ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н P. CRUZ VILLALÓN, представено на 30 септември 2010 година[1]

1. Настоящото преюдициално производство позволява на Съда да разгледа по-обстойно[2] специфичните проявления на свободното предоставяне на услуги в областта на транспорта, неговото разграничаване спрямо свободата на установяване и ролята на двете посочени свободи, ефективното упражняване на които е гаранция за правилното функциониране на „пространство[то] без вътрешни граници“[3], каквото по същността си е Европейският съюз.

I – Приложимата правна уредба

A – *Правото на Европейския съюз*

2. Unabhängiger Verwaltungssenat Wien приканва Съда да се произнесе върху въпроса за съвместимостта с членове 49 ДФЕС, 56 ДФЕС и 101 ДФЕС на национална правна уредба, която във връзка с експлоатацията на „туристическа автобусна линия“ изисква от желаещото да я експлоатира предприятие а) към датата на предоставяне на концесията или най-късно до момента, в който започва осъществяването на транспортните услуги, да разполага със седалище или постоянен обект (където ще се развива съответната икономическа дейност) в държавата членка на предоставящия разрешението орган, и б) да не се нанася вреда на рентабилността на конкурентно предприятие, което предоставя посочената услуга в рамките на частично или напълно еднакъв маршрут.

3. Член 49 ДФЕС (предишен член 43 ЕО) регламентира „в рамките на следващите разпоредби“ правото на установяване на гражданите на държава членка на територията на друга държава членка, като забранява ограниченията върху това право, разширявайки приложното поле на посочената забрана върху ограниченията, свързани със създаването на търговски представителства, клонове или дъщерни дружества от гражданите на държава членка, установили се на територията на друга държава членка и включва в свободата на установяване „достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, както и да се създават и ръководят предприятия, в частност дружества

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — Каквато възможност имаше наскоро генералният адвокат Mengozzi, макар и от различна перспектива, в заключението си от 7 септември 2010 г., представено по дело Neukirchinger (C-382/08).

3 — Член 26, параграф 2 ДФЕС.

по смисъла на член 54, втора алинея, при условията, определени от правото на държавата, където се извършва установяването, за нейните собствени граждани […]“.

4. От своя страна член 56 ДФЕС (предишен член 49 CE) също „със следващите разпоредби“ провъзгласява забраната на ограниченията на свободното предоставяне на услуги в рамките на Съюза по отношение на гражданите на държавите членки, които са се установили в държава членка, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите.

5. В съответствие с член 58, параграф 1 ДФЕС (предишен член 51 ЕО) „свободното предоставяне на услуги в областта на транспорта се регулира от разпоредбите на дяла, отнасящ се до транспорта“.

6. С оглед на ефективното прилагане на обща транспортна политика член 91 ДФЕС, параграф 1, буква б) възлага на Европейския парламент и на Съвета определянето на „условията, при които превозвачите, които не пребивават в държава членка, могат да извършват транспортни услуги в тази държава“.

Б – *Австрийското право*

7. В съответствие с Kraftfahrliniengesetz (Закон за автобусните линии, наричан по-нататък „KflG“) [4] транспортът посредством автобусни линии с определени спирки в рамките на определен маршрут трябва да бъде разрешен чрез концесия (член 1), като молбата за предоставянето на такава трябва да отговаря на много конкретни условия (член 2), а самата концесия се предоставя от Landeshauptmann (член 3). Когато подалото молба предприятие не е австрийско, се изисква то да има седалище или постоянен обект в Австрия (член 7, параграф 1, точка 2), за да може по този начин да бъде приравнено на австрийските предприятия, подали подобна молба за предоставяне на концесия. От друга страна, концесията се счита за противоречаща на обществения интерес, когато предоставянето на услугата може да застраши изпълнението на транспортната мисия на превозвача, в чиято зона на дейност минава исканата линия, което може да възникне, ако при експлоатирането на услугата този превозвач бъде силно засегнат в резултат от намаляване на приходите и това очевидно застрашава неговата рентабилност (член 7, параграф 1, точка 4, буква б) във връзка с член 14, параграфи 1—3).

II – Обстоятелствата

8. На 25 януари 2008 г. германското предприятие Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH (наричано по-нататък „Yellow Cab“) подава молба съгласно KflG да му бъде предоставена концесия за експлоатация

4 — В редакцията, публикувана в BGBl №° 153/2006.

на услуга за управление на автобусна линия единствено в рамките на община Виена по определен маршрут с туристическа насоченост, с определени спирки, който почти изцяло вече е обхванат от група предприятия [5].

9. На 13 март 2009 г. молбата на Yellow Cab за концесия е отхвърлена от компетентния орган с довода, че предоставянето на концесията застрашавало безопасността на движението по пътищата. След подаване на жалба от страна на Yellow Cab пред Unabhängiger Verwaltungssenat Wien този орган приема, че тя може да бъде отхвърлена поради други основания въз основа на австрийското законодателство, тъй като, от една страна, Yellow Cab нямало седалище или постоянен обект в Австрия към момента на подаване на молбата за концесия, а от друга страна — тъй като рентабилността на вече развиващия дейност превозвач щяла да бъде сериозно застрашена.

III – Преюдициални въпроси и производството пред Съда

10. Тъй като тези установени в австрийската правна уредба условия пораждат известни съмнения у Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, що се отнася до тяхната съвместимост с правото на Съюза, посоченият орган решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1. Съвместима ли е със свободата на установяване и със свободата за предоставяне на услуги по смисъла на член 43 ЕО и сл. и на член 49 ЕО и сл., както и с общностното конкурентно право по смисъла на член 81 ЕО и сл., национална правна норма относно предоставянето на разрешение за извършване на транспортни услуги посредством автобусна линия, и следователно за въвеждане на средство за обществен транспорт за редовно обслужване на определени спирки по предварително установено разписание, когато за предоставяне на разрешение тази норма изисква:

а) преди да започне да експлоатира автобусната линия, и по-конкретно към момента на предоставяне на концесията, подалото молба предприятие от Европейската общност вече да има седалище или постоянен обект в държавата на предоставящия разрешение орган,

б) най-късно към момента на започване на експлоатацията на автобусната линия подалото молба предприятие от Европейската общност да има седалище или постоянен обект в държавата на предоставящия разрешение орган,

2. Съвместима ли е със свободата на установяване и със свободата на предоставяне на услуги по смисъла на член 43 ЕО и сл. и на член 49 ЕО и сл., както и с общностното конкурентно право по

5 — По-специално съгласно акта за преюдициално запитване тази група включва Kraftfahrlinie der Vereinigung Austrobus Österreichische Autobusgesellschaft KG, Blaguss Reisen GmbH, Elite Tours Verkehrsbetrieb GMBH и Vienna Sightseeing Tours — Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG на основание на концесия от 17 май 2005 г.

смисъла на член 81 ЕО и сл. национална правна норма относно предоставянето на разрешение за извършване на транспортни услуги посредством автобусна линия, и следователно за въвеждане на средство за обществен транспорт за редовно обслужване на определени спирки по предварително установено разписание, когато тази норма предвижда, че трябва да се откаже предоставянето на разрешение, ако поради започналата експлоатация на автобусната линия, предмет на молбата за концесия, приходите на конкурентно предприятие, което обслужва напълно идентичен маршрут или част от него, намалеят до такава степен, че по-нататъшното стопанисване от конкурентното предприятие на неговата автобусна линия вече няма да е рентабилно от икономическа гледна точка?“.

11. Посоченият акт за преюдициално запитване е заведен в секретариата на Съда на 24 август 2009 г.

12. В писменото си становище Yellow Cab поддържа, че посочените условия са незаконосъобразни, докато австрийското правителство след оспорване на допустимостта на втория въпрос поддържа, че тези условия са съвместими с правото на Съюза, като по-специално счита, че в настоящия случай позоваването на свободното предоставяне на услуги не е уместно. В същия дух германското правителство, което се съсредоточава само върху изискването за седалище или за постоянен обект, също отрича, че е била нарушена свободата на установяване, каквото е становището и на италианското правителство, според което освен това икономическата защита на предходния концесионер може да бъде обоснована. На последно място Комисията отхвърля възможността в настоящия случай да са нарушени както свободната конкуренция, така и свободното предоставяне на услуги, а във връзка със свободата на установяване тя се съгласява с изискването за наличие на седалище или на постоянен обект, но го ограничава до момента непосредствено преди започване на предоставянето на услугата.

13. Трябва да се вземе предвид обстоятелството, че във всеки от двата въпроса Unabhängiger Verwaltungssenat Wien разглежда установените в австрийското законодателство условия във връзка с три категории на първичното право, а именно със свободното предоставяне на услуги, със свободата на установяване и с конкуренцията. От съображения за систематичност ще пристъпя към анализа на тези условия изключително от гледна точка на двете свободи, а след това ще разгледам отблизо отражението на конкуренцията върху настоящото дело.

IV – Анализ на първия въпрос

А – *От гледна точка на свободното предоставяне на услуги*

14. Както посочих по-горе, запитващата юрисдикция въздига свободата за предоставяне на услуги и свободата на

установяване в параметри за преценка на настоящия случай, поради което в самото начало тези две свободи трябва да бъдат разграничени.

17. Обратно, „временният“ характер на упражняването на дейността [7] позволява разглежданата икономическа дейност да бъде квалифицирана като „предоставяне на услуги“, преодолявайки неясните граници между двете свободи [8].

1. Разграничението между свободното предоставяне на услуги и правото на установяване

15. На първо място, трябва да се отбележи, че в постоянната си практика Съдът е използвал някои определящи критерии, за да направи разграничение между „предоставяне на услуги“ и „установяване“.

18. Тези критерии придобиват особено значение в настоящия случай, тъй като направеното от запитващата юрисдикция излагане на фактите и естеството на предлаганата от Yellow Cab услуга сочат, че то ще упражнява дейността си постоянно или във всички случаи без предвидимо ограничение на нейната продължителност, които аспекти Съдът изрично е взел предвид, за да отхвърли прилагането на разпоредбите в областта на предоставянето на услуги [9]. В обобщение, дейност като тази, която Yellow Cab е искало да осъществява, и която поради своите характеристики изисква определено постоянство и трайност в държавата членка, където ще бъде развивана,

16. Така трайността и продължителността на предоставянето на услуги позволяват да се приеме, че понятието за установяване включва възможността за гражданин на Общността да участва трайно и продължително в икономическия живот на държава членка, различна от държавата по произхода му, и да извлича полза от това, и което допринася по този начин за взаимното икономическо и социално обвързване в рамките на Общността в областта на дейностите, осъществявани от самостоятелно заети лица [6].

6 — Както това се установява от Решение от 21 юни 1974 г. по дело Reyners (2/74, Recueil, стр. 631), точка 21, Решение от 30 ноември 1995 г. по дело Gebhard (C-55/94, Recueil, стр. I-4165), точка 25 и Решение от 14 септември 2006 г. по дело Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Recueil, стр. I-8203), точка 18.

7 — Съгласно посоченото по-горе Решение по дело Gebhard, точки 25—28, временният характер трябва да се определя не само в зависимост от продължителността на предоставяне на услугата, а и в зависимост от честотата, периодичността или непрекъснатостта на предоставяне, така че ако участието на заинтересованото лице в икономическия живот на приемащата държава не е трайно и продължително, трябва да се приложи свободното предоставяне на услуги вместо правото на установяване.

8 — Неясни, тъй като в края на краищата, както се приема в Решение от 11 декември 2003 г. по дело Schnitzer (C-215/01, Recueil, стр. I-14847), точки 30 и 31, Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/Португалия (C-171/02, Recueil, стр. I-5645), точка 26 и Решение от 16 юли 2009 г. по дело Von Chamier-Gliszczinski (C-208/07, Сборник, стр. I-6095), точка 74, „нито една разпоредба на Договора не дава възможност да се определи по абстрактен начин каква продължителност или честота е необходима, за да може предоставянето на услуга или на определен вид услуги да се приеме за предоставяне на услуги по смисъла на Договора. Така понятието „услуга“ по смисъла на Договора може да включва услуги от много различно естество, включително услуги, чието предоставяне обхваща продължителен период от време, дори и от няколко години“.

9 — Решение на Съда от 5 октомври 1988 г. по дело Steymann (196/87, Recueil, стр. 6159), точка 16, Решение по дело Schnitzer, посочено по-горе, точки 27—29 и Решение на Съда от 7 септември 2004 г. по дело Trojani (C-456/02, Recueil, стр. I-7573), точка 28.

попада по-скоро в обхвата на свободата на установяване (член 49 ДФЕС), отколкото в обхвата на свободното предоставяне на услуги (член 56 ДФЕС).

2. Свободното предоставяне на услуги в рамките на политиката на Съюза в областта на транспорта

19. Във всеки случай и независимо от гореизложеното не следва да се забравя, че дейността, която Yellow Cab иска да осъществява, очевидно попада в приложното поле на транспорта, в рамките на което развитието на свободното предоставяне на услуги е поверено от член 58 ДФЕС на вторичното право относно общата политика в областта на транспорта [10].

20. Съгласно постоянната съдебна практика при липсата на специална норма в областта на транспорта не следва член 56 ДФЕС да се прилага като критерий за измерване до каква степен правото на Съюза се противопоставя на дадена национална правна норма с оглед на това, че Съдът не разполага с голяма свобода на действие в тази област [11]. Ето защо следва да се провери дали в конкретния случай е налице норма с такива характеристики.

21. На първо място Регламент (ЕИО) №°1191/69 [12], изменен с Регламент (ЕИО) №°1893/91 [13], не е приложим в настоящия случай [14], тъй като не урежда изрично свободното предоставяне на услуги по смисъла на член 56 ДФЕС. По същия начин следва да се изключи и прилагането на

10 — Очевидно, както вече е отбелязано в Решение на Съда от 4 април 1974 г. по дело Комисия/Франция (167/73, Recueil, стр. 359), точка 25, общата транспортна политика далеч не изключва основните свободи, а има за предмет да ги приложи на практика и да ги допълни. От друга страна, тъй като се основава и върху свободното предоставяне на услуги, тази политика трябва да се тълкува в светлината на член 56 ДФЕС (Решение на Съда от 22 май 1985 г. по дело Парламент/Съвет (13/83, Recueil, стр. 1513), точка 62, Решение на Съда от 13 декември 1989 г. по дело Corsica Ferries Франция (C-49/89, Recueil, стр. 4441), точки 10—12, Решение на Съда от 18 януари 2001 г. по дело Италия/Комисия (C-361/98, Recueil, стр. I 385), точки 31—33 и Решение на Съда от 18 юни 1998 г. по дело Corsica Ferries France (C-266/96, Recueil, стр. I-3949), точка 55 и сл.), а член 58 ДФЕС, параграф 1 не представлява пречка за това, тъй като той е в съзвучие с целите, които тази конкретна свобода преследва на вътрешния пазар.

11 — Достатъчно е да посочим Решение от 22 май 1985 г. по дело Парламент/Съвет (13/83, Recueil, стр. 1513) точки 62 и 63, цитирано в Решение от 13 юли 1989 г. по дело Lambregts Transportbedrijf (4/88, Recueil, стр. 2583), точка 14, съгласно които обстоятелството, че Съветът не е изпълнил задълженията си по член 75 от Договора (предвидени понастоящем в членове 90 ДФЕС и 91 ДФЕС) не може да доведе до това членове 59 и 60 от Договора (понастоящем членове 56 ДФЕС и 57 ДФЕС) да придобият пряка приложимост в транспортния сектор. В същия ред на мисли, след като напомня, че свободното предоставяне на услуги в областта на транспорта се регулира от разпоредбите на дяла, отнасящ се до транспорта (точка 10), Решение от 13 декември 1989 г. по дело Corsica Ferries (C-49/89) не санкционира национална правна уредба, която е ограничаваща по своя характер съгласно член 56 ДФЕС, тъй като тя се е прилагала в период (през 1981 г. и 1982 г.), когато „свободното предоставяне на услуги в сектора на морския транспорт все още не е било осъществено, поради което държавите членки са можели да прилагат разпоредби като оспорваните в делото по главното производство“ (точка 14).

12 — Регламент на Съвета от 26 юни 1969 година относно действията на държавите членки по задължения, присъщи на концепцията за обществена услуга в железопътния, автомобилния и вътрешноводния транспорт (ОВ L 156, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 7, том 1, стр. 25), който все още се прилага ratione temporis.

13 — Регламент на Съвета от 20 юни 1991 година за изменение на Регламент № 1191/69 (ОВ L 169, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 7, том 2, стр. 59).

14 — Трябва обаче да се вземе предвид, че Регламент №°1893/91 отменя предходния член 19, параграф 2 [от Регламент №°1191/69], който е изключвал от приложното поле на този регламент предприятията от другите транспортни отрасли, различни от железопътните предприятия, извършващи основно локални или регионални превози.

Регламент (ЕИО) №°684/92 [15], тъй като той изисква транспортът да бъде международен, както и прилагането на Регламент (ЕО) №°12/98 [16], чийто член 3 допуска каботажни транспортни операции само за „[….] редовни услуги, при условие че се извършват от превозвачи, установени извън държава членка домакин по време на редовна международна услуга в съответствие с Регламент (ЕИО) № 684/92. Каботажни транспортни операции не могат да се извършват извън рамките на тези международни услуги. Градските и извънградските услуги са извън обхвата на тази точка“.

22. Освен това ratione temporis не трябва да се прилага и Регламент №°1370/2007 [17], в който също изрично са изключени услугите, поддържани главно поради историческия интерес към тях или поради туристическото им значение (член 1, параграф 2), нито пък следва да се прилага ratione temporis Регламент (ЕО) №°1073/2009 [18] поради същия довод, свързан с прилагането във времето, както и поради факта че в него се изключват „транспортните услуги, които задоволяват нуждите на градски център или агломерация“ и услугите, които се осъществяват „извън рамките на тази международна услуга“ (член 15, буква в).

23. Следователно при липса на специална норма, която — за случай като анализирания — да разяснява свободното предоставяне на услуги в приложното поле на транспортната политика, е невъзможно да се направи преценка на установените в австрийското законодателство изисквания от гледна точка на член 56 ДФЕС.

Б – *От гледна точка на правото на установяване*

24. По-нататък следва да се анализира законосъобразността на изискваните по австрийското право условия от гледна точка на правото на установяване и неговите правни последици: действителното упражняване на трайна и постоянна икономическа дейност при условията, определени от законодателството на държавата по установяване за нейните собствени граждани (член 49 ДФЕС, втора алинея).

1. Изискването за разрешение като предпоставка за упражняване на дейността

25. Изискването за разрешение принципно предполага ограничение на свободата на установяване, което може да

15 — Регламент на Съвета от 16 март 1992 година относно общите правила за международен превоз на пътници с автобус (ОВ L 74, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 34).

16 — Регламент на Съвета от 11 декември 1997 година относно условията, при които превозвачи, установени извън държава членка, могат да извършват вътрешни автомобилни пътнически транспортни услуги в границите на държава членка (ОВ L 4, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 7, том 4, стр. 184).

17 — Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 година относно обществените услуги за пътнически превоз с железопътен и автомобилен транспорт и за отмяна на Регламенти (ЕИО) № 1191/69 и (ЕИО) № 1107/70 на Съвета.

18 — Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 21 октомври 2009 година относно общите правила за достъп до международния пазар на автобусни превози и за изменение на Регламент (ЕО) № 561/2006 (ОВ L 300, стр. 88).

бъде обосновано единствено ако е годно да гарантира осъществяването на целите, които иска да защити, основавайки се на обективни, недискриминационни и предварително известни критерии, които гарантират, че то е в състояние в достатъчна степен да регламентира упражняването на правото на преценка на националните власти [19], и по този начин изключват действия при условията на оперативна самостоятелност, които могат да лишат от ефективност разпоредбите на правото на Съюза относно тази основна свобода.

26. Всъщност съгласно съдържанието на член 52 ДФЕС, параграф 1 ограниченията на правото на установяване могат да бъдат обосновани по съображения за обществен ред, обществена сигурност и обществено здраве, но с оглед на това трябва да бъдат в състояние да гарантират осъществяването на преследваната от тях цел и да не надхвърлят необходимото за нейното постигане. Този критерий за пропорционалност, който Съдът прилага систематично в своята практика във връзка с основните свободи, обикновено се квалифицира като *проверка* съответно на подходящия характер и на необходимостта, чиито граници, разбира се, биват надхвърлени, ако преследваните цели са могли да бъдат постигнати с по-малко ограничителни мерки [20].

27. Без да е необходимо да се прибягва до правното понятие за услуга от обществен интерес, считам, че дейността, състояща се в експлоатацията на автобусна линия с туристическа насоченост, която посредством определени спирки преминава през даден град, не е лишена от определен обществен интерес, тъй като по-голямата част от разглежданите елементи, като например безопасността и неприкосновеността на лицата, безопасността на движението по пътищата или включително правилното управление на градската мобилност [21], могат да обосноват разрешителен режим относно концесията за подобна дейност, без правото на Съюза да се противопостави на това. Всъщност за постигането на посочените цели „упражняваният от компетентната администрация предварителен контрол би могъл да изглежда [най-подходящ] […], докато намесата чрез система за последваща проверка крие опасност да се окаже твърде късна, по-специално когато вече са били направени трудно възстановими значителни разходи“ [22].

28. Във връзка с условията за предоставяне на самото разрешение хипотезите са различни, що се отнася, от една страна, до изискванията за седалище или за постоянен обект, а от друга страна, до икономическата защита на предходния концесионер, които трябва да анализираме отделно.

19 — Относно всички вж. Решение от 10 март 2009 г. по дело Hartlauer (C-169/07, Сборник, стр. I-1721), по-специално точка 64.

20 — Решение на Съда от 14 декември 1995 г. по дело Sanz de Lera и др. (C-163/94, C-165/94 и C-250/94, Recueil, стр. I-4821), точки 23—28, Решение на Съда от 20 февруари 2001 г. по дело Analir и др. (C-205/99, Recueil, стр. I-1271), точка 35 и Решение на Съда от 1 октомври 2009 г. по дело Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Сборник, стр. I-9021), точка 33.

21 — Критерий, който впрочем се явява единствената обосновка за отхвърляне на искането за предоставяне на концесия.

22 — Критерий, който изрично е формулиран в посоченото по-горе решение по дело Woningstichting Sint Servatius, точка 34.

B – *Изискването за седалище или за постоянен обект*

29. Австрийската правна уредба поставя предоставянето на концесията в зависимост от това дали подалото молба предприятие има седалище или постоянен обект в Австрия. С оглед на значимостта на момента, към който трябва да се провери спазването на това изискване, на първо място следва да се анализира самото естество на това условие, преди да се разгледа неговото времево измерение.

1. Само по себе си изискването за седалище или за постоянен обект

30. За разлика от сферата на свободното предоставяне на услуги, в която изискването за постоянен обект може да лиши от полезно действие член 56 ДФЕС до степен, че да представлява „дори отричане на тази свобода“ [23], съгласно твърденията на Комисията в точки 32 и 33 от нейното писмено становище задължението за наличие на постоянен обект като елемент от концесията изглежда естествено да се съгласува с член 49 ДФЕС, която разпоредба предоставя на предприятията от определена държава членка правото „на установяване“ в друга държава членка [24].

31. Условията обаче, на които всяка държава членка изисква да отговарят предприятията, които искат да се установят на нейната територия, също могат да окажат въздействие върху окончателното решение, доколкото не е едно и също да се предвиди упражняване на икономическа дейност в държава, където условията за установяване са приемливи от бюрократична или икономическа гледна точка, в сравнение с друга държава членка, където обременителните условия разколебават чуждестранните предприятия. Тънката граница между двете категории служи за разграничение точно между тези, които са допустими от Съюза, и тези, които от гледна точка на пропорционалността, могат да не бъдат допустими.

32. С позоваването само на постоянното присъствие Съдът е склонен поначало да използва понятие с изразен фактически характер, което не е обвързано от конкретни юридически условия и в края на краищата е самостоятелно по отношение на националните институции [25]. Доколкото

23 — Такива са думите на Съда в Решение от 4 декември 1986 г. по дело Комисия/Германия (205/84, Recueil, стр. I-3755), точка 52.

24 — Така изискването за наличие на постоянен обект като условие за получаване на необходимото разрешение за лаборатория за клинични анализи според Съда води до нарушение на свободното предоставяне на услуги, а не на самата свобода на установяване, доколкото това условие не предполага този постоянен обект да се превърне в основно или централно седалище на предприятието (Решение от 11 март 2004 г. по дело Комисия/Франция (C-496/01, Recueil, стр. I-2351, точки 61 и 64—77). В някои случаи обаче пречка за свободата на установяване може да не бъде изискването за седалище или за постоянен обект, а задължението управителите и известна част от персонала на охранителни дружества и на вътрешни служби за охрана да пребивават на територията на държавата членка по установяването (Решение от 9 март 2000 г. по дело Комисия/Белгия (C-355/98, Recueil, стр. I-1221, точки 31—34 и 41).

25 — Решение по дело Centro di Musicologia Walter Stauffer, посочено по-горе, точка 19.

обаче изискването за наличие на седалище или на постоянен обект като предварително условие за самото разрешение, е изпълнено по дефиниция от австрийските местни лица, то придобива характера на ограничение, което трябва да бъде достатъчно обосновано, за да не доведе до непряка дискриминация.

33. Предоставените от Unabhängiger Verwaltungssenat Wien данни обаче не са достатъчни, за да се установи с точност кои са изискуемите съгласно австрийската правна уредба условия за „установяване“. С други думи, не е ясно по какъв начин конкретно могат да се изпълнят поставените в австрийското право изисквания, поради което имаме основание да се запитаме дали в писменото си становище Комисията си служи със същото понятие за постоянен обект като използваното от австрийското правителство в неговото становище. От друга страна, разграничението между „седалище“ и „постоянен обект“ не е ирелевантно. Австрийското правителство доказва това, като посочва, че дружествата, които не са австрийски, имат несъмнено предимство спрямо австрийските дружества, тъй като ако последните могат да получат концесия само ако имат „седалище“, то дружествата, които не са австрийски, могат да получат такава и когато разполагат с „постоянен обект“.

34. Ето защо с оглед на недостатъчната информация относно тези понятия на австрийското право, въз основа на посочените в точка 31 от настоящото заключение прагове за допустимост запитващата юрисдикция следва да направи анализ на пропорционалността на задълженията, които това законодателство може да наложи за придобиване на „седалище“ или на „постоянен обект“.

2. Времевото измерение на изискването за установяване

35. Считам, че отговорът на този въпрос трябва да бъде по-нюансиран именно във връзка с това дали австрийската правна уредба, както е била представена от запитващия орган, изисква наличието на седалище или постоянен обект, преди кандидатът за концесия да може да узнае дали има реална възможност да получи концесията. Следователно, ако не е извършена надлежна преценка на възможността молбата на подобен кандидат за предоставяне на концесия да бъде удовлетворена, изначалното изискване за наличие на „седалище“ или на „постоянен обект“ като условие за предоставяне на такава концесия представлява ограничение на тази свобода от гледна точка на развитието на икономическата дейност.

36. Всъщност неопределеността на целите на това предварително изискване изглежда е постоянна величина в становището на австрийското правителство, макар то да обосновава изискването за наличие на седалище или на постоянен обект с оглед на създаване на равни условия на конкуренция и на гарантиране спазването на разпоредбите на социалното и трудовото право (точка 30 от неговото писмено становище). По принцип не е очевидно, че изискването за наличие на седалище или на постоянен

обект в Австрия може да се счита за единствения способ за постигане на посочената цел.

37. Впрочем инвестициите, които дадено предприятие следва да направи за откриване на постоянно представителство и които то не би могло да си възстанови, ако в крайна сметка му бъде отказано предоставянето на концесията, не са обосновани от гледна точка на пропорционалността, тъй като всички посочени цели могат да бъдат постигнати през тази фаза, която предхожда предоставянето на разрешението, чрез алтернативни средства, които са по-малко обременителни за предприятието. Такива средства са информацията и гаранциите, които биха могли да изпратят органите на другите държава членки, които освен това са по-надеждни и точни в сравнение с тези, които може да предостави наскоро установеното в държавата чуждестранно предприятие.

38. Ето защо споделям становището на Комисията, че изискването за наличие на седалище или на постоянен обект може да бъде обосновано от гледна точка на пропорционалността, при условие че се отнася до момента непосредствено преди започването на дейността, а не когато се предвижда да е налице преди концесията като условие за нейното предоставяне.

V – Анализ на втория въпрос: икономическата защита на предходния концесионер

39. С оглед на гореизложеното относно свободното предоставяне на услуги в анализа на втория въпрос ще се ограничa да разгледам свободата на установяване и свободната конкуренция във връзка с условието, което поставя предоставянето на концесията в зависимост от закрилата на икономическото положение на предходния концесионер и което от самото начало е накарало австрийското правителство да изрази съмнения относно допустимостта на този въпрос.

A – *Възражението за недопустимост*

40. Следва да се констатира явната неиздържаност на довода на австрийското правителство за недопустимост на втория въпрос, поради това че в първоинстанционното производство тази възможна причина за отказ за предоставяне на концесията не е била разисквана. Несъмнено по принцип на Yellow Cab е било отказано предоставянето на концесия поради съвсем различна причина от посочената понастоящем от Unabhängiger Verwaltungssenat Wien, но при все това в акта за преюдициално запитване този орган отбелязва (с превантивна цел), че има пълна юрисдикция да се произнесе по това дело, като освен това посочва необходимостта да получи за него тълкуване на правото на Съюза. При тези обстоятелства Съдът трябва да отговори на въпроса, тъй като той произтича от предмета на националния спор и не е хипотетичен [26].

26 — Решение на Съда от 13 март 2001 г. по дело PreussenElektra (C-379/98, Recueil, стр. I– 2099), точка 38 и Решение на Съда от 22 януари 2002 г. по дело Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, стр. I-607), точка 19.

Б – *Анализ по същество*

41. За обосноваването на гаранцията за икономическата жизнеспособност на вече съществуващата концесия се изисква да са налице сериозни съображения от обществен интерес, които се коренят основно в правилното функциониране на разглежданата услуга.

42. В този смисъл Регламент № 684/92 може да бъде полезен при тълкуването, макар и да не е приложим в настоящия случай. Така в член 7, параграф 4 от него при определени условия, като причина за отказ да се предостави разрешение се приема обстоятелството, че услугата, предмет на заявлението, би компрометирала пряко съществуването на вече разрешени редовни услуги, като непосредствено след това се уточнява, че фактът, че „[д]аден оператор предлага по-ниски цени от тези на другите автомобилни или железопътни превозвачи, или фактът, че въпросната връзка вече се обслужва от други автомобилни или железопътни превозвачи, сами по себе си не могат да бъдат оправдание за отхвърляне на заявлението“ (същият смисъл има член 8, параграф 4 от Регламент № 1073/2009).

43. В края на краищата фактът, че услугата, за която се иска предоставяне на концесия, може да застраши изпълнението на задачата на предходния превозвач само поради загуба на неговата рентабилност, предполага очевидно изместване на предмета на закрила. Несъмнено обект на гаранцията е не толкова предоставяната услуга, колкото рентабилността на първоначалния концесионер. В обобщение, тази специфична клауза за рентабилност на предприятието явно не е ориентирана към насърчаването на туризма, рационализирането и сигурността на движението по пътищата, нито към безопасността на пътниците.

44. Положението щеше да бъде различно, ако това намаляване на рентабилността затрудняваше предоставянето на услугата до степен да направи невъзможно нейното осъществяване или да застраши нейното съществуване, след като освен това загубата на първоначалните условия не може да бъде компенсирана (нито, разбира се, условията могат да се подобрят) с навлизането на пазара на втория концесионер. В този случай действително би могло да се стигне до намаляване на качеството на транспорта във вреда на пътниците, както поддържа Австрия в писменото си становище (точка 40 от нейното писмено становище), но това подлежи на преценка, основана на подробна информация.

45. Всъщност, за да не се извърши произволно ограничаване на посочената свобода от страна на националния орган, критериите, които позволяват подобно ограничаване трябва да бъдат прозрачни,

обективни и предварително известни [27]. Макар съгласно твърденията на Австрия (точка 34 от нейното писмено становище) разглеждането на икономическото положение на първия концесионер да представлява прогноза, която трябва да се направи въз основа на достатъчни констатации на фактическите обстоятелства, това разглеждане на практика се осъществява само въз основа на данните и изявленията на вече действащия концесионер, което явно не е съобразено с тези критерии, а в крайна сметка и със свободата на установяване.

46. В обобщение, икономическата защита на предходния концесионер затруднява упражняването на свободата на установяване, когато — както в настоящия случай — тази защита се характеризира с неопределеност на целта и на критериите за нейното прилагане.

VI – От гледна точка на конкуренцията

47. На последно място, както в рамките на първия, така и в рамките на втория си въпрос, запитващият орган е поискал национална правна уредба като разглежданата в настоящия случай, да бъде преценена от гледна точка на член 101 ДФЕС (конкуренция). В отговора ми обаче следва да се направи разграничение между влиянието, което това понятие може да има по отношение на изискването за наличие на седалище или по отношение на клаузата за икономическа жизнеспособност на предходната концесия.

48. На първо място, следва да се отбележи, че практиката на Съда изглежда опровергава специфичните доводи на Комисията относно ирелевантността в конкретния случай на свободната конкуренция, която посочената институция обосновава с факта, че тук не става въпрос за поведение на предприятие и че освен това не е замесено каквото и да е публично предприятие. Всъщност съгласно Решение по дело Cipolla [28], макар и членове 81 ЕО и 82 ЕО (понастоящем членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС) да засягат единствено „поведението на предприятията и да не се отнасят за законови или подзаконови мерки на държавите членки, тези членове, разглеждани във връзка с член 10 ЕО [понастоящем член 4 ДЕС, параграф 3], който установява задължение за сътрудничество, все пак задължават държавите членки да не приемат или запазват в сила мерки със законов или подзаконов характер, които могат да премахнат полезното действие на правилата на конкуренцията, приложими за предприятията“, поради което е налице „нарушение на членове 10 ЕО и 81 ЕО, когато държава членка налага или благоприятства сключването на споразумения,

27 — Както вече посочих, това е постановено от Съда, inter alia, в Решение по дело Woningstichting Sint Servatius и в Решение по дело Hartlauer.

28 — Решение от 5 декември 2006 г. (C-94/04 и C-202/04, Recueil, стр. I-11421), точки 46 и 47, което се позовава на Определение от 17 февруари 2005 г. по дело Mauri (C-250/03, Recueil, стр. I-1267), точки 29 и 30.

противоречащи на член 81 ЕО, или засилва последиците от такива споразумения […]“.

49. Навлизайки в тази материя, следва да се отбележи, че доводът за нарушение на конкуренцията се характеризира с твърде различна интензивност в рамките на всеки един от двата поставени въпроса.

50. Всъщност, що се отнася до първия въпрос, възможните непреки последици, които нарушение на свободата на установяване може да има за свободната конкуренция, винаги биват разглеждани при анализа на посоченото право. С други думи, в настоящия случай е излишно да се преценява изискването за наличие на седалище и от гледна точка на конкуренцията [29].

51. Различен е обхватът, който може да има член 101 ДФЕС от гледна точка на втория въпрос, свързан с клаузата за закрила на икономическото съществуване на предходната концесия. Всъщност е ясно, че клауза за икономическо съществуване като предвидената в австрийския правен ред, която поставя предоставянето на разрешение в зависимост от това предходният концесионер да запази рентабилността си, се отразява почти неизбежно върху свободната конкуренция. Разбира се, както отбелязва Комисията, в определени случаи съображения от обществен интерес могат да обосноват съществуването на клауза за икономическа закрила на предходния концесионер като гаранция за функционирането на услугата. При все това, след като в настоящия случай не е налице специално обстоятелство от този вид, липсата на каквото и да е условие в това отношение би довела до привилегироване на дадено предприятие, макар и друго предприятие да е могло да предостави услугата на същата или на по-ниска цена, но при по-малки разходи, което в крайна сметка води до нарушение на изискваната от конкуренцията неутралност [30].

29 — От друга страна, независимо от факта, че от самото начало е спорно, че автобусният транспорт за туристи има белезите на услуга от общ икономически интерес по смисъла на горепосоченото решение по дело Woningstichting Sint Servatius, основаните на тази квалификация съображенията биха били ирелевантни, що се отнася до установяването, тъй като тук не става въпрос за предоставяне на специални или изключителни права на дадено предприятие с оглед на това, че основният елемент на спора е законосъобразността на поредица от ограничения в рамките на административно производство по предоставяне на предварително разрешение.

30 — В този смисъл и с необходимата предпазливост следва да се констатира, че обстоятелството, че единственият предходен концесионер е сдружение на отделни местни предприятия, осъществяващи дейност в туристическия сектор, както е видно от акта за преюдициално запитване, също не спомага — във връзка с клаузата за икономическа жизнеспособност — за преодоляване на съмненията от гледна точка на упражняването на свободната конкуренция.

VII – Заключение

52. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам Съдът да отговори на преюдициалния въпрос по следния начин:

„1) Член 49 ДФЕС (свобода на установяване) не допуска национална правна уредба, съгласно която за експлоатирането на туристическа транспортна услуга в даден град посредством автобусна линия, обслужваща редовно определени спирки по предварително определено разписание, се изисква като условие за предоставяне на разрешението преди започване на транспортната дейност, и по-специално към датата на предоставяне на концесията, подалото молба предприятие да разполага със седалище или с постоянен обект в държавата, където се намира предоставящият разрешението орган.

2) Член 49 ДФЕС (свобода на установяване) допуска национална правна уредба, съгласно която за експлоатирането на туристическа транспортна услуга в даден град посредством автобусна линия за редовно обслужване на определени спирки по предварително установено разписание, се изисква най-късно до започване на транспортната дейност подалото молбата предприятие да разполага със седалище или с постоянен обект в държавата, където се намира предоставящият разрешението орган.

3) Член 49 ДФЕС (свобода на установяване) и член 101 ДФЕС (конкуренция) не допускат национална правна уредба, която в рамките на процедура по предоставяне на разрешение за експлоатиране на туристическа транспортна услуга в даден град посредством автобусна линия за редовно обслужване на определени спирки по предварително установено разписание, изключва напълно предоставянето на такова разрешение в хипотезата, в която при започване на експлоатирането на исканата автобусна линия, приходите от тази отсечка на конкурентно предприятие, обслужващо частично или напълно еднакъв маршрут, намалеят до такава степен, че по-нататъшното

стопанисване от негова страна на тази отсечка вече няма да е рентабилно от икономическа гледна точка.

4) Член 56 ДФЕС (свободно предоставяне на услуги) не е приложим при анализа на съвместимостта с правото на Съюза на национална правна уредба, която поставя в зависимост от изпълнението на горепосочените условия предоставянето на разрешение за експлоатирането на туристическа транспортна услуга в даден град посредством автобусна линия за редовно обслужване на определени спирки по предварително установено разписание“.