OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PEDRA CRUZA VILLALÓNA przedstawiona w dniu 30 września 2010 r. [1]

1. Niniejsze postępowanie prejudycjalne umożliwia Trybunałowi dalsze zgłębianie [2] kwestii specyficznych skutków, jakie swoboda świadczenia usług wywiera w dziedzinie transportu, zakreślenia jej granic w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości i funkcji obydwu swobód, których faktyczne wykonywanie zapewnia właściwe funkcjonowanie „obszaru bez granic wewnętrznych" [3], którym jest Unia Europejska.

I — Obowiązujące przepisy

A — *Prawo Unii Europejskiej*

2. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności z art. 49 TFUE, 56 TFUE i 101 TFUE przepisu krajowego, który w odniesieniu do obsługi „turystycznej linii autobusowej" wymaga, aby przedsiębiorstwo występujące z wnioskiem o jej prowadzenie a) w dniu przyznania koncesji lub najpóźniej od momentu rozpoczęcia obsługi transportu posiadało siedzibę lub oddział (w którym będzie wykonywana dana działalność gospodarcza) w państwie członkowskim organu władzy przyznającego pozwolenie oraz b) aby nie zagrażało opłacalności konkurencyjnego przedsiębiorstwa, świadczącego omawiane usługi w części lub w całości na tej samej trasie.

3. Artykuł 49 TFUE (dawny art. 43 WE) reguluje „w ramach poniższych postanowień" swobodę przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego, zakazując jej ograniczania i rozszerzając ten zakaz również na ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego. Swoboda przedsiębiorczości obejmuje „podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami,

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Jak z innego punktu widzenia miał niedawno okazję uczynić rzecznik generalny P. Mengozzi w swej opinii z dnia 7 września 2010 r. w sprawie C-382/08 Neukirchinger.

3 — Artykuł 26 ust. 2 TFUE.

a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 54 akapit drugi, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli".

4. Natomiast art. 56 TFUE (dawny art. 49 WE), również „w ramach poniższych postanowień", głosi zakaz ograniczeń swobody świadczenia usług wewnątrz Unii w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

5. Zgodnie z art. 58 ust. 1 TFUE (dawny art. 51 WE) „swobodę przepływu usług w dziedzinie transportu regulują postanowienia tytułu dotyczącego transportu".

6. W celu skutecznego wdrażania wspólnej polityki transportowej art. 91 ust. 1 lit. b) powierza Parlamentowi Europejskiemu i Radzie ustanowienie „warunk[ów] dostępu przewoźników nie mających stałej siedziby w państwie członkowskim do transportu krajowego w państwie członkowskim".

B — *Prawo austriackie*

7. Zgodnie z Kraftfahrliniengesetz (ustawą w sprawie regularnych tras transportu pojazdami mechanicznymi, zwaną dalej „KflG") [4] na transport pojazdami mechanicznymi kursującymi regularnie na określonej trasie ze stałymi przystankami należy posiadać zezwolenie w postaci koncesji (§ 1), wniosek o przyznanie koncesji musi spełnić bardzo szczegółowe wymagania (§ 2), a koncesję przyznaje Landeshauptmann (§ 3). W przypadku gdy wnioskujące przedsiębiorstwo nie jest przedsiębiorstwem austriackim, wymagane jest, aby posiadało ono siedzibę lub stałe miejsce prowadzenia działalności w Austrii (§ 7 ust. 1 pkt 2), aby mogło być traktowane na równi z wnioskodawcami austriackimi. Z drugiej strony koncesję uznaje się za sprzeczną z interesem publicznym, w przypadku gdy usługa może zagrażać wypełnianiu zadań z zakresu transportu przez przedsiębiorstwo transportowe, przez którego obszar działalności przebiega w całości lub w części trasa będąca przedmiotem wniosku, co miałoby miejsce wówczas, gdyby zmniejszenie przychodów wyraźnie zagrażające opłacalności miało znaczny wpływ na prowadzenie przez wspomniane przedsiębiorstwo obsługi transportu [§ 7 ust. 1 pkt 4 lit. b) w związku z § 14 ust. 1–3].

II — Okoliczności faktyczne

8. Niemieckie przedsiębiorstwo Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (zwane dalej „Yellow Cab") wystąpiło w dniu 25 stycznia 2008 r. zgodnie z KflG o przyznanie mu koncesji na obsługę pojazdami mechanicznymi regularnej trasy, wyłącznie na obszarze

4 — W wersji opublikowanej w BGBl nr 153/2006.

gminy Wiedeń, na określonym odcinku, dla celów turystycznych i z wyznaczeniem stałych przystanków, przy czym praktycznie cały ten odcinek obsługiwany był już przez grupę przedsiębiorstw [5].

9. Wniosek złożony przez Yellow Cab został odrzucony przez właściwą władzę w dniu 13 marca 2009 r. ze względu na to, że przyznanie koncesji naruszałoby bezpieczeństwo ruchu drogowego. W wyniku odwołania wniesionego przez Yellow Cab, Unabhängiger Verwaltungssenat Wien orzekł, że istniały odmienne powody uzasadniające odrzucenie wniosku. Mianowicie jego odrzucenie było zgodnie z austriackimi przepisami konieczne ze względu na to, że z jednej strony Yellow Cab nie posiadało siedziby ani oddziału w Austrii w momencie, gdy wystąpiło z wnioskiem o koncesję, a z drugiej strony ponieważ poważnie zagrożona byłaby rentowność działalności, którą prowadził istniejący przedsiębiorca transportowy.

III — Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

10. Mając pewne wątpliwości dotyczące zgodności austriackich przepisów z prawem Unii, Unabhängiger Verwaltungssenat Wien postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału w trybie prejudycjalnym z następującymi pytaniami:

„1) Czy ze swobodą przedsiębiorczości i swobodą świadczenia usług w rozumieniu art. 43 i nast. WE, art. 49 i nast. WE oraz ze wspólnotowym prawem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 81 i nast. WE zgodne jest, że przepis krajowy w odniesieniu do wydania pozwolenia na obsługę transportu pojazdami mechanicznymi, a zatem zorganizowanie publicznego transportu masowego, który będzie się odbywał regularnie, zgodnie z rozkładem jazdy, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, ustanawia następujące wymogi:

a) wspólnotowe przedsiębiorstwo występujące z wnioskiem musi już przed rozpoczęciem obsługi transportu, a w szczególności w momencie udzielenia koncesji, posiadać siedzibę albo oddział w państwie, którego organ udziela pozwolenia;

b) wspólnotowe przedsiębiorstwo występujące z wnioskiem musi najpóźniej od momentu rozpoczęcia obsługi transportu posiadać siedzibę albo oddział w państwie, którego organ udziela pozwolenia?

2) Czy ze swobodą przedsiębiorczości i swobodą świadczenia usług w rozumieniu art. 43 i nast. WE, art. 49 i nast. WE oraz ze wspólnotowym prawem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 81

5 — W szczególności, zgodnie z postanowieniem odsyłającym, złożonej z Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH und Vienna Sightseeing Tours - Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG, na mocy koncesji z dnia 17 maja 2005 r.

i nast. WE zgodne jest, że przepis krajowy w odniesieniu do wydania pozwolenia na obsługę transportu pojazdami mechanicznymi, a zatem zorganizowanie publicznego transportu masowego, który będzie się odbywał regularnie, zgodnie z rozkładem jazdy, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, stanowi, że należy odmówić wydania pozwolenia, gdy w przypadku rozpoczęcia obsługi transportu pojazdami mechanicznymi, którego dotyczy wniosek, przychody konkurencyjnego przedsiębiorstwa, obsługującego w części lub w całości tę samą trasę, z tytułu realizowanego przez nie transportu ulegną obniżeniu w takim stopniu, iż z gospodarczego punktu widzenia dalsze jego realizowanie przez to konkurencyjne przedsiębiorstwo nie będzie już opłacalne?".

11. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 24 sierpnia 2009 r.

12. Yellow Cab w swoich uwagach pisemnych utrzymuje bezzasadność wspomnianych przesłanek, podczas gdy rząd austriacki po zakwestionowaniu dopuszczalności drugiego pytania podnosi ich zgodność z prawem Unii; w szczególności uznaje za nieistotne w tym przypadku powołanie się na swobodę świadczenia usług. Analogicznie rząd niemiecki, koncentrując się wyłącznie na wymogu posiadania siedziby lub oddziału, zaprzecza, jakoby doszło do naruszenia swobody przedsiębiorczości, podobnie jak rząd włoski, którego zdaniem ochrona gospodarcza poprzedniego koncesjonariusza może być uzasadniona. Wreszcie Komisja wyklucza w tym przypadku, że została naruszona swoboda konkurencji lub swoboda świadczenia usług, podczas gdy w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości dopuszcza wymóg posiadania siedziby lub oddziału, choć ogranicza go do momentu bezpośrednio poprzedzającego rozpoczęcie świadczenia usługi.

13. Należy uwzględnić, że Unabhängiger Verwaltungssenat Wien w każdym ze swych pytań bada wymagania ustawodawstwa austriackiego w świetle trzech pojęć prawa pierwotnego, to znaczy: swobody świadczenia usług, swobody przedsiębiorczości i konkurencji. Ze względu na systematykę przystąpię do oceny tych wymagań wyłącznie z punktu widzenia dwóch swobód, aby następnie zająć się wpływem konkurencji na tę sprawę.

IV — Ocena pierwszego pytania

A — *Z punktu widzenia swobody świadczenia usług*

14. Jak zauważyłem, sąd krajowy nakłada na siebie pojęcia swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości w charakterze

kryteriów oceny niniejszej sprawy, a zatem należy na wstępie rozgraniczyć te dwie swobody.

1. Rozgraniczenie między swobodą świadczenia usług a swobodą przedsiębiorczości

15. Na wstępie odpowiedzi należy rozpocząć od ukazania, w jaki sposób Trybunał w utrwalonym orzecznictwie użył pewnych rozstrzygających kryteriów, dokonując rozróżnienia między „świadczeniem usług" i „przedsiębiorczością".

16. Trwałość i nieprzerwalność świadczenia pozwalają uznać, że pojęcie swobody przedsiębiorczości oznacza możliwość uczestniczenia przez obywatela wspólnotowego w sposób trwały i nieprzerwany w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo pochodzenia i czerpania z tego tytułu korzyści, przy jednoczesnym wspieraniu w ten sposób tworzenia wzajemnych połączeń gospodarczych i społecznych wewnątrz Wspólnoty w zakresie działalności wykonywanej na własny rachunek [6].

17. Natomiast „tymczasowy" charakter wykonywania działalności [7] będzie stanowił kryterium umożliwiające uznanie omawianej działalności gospodarczej za „świadczenie usług", precyzując niejasną granicę między dwoma swobodami [8].

18. Kryteria te nabierają szczególnego znaczenia w niniejszym przypadku, ponieważ okoliczności faktyczne opisane przez sąd krajowy i charakter usługi zaproponowanej przez Yellow Cab wskazują, że jego działalność będzie wykonywana w sposób stały lub w każdym razie bez przewidywalnego ograniczenia jej czasu trwania, to znaczy w warunkach, które Trybunał wyraźnie uwzględnił, aby odrzucić stosowanie przepisów dotyczących świadczenia usług [9]. Podsumowując, działalność taka jak ta, którą zamierzała prowadzić Yellow Cab i która ze względu na swój charakter wymaga pewnej trwałości i stabilności

6 — Jak wynika z wyroków: z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 Reyners, Rec. s. 631, pkt 21; z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. s. I-4165, pkt 25; z dnia 14 września 2006 r. w sprawie C-386/04 Centro di Musicologia Walter Stauffer, Zb.Orz. s. I-8203, pkt 18.

7 — Tymczasowość, którą zgodnie z wyrokiem w ww. sprawie Gebhard, pkt 25–28, należy określać nie tylko na podstawie okresu świadczenia usługi, ale również biorąc pod uwagę częstotliwość, okresowość lub ciągłość, a zatem w przypadku gdy udział zainteresowanego w życiu gospodarczym przyjmującego państwa członkowskiego nie ma trwałego i ciągłego charakteru, należy odwołać się do swobody świadczenia usług, a nie do swobody przedsiębiorczości.

8 — Niejasną, ponieważ ostatecznie, jak zaznaczono w wyrokach: z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-215/01 Schnitzer, Rec. s. I-14847, pkt 30, 31; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-171/02 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. s. I-5645, pkt 26); z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-208/07 von Chamier-Glisczinski, Zb.Orz. s. I-6095, pkt 74, „w traktacie brak jest przepisu umożliwiającego ustalenie w sposób abstrakcyjny czasu trwania lub częstotliwości, po przekroczeniu których świadczenie danej usługi lub usługi określonego rodzaju nie może już być uważane za świadczenie usług w rozumieniu traktatu. Tak więc, pojęcie »usługi« w rozumieniu traktatu może obejmować usługi o bardzo różnym charakterze, włącznie z usługami, które świadczone są przez dłuższy okres, przykładowo przez kilka lat".

9 — Wyroki Trybunału: z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 196/87 Steymann, Rec. s. 6159, pkt 16; w ww. sprawie Schnitzer, pkt 27–29; z dnia 7 września 2004 r. w sprawie C-456/02 Trojani, Rec. s. I-7573, pkt 28.

w państwie członkowskim, w którym będzie wykonywana, objęta jest raczej zakresem stosowania swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE), niż swobodą świadczenia usług (art. 56 TFUE).

2. Swoboda świadczenia usług w ramach polityki Unii w dziedzinie transportu

19. W każdym razie i niezależnie od powyższych rozważań nie należy zapominać, że działalność, którą zamierza podjąć Yellow Cab, zdaje się być wyraźnie objęta dziedziną transportu, w której rozwój swobody świadczenia usług powierzony jest w art. 58 TFUE prawu wtórnemu dotyczącemu wspólnej polityki transportowej [10].

20. Tymczasem w braku sektorowego przepisu specialis w dziedzinie transportu z utrwalonego orzecznictwa wynika, że nie należy stosować art. 56 TFUE jako parametru w celu mierzenia stopnia sprzeczności prawa Unii z przepisem krajowym, uwzględniając wąskie pole działania przyznane przez Trybunał w tej dziedzinie [11]. Należy zatem zbadać, czy istnieje w niniejszym przypadku przepis o takim charakterze.

21. Przede wszystkim rozporządzenie (EWG) nr 1191/69 [12] zmienione rozporządzeniem (EWG) nr 1893/91 [13] nie ma zastosowania w niniejszym przypadku [14], ponieważ nie reguluje wyraźnie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 56 TFUE. Podobnie

10 — Oczywiście, jak już podkreślił Trybunał w wyroku z dnia 4 kwietnia 1974 r. w sprawie 167/73 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. 359, pkt 25, wspólna polityka transportowa, będąc daleka od wykluczenia podstawowych swobód, zmierza do ich wprowadzenia w życie i do ich uzupełnienia. Z drugiej strony uwzględniając, że polityka ta opiera się również na swobodzie świadczenia usług, należy interpretować ją w świetle art. 56 TFUE (wyroki Trybunału: z dnia 22 maja 1985 r. w sprawie 13/83 Parlament przeciwko Radzie, Rec. s. 1513, pkt 62; z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-49/89 Corsica Ferries France, Rec. s. 4441, pkt 10–12; z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie C-361/98 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. I-385, pkt 31–33; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-266/96 Corsica Ferries France, Rec. s. I-3949, pkt 55 i nast.), czemu nie sprzeciwia się art. 58 ust. 1 TFUE, który nie rezygnuje z celów, do których realizacji zmierza ta konkretna swoboda na rynku wewnętrznym.

11 — Wystarczy odwołać się do wyroku z dnia 22 maja 1985 r. w sprawie 13/83 Parlament przeciwko Radzie, Rec. s. 1513, pkt 62, 63, cytowanego w wyroku z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie 4/88 Lambregts Transportbedrijf, Rec. s. 2583, pkt 14, zgodnie z którymi okoliczność, że Rada uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej zgodnie z art. 75 traktatu (obecnie ustanowionym w art. 90, 91 TFUE), nie może powodować, że art. 59, 60 traktatu (obecnie art. 56 TFUE, 57 TFUE) mają bezpośrednie zastosowanie w dziedzinie transportu. Analogicznie wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie C-49/89 po przypomnieniu, że swobodny przepływu usług w dziedzinie transportu regulowany jest przez postanowienia tytułu dotyczącego transportu (pkt 10), nie krytykuje restrykcyjnych rozporządzeń krajowych w znaczeniu art. 56 TFUE, ponieważ miały one zastosowanie w momencie (w latach 1981 i 1982), w którym „nie została urzeczywistniona swoboda świadczenia usług w sektorze transportu morskiego, a zatem państwa członkowskie mogły zastosować przepisy takie, jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym" (pkt 14).

12 — Rozporządzenie Rady z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (Dz.U. L 156, s. 1) ma nadal zastosowanie ratione temporis.

13 — Rozporządzenie Rady z dnia 20 czerwca 1991 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 1191/69 w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (Dz.U. L 169, s. 1).

14 — Należy jednakże zauważyć, że rozporządzenie 1893/91 uchyliło pierwotny art. 19 ust. 2 rozporządzenia 1191/69, który wyłączał z jego zakresu zastosowania pozostałe przedsiębiorstwa transportowe, inne niż przedsiębiorstwa kolejowe, świadczące głównie usługi transportowe o charakterze lokalnym lub regionalnym.

nie ma zastosowania rozporządzenie (EWG) nr 684/92 [15] ze względu na to, że wymaga, aby transport był międzynarodowy, ani rozporządzenie (WE) nr 12/98 [16], którego art. 3 zezwala na transport kabotażowy tylko w przypadku, gdy chodzi o „[…] usługi regularne, pod warunkiem że są wykonywane przez przewoźnika niemającego stałej siedziby w przyjmującym państwie członkowskim, w prowadzeniu międzynarodowych usług regularnych zgodnie z rozporządzeniem (EWG) nr 684/92. Transport kabotażowy nie może być wykonywany niezależnie od takich usług międzynarodowych. Usługi miejskie i podmiejskie są wyłączone z zakresu niniejszego punktu".

22. Ponadto nie można również zastosować ratione temporis ww. rozporządzenia 1370/2007 [17], które w dodatku wyraźnie przewiduje odstępstwo dotyczące usług świadczonych głównie ze względu na ich znaczenie historyczne lub atrakcyjność turystyczną (art. 1 ust. 2), ani rozporządzenia (WE) nr 1073/2009 [18] z uwagi na ten sam wzgląd zastosowania w czasie, jak również na okoliczność, że wyklucza ono „usług[i] [transportowe spełniające] transportowych spełniających potrzeby ośrodków miejskich lub zespołów miejskich" oraz usługi świadczone „niezależnie od takich usług międzynarodowych" [art. 15 lit. c)].

23. Zatem brak szczegółowego przepisu, który dla takiego przypadku jak tu badany wprowadziłby swobodę świadczenia usług do zakresu polityki w dziedzinie transportu, uniemożliwia porównanie art. 56 TFUE z wymogami ustanowionymi przez prawodawstwo austriackie.

B — *Z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości*

24. Następnie należy dokonać oceny zgodności z prawem warunków wymaganych przez prawo austriackie z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości oraz wynikających z niej skutków prawnych: rzeczywistego wykonywania działalności gospodarczej w sposób stały i ciągły na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli (art. 49 TFUE akapit drugi).

1. Wymóg uzyskania pozwolenia jako przesłanka podjęcia działalności

25. Wymóg uzyskania pozwolenia stanowi co do zasady ograniczenie swobody przedsiębiorczości, które można uzasadnić tylko

15 — Rozporządzenie Rady z dnia 16 marca 1992 r. w sprawie wspólnych zasad międzynarodowego przewozu osób autokarem i autobusem (Dz.U. L 74, s. 1).

16 — Rozporządzenie Rady z dnia 11 grudnia 1997 r. ustanawiające warunki dostępu przewoźników niemających stałej siedziby w państwie członkowskim do transportu drogowego osób w państwie członkowskim (Dz.U. L 4, s. 10).

17 — Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70.

18 — Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 października 2009 r. w sprawie wspólnych zasad dostępu do międzynarodowego rynku usług autokarowych i autobusowych i zmieniające rozporządzenie (WE) nr 561/2006 (Dz.U. L 300, s. 88).

w przypadku, gdy jest odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonych celów, a ponadto opiera się na obiektywnych, niedyskryminacyjnych i znanych z góry kryteriach zapewniających we właściwy sposób wystarczające zakreślenie ram uznania władz krajowych [19] i wyłącza w ten sposób zachowania o charakterze uznaniowym mogące pozbawić skuteczności przepisy prawa Unii dotyczące tej podstawowej swobody.

26. Zgodnie z brzmieniem art. 52 ust. 1 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości mogą być bowiem uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, lecz w tym celu muszą być odpowiednie do osiągnięcia zamierzonych celów i nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tych celów. To kryterium proporcjonalności, które Trybunał wielokrotnie stosował w swoim orzecznictwie dotyczącym swobód podstawowych, zwyczajowo uznawane jest odpowiednio za *kryteria* odpowiedniego i niezbędnego charakteru, których granice zostają przekroczone, jeżeli zamierzone cele mogą być osiągnięte poprzez mniej restrykcyjne środki [20].

27. Bez konieczności odwoływania się do pojęcia prawnego usług użyteczności publicznej uważam, że działalność polegająca na prowadzeniu w celach turystycznych linii autobusowej z wyznaczonymi przystankami, która przebiega przez miasto, nie jest pozbawiona pewnej użyteczności publicznej, biorąc pod uwagę, że dotyczy wielu elementów, takich jak bezpieczeństwo i nienaruszalność osób, bezpieczeństwo drogowe lub nawet prawidłowe zarządzanie ruchem miejskim [21], które mogą uzasadniać, nie pozostając w sprzeczności z prawem Unii, poddanie przyznania koncesji wymogowi uzyskania pozwolenia. W celu realizacji tych celów „uprzednia kontrola wykonywana przez właściwe organy administracji […] [wydaje się najbardziej wskazana], podczas gdy istnieje ryzyko, że działania podjęte w ramach systemu kontroli a posteriori byłyby spóźnione, w szczególności gdy poczynione zostały już poważne wydatki, których zwrot byłby trudny do uzyskania” [22].

28. Należy rozróżnić i zbadać oddzielnie będące warunkami samego pozwolenia: wymóg posiadania siedziby lub oddziału, z jednej strony, od ochrony gospodarczej poprzedniego koncesjonariusza, z drugiej strony.

19 — W celu porównania wszystkich zob. wyrok z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07 Hartlauer, Zb.Orz. s. I-1721, w szczególności pkt 64.

20 — Wyroki Trybunału: z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawach połączonych C-163/94, C-165/94 i C-250/94 Sanz de Lera i in., Rec. s. I-4821, pkt 23–28; z dnia 20 lutego 2001 r. w sprawie C-205/99 Analir i in., Rec. s. I-1271, pkt 35; z dnia 1 października 2009 r. w sprawie C-567/07 Woningstichting Sint Servatius, Zb.Orz. s. I-9021, pkt 33.

21 — Kryterium to pojawiało się ponadto jako jedyne uzasadnienie odrzucenia wniosku o udzielenie koncesji.

22 — Kryterium, które wyraźnie kształtuje się w ww. wyroku w sprawie Woningstichting Sint Servatius, pkt 34.

C — *Wymóg posiadania siedziby lub oddziału*

29. Austriackie przepisy uzależniają udzielenie koncesji od okoliczności posiadania przez wnioskujące przedsiębiorstwo siedziby lub miejsca prowadzenia działalności w Austrii. Należy zatem ze względu na konieczność ustalenia momentu, w którym ma urzeczywistnić się ten wymóg, przystąpić po pierwsze do oceny charakteru tego wymagania jako takiego, aby następnie przejść do badania jego wymiaru czasowego.

1. Wymóg posiadania siedziby lub oddziału jako taki

30. W przeciwieństwie do swobody świadczenia usług, w ramach której wymóg posiadania stałego oddziału może naruszać art. 56 TFUE tak dalece, że będzie stanowić „zaprzeczenie tej swobody”[23], obowiązek posiadania oddziału – jako składnika koncesji, zgodnie z rozważaniami Komisji przedstawionymi w pkt 32 i 33 jej uwag – zdaje się w naturalny sposób pozostawać w zgodzie z art. 49 TFUE, który przyznaje przedsiębiorstwom określonego państwa członkowskiego prawo do „założenia działalności gospodarczej” w innym państwie członkowskim[24].

31. Wymogi nałożone przez każde państwo członkowskie na przedsiębiorstwa, które pragną podjąć działalność na jego obszarze, mogą również wpływać na ich ostateczną decyzję; czym innym bowiem jest przewidywanie wykonywania działalności gospodarczej w państwie, w którym wymogi podjęcia działalności są możliwe do przyjęcia z biurokratycznego i gospodarczego punktu widzenia, niż w innym państwie, w którym uciążliwość warunków zniechęca zagraniczne przedsiębiorstwa. Subtelna granica pomiędzy dwiema kategoriami dokonuje właśnie rozróżnienia na te, które są dopuszczone przez Unię, i te, które z uwagi na proporcjonalność mogą nie być dopuszczalne.

32. Trybunał ogólnie skłania się ku używaniu niezmiernie pragmatycznego podejścia, niezwiązanego ze szczególnymi wymogami prawnymi i ostatecznie niezależnego od krajowych instytucji, powołując się po prostu na stałą obecność[25]. Niemniej sam wymóg

23 — W tak dobitny sposób Trybunał wypowiedział się w wyroku z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. 3755, pkt 52.

24 — Okoliczność uzależnienia udzielenia pozwolenia niezbędnego do prowadzenia laboratorium analiz klinicznych od wymogu posiadania miejsca prowadzenia działalności zdaniem Trybunału stanowi naruszenie swobody świadczenia usług, a nie swobody przedsiębiorczości jako takiej, ze względu na to że warunek ten nie obejmował konieczności przekształcenia tego miejsca prowadzenia działalności w główną lub centralną siedzibę przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-496/01 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-2351, pkt 61, 64–77). Niemniej w niektórych przypadkach przeszkodę w swobodzie przedsiębiorczości może stanowić nie wymóg posiadania siedziby lub centrum operacyjnego, lecz wymóg, że osoby zarządzające i określeni pracownicy przedsiębiorstw nadzorujących oraz wewnętrznych służb nadzoru muszą posiadać miejsce zamieszkania na obszarze państwa członkowskiego, w którym prowadzą działalność (wyrok z dnia 9 marca 2000 r. w sprawie C-355/98 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-1221, pkt 31–34, 41).

25 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Centro di Musicologia Walter Stauffer, pkt 19.

posiadania siedziby lub oddziału jako wstępny warunek udzielenia pozwolenia ze względu na to, że z definicji spełniony jest przez podmioty posiadające miejsce zamieszkania lub siedzibę w Austrii, stanowi ograniczenie, które powinno być wystarczająco uzasadnione w celu uniknięcia uznania go za pośrednią dyskryminację.

2. Wymiar czasowy wymogu posiadania oddziału

33. Jednakże na podstawie danych dostarczonych przez Unabhängiger Verwaltungssenat Wien nie jest możliwe dokładne poznanie warunków, jakie austriackie przepisy ustanawiają w celu „założenia działalności gospodarczej". Innymi słowy, nie wiadomo, w jaki dokładnie sposób należy spełnić wymogi ustanowione przez prawo austriackie, tak że zasadne jest postawienie pytania, czy Komisja w swych uwagach posługuje się tym samym pojęciem założenia działalności gospodarczej, jakiego używa w swych uwagach rząd austriacki. Z drugiej strony nie jest pozbawione znaczenia w danej sprawie rozróżnienie pomiędzy „siedzibą" i „miejscem prowadzenia działalności". Rząd austriacki potwierdza to stanowisko, utrzymując, że spółki niebędące spółkami austriackimi korzystają z pewnego udogodnienia w stosunku do spółek austriackich, gdyż o ile spółki austriackie mogą uzyskać koncesję tylko jeżeli posiadają „siedzibę", o tyle spółki niebędące spółkami austriackimi mogą ją uzyskać, posiadając również „miejsce prowadzenia działalności".

34. Ze względu na niewystarczającą ilość informacji dotyczących tych pojęć w prawie austriackim do sądu krajowego należy zatem ocena proporcjonalności obowiązków, które prawo austriackie może ustanowić do celów posiadania „siedziby" lub „miejsca prowadzenia działalności", na podstawie progów dopuszczalności wskazanych w pkt 31 niniejszej opinii.

35. Nieco więcej zastrzeżeń należy moim zdaniem poczynić, jeśli chodzi o odpowiedź na tę kwestię, to znaczy w odniesieniu do zagadnienia, czy austriackie przepisy, zgodnie z tym, jak zostały one przedstawione, wymagają posiadania siedziby lub miejsca prowadzenia działalności, zanim starający się o koncesję będzie mógł dowiedzieć się, czy ma rzeczywiste możliwości jej uzyskania. Bez wiarygodnej oceny możliwości, czy jego wniosek o koncesję zostanie uwzględniony, wymaganie od przedsiębiorstwa od samego początku, jako warunku jej przyznania, aby posiadało „siedzibę" lub „miejsce prowadzenia działalności", stanowi ograniczenie tej swobody rozumianej jako rozwijanie działalności gospodarczej.

36. Brak jasnego określenia celów, do których zmierza to wymaganie, wydaje się być bowiem stałym elementem stanowiska rządu austriackiego, mimo że uzasadnia on wymóg posiadania siedziby lub oddziału stworzeniem jednakowych warunków konkurencji i zagwarantowaniem stosowania przepisów prawa socjalnego i prawa pracy (pkt 30 jego uwag). Ogólnie nie wydaje się oczywiste, że wymóg posiadania siedziby lub oddziału

w Austrii może być uznany za jedyny środek realizacji wskazanego celu.

37. Co więcej, wysiłek inwestycyjny, jaki stanowi dla przedsiębiorstwa otworzenie stałego oddziału – którego nie będzie mogło zamortyzować jeżeli ostatecznie nie zostanie mu przyznana koncesja – nie jest uzasadniony pod względem proporcjonalności, ponieważ ogół wskazanych celów może być zrealizowany w fazie poprzedzającej udzielenie pozwolenia za pomocą alternatywnych, mniej uciążliwych dla przedsiębiorstwa środków. Takimi środkami mogą być informacje i gwarancje, które mogą przekazać władze innych państw członkowskich, a które ponadto są bardziej wiarygodne i ścisłe niż te, które może zaoferować zagraniczne przedsiębiorstwo od niedawna posiadające swą siedzibę w kraju.

38. Podzielam zatem zdanie Komisji, że wymóg posiadania siedziby lub oddziału, z którego prowadzona jest działalność, może być uzasadniony pod względem proporcjonalności, pod warunkiem że odnosi się do momentu bezpośrednio poprzedzającego rozpoczęcie działalności, lecz nie w przypadku gdy musi być spełniony przed udzieleniem koncesji jako warunek jej przyznania.

V — Ocena pytania drugiego: ochrona gospodarcza poprzedniego koncesjonariusza

39. W świetle powyższych rozważań dotyczących swobody świadczenia usług ograniczę się w ocenie pytania drugiego do porównania swobody przedsiębiorczości i swobodnej konkurencji z warunkiem uzależniającym udzielenie koncesji od zabezpieczenia sytuacji gospodarczej poprzedniego koncesjonariusza, co początkowo wywołało wątpliwości rządu austriackiego dotyczące dopuszczalności tego pytania.

A — *Zarzut niedopuszczalności*

40. Argument dotyczący niedopuszczalności podniesiony przez rząd austriacki w odniesieniu do drugiego z pytań, wskazujący na okoliczność, że w pierwszej instancji nikt nie rozważał tej możliwej przyczyny odmówienia udzielenia koncesji, wydaje się niebyt mocny. Niewątpliwie zasadniczo odmówiono udzielenia koncesji Yellow Cab z innego powodu niż wskazany tu przez Unabhängiger Verwaltungssenat Wien; jednakże Unabhängiger Verwaltungssenat Wien podkreśla (w pewien sposób profilaktycznie) w swoim postanowieniu odsyłającym, że przysługuje mu nieograniczone prawo orzekania w niniejszej sprawie; przywołuje ponadto konieczność uzyskania wykładni prawa Unii, która będzie dla niego użyteczna. W tych okolicznościach Trybunał obowiązany jest do udzielenia odpowiedzi na przedłożone pytanie, ponieważ ma ono związek z przedmiotem sporu i nie jest czysto hipotetyczne [26].

26 — Wyroki Trybunału: z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. s. I-2099), pkt 38; z dnia 22 stycznia 2002 r. w sprawie C-390/99 Canal Satélite Digital, Rec. s. I-607, pkt 19.

B — *Analiza co do istoty*

41. Uzasadnienie zapewnienia gospodarczej rentowności już istniejącej koncesji wymagałoby mocnych podstaw leżących w interesie publicznym zasadniczo opartych na prawidłowym funkcjonowaniu omawianej usługi.

42. W tym znaczeniu rozporządzenie nr 684/92, mimo że nie ma zastosowania w niniejszym przypadku, może posłużyć jako pomoc w wykładni. W jego art. 7 ust. 4 zatem, w którym dopuszczono pod pewnymi warunkami jako powód odmowy udzielenia pozwolenia okoliczność, że usługi będące przedmiotem wniosku bezpośrednio umniejszyłyby zakres istniejących usług regularnych, na które wydano już pozwolenie, zaraz wyjaśnia się, iż fakt, że „wnioskodawca oferuje ceny niższe niż inni przewoźnicy drogowi lub kolejowi, albo fakt, że dane połączenie jest już obsługiwane przez innych przewoźników drogowych lub kolejowych, nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia wniosku" (analogicznie art. 8 ust. 4 rozporządzenia nr 1073/2009).

43. Wreszcie okoliczność, że usługa, o której świadczenie ubiega się osoba starająca się o koncesję może zagrozić – z samego względu na utratę opłacalności – wypełnianiu zadań przez poprzedniego przewoźnika, stanowi oczywistą zmianę przedmiotu ochrony. Niewątpliwe jest bowiem, że przedmiotem ochrony jest nie tyle usługa, co raczej opłacalność początkowego koncesjonariusza. Podsumowując, ta specyficzna klauzula opłacalności przedsiębiorstwa nie zdaje się zmierzać do promocji turystyki ani do racjonalizacji i bezpieczeństwa ruchu drogowego, ani też ochrony pasażerów.

44. Inaczej byłoby w przypadku, gdyby to zmniejszenie opłacalności zakłócało usługę do takiego stopnia, że uniemożliwiałoby jej świadczenie lub zagrażałoby jej zdolności utrzymania się na rynku, pod warunkiem że ponadto początkowe warunki nie mogłyby być wyrównane (ani oczywiście polepszone) przez pojawienie się na scenie drugiego koncesjonariusza. W tym przypadku mogłoby rzeczywiście mieć miejsce potencjalne pogorszenie jakości transportu ze szkodą dla pasażerów, jak podtrzymuje w swych uwagach Austria (pkt 40 jej pisma), lecz wymagałoby to opartej na szczegółowych informacjach oceny.

45. W celu zapewnienia, aby władze krajowe nie ograniczały swobody w sposób arbitralny, kryteria, które umożliwią jej ograniczenie, muszą być bowiem przejrzyste, obiektywne

i znane z góry [27]. Mimo że zgodnie tym, co twierdzi Austria w pkt 34 swoich uwag, badanie sytuacji gospodarczej pierwszego koncesjonariusza stanowi prognozę, która musi zostać przeprowadzona na podstawie wystarczających ustaleń okoliczności faktycznych, w praktyce badanie to przeprowadza się jedynie na podstawie danych i wskazówek dostarczonych przez już prowadzącego działalność koncesjonariusza, co nie zdaje się zbyt zgodne z tymi kryteriami, ani zatem ze swobodą przedsiębiorczości.

46. Podsumowując, ochrona gospodarcza poprzedniego koncesjonariusza utrudnia wykonywanie swobody przedsiębiorczości, gdy jak w niniejszym przypadku ochronę tę charakteryzuje brak określenia jej celów i kryteriów jej stosowania.

VI — Z punktu widzenia konkurencji

47. Wreszcie zarówno w swoim pierwszym, jak i w drugim pytaniu sąd odsyłający wniósł o porównanie krajowego przepisu, takiego jak będący przedmiotem niniejszego postępowania, w świetle art. 101 TFUE (konkurencja). W mojej odpowiedzi należy jednakże dokonać rozróżnienia pomiędzy wpływem, jaki omawiany przepis może mieć na wymóg posiadania siedziby lub na wpływ klauzuli opłacalności gospodarczej uprzedniej koncesji.

48. Na wstępie należy zauważyć, że orzecznictwo Trybunału zdaje się sprzeciwiać szczególnym argumentom Komisji dotyczącym braku znaczenia dla niniejszej sprawy wolnej konkurencji, które uzasadnia okolicznością, iż przedmiotem niniejszej sprawy nie jest zachowanie przedsiębiorstw w stosunku do siebie, a ponadto że nie jest w nią uwikłane żadne przedsiębiorstwo publiczne. Choć bowiem w wyroku w sprawie Cipolla [28] Trybunał uznał, że art. 81 WE i 82 WE (obecnie art. 101 TFUE i 102 TFUE) dotyczą wyłącznie „przedsiębiorstw i nie dotyczą przepisów ustawowych lub wykonawczych pochodzących od państw członkowskich […] art. 81 WE i 82 WE, w związku z art. 10 WE (obecnie art. 4 ust. 3 TUE), który wprowadza obowiązek współpracy, nakładają na państwa członkowskie obowiązek nieprzyjmowania oraz nieutrzymywania w mocy przepisów, również o charakterze ustawowym i wykonawczym, które mogłyby eliminować skuteczność reguł konkurencji stosujących się do przedsiębiorstw", a zatem „naruszenie art. 10 WE i 81 WE ma miejsce wówczas, gdy państwo członkowskie czy to narzuca lub faworyzuje zawieranie porozumień

27 — Jak już wskazałem, to właśnie orzeka Trybunał m.in. w wyrokach w sprawach Woningstichting Sint Servatius i Hartlauer.

28 — Wyrok z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych C-94/04 i C-202/04, Zb.Orz. s. I-11421, pkt 46, 47, odnoszące się do postanowienia z dnia 17 lutego 2005 r. w sprawie C-250/03 Mauri, Zb.Orz. s. I-1267, pkt 29, 30.

sprzecznych z art. 81 WE lub wzmacnia skutki tych porozumień […]”.

49. Dochodząc już do istoty, należy zaznaczyć, że potencjalny argument naruszenia reguł konkurencji ma różną siłę w każdym z dwóch postawionych pytań.

50. W odniesieniu do pierwszego pytania pośrednie konsekwencje, jakie naruszenie swobody przedsiębiorczości może wywołać w odniesieniu do wolnej konkurencji, zostaną bowiem zawsze zbadane pod kątem omawianej swobody. Inaczej mówiąc, w niniejszym przypadku zbędne jest badanie warunku posiadania siedziby również z punktu widzenia konkurencji [29].

51. Odmienne jest znaczenie, jakie może posiadać art. 101 TFUE z punktu widzenia drugiego pytania dotyczącego klauzuli zapewnienia opłacalności gospodarczej poprzedniego koncesjonariusza. Oczywiste jest bowiem, że klauzula opłacalności gospodarczej, taka jak ustanowiona w prawie austriackim, która uzależnia udzielenie pozwolenia od utrzymania opłacalności gospodarczej przez poprzedniego koncesjonariusza, wywołuje niemal nieuchronny wpływ na konkurencję. Oczywiście jak podkreśla Komisja, względy interesu publicznego mogą uzasadniać w pewnych przypadkach ekonomiczną klauzulę ochronną poprzedniego koncesjonariusza w celu zapewnienia prawidłowego świadczenia usług. Jednakże ponieważ żadna szczególna okoliczność tego typu nie zdaje się występować w niniejszym przypadku, brak jakiegokolwiek ograniczenia w tym względzie doprowadziłby do uprzywilejowania określonego przedsiębiorstwa, mimo iż inne byłoby w stanie zaoferować usługę w niższej lub w takiej samej cenie, lecz przy obniżonych kosztach, co ostatecznie naruszyłoby wymaganą z punktu widzenia konkurencji neutralność [30].

29 — Z drugiej strony, niezależnie od okoliczności, że od początku wątpliwe jest, czy transport przy pomocy autobusu turystycznego spełnia kryteria umożliwiające uznanie go za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu orzecznictwa w ww. sprawie Woningstichting Sint Servatius, rozważania oparte na podstawie omawianego charakteru nie miałyby znaczenia w odniesieniu do przedsiębiorczości, ponieważ w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z przyznaniem żadnemu przedsiębiorstwu szczególnych lub wyłącznych praw, gdyż centralnym elementem sporu jest element zgodności z prawem szeregu ograniczeń w ramach postępowania administracyjnego w celu uzyskania uprzedniego pozwolenia.

30 — Podobnie – a uwagę tę należy uwzględniać z niezbędną ostrożnością – okoliczność, że jedyny poprzedni koncesjonariusz, jak można wywnioskować z postanowienia odsyłającego, jest stowarzyszeniem różnych przedsiębiorstw lokalnych sektora turystycznego, nie może dokładnie przyczynić się, w odniesieniu do klauzuli opłacalności gospodarczej, do rozwiania obaw z punktu widzenia wykonywania swobodnej konkurencji.

VII — Wnioski

52. Z uwagi na powyżej przedstawione rozważania proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytanie prejudycjalne w następujący sposób:

1. Artykuł 49 TFUE (swoboda przedsiębiorczości) stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który w celu wydania pozwolenia na obsługę miejskiego transportu turystycznego pojazdami mechanicznymi, który będzie się odbywał regularnie, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, zgodnie z rozkładem jazdy, nakłada jako wymóg udzielenia pozwolenia, aby już przed rozpoczęciem obsługi transportu, a w szczególności w momencie udzielenia koncesji, przedsiębiorstwo występujące z wnioskiem posiadało już siedzibę albo oddział w państwie, którego organ udziela pozwolenia.

2. Artykuł 49 TFUE (swoboda przedsiębiorczości) nie stoi na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który w celu wydania pozwolenia na obsługę miejskiego transportu turystycznego pojazdami mechanicznymi, który będzie się odbywał regularnie, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, zgodnie z rozkładem jazdy, wymaga, aby przedsiębiorstwo występujące z wnioskiem najpóźniej od momentu rozpoczęcia obsługi transportu posiadało siedzibę albo oddział, z którego prowadzona będzie działalność, w państwie, którego organ udziela pozwolenia.

3. Artykuł 49 TFUE (swoboda przedsiębiorczości) i art. 101 TFUE (konkurencja) stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu, który w celu wydania pozwolenia na obsługę miejskiego transportu turystycznego pojazdami mechanicznymi, który będzie się odbywał regularnie, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, zgodnie z rozkładem jazdy, bezwarunkowo stanowi, że należy odmówić wydania pozwolenia, gdy w przypadku rozpoczęcia obsługi transportu pojazdami mechanicznymi, którego dotyczy wniosek, przychody konkurencyjnego przedsiębiorstwa, obsługującego w części lub w całości tę samą trasę, z tytułu realizowanego przez nie transportu ulegną obniżeniu w takim stopniu, iż z gospodarczego

punktu widzenia dalsze jego realizowanie przez to konkurencyjne przedsiębiorstwo nie będzie już opłacalne.

4. Artykuł 56 TFUE (swoboda świadczenia usług) nie ma zastosowania w celu badania zgodności z prawem Unii przepisów krajowych, które uzależniają wydanie pozwolenia na obsługę miejskiego transportu turystycznego pojazdami mechanicznymi, który będzie się odbywał regularnie, na trasie pomiędzy ustalonymi przystankami, zgodnie z rozkładem jazdy od spełnienia wyżej wymienionych warunków.