SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PEDRA CRUZA VILLALÓNA, predstavljeni 30. septembra 2010[1]

1. Sodišče ima v obravnavani zadevi priložnost, da še podrobneje preuči[2] vprašanje posebnih učinkov svobode opravljanja storitev na področju prometa, vprašanje razmejitve te svoboščine glede na svoboščino ustanavljanja in vprašanje vloge teh dveh svoboščin, katerih učinkovito izvajanje zagotavlja dobro delovanje „območja brez notranjih meja“,[3] ki ga sestavlja Evropska unija.

I – Pravni okvir

A – *Pravo Evropske unije*

2. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien poziva Sodišče, naj odloči, ali so nacionalni predpisi, ki izdajo dovoljenja za opravljanje „turistične avtobusne linije“ pogojujejo (a) s tem, da ima ponudnik ob dodelitvi koncesije ali najpozneje ob začetku opravljanja prevoza sedež ali poslovno enoto (kjer se bo izvajala zadevna poslovna dejavnost) v državi organa, ki odloča o dovoljenju, in (b) s tem, da ne škoduje donosnosti poslovanja konkurenčnega podjetja, ki opravlja enako storitev na delno ali popolnoma enaki progi, združljivi s členi 49 PDEU, 56 PDEU in 101 PDEU.

3. Člen 49 PDEU (prej člen 43 ES) ureja „v okviru določb, navedenih v nadaljevanju“, pravico do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice, pri čemer prepoveduje vse omejitve te pravice, tudi omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice. V pravico do ustanavljanja vključi „pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij,

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – Generalni pravobranilec Mengozzi je imel enako priložnost, čeprav z drugega vidika, v nedavnih sklepnih predlogih, ki jih je 7. septembra 2010 predstavil v zadevi Neukirchinger (C-382/08).

3 – Člen 26(2) PDEU.

zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 54, pod pogoji, ki jih [...] za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede“.

4. Tudi člen 56 PDEU (prej člen 49 ES) prepoveduje „v okviru določb, navedenih v nadaljevanju“, omejitve svobode opravljanja storitev v Uniji za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav članic, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.

5. V skladu s členom 58(1) PDEU (prej člen 51 ES) „svobodno opravljanje prevoznih storitev urejajo določbe naslova o prevozu“.

6. Za uresničitev izvajanja skupne prometne politike je v členu 91(1)(b) PDEU Evropskemu parlamentu in Svetu prepuščena določitev „pogoje[v], pod katerimi lahko prevozniki opravljajo prevoz v državi članici, v kateri nimajo sedeža“.

B – *Avstrijsko pravo*

7. V skladu z zakonom Kraftfahrliniengesetz (avstrijski zakon o linijskem avtobusnem prevozu; v nadaljevanju: KflG)[4] je treba linijski avtobusni prevoz s povezavami med določenimi postajališči na predhodno določeni progi odobriti s koncesijo (člen 1); vloga za koncesijo mora izpolnjevati zelo natančne pogoje (člen 2), za dodelitev koncesije pa je pristojen Landeshauptmann (člen 3). Če podjetje, ki vloži vlogo, ni avstrijsko, mora imeti v Avstriji sedež ali stalno poslovno enoto (člen 7(1), točka 2), da je lahko izenačeno z avstrijskimi ponudniki. Po eni strani se šteje, da je koncesija v nasprotju z javnimi interesi, če bi lahko storitev ogrožala opravljanje prevozov prevoznega podjetja, na območju katerega poteka predlagana proga, in sicer če bi bilo to prevozno podjetje pri izvajanju storitve občutno prizadeto zaradi izgube prihodkov, ki bi očitno ogrožala donosnost njegovega poslovanja (člen 7(1), točka 4(b), v povezavi s členom 14(1) do (3)).

II – Dejansko stanje

8. Nemško podjetje Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (v nadaljevanju: Yellow Cab) je 25. januarja 2008 na podlagi zakona KflG zaprosilo za dodelitev koncesije za opravljanje linijskega avtobusnega prevoza, in sicer

4 – V različici, objavljeni v BGBl. št. 153/2006.

izključno na območju mesta Dunaj na turistični progi s povezavo med določenimi postajališči, ki jo je skoraj v celoti pokrivalo že združenje podjetij.[5]

9. Pristojni organ je vlogo za dodelitev koncesije 13. marca 2009 zavrnil, ker naj bi bila z dodelitvijo koncesije ogrožena varnost v cestnem prometu. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien je na podlagi pritožbe, ki jo je vložilo podjetje Yellow Cab, ugotovilo, da je mogoče iz avstrijske zakonodaje razbrati še druge razloge za zavrnitev, in sicer dejstvo, da podjetje Yellow Cab ob vložitvi vloge za koncesijo v Avstriji ni imelo sedeža ali poslovne enote, in dejstvo, da bi bila resno ogrožena donosnost poslovanja obstoječega prevoznega podjetja.

III – Vprašanji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

10. Ker je Unabhängiger Verwaltungssenat Wien dvomilo o združljivosti teh pogojev iz avstrijskih predpisov s pravom Unije, je prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„(1) Ali je nacionalni predpis, ki se nanaša na dodelitev dovoljenja za opravljanje linijskega avtobusnega prevoza in tako za opravljanje javnega prevoza, ki na podlagi ustreznega voznega reda omogoča redno povezavo med določenimi postajališči, v skladu s svobodo ustanavljanja in opravljanja storitev v smislu člena 43 ES in naslednjih ter člena 49 ES in naslednjih ter s konkurenčnim pravom EU v smislu člena 81 ES in naslednjih, če kot pogoj za pridobitev dovoljenja določa:

(a) da mora imeti podjetje iz Evropske unije, ki je vlagatelj vloge, že pred začetkom opravljanja linijskega prevoza in zlasti ob dodelitvi koncesije sedež ali poslovno enoto v državi organa, ki odloča o dovoljenju;

(b) da mora imeti podjetje iz Evropske unije, ki je vlagatelj vloge, najkasneje ob začetku opravljanja linijskega prevoza sedež ali poslovno enoto v državi organa, ki odloča o dovoljenju?

(2) Ali je nacionalni predpis, na podlagi katerega se izda dovoljenje za opravljanje linijskega avtobusnega prevoza in tako za opravljanje javnega prevoza, ki na podlagi ustreznega voznega reda omogoča redno

5 – Glede na predložitveni sklep so to združenje na podlagi koncesije z dne 17. maja 2005 sestavljala podjetja Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH in Vienna Sightseeing Tours – Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG.

povezavo med določenimi postajališči in ki določa, da se dovoljenje zavrne, če se ob začetku opravljanja predlaganega linijskega avtobusnega prevoza prihodki konkurenčnega podjetja, ki opravlja prevoze na delno ali povsem enakih progah, s tem bistveno zmanjšajo, tako da nadaljnje opravljanje linijskih prevozov s strani konkurenčnega podjetja s tržnogospodarskega vidika ne bi bilo več donosno, v skladu s svobodo ustanavljanja in opravljanja storitev v smislu člena 43 ES in naslednjih ter člena 49 ES in naslednjih ter s konkurenčnim pravom EU v smislu člena 81 ES in naslednjih?“

11. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil v sodnem tajništvu Sodišča evidentiran 24. avgusta 2009.

12. Yellow Cab v pisnih stališčih trdi, da so navedeni pogoji neveljavni, medtem ko avstrijska vlada na podlagi izpodbijanja dopustnosti drugega vprašanja zatrjuje, da so ti pogoji združljivi s pravom Unije; meni zlasti, da v tem primeru ne gre za svobodo opravljanja storitev. V enakem smislu nemška vlada, ki se omejuje na preizkus pogoja sedeža ali poslovne enote, zanika, da bi bila kršena svoboda ustanavljanja; pri tem se ji pridružuje italijanska vlada, ki meni, da je ekonomsko zaščito predhodnega koncesionarja mogoče upravičiti. Nazadnje Komisija izključuje, da bi bili v obravnavanem primeru kršeni svobodna konkurenca ali svoboda opravljanja storitev; kar zadeva svobodo ustanavljanja, dopušča zahtevo po sedežu ali poslovni enoti, vendar jo omejuje na obdobje tik pred začetkom izvajanja storitve.

13. Treba je upoštevati dejstvo, da Unabhängiger Verwaltungssenat Wien v obeh vprašanjih preučuje pogoje, ki so v avstrijski zakonodaji naloženi ob upoštevanju treh pojmov iz primarne zakonodaje, to so svoboda opravljanja storitev, svoboda ustanavljanja in konkurenca. Zaradi sistematičnosti bom te pogoje analiziral izključno z vidika obeh svoboščin in se nato posvetil vplivu konkurence na to zadevo.

IV – Analiza prvega vprašanja

A – *S stališča svobode opravljanja storitev*

14. Kot sem opozoril, predložitveno sodišče opredeljuje svobodo do opravljanja storitev in svobodo do ustanavljanja kot merili za

presojo te zadeve, tako da je treba za začetek razmejiti ti dve svoboščini.

1. Razmejitev svobode do opravljanja storitev in pravice do ustanavljanja

15. Najprej je treba opozoriti, da je Sodišče v ustaljeni sodni praksi uporabilo nekatera bistvena merila za razlikovanje med „opravljanjem storitev“ in „ustanavljanjem“.

16. Tako je mogoče na podlagi stalnosti in trajnosti opravljanja storitve sklepati, da pojem ustanavljanja vključuje možnost, da državljan Skupnosti stalno in trajno sodeluje v gospodarskem življenju države članice, ki ni njegova država izvora, in da iz tega pridobi dobiček, s čimer se spodbuja gospodarska in družbena prepletenost v Skupnosti na področju dejavnosti samozaposlenih oseb.[6]

17. Po drugi strani bo mogoče izvajanje gospodarske dejavnosti na podlagi njene „začasnosti“[7] opredeliti kot „opravljanje storitev“ in tako razjasniti nejasno mejo med svoboščinama.[8]

18. Ta merila so v obravnavanem primeru še posebno pomembna, saj se glede na dejansko stanje, kot ga je opisalo predložitveno sodišče, in vrsto storitve, ki jo ponuja podjetje Yellow Cab, zdi, da bo svojo dejavnost izvajalo trajno ali v vsakem primeru brez predvidljive časovne omejitve, torej pod pogoji, ki jih Sodišče izrecno upošteva pri zavrnitvi uporabe določb o opravljanju storitev.[9] Če povzamem, dejavnost, kakršno želi izvajati podjetje Yellow Cab in ki glede na svoje značilnosti zahteva določeno trajnost in stalnost v državi

6 – To izhaja iz sodb z dne 21. junija 1974 v zadevi Reyners (2/74, Recueil, str. 631, točka 21); z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 25) in z dne 14. septembra 2006 v zadevi Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, ZOdl., str. I-8203, točka 18).

7 – Kot izhaja iz zgoraj navedene sodbe Gebhard (točke od 25 do 28), je treba začasnost presojati ne samo glede na trajanje opravljanja storitve, ampak tudi glede na njeno pogostnost, občasnost ali stalnost, tako da je treba, če sodelovanje zadevne osebe v gospodarskem življenju države članice gostiteljice ni stalno ali trajno, namesto pravice ustanavljanja uporabiti svobodo opravljanja storitev.

8 – Nejasna je zato, ker navsezadnje, kot je poudarjeno v sodbah z dne 11. decembra 2003 v zadevi Schnitzer (C-215/01, Recueil, str. I-14847, točki 30 in 31); z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-171/02, Recueil, str. I-5645, točka 26) in z dne 16. julija 2009 v zadevi von Chamier-Glisczinski (C-208/07, ZOdl., str. I-6095, točka 74), „[p]ogodba ne vsebuje nobenih določb, na podlagi katerih bi bilo mogoče abstraktno določiti mejo trajanja ali pogostnosti, pri kateri opravljanja storitev ali določenih vrst storitev v drugi državi članici ni več mogoče šteti za opravljanje storitev v smislu Pogodbe. Pojem ‚storitve‘ v smislu Pogodbe torej lahko zajema zelo različne storitve, vključno s storitvami, ki se opravljajo dalj časa, tudi več let.“

9 – Sodba Sodišča z dne 5. oktobra 1988 v zadevi Steymann (196/87, Recueil, str. 6159, točka 16), zgoraj navedena sodba Schnitzer (točke od 27 do 29) in sodba z dne 7. septembra 2004 v zadevi Trojani (C-456/02, ZOdl., str. I-7573, točka 28).

članici, v kateri naj bi se opravljala, spada bolj na področje uporabe svobode ustanavljanja (člen 49 PDEU) kot na področje uporabe svobode opravljanja storitev (člen 56 PDEU).

2. Svoboda opravljanja storitev v okviru prometne politike Unije

19. V nobenem primeru in ne glede na navedeno ne smemo pozabiti, da dejavnost, ki jo želi izvajati podjetje Yellow Cab, očitno spada na področje prometa, v zvezi s katerim je svoboda opravljanja storitev na podlagi člena 58 PDEU urejena v sekundarni zakonodaji o skupni prometni politiki.[10]

20. Ker pa na prometnem področju ni posebnih sektorskih predpisov, se v skladu z ustaljeno sodno prakso člen 56 PDEU ne more uporabiti kot merilo za določitev stopnje nasprotovanja prava Unije nacionalnemu predpisu, saj Sodišče pri tem dopušča majhen manevrski prostor.[11] Treba je torej ugotoviti, ali v obravnavanem primeru tak predpis obstaja.

21. Prvič, Uredba (EGS) št. 1191/69,[12] spremenjena z Uredbo (EGS) št. 1893/91,[13] se v obravnavanem primeru ne uporablja,[14] ker ne ureja izrecno svobode opravljanja storitev v smislu člena 56 PDEU. Prav tako je treba

10 – Povsem očitno je, kot je bilo poudarjeno v sodbi Sodišča z dne 4. aprila 1974 v zadevi Komisija proti Franciji (167/73, Recueil, str. 359, točka 25), da namen skupne prometne politike še zdaleč ni zavrnitev teh temeljnih pravil, temveč njihovo izvajanje in dopolnitev. Ker pa ta politika po drugi strani temelji tudi na svobodi opravljanja storitev, jo je treba razlagati z vidika člena 56 PDEU (sodbe Sodišča z dne 22. maja 1985 v zadevi Parlament proti Svetu (13/83, Recueil, str. 1513, točka 62); z dne 13. decembra 1989 v zadevi Corsica Ferries France (C-49/89, Reueil, str. 4441, točke od 10 do 12); z dne 18. januarja 2001 v zadevi Italija proti Komisiji (C-361/98, Recueil, str. I-385, točke od 31 do 33) in z dne 18. junija 1998 v zadevi Corsica Ferries France (C-266/96, Recueil, str. I-3949, točka 55 in naslednje)); odstavek 1 člena 58 PDEU tega ne preprečuje, saj se ne odpoveduje ciljem, ki jim ta konkretna svoboščina sledi na notranjem trgu.

11 – Skliceval se bom samo na v opombi 10 zgoraj navedeno sodbo Parlament proti Svetu (točki 62 in 63), navedeno v sodbi z dne 13. julija 1989 v zadevi Lambregts Transportbedrijf (4/88, Recueil, str. 2583, točka 14); glede na ta sklepa dejstvo, da Svet ni izpolnil svojih obveznosti na podlagi člena 75 Pogodbe (obveznosti, ki so zdaj vključene v člena 90 PDEU in 91 PDEU), ne more pomeniti, da se člena 59 in 60 Pogodbe (zdaj člena 56 PDEU in 57 PDEU) neposredno uporabljata na prometnem področju. V enakem smislu je bilo na podlagi navedbe, da svobodno opravljanje prevoznih storitev urejajo določbe naslova o prevozu (točka 10), v sodbi z dne 13. decembra 1989 v zadevi Corsica Ferries (C-49/89) zavrnjeno grajanje omejevalnih nacionalnih prepisov v smislu člena 56 PDEU, ker so se uporabljali za obdobje (leti 1981 in 1982), ko „svoboda opravljanja storitev v pomorskem prometu še ni bila uresničena, zato so imele države članice pravico uporabiti določbe, kot so tiste, na katere se nanaša postopek v glavni stvari“ (točka 14).

12 – Uredba Sveta (EGS) št. 1191/69 z dne 26. junija 1969 o ukrepanju držav članic glede obveznosti javne službe v železniškem in cestnem prometu ter prometu po celinskih plovnih poteh (UL L 156, str. 1), ki se še vedno uporablja *ratione temporis*.

13 – Uredba Sveta (EGS) št. 1893/91 z dne 20. junija 1991 o spremembah Uredbe (EGS) št. 1191/69 o ukrepanju držav članic glede obveznosti javne službe v železniškem in cestnem prometu ter prometu po celinskih plovnih poteh (UL L 169, str. 1).

14 – Kljub temu ne smemo pozabiti, da je bil z Uredbo št. 1893/91 razveljavljen člen 19(2) Uredbe št. 1191/69, s katerim so bila s področja uporabe te uredbe izključena podjetja, ki opravljajo drugačne vrste prevoza, kot je železniški, predvsem prevozne storitve lokalnega ali regionalnega značaja.

izključiti uporabo Uredbe (EGS) št. 684/92[15] v delu, v katerem se zahteva, da mora biti prevoz mednaroden, in Uredbe (ES) št. 12/98,[16] katere člen 3 dovoljuje kabotažo samo za „linijske prevoze pod pogojem, da jih izvaja prevoznik nerezident države članice gostiteljice v okviru mednarodnih linijskih prevozov v skladu z Uredbo (EGS) št. 684/92. Kabotaže ni mogoče opravljati neodvisno od takega mednarodnega prevoza. Mestni in primestni prevozi so izključeni iz te točke."

22. *Ratione temporis* je treba izključiti tudi uporabo zgoraj navedene Uredbe št. 1370/2007,[17] ki prav tako izrecno določa izjemo za storitve, ki se opravljajo predvsem zaradi zgodovinskega ali turističnega pomena (člen 1(2)); enako velja tudi za Uredbo (ES) št. 1073/2009,[18] prav tako zaradi njene časovne veljavnosti in izključevanja „prevoznih storitev za potrebe mestnega središča ali urbane aglomeracije" ter storitev, ki se izvajajo „neodvisno od takega mednarodnega prevoza" (člen 15(c)).

23. Ker torej ni posebnega predpisa, ki bi za položaj, kot je analiziran v tej zadevi, določal svobodo opravljanja storitev na področju prometne politike, pogojev iz avstrijske zakonodaje tako ni mogoče presojati glede na člen 56 PDEU.

B – *S stališča pravice do ustanavljanja*

24. Zakonitost pogojev, naloženih z avstrijsko zakonodajo, je treba preučiti še s stališča pravice do ustanavljanja in njenih pravnih posledic, in sicer izvajanja stalne in trajne gospodarske dejavnosti pod pogoji, ki jih zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede, določa za svoje državljane (člen 49, drugi odstavek, PDEU).

Predhodno dovoljenje kot pogoj za izvajanje dejavnosti

25. Zahteva za dovoljenje načelno pomeni omejitev svobode ustanavljanja, ki je

15 – Uredba Sveta (EGS) št. 684/92 z dne 16. marca 1992 o skupnih pravilih za mednarodni avtobusni prevoz potnikov (UL L 74, str. 1).

16 – Uredba Sveta (ES) št. 12/98 z dne 11. decembra 1997 o pogojih, pod katerimi lahko prevozniki nerezidenti opravljajo nacionalni cestni prevoz oseb v državi članici (UL L 4, str. 10).

17 – Uredba (ES) št. 1370/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prometa ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in (EGS) št. 1107/70.

18 – Uredba (ES) št. 1073/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. oktobra 2009 o skupnih pravilih za dostop do mednarodnega trga avtobusnih prevozov in spremembi Uredbe (ES) št. 561/2006 (UL L 300, str. 88).

upravičena samo, če lahko zagotovi uresničitev ciljev, ki jih skuša ohraniti, in če temelji na objektivnih, nediskriminatornih in vnaprej znanih merilih, ki določajo meje diskrecijske pravice nacionalnih organov[19] in omogočajo odpravo samovoljnih dejanj, ki bi lahko določbam prava Unije o tej temeljni svoboščini odvzela učinkovitost.

26. Na podlagi člena 52(1) PDEU je namreč mogoče omejitve pravice do ustanavljanja upravičiti z razlogi javnega reda, javne varnosti in javnega zdravja; vendar morajo pri tem zagotavljati uresničitev cilja, ki mu sledijo, ne da bi se preseglo to, kar je nujno potrebno za njegovo izpolnitev. To merilo sorazmernosti, ki ga je Sodišče večkrat uporabilo v sodni praksi v zvezi s temeljnimi svoboščinami, je običajno opredeljeno kot preizkus primernosti oziroma potrebnosti, katerih meje so seveda presežene, če je mogoče cilje doseči z manj omejevalnimi ukrepi.[20]

27. Ne da bi se bilo treba sklicevati na pravni pojem storitve v splošnem interesu, menim, da dejavnost opravljanja linijskega avtobusnega prevoza kot turistične mestne vožnje z vnaprej določenimi postajališči ni popolnoma brez javnega interesa glede na množico zadevnih elementov, kot so varnost in integriteta oseb, varnost v cestnem prometu in celo dobro upravljanje mobilnosti v mestih,[21] s katerimi je mogoče, ne da bi bilo to v nasprotju s pravom Unije, upravičiti pogojevanje koncesije z dovoljenjem. Za dosego teh ciljev bi bil namreč „lahko [najprimernejši] predhodni nadzor pristojne uprave [...], medtem ko bi se sistem naknadnega preverjanja lahko odzval prepozno, zlasti kadar bi bilo veliko odhodkov že porabljenih in bi jih bilo težko povrniti“.[22]

28. Med pogoji za dodelitev dovoljenja je treba ločeno preučiti po eni strani pogoj glede sedeža ali poslovne enote in po drugi strani pogoj glede ekonomske zaščite prejšnjega koncesionarja.

19 – Za vse druge glej sodbo z dne 10. marca 2009 v zadevi Hartlauer (C-169/07, ZOdl., str. I-1721, zlasti točka 64).

20 – Sodbe Sodišča z dne 14. decembra 1995 v združenih zadevah Sanz de Lera in drugi (C-163/94, C-165/94 in C-250/94, Recueil, str. I-4821, točke od 23 do 28); z dne 20. februarja 2001 v zadevi Analir in drugi (C-205/99, Recueil, str. I-1271, točka 35) in z dne 1. oktobra 2009 v zadevi Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, ZOdl., str. I-9021, točka 33).

21 – Poleg tega se je pokazalo, da je bila zavrnitev dodelitve koncesije utemeljena samo s tem merilom.

22 – To merilo je izrecno navedeno v zgoraj navedeni sodbi Woningstichting Sint Servatius, točka 34.

C – *Pogoj sedeža ali poslovne enote*

29. Avstrijski predpisi pogojujejo dodelitev koncesije s tem, da ima podjetje vlagatelj sedež ali poslovno enoto v Avstriji. Ker je pomembno, kdaj se ta zahteva preveri, je treba pred preučitvijo časovne razsežnosti tega pogoja preučiti njegovo bistveno naravo.

1. Bistvo zahteve po sedežu ali poslovni enoti

30. Drugače kot pri svobodi opravljanja storitev, pri kateri se lahko z zahtevo po stalni poslovni enoti členu 56 PDEU odvzame ves polni učinek, tako da pravzaprav pomeni „sámo zanikanje te svoboščine“,[23] se zdi, da je zahteva po poslovni enoti – kot elementu koncesije v skladu z ugotovitvami Komisije v točkah 32 in 33 njenih stališč – sama po sebi usklajena s členom 49 PDEU, ki podjetjem države članice daje pravico do „ustanovitve sedeža“ v drugi državi članici.[24]

31. Vendar lahko tudi pogoji, ki jih vsaka država članica določi za ustanovitev podjetij na svojem ozemlju, vplivajo na končno odločitev, saj je nekaj drugega predvideti gospodarsko dejavnost v državi, v kateri so pogoji ustanavljanja sprejemljivi z birokratskega in gospodarskega stališča, kot v neki drugi državi, v kateri breme izpolnitve pogojev odvrača tuja podjetja. Tanka meja med tema kategorijama ločuje prav pogoje, ki jih Unija dovoljuje, in pogoje, ki jih zaradi vprašanja sorazmernosti morda ne.

32. S tem ko se Sodišče sklicuje samo na stalno prisotnost,[25] skuša uporabiti pojem, ki izrecno zadeva dejansko stanje in ni povezan s posebnimi pravnimi pogoji ter je navsezadnje neodvisen od nacionalnih institucij. Ker pa avstrijski državljani že po definiciji

23 – Taka je ubeseditev v sodbi z dne 4. decembra 1986 v zadevi Komisija proti Nemčiji (205/84, Recueil, str. I-3755, točka 52).

24 – Tako dejstvo, da za dodelitev obveznega dovoljenja laboratoriju za klinične preiskave velja pogoj, da ima v državi poslovalnico, po mnenju Sodišča pomeni kršitev svobode opravljanja storitev, in ne same svobode ustanavljanja, ker ta pogoj ni pomenil, da je treba to poslovno enoto spremeniti v glavni ali osrednji sedež podjetja (sodba z dne 11. marca 2004 v zadevi Komisija proti Franciji (C-496/01, Recueil, str. I-2351, točke 61 in od 64 do 77)). Kljub temu se lahko zgodi, da oviranje svobode ustanavljanja ni posledica pogoja obveznega sedeža ali operativnega centra v državi, temveč dejstva, da morajo imeti zaposleni ter del osebja nadzornih podjetij in notranjih nadzornih služb stalno prebivališče na ozemlju države članice, v kateri je sedež podjetja (sodba z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-355/98, Recueil, str. I-1221, točke od 31 do 34 in 41)).

25 – Zgoraj navedena sodba Centro di Musicologia Walter Stauffer, točka 19.

izpolnjujejo pogoj sedeža ali poslovne enote, pogojevanje dovoljenja s tem že samo po sebi pomeni omejitev, ki ne bo opredeljena kot neposredna diskriminacija samo, če bo dovolj utemeljena.

2. Časovna razsežnost zahteve po poslovni enoti

33. Vendar iz podatkov, ki jih je predložilo Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, niso natančno razvidni pogoji, ki jih avstrijski predpisi nalagajo za „ustanovitev sedeža“. Povedano drugače, ni jasno, kako natanko je treba izpolniti zahteve, ki jih nalaga avstrijsko pravo, da se lahko upravičeno vprašamo, ali se Komisija in avstrijska vlada v svojih stališčih sklicujeta na isti pojem poslovne enote. Po drugi strani razlikovanje med „sedežem“ in „poslovno enoto“ ni povsem nepomembno. Avstrijska vlada to potrjuje, ko navaja, da so neavstrijske družbe v boljšem položaju kot avstrijske, saj lahko zadnje pridobijo koncesijo samo, če imajo „sedež“, medtem ko pri prvih zadostuje „poslovna enota“.

35. Po mojem mnenju bo v zvezi s to točko potreben natančnejši odgovor, in sicer odgovor na vprašanje, ali se v skladu z avstrijskimi predpisi, kot so nam bili predstavljeni, izpolnitev pogoja sedeža ali poslovne enote zahteva, še preden lahko vlagatelj ve, ali ima dejanske možnosti za pridobitev koncesije. Zato dejstvo, da za dodelitev koncesije brez zanesljive presoje možnosti za njeno pridobitev že takoj na začetku velja pogoj, da ima podjetje „sedež“ ali „poslovno enoto“, pomeni omejitev te svoboščine, kar zadeva določbo o razvoju gospodarskih dejavnosti.

34. Glede na pomanjkanje informacij o teh pojmih v avstrijskem pravu mora predložitveno sodišče zato na podlagi pragov dopustnosti iz točke 31 zgoraj preučiti sorazmernost teže, ki jo lahko avstrijsko pravo pripiše „sedežu“ ali „poslovni enoti“.

36. Nejasnost ciljev te predhodne zahteve se namreč zdi stalnica v stališčih avstrijske vlade, čeprav ta utemeljuje zahtevo po sedežu ali poslovni enoti z ustvarjanjem enakih pogojev konkurence ter jamstvom določb socialnega in delovnega prava (točka 30 njenih stališč). Na splošno ni očitno, da bi bila lahko zahteva

po sedežu ali poslovni enoti v Avstriji edini način za dosego navedenega cilja.

37. Poleg tega naložba v odprtje stalne enote – ki je ne bo mogoče amortizirati, če bo koncesija nazadnje zavrnjena – ni upravičena v smislu sorazmernosti, saj je mogoče vse navedene cilje pred dodelitvijo dovoljenja doseči z drugačnimi sredstvi, ki so za podjetje cenejši, in sicer na podlagi podatkov in jamstev, ki jih lahko pošljejo organi drugih držav članic ter so poleg tega zanesljivejši in natančnejši od tistih, ki bi jih lahko zagotovilo tuje podjetje, nedavno ustanovljeno v državi.

38. Strinjam se torej s Komisijo, da je mogoče zahtevo po sedežu ali poslovni enoti upravičiti z vidika sorazmernosti samo, če se nanaša na čas tik pred začetkom opravljanja dejavnosti, ne pa tudi če mora biti kot pogoj za dodelitev koncesije izpolnjena še pred dodelitvijo.

V – Analiza drugega vprašanja: ekonomska zaščita predhodnega koncesionarja

39. Ob upoštevanju tega, kar je zgoraj navedeno v zvezi s svobodo opravljanja storitev, bom pri analizi drugega vprašanja samo z vidika svobode ustanavljanja in svobodne konkurence preučil pogoj, da se z dodelitvijo koncesije ohrani ekonomski položaj predhodnega koncesionarja, zaradi česar je avstrijska vlada že takoj podvomila o dopustnosti tega vprašanja.

A – *Ugovor nedopustnosti*

40. Treba je ugotoviti nezanesljivost trditve, ki jo je avstrijska vlada navedla v podporo nedopustnosti drugega vprašanja, in sicer dejstvo, da naj ta razlog za zavrnitev dodelitve koncesije ne bi bil obravnavan na prvi stopnji. Brez dvoma je bila dodelitev koncesije podjetju Yellow Cab načelno zavrnjena iz povsem drugega razloga, kot ga v tej zadevi navaja Unabhängiger Verwaltungssenat Wien; vendar ta v predložitveni odločbi poudarja (nekako preventivno), da ima neomejeno pristojnost za odločanje v tej zadevi; sklicuje se celo na nujnost razlage prava Unije, ki bi mu koristila. V teh okoliščinah Sodišče mora odgovoriti na vprašanje, saj se to nanaša na predmet nacionalnega spora in ni le hipotetično.[26]

26 – Sodbi Sodišča z dne 13. marca 2001 v zadevi Preussen-Elektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 38) in z dne 22. januarja 2002 v zadevi Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, str. I-607, točka 19).

B – *Vsebinska analiza*

41. Za utemeljitev jamstva ekonomske sposobnosti preživetja predhodno dodeljene koncesije so potrebni trdni razlogi v splošnem interesu, ki temeljijo predvsem na dobrem delovanju zadevne storitve.

42. V tem smislu si lahko pri razlagi pomagamo z Uredbo št. 684/92, čeprav se v tej zadevi ne uporablja. Tako se v členu 7(4), v katerem se pod določenimi pogoji kot razlog za zavrnitev dovoljenja dopušča dejstvo, da bi lahko storitev, na katero se nanaša vloga, neposredno ogrozila obstoj že odobrenih rednih storitev, skuša pojasniti, da „dejstvo, da prevoznik ponudi nižje cene od tistih, ki jih ponujajo drugi cestni ali železniški prevozniki, ali dejstvo, da zadevno prometno povezavo že upravljajo drugi cestni ali železniški prevozniki, samo po sebi še ne upravičuje zavrnitve vloge“ (v enakem smislu glej člen 8(4) Uredbe št. 1073/2009).

43. Navsezadnje dejstvo, da lahko storitev, ki jo opravlja vlagatelj vloge za dodelitev koncesije, že zaradi izgube donosnosti poslovanja ogrozi dejavnost predhodnega prevoznega podjetja, pomeni očitno spremembo predmeta zaščite. Jasno je namreč, da predmet jamstva ni toliko opravljena storitev kot donosnost poslovanja prvotnega koncesionarja. Skratka, zdi se, da namen te posebne določbe glede donosnosti poslovanja podjetja ni niti spodbujanje turizma, niti racionalizacija in prometna varnost, niti zaščita potnikov.

44. Drugače bi bilo, če bi to zmanjšanje donosnosti poslovanja tako spodkopalo storitev, da bi bila onemogočena ali bi bila ogrožena njena ekonomska upravičenost, samo če ne bi bilo mogoče drugače vzpostaviti prvotnih (niti seveda izboljšati) pogojev z vstopom drugega koncesionarja na trg. V tem primeru bi se dejansko lahko zmanjšala kakovost prevoza v škodo potnikov, kot Avstrija trdi v svojih stališčih (točka 40), vendar bi to zahtevalo presojo na podlagi podrobnih podatkov.

45. Da namreč nacionalni organ svoboščine ne omeji samovoljno, morajo biti merila, na podlagi katerih jo je mogoče omejiti,

pregledna, objektivna in znana vnaprej.[27] Tudi če je v skladu s tem, kar Avstrija trdi v točki 34 svojih stališč, preučitev gospodarskega položaja prvega koncesionarja napoved, ki jo je treba opraviti na podlagi zadostnih ugotovitev dejanskih okoliščin, se ta preučitev v praksi izvede samo na podlagi podatkov in navedb, ki jih predloži obstoječi koncesionar, kar ni niti v skladu s temi merili niti ni posledično v skladu s svobodo ustanavljanja.

46. Če povzamem, ekonomska zaščita predhodnega koncesionarja ovira izvrševanje svobode ustanavljanja, če je kot v obravnavanem primeru za to zaščito značilna nejasnost cilja in meril za uporabo.

VI – Vpliv konkurence

47. Nazadnje, predložitveni organ tako v prvem kot v drugem vprašanju predlaga, naj se nacionalni predpisi, kot so ti v obravnavani zadevi, preučijo s stališča člena 101 PDEU (konkurenca). Pri odgovoru, ki ga bom navedel, bo treba kljub temu ločiti med vplivom tega pojma na pogoj sedeža in njegovim vplivom s stališča določbe o ekonomski sposobnosti preživetja predhodnega koncesionarja.

48. Najprej je treba navesti, da sodna praksa Sodišča očitno oporeka trditvam o neupoštevnosti svobodne konkurence, ki po mnenju Komisije izhaja iz dejstva, da se ta zadeva ne nanaša na ravnanje podjetij in da vanjo ni vpleteno nobeno javno podjetje. Iz sodbe v zadevi Cipolla[28] namreč izhaja, da čeprav se člena 81 ES in 82 ES (zdaj člena 101 PDEU in 102 PDEU) „nanašata le na ravnanje podjetij, in ne na zakonodajne ali druge predpise, ki jih sprejmejo države članice, to še ne pomeni, da ta člena v povezavi s členom 10 ES [(zdaj člen 4(3) PDEU)], ki določa dolžnost sodelovanja, držav članic ne zavezujeta k temu, da ne sprejmejo ali ohranjajo v veljavi ukrepov, tudi zakonske ali podzakonske narave, ki bi lahko izničili polni učinek pravil konkurence, ki veljajo za podjetja“, tako da gre za „kršitev členov 10 ES in 81 ES, če država članica bodisi predpiše ali spodbuja sklepanje sporazumov,

27 – Kot sem navedel, je Sodišče tako med drugim razsodilo v sodbah Woningstichting Sint Servatius in Hartlauer.

28 – Sodba z dne 5. decembra 2006 (C-94/04 in C-202/04, ZOdl., str. I-11421, točki 46 in 47), s sklicevanjem na sklep z dne 17. februarja 2005 v zadevi Mauri (C-250/03, ZOdl., str. I-1267, točki 29 in 30).

ki so v nasprotju s členom 81 ES, ali krepi učinke takih sporazumov“.

49. V okviru vsebinske analize je treba opozoriti, da je trditev o kršitvi pravil konkurence zelo različno izražena v vsakem od obeh postavljenih vprašanj.

50. V zvezi s prvim vprašanjem se namreč posredne posledice, ki jih ima lahko kršitev svobode ustanavljanja na svobodno konkurenco, vedno preučijo v okviru analize te pravice. Povedano drugače, v obravnavanem primeru je zahtevo po sedežu odveč presojati še s stališča konkurence.[29]

51. Vpliv člena 101 PDEU je lahko drugačen pri drugem vprašanju, ki se nanaša na določbo o jamstvu ekonomske upravičenosti predhodne koncesije. Jasno je namreč, da bo določba o ekonomski upravičenosti, kot je določena v avstrijskem pravnem redu, ki dodelitev dovoljenja pogojuje s tem, da se ohrani donosnost poslovanja predhodnega koncesionarja, skoraj neizogibno vplivala na svobodno konkurenco. Seveda, kot poudarja Komisija, lahko razlogi javnega interesa v nekaterih primerih upravičijo določbo o ekonomski zaščiti predhodnega koncesionarja, da se zagotovi redno opravljanje storitve. Ker pa se zdi, da v obravnavanem primeru ne gre za tak poseben primer, bi neobstoj kakršnih koli omejitev v zvezi s tem navsezadnje privedel do kršitve nevtralnosti, ki jo zahteva konkurenca,[30] saj bi imelo prednost točno določeno podjetje, čeprav bi drugo podjetje lahko enako storitev ponudilo po nižji ali enaki ceni, vendar z nižjimi stroški.

29 – Po drugi strani naj bi bile ne glede na dejstvo, da je že v izhodišču vprašljivo, da turistični avtobusni prevoz izpolnjuje merila, na podlagi katerih bi ga bilo mogoče opredeliti kot storitev splošnega gospodarskega interesa v smislu zgoraj navedene sodne prakse Woningstichting Sint Servatius, ugotovitve na podlagi te opredelitve neupoštevne, kar zadeva ustanavljanje, ker v tej zadevi ne gre za dodelitev posebnih ali izključnih pravic podjetju, saj je v središču spora samo zakonitost vrste omejitev v okviru upravnega postopka za predhodno dovoljenje.

30 – V tem smislu – in to pripombo je treba upoštevati z vso potrebno previdnostjo – z dejstvom, da je bilo združenje različnih lokalnih turističnih podjetij prej edini koncesionar, kot je razvidno iz predložitvene odločbe, v povezavi z določbo o ekonomski sposobnosti preživetja ni ravno mogoče pomiriti zaskrbljenosti glede izvajanja svobodne konkurence.

VII – Predlog

52. Na podlagi zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne odločbe odgovori:

1. Člen 49 PDEU (svoboda ustanavljanja) nasprotuje nacionalnim predpisom, ki za pridobitev dovoljenja za opravljanje storitve linijskega avtobusnega prevoza kot turistične mestne vožnje z rednimi povezavami med določenimi postajališči po predhodno določenem voznem redu zahtevajo, da mora imeti podjetje, ki je vlagatelj vloge, že pred začetkom opravljanja storitev linijskega avtobusnega prevoza in zlasti ob dodelitvi koncesije sedež ali poslovno enoto v državi organa, ki odloča o dovoljenju.

2. Člen 49 PDEU (svoboda ustanavljanja) ne nasprotuje nacionalnim predpisom, ki za pridobitev dovoljenja za opravljanje storitve linijskega avtobusnega prevoza kot turistične mestne vožnje z rednimi povezavami med določenimi postajališči po predhodno določenem voznem redu zahtevajo, da mora imeti podjetje, ki je vlagatelj vloge, najpozneje ob začetku opravljanja prevoznih storitev sedež ali poslovno enoto v državi organa, ki odloča o dovoljenju.

3. Člen 49 PDEU (svoboda ustanavljanja) in člen 101 PDEU (konkurenca) nasprotujeta nacionalnim predpisom, ki v okviru postopka za pridobitev dovoljenja za opravljanje linijskega avtobusnega prevoza kot turistične mestne vožnje z redno povezavo med določenimi postajališči na podlagi predhodno določenega voznega reda določajo, da se dovoljenje brezpogojno zavrne, če se v primeru začetka opravljanja predlaganega linijskega avtobusnega prevoza prihodki konkurenčnega podjetja, ki opravlja prevoze na delno ali povsem enakih progah, s tem tako

zmanjšajo, da za tega konkurenta nadaljnje zagotavljanje te povezave s poslovnega stališča ne bi bilo več donosno.

4. Člen 56 PDEU (svoboda opravljanja storitev) ni upošteven za analizo, ali so nacionalni predpisi, na podlagi katerih je treba za izdajo dovoljenja za opravljanje linijskega avtobusnega prevoza kot mestne turistične vožnje z rednimi povezavami med določenimi postajališči po predhodno določenem voznem redu izpolnjevati zgornje pogoje, združljivi s pravom Unije.