såsom kommissionen har påpekat kan det naturligtvis finnas skäl av allmänintresse som i enskilda fall motiverar ett krav på ekonomiskt skydd för den befintliga koncessionshavaren, för att säkerställa att tjänsten tillhandahålls korrekt. Eftersom det inte förefaller som om det finns några sådana särskilda omständigheter i förevarande mål, medför avsaknaden av sådana förutsättningar i detta avseende att ett visst företag gynnas, även om det finns andra som kan tillhandahålla tjänsten till ett lägre pris eller till samma pris men till lägre kostnad, vilket i slutändan innebär att den neutralitet som konkurrensen förutsätter åsidosätts. [30]

29 — Eftersom det är tveksamt om turistbusstrafik är att betrakta som en sådan tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som behandlades i den ovannämnda domen i målet Woningstichting Sint Servatius, saknar det argument som grundar sig på detta betydelse för etableringen. Här handlar det inte om beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätt för ett företag, utan kärnpunkten i tvisten är huruvida ett antal begränsningar inom ramen för att administrativt förfarande med förhandstillstånd är förenliga med unionsrätten.

30 — I denna mening – och detta sagt med alla nödvändiga förbehåll – är det uppenbart att det förhållandet att den befintliga enda koncessionshavaren förefaller bestå av en sammanslutning av lokala företag som är verksamma inom turistbranschen, vilket är en slutsats som kan dras av beslutet om hänskjutande, inte heller direkt bidrar till att undanröja de bekymmer som bestämmelsen om lönsamhet ger upphov till inom ramen för utövandet av den fria konkurrensen.

VII — Förslag till avgörande

52. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt:

1. Det är inte förenligt med artikel 49 FEUF (etableringsfrihet) att tillämpa en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje för turister i en stad med bussar som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser enligt en fastlagd tidtabell, enligt vilken bestämmelse det för godkännande av tillstånd krävs att ett företag som ansöker om tillstånd, redan innan busslinjen tas i drift, och då särskilt vid tidpunkten för koncessionen, har ett säte eller ett driftställe i den stat där koncessionsmyndigheten är belägen.

2. Det är förenligt med artikel 49 FEUF (etableringsfrihet) att tillämpa en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje för turister i en stad med bussar som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser enligt en fastlagd tidtabell, enligt vilken bestämmelse det krävs att ett företag som ansöker om tillstånd, senast då busslinjen tas i drift, har ett säte eller ett driftställe i den stat där koncessionsmyndigheten är belägen.

3. Det är inte förenligt med artikel 49 FEUF (etableringsfrihet) och artikel 101 FEUF (konkurrens) att tillämpa en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje för turister i en stad med bussar som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser enligt en fastlagd tidtabell, enligt vilken bestämmelse tillstånd inte på några villkor får beviljas om ett konkurrerande företag, vars busslinjetrafik helt eller delvis täcker samma sträcka, kommer att drabbas av ett sådant intäktsbortfall om den busslinjetrafik som ansökan gäller tas i

drift att det inte längre blir lönsamt att fortsätta driften av den konkurrerande busslinjeverksamheten.

4. Artikel 56 FEUF (frihet att tillhandahålla tjänster) är inte tillämplig vid bedömningen av huruvida en nationell bestämmelse om beviljande av tillstånd att driva en busslinje för turister i en stad med bussar som reguljärt trafikerar förutbestämda hållplatser enligt en fastlagd tidtabell, enligt vilken bestämmelse det för tillstånd krävs att ovannämnda villkor är uppfyllda, är förenlig med unionsrätten.