

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
JEAN MISCHO

fremsat den 30. november 2000<sup>1</sup>

1. I denne præjudicielle sag har Tribunal Supremo (Spanien) anmodet Domstolen om en fortolkning af Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 af 7. december 1992 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotagesejlads)<sup>2</sup> (herefter »forordningen«) for at kunne tage stilling til lovligheden efter denne forordning af det spanske kongelige dekret nr. 1466/1997 af 19. september 1997 om retsfor skrifter om rutedrift i cabotagesejlads og om søtransport af offentlig interesse (BOE nr. 226 af 20.9.1997, s. 27712, herefter »kongeligt dekret nr. 1466«).

»Fra den 1. januar 1993 gælder princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i en medlemsstat (cabotagesejlads) for EF-redere, hvis skibe er registreret i en medlemsstat [...]«

3. I forordningens artikel 2, nr. 3, anføres det, at i forordningen forstås ved

### Retsgrundlaget

»'kontrakt om offentlig tjeneste', en kontrakt, der indgås mellem en medlemsstats kompetente myndigheder og en EF-reder med henblik på at sikre offentligheden tilstrækkelige transportydelser.

### A — Fællesskabsretten

En kontrakt om offentlig tjeneste kan især omfatte:

2. Forordningens artikel 1, stk. 1, indeholder følgende bestemmelse:

— transportydelser, der følger fastsatte regler om kontinuitet, regelmæssighed, kapacitet og kvalitet

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 364, s. 7.

— supplerende transportydelser

[...]

— transportydelser til bestemte priser og på bestemte vilkår, især for bestemte kategorier af rejsende eller bestemte forbindelser

2. Når medlemsstaterne pålægger rederier forpligtelser til offentlig tjeneste, skal de begrænse sig til krav om, hvilke havne der skal anløbes, regelmæssighed, kontinuitet, hyppighed, kapacitet, tariffer og bemanding.

— tilpasning af ydelserne til de faktiske behov«.

Hvis der gives kompensation for forpligtelsen til offentlig tjeneste, skal alle EF-rederier have adgang dertil.«

4. Ifølge nr. 4 i samme artikel forstås ved 'forpligtelser til offentlig tjeneste', forpligtelser, som EF-rederen, hvis han tog hensyn til sin egen kommercielle interesse, ikke ville påtage sig eller ikke ville påtage sig i samme omfang eller på samme betingelser.

#### B — *National ret*

5. Artikel 4 i forordningen indeholder følgende bestemmelser:

6. I kongeligt dekret nr. 1466 anføres det, at søtransport af offentlig interesse er alle faste overfarter mellem den spanske halvø og øerne, mellem halvøen og Ceuta og Melilla samt mellem de områder indbyrdes, der ikke hører til halvøen.

»1. En medlemsstat kan indgå kontrakter om offentlig tjeneste eller pålægge rederier, der deltager i fast fart til, fra og mellem øer, forpligtelser til offentlig tjeneste som betingelse for adgang til at udføre den pågældende transport.

7. Kongeligt dekret nr. 1466 fastlægger tre forskellige ordninger:

— en ordning for cabotageejladsen mellem havne på halvøen (artikel 3)

- en ordning for kontrakter af offentlig interesse (artikel 4)
- en ordning om meddelelse af administrativ godkendelse (artikel 6 og 8).

8. Administrativ godkendelse som omhandlet i kongeligt dekret nr. 1466 kræver opfyldelse af to slags betingelser:

- Der skal være tale om en reder eller om en søtransportvirksomhed, der har betalt skatter og socialsikringsbidrag (artikel 6).

- De pågældende redere eller søtransportvirksomheder skal opfylde forskellige krav, der angår tjenestens regelmæssighed, kontinuitet, kapacitet, fartøjets eller fartøjernes bemanning samt eventuelt hvilke havne der skal anløbes, hyppighed og eventuelle tariffer (artikel 8).

gende ret sagen og anmodede Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Kan artikel 4, jf. artikel 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 af 7. december 1992 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotageejlads) fortolkes således, at den indeholder hjemmel til at kræve en forudgående administrativ godkendelse til præstering af tjenesteydelser i forbindelse med øcabotage af de virksomheder, som driver faste overfarter?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, kan meddelelsen og opretholdelsen af en sådan administrativ godkendelse gøres betinget af opfyldelsen af visse krav — såsom at virksomheden er ajour med betaling af skatter og bidrag til social sikring — som er forskellige fra dem, der er nævnt i forordningens artikel 4, stk. 2?

### De præjudicielle spørgsmål

9. Efter at Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m.fl. (herefter »Analir m.fl.«) havde anlagt sag med påstand om annullation af kongeligt dekret nr. 1466 under anbringende af, at dekretet var i strid med fællesskabsretten, udsatte den forelæg-

3) Kan artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 3577/92 fortolkes således, at den indeholder hjemmel til på den samme overfart eller sørute at pålægge nogle rederier forpligtelser til offentlig tjeneste og til samtidig at indgå kontrakter om offentlig tjeneste med andre i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i forordningens artikel 2, nr. 3, med

henblik på udførelse af den samme rutetransport til eller fra øer eller mellem øer?»

12. Det er ubestridt, at forordningen har til formål at gennemføre princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for cabotagesejlads.

10. Den forelæggende ret anfører, at dengang kongeligt dekret nr. 1466, der påstås annulleret i hovedsagen, blev vedtaget, var Kongeriget Spanien indtil den 1. januar 1999 fritaget for forpligtelsen til at liberalisere cabotagesejlads. Den tilføjer — og det gør den efter min mening med rette — at dette ikke indebærer, at de i hovedsagen forelagte præjudicielle spørgsmål er irrelevante ratione temporis. Den udtaler således i sin kendelse af 12. maj 1999, dvs. efter at nævnte fritagelse var udløbet, at de nationale bestemmelser, hvis gyldighed den skal tage stilling til, ikke er blevet ændret ved fritagelsens udløb, og at de synes at have en generel og varig karakter.

13. Dette følger såvel af forordningens titel som af betragtningerne til den, i hvilke det bl.a. udtales, at »det i forbindelse med oprettelsen af det indre marked er nødvendigt at afskaffe restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne«; det indre marked indebærer et område med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Derfor »bør retten til fri udveksling af tjenesteydelser gælde for søtransport inden for medlemsstater«<sup>3</sup>.

#### Det første præjudicielle spørgsmål

14. Dette princip kommer til udtryk i forordningens allerede citerede artikel 1, stk. 1.

11. Indledningsvis bemærkes, at spørgsmålet er, om en medlemsstat kan anvende en ordning om forudgående administrativ godkendelse i forbindelse med pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste. Der er således ikke her tale om spørgsmål om de foranstaltninger, en medlemsstat vil kunne træffe for at beskytte søfartens sikkerhed eller om nødvendigheden af at udnytte havneinfrastrukturen (f.eks. kajadgangen).

15. Det er endvidere ubestridt, at kravet om en forudgående godkendelse, der pr. definition indebærer, at tjenesteydelsen er forbudt, så længe godkendelsen ikke er givet, udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

3 — Jf. tredje og fjerde betragtning til forordningen.

16. Der er således uenighed mellem parterne om, hvorvidt en sådan restriktion kan være begrundet af de krav til offentlig tjeneste, der nævnes i forordningen, og i bekræftende fald, i hvilket omfang.

17. Sagsøgerne i hovedsagen har erkendt, at medlemsstaterne kan anse det for nødvendigt at pålægge de erhvervsdrivende forpligtelser til offentlig tjeneste, men mener, at de ikke derfor er nødt til at kræve forudgående godkendelse af tjenesteydelsesvirksomheden. Efter deres opfattelse kan opfyldelsen af sådanne forpligtelser sikres ved en ordning om licenser for de forskellige rute kategorier i henhold til anmeldelsesprocedurer.

18. Kongeriget Spanien og Den Helleniske Republik har indtaget det diametralt modsatte standpunkt og gør gældende, at en ordning med forudgående godkendelse ganske klart er nødvendig for at sikre, at forpligtelserne til offentlig tjeneste opfyldes.

19. Den spanske regering har lagt hovedvægten på de følgende argumenter, der støtter dens opfattelse af, at kravet om en administrativ godkendelse ikke lægger sig i vejen for en liberalisering inden for cabotage trafikken på øerne.

20. Den har allerførst betonet den betydning, som det såvel efter den spanske forfatning som efter fællesskabsretten har,

at der er tale om bestemmelsessteder på øer, hvorved den bl.a. har henvist til EF-traktatens artikel 227, stk. 2 (efter ændring nu artikel 299 EF), samt erklæring nr. 30 om øområder, der findes som bilag til traktaten om Den Europæiske Union.

21. Den spanske regering udleder heraf, at »øsituationen fremtræder med sådanne særtræk og særegenheder, der efter hver medlemsstats eget frie skøn kan gøres til genstand for særlige beskyttelsesordninger«.

22. Der er desuden virkelig god grund til, at den omhandlede cabotagesejlads i spansk ret er blevet offentlig tjeneste. Den opfylder således de betingelser, der er blevet fastlagt i Domstolens praksis<sup>4</sup>, idet der er tale om en almindelig, vedvarende virksomhed, der har offentlig interesse, og som reguleres af det offentlige.

23. Kommissionen har dog fremhævet og efter min mening med føje, at spørgsmålet, om en medlemsstat har adgang til at anse visse ydelser inden for cabotagesejlads for offentlig tjeneste, ikke melder sig i det foreliggende tilfælde. Tvisten drejer sig i realiteten om, hvilke virkninger en medlemsstat retmæssigt kan knytte til denne opfattelse.

4 — Jf. dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 60.

24. Ifølge den spanske regering kan en medlemsstat henføre alle former for cabotageejlads i trafikken på øerne under begrebet »offentlig tjeneste«, dvs. en virksomhed i forbindelse med hvilken der kan pålægges forpligtelser til offentlig tjeneste, hvis overholdelse kun kan sikres ved en ordning med forudgående godkendelse.

25. Kommissionen har med støtte fra den norske regering omvendt anført, at en sådan ordning kun kan benyttes, når visse meget klare forudsætninger er opfyldt. Jeg deler denne opfattelse.

26. Faktisk levner en systematisk gennemgang af forordningens bestemmelser ikke megen plads for tvivl vedrørende forholdet mellem artikel 1, der principielt fastslår den frie udveksling af tjenesteydelser, og artikel 4, der giver medlemsstaterne adgang til at indgå kontrakt om offentlig tjeneste eller pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste. Denne adgang må faktisk anses for undtagelsen, mens den frie udveksling af tjenesteydelser er hovedreglen.

27. Dette hersker der i øvrigt ikke nogen uenighed om mellem de parter, der har afgivet indlæg i sagen.

28. Heraf følger, at den frie udveksling af tjenesteydelser kun kan begrænses af hensyn, der skyldes offentlig tjeneste, såfremt og i det omfang, dette er absolut nødvendigt for at sikre tilstrækkelige forbindelser.

29. Dette bekræftes af udtalelsen i niende betragtning til forordningen, hvori det hedder, at »det kan være berettiget at indføre offentlige tjenesteydelser, der indebærer visse rettigheder og forpligtelser for de berørte redere, for at sikre passende og regelmæssig trafik til, fra og mellem øerne [...]«.

30. Den opfattelse, at der kun er grund til at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste, når markedskræfterne ikke virker på en sådan måde, at de passende forbindelser skabes, udtrykkes også ved forordningens artikel 2, nr. 4, hvoraf det fremgår, at »forpligtelser til offentlig tjeneste« er forpligtelser, som EF-rederen, »hvis han tog hensyn til sin egen kommercielle interesse, ikke ville påtage sig eller ikke ville påtage sig i samme omfang eller på samme betingelser«.

31. Denne analyse af forordningens bestemmelser bekræftes i øvrigt af Domstolens praksis om fri udveksling af tjenesteydelser, hvoraf det fremgår, at det drejer sig om en af fællesskabsrettens grundlæggende frihedsrettigheder, samt at enhver undtagelse fra den må ske på grundlag af en indskrænkende fortolkning, hvorved proportionalitetsprincippet samt forbuddet mod forskelsbehandling overholdes<sup>5</sup>.

32. Under de konkret foreliggende omstændigheder indebærer disse princip-

<sup>5</sup> — Jf. som et eksempel på denne faste retspraksis dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4163.

per, at besiddelsen af en forudgående godkendelse kun kan kræves, i det omfang det er nødvendigt for at forpligte de erhvervsdrivende til at levere ydelser, som de ikke ville levere, såfremt konkurrencen var fri.

disse forbindelser kan betjenes på passende måde under fri konkurrence, og at pålæggelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste måske ikke er nødvendig for samtlige forbindelser til og mellem øerne.

33. Dette kan kun godtgøres ved afslutningen af en analyse i hvert enkelt tilfælde af de forbindelser, der er tale om, således at det klarlægges, hvilke af disse der ikke kan blive betjent på passende måde, såfremt erhvervsfriheden er fuldstændig.

37. Det er i øvrigt vanskeligt at forstå, hvorfor de omhandlede linjers forskellighed skulle være en hindring for en indgående undersøgelse af hver enkelt linje, som den spanske regering tilsyneladende synes at mene. Det er jo tværtimod netop denne forskellighed, som gør det nødvendigt at gennemføre en undersøgelse i hvert enkelt tilfælde, eftersom den betyder, at en afgørelse, der har gyldighed for én strækning, ikke nødvendigvis vil have gyldighed for en anden. Jeg må desuden nævne, at det ikke drejer sig om så mange linjer, at det ikke kan lade sig gøre at undersøge hver enkelt af dem.

34. Omvendt kan en medlemsstat ikke på forhånd uden en nærmere analyse i hvert enkelt tilfælde bestemme, at en hel kategori af forbindelser, som her forbindelserne med og mellem øerne kræver, at der vedtages foranstaltninger, der begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser, hvis disse linjer skal betjenes på passende måde.

38. Den spanske regering har sammenlignet cabotagesejlads og telekommunikationssektoren, der er et eksempel på en anden liberaliseret økonomisk sektor, inden for hvilken der stadig anvendes en godkendelsesordning for levering af tjenesteydelser.

35. Nu er det muligt, at en medlemsstats kompetente myndigheder ved afslutningen af en sådan analyse når til det resultat, at ingen forbindelse i denne kategori kan betjenes på passende måde under fri konkurrence.

39. Det må imidlertid fastslås, at en sådan sammenligning, ved hvilken der blot er tale om, at to økonomiske sektorer er ved at blive liberaliseret, ikke, når henses til det ovenfor anførte, kan begrunde en slutning om, at en ordning om forudgående godkendelse uden begrænsning kan tillades inden for cabotagesejlads.

36. I det foreliggende tilfælde har den spanske regering imidlertid selv fremhævet, hvor forskellige forbindelserne er mellem halvøen og øerne og mellem øerne. Udtalelsen herom må betyde, at i al fald nogle af

40. Den spanske regering har, støttet af den græske regering, desuden støttet sit synspunkt på, at det i forordningens artikel 4, stk. 1, er bestemt, at medlemsstaterne kan pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste *som betingelse for adgangen til at udføre tjenesteydelser inden for cabotagesejlads til og mellem øerne.*

41. Dette er unægteligt et vægtigt argument, der dog ikke nødvendigvis medfører, at kontrollen med, at sådanne betingelser overholdes, nødvendigvis skal være forudgående. Man kan således lige så godt tænke sig, at de kompetente myndigheder gennemfører den nødvendige kontrol gennem en anmeldelsesordning. I Domstolens praksis finder man i øvrigt eksempler på løsninger af denne art, når det gælder fællesskabsrettens grundlæggende frihedsrettigheder som f.eks. de frie kapitalbevægelser<sup>6</sup>.

42. Er det herefter muligt at drage den slutning, at kravet om en forudgående godkendelse for så vidt angår forpligtelser til offentlig tjeneste er lovligt, når det kun vedrører forbindelser, der ikke betjenes på tilfredsstillende måde under fri konkurrence og anvendes uden forskelsbehandling?

43. Kommissionen har på dette punkt givet flere interessante oplysninger.

44. Den har allerførst fremhævet, at selv såfremt dette antages at være tilfældet, må det være de nationale myndigheders opgave kun at benytte en ordning med forudgående godkendelse, såfremt kontrollen med, at den offentlige tjeneste leveres som den skal, ikke kan sikres på anden måde.

45. Den har tilføjet, at der ikke med ordningen med forudgående godkendelse skal tilstræbes en begrænsning af adgangen til markedet, men udelukkende en beskyttelse af den offentlige tjeneste. Dette synspunkt kan jeg fuldstændig tilslutte mig. Det er jo den offentlige tjenestes nødvendighed, der er det eneste krav, der kan begrunde en sådan ordning. Denne kan derfor kun have til formål, at den offentlige tjeneste oprettholdes, og konkurrencen bør kun hæmmes, i det omfang dette formål kræver det. Til gengæld kan ingen begrænsning af adgangen til markedet, der ikke er påkrævet af hensyn til den offentlige tjeneste, være begrundet.

46. Heraf følger nødvendigvis, som Kommissionen i øvrigt har anført, at betingelserne for meddelelse af godkendelse ikke bør bero på skønmæssige beføjelser hos de kompetente myndigheder. Enhver virksomhed, der opfylder de fastsatte forpligtelser til offentlig tjeneste, der naturligvis må ligge inden for det efter forordningens

6 — Dom af 14.12.1995, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821.

artikel 4, stk. 2, tilladelige, må automatisk kunne opnå godkendelse.

50. På baggrund af det anførte skal det første præjudicielle spørgsmål bevares på følgende måde:

47. Desuden må af hensyn til en reel adgang til det pågældende marked betingelserne for at opnå godkendelse være klare, ligesom der må være tale om virkelig retssikkerhed. Betingelserne for at opnå godkendelse må derfor være kendt på forhånd, bygge på objektive kriterier, der finder anvendelse på samme måde for samtlige erhvervsdrivende, der har en ret til at få adgang. Ellers vil en erhvervsdrivende ikke kunne beregne de byrder, han vil komme til at bære, og han vil således føle sig mindre tilskyndet til at ansøge om en godkendelse.

»Forordningens artikel 1, og artikel 4, stk. 2, skal fortolkes således, at det ikke herefter er lovligt at kræve forudgående administrativ godkendelse til præstation af tjenesteydelser i forbindelse med øcabotage af de virksomheder, som driver faste overfarter, medmindre den pågældende medlemsstat godtgør

— at den offentlige tjeneste ikke vil kunne præsteres på tilfredsstillende måde under fri konkurrence på de ruter, på hvilke der stilles krav om godkendelse

48. Kommissionen har endvidere omtalt en åbningsskrivelse, som blev sendt til de spanske myndigheder den 22. oktober 1997, i hvilken det anføres, at kongeligt dekret nr. 1466 i al fald indfører nye restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet der navnlig derved er skabt en ordning om forudgående godkendelse for samtlige forbindelser med og mellem øerne. Det udgør derfor en tilsidesættelse af forordningens artikel 7, der gennem en henvisning til EF-traktatens artikel 62 (ophævet ved Amsterdam-traktaten) indfører en standstill-klausul for restriktioner for cabotageejlads.

— at kontrollen med, at forpligtelserne til offentlig tjeneste opfyldes af de erhvervsdrivende, kun kan sikres ved hjælp af en ordning med forudgående godkendelse

— at betingelserne for udstedelse af godkendelse er fastlagt på forhånd, er påregnelige og gennemsigtige og ikke er et udtryk for forskelsbehandling

49. Det må imidlertid fastslås, at den forelæggende ret ikke har stillet Domstolen noget spørgsmål vedrørende en eventuel anvendelse af artikel 7 i denne sag.

— at de erhvervsdrivende, som opfylder de af medlemsstaten fastsatte forpligtelser til offentlig tjeneste, automatisk opnår godkendelse.«

## Det andet præjudicielle spørgsmål

51. Dette spørgsmål stilles kun for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares bekræftende. Da jeg har besvaret det første spørgsmål betinget bekræftende, anser jeg det for nødvendigt at besvare det andet spørgsmål.

52. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om meddelelsen og opretholdelsen af en godkendelse kan gøres betinget af opfyldelsen af visse krav, såsom at virksomheden er ajour med betaling af skatter og bidrag til social sikring, som er forskellige fra dem, der er nævnt i forordningens artikel 4, stk. 2, og uden nogen særlig tilknytning til de tjenesteydelser, der er genstand for godkendelsen.

53. Sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at meddelelsen og opretholdelsen af den forudgående godkendelse i henhold til kongeligt dekret nr. 1466 ved cabotagesejlads til øerne ikke kan betinges af, at en virksomhed er ajour med betaling af skatter og socialsikringsbidrag.

54. De har således anført, at der efter traktaten kun kan indføres restriktioner for det grundlæggende princip om fri udveksling af tjenesteydelser, når disse er begrundet i ikke-økonomiske, almennyttige hensyn, der er forholdsmæssige og ikke et udtryk for forskelsbehandling.

55. Således forholder det sig ikke i den foreliggende sag, idet den omtvistede forpligtelse ikke direkte har nogen forbindelse med den søfart, der kræves godkendelse til.

56. Desuden er medlemsstaterne efter EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) afskåret fra at indføre nye restriktioner som de i hovedsagen omtvistede betingelser for den frie udveksling af tjenesteydelser.

57. Den norske regering deler Analir m.fl.'s opfattelse, hvorefter det ikke på grundlag af forordningens artikel 4, stk. 2, er muligt at pålægge de omhandlede forpligtelser. De nævnes jo ikke i bestemmelsen, selv om det både af forordningens ordlyd og formål fremgår, at denne er udtømmende.

58. Den spanske regering har dog fremhævet, at de omtvistede betingelser ikke udgør »forpligtelser til offentlig tjeneste«, men udgør generelle betingelser for at få meddelt administrativ godkendelse.

59. De udgør derfor ikke en tilsidesættelse af forordningens artikel 4, selv om denne bestemmelse måtte anses for udtømmende.

60. Den spanske regering har desuden med tilslutning fra Kommissionen gjort gældende, at forpligtelsen til at være ajour med betaling af skatter og socialsikringsbidrag er absolut nødvendig for at sikre, at de virksomheder, der skal præstere forskellige former for offentlig tjeneste, råder over en vis solvensmargen og dermed er et egnet middel til at sikre, at udførelsen af den offentlige tjeneste ikke bliver usikker på grund af tjenesteyderens dårlige økonomiske situation.

61. Kommissionen har i den forbindelse anført, at kapacitet til at udføre tjenesten som omhandlet i forordningens artikel 4, stk. 2, må antages at omfatte økonomisk og finansiel kapacitet.

62. Det fremgår både af den forelæggende rets overvejelser og af den spanske regerings argumentation, at der her må sondres mellem to slags grunde.

63. Allerførst melder sig således spørgsmålet, om medlemsstaterne generelt retmæssigt kan betinge udøvelsen af den omhandlede virksomhed på en måde, der inddrager områder, der ikke er nævnt i artikel 4, stk. 2.

64. Det fremgår af selve ordlyden af forordningen, at det kan de.

65. I forordningens artikel 1, stk. 1, udtales det således, at »[...] princippet om fri udveksling af tjenesteydelser [gælder] [...] for EF-redere, hvis skibe er registreret i en medlemsstat og fører dennes flag *forudsat at skibene opfylder alle betingelserne for at få adgang til cabotage i denne medlemsstat*«<sup>7</sup>.

66. Fremdeles er det i forordningens artikel 3, stk. 2, bestemt, at »for så vidt angår skibe, som udfører øcabotage, *skal alle anliggender vedrørende bemanning henhøre under registreringsstatens (flagstatens) kompetence*«<sup>8</sup>.

67. Det følger nødvendigvis heraf, at en medlemsstat efter disse to bestemmelser kan stille krav, som vedrører områder, der ikke er nævnt i artikel 4, stk. 2.

68. Det følger navnlig af nævnte artikel 1, stk. 1, at i det omfang en reder ønsker at sikre cabotagesejlads i Spanien under afbenyttelse af skibe, der er registreret i denne medlemsstat og fører dennes flag, skal disse skibe opfylde de dér ifølge spansk ret gældende betingelser for at kunne benyttes til cabotagesejlads i Spanien. Intet er i et sådant tilfælde til hinder for, at en af disse

7 — Min fremhævelse.

8 — Min fremhævelse.

betingelser eventuelt er, at rederen skal være ajour med betaling af skatter og socialsikringsbidrag.

69. Det her anførte bringer mig frem til det andet problem, der må undersøges i sammenhæng med dette præjudicielle spørgsmål.

70. Selv om de krav vedrørende betaling af skatter og socialsikringsbidrag, som den forelæggende ret nævner, således som anført på de ovenfor beskrevne betingelser, kan støttes på andre regler end artikel 4, stk. 2, udelukker dette ikke, at disse krav også kan anses for forpligtelser til offentlig tjeneste som omhandlet i denne bestemmelse, og derfor for forpligtelser, som værftsmedlemsstaten kan pålægge redere, hvad enten de er hjemmehørende i Spanien eller i en anden medlemsstat.

71. Som Kommissionen og den spanske regering med føje har fremhævet, kan det forhold, at en reder ikke kan betale skatter og socialsikringsbidrag indicere, at han har alvorlige økonomiske vanskeligheder, der vil kunne føre til hans fallit og til en afbrydelse af den offentlige tjeneste.

72. At man derfor blandt betingelserne for godkendelse medtager en betingelse, der

gør det muligt at vurdere rederens solvens, udgør ikke en alt for udvidende fortolkning af bestemmelserne i forordningens artikel 4, stk. 2, selv om denne artikel som omtalt som en undtagelse fra princippet om fri udveksling af tjenesteydelser skal fortolkes indskrænkende.

73. Det rækker heller ikke ved dette resultat, at de omhandlede betingelser, som både Analir m.fl. og den forelæggende ret har fremhævet, ikke på særlig måde har tilknytning til de tjenesteydelser, der skal leveres. Som det er blevet nævnt, udgør de mere generelt et indicium for den finansielle egnethed, når det gælder en varig præsteking af tjenesteydelser af denne art.

74. Endvidere må et selskab ikke skaffe sig en fordel i konkurrencen i forhold til andre selskaber, der betaler deres skatter og deres socialsikringsbidrag, som de skal.

75. I øvrigt skal jeg i den forbindelse nævne, at som anført af den spanske regering, er betingelser af denne art ikke ukendte i fællesskabsretten. De er således

forudsat i direktiverne om offentlige kontrakter<sup>9</sup>. Disse vedrører a priori en mere præcis forbindelse mellem de erhvervsdrivende og myndighederne.

76. Man må derfor så meget mere acceptere pålæggelsen af sådanne forpligtelser i det her foreliggende tilfælde, hvor der er tale om offentlige tjenesteydelser, hvis levering skal sikres over et vist længere tidsrum og ikke bare nu og da.

77. Det må også nævnes, hvad Kommissionen da også har gjort, at disse betingelser skal behandles på en sådan måde, at de ikke bliver et udtryk for forskelsbehandling.

78. For som det tidligere er blevet nævnt i forbindelse med gennemgangen af det første spørgsmål, fremgår det både af Domstolens praksis og af fællesskabsrettens almindelige principper, at en restriktion for en frihedsrettighed, som følger af denne, kun ville kunne være begrundet, hvis den ikke giver anledning til forskelsbehandling.

9 — Rådets direktiv 93/36/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1); Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), samt Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

79. Kommissionen har endvidere meget træffende henvist til, at de omhandlede betingelser allerede fandtes før vedtagelsen af kongeligt dekret nr. 1466 og var hjemlet ved andre bestemmelser, således at de ikke udgør en ny restriktion, der som sådan er i strid med forordningens bestemmelser.

80. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Forordningens artikel 4, stk. 2, er ikke til hinder for, at meddelelsen eller opretholdelsen af den i det første spørgsmål omhandlede godkendelse gøres betinget af, at tjenesteyderen er ajour med betaling af skatter og socialsikringsbidrag, når denne betingelse anvendes på en måde, der ikke giver anledning til forskelsbehandling.«

### Det tredje præjudicielle spørgsmål

81. Tribunal Supremo ønsker med dette spørgsmål<sup>10</sup> en afgørelse af, om forordningen indeholder hjemmel til på den samme

10 — Som anført i flere indlæg indeholder spørgsmålet en slåfejl, idet det henviser til forordningens artikel 1, nr. 3, ved angivelsen af indholdet i artikel 2, nr. 3.

overfart eller sørute at pålægge nogle rederier forpligtelser til offentlig tjeneste og til samtidig at indgå kontrakt om offentlig tjeneste med andre virksomheder. Den anfører herved, at det sker i Spanien i henhold til kongeligt dekret nr. 1466.

82. Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at dette spørgsmål må besvares benægtende. Det er deres opfattelse, at myndighedernes mellemkomst alene kan gå ud på at sikre, at de pågældende tjenester leveres på passende, kontinuerlig og tilfredsstillende måde. Det fremgår af Domstolens praksis, at denne treleddede målsætning skal søges realiseret med de færrest mulige omkostninger for samfundet.

83. Heraf følger, at vedtagelsen af foranstaltninger som afslutning af en kontrakt om offentlig tjeneste eller pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste kun er mulig, såfremt de tilbudte ydelser ikke kunne opfylde disse tre kriterier.

84. I så fald må der pålægges forpligtelser til offentlig tjeneste, hvis de tilbudte tjenesters utilstrækkelighed kun gjorde sig gældende med hensyn til et af disse kriterier. Var omvendt intet af dem opfyldt, måtte der indgås en aftale om offentlig tjeneste.

85. Analir m.fl. har desuden anført, at en medlemsstat ikke, uden at være inkonse-

kvent, på samme tid kan anvende kontraktret og reglerne om forpligtelser til offentlig tjeneste på den samme søtransport.

86. Desuden måtte en foreliggende kontrakt indebære, at der blev tilkendt rettigheder, og EF-traktatens artikel 90 (nu artikel 86 EF) måtte derfor følges. Men en medlemsstat ville ved at give en virksomhed sådanne fordele og samtidig at pålægge de andre tjenesteydere, der kan tilbyde de samme ydelser, forpligtelser til offentlig tjeneste, udvide princippet om et passende forhold mellem mål og midler og tilside-sætte EF-traktatens artikel 96 (nu artikel 82 EF), som måtte anvendes sammen med artikel 90.

87. Betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen i dennes stk. 2 er ikke opfyldt, idet den forudsætter, at de vedtagne foranstaltninger står i et passende forhold til det erklærede formål, og det er ikke tilfældet her.

88. Analir m.fl. har på dette punkt påberåbt sig en undersøgelse, der ifølge dem viser, at den regelmæssige besejling af øerne er tilstrækkelig. Det er derfor ubegrundet at samle alle disse linjer og gøre dem til genstand for én enkelt kontrakt om offentlig tjeneste.

89. Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at faktisk er det eneste formål med kongeligt dekret nr. 1466, der anerkender en mulig-

hed for kumulation af pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste og afslutning af kontrakt om offentlig tjeneste, at beskytte selskabet Transmed, som ikke kan overleve uden at blive støttet af det offentlige.

90. Den norske regering har først i sit skriftlige indlæg forsvaret det synspunkt, at de to midler ifølge forordningens artikel 4, stk. 2, til at sikre, at den offentlige tjeneste præsteres, gensidig udelukker hinanden, men har så ændret opfattelse under retsmødet.

91. Den konkluderer, at de to fremgangsmåder kan anvendes samtidig for så vidt angår den samme linje eller strækning, men at kombinationen af dem ikke må medføre en konkurrencefordrejning, der ikke ville have forekommet, hvis alene det ene middel var blevet anvendt.

92. Den franske regering har gjort sig til talsmand for det diametralt modsatte synspunkt. Den har herved sondret mellem to situationer.

93. Den har for det første anført, at en medlemsstat kan afslutte en kontrakt om offentlig tjeneste vedrørende en søtrans-

port, der allerede er omfattet af pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste.

94. Faktisk kan det ifølge denne regering til trods for myndighedernes pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste vise sig, at den tjeneste, der præsteres, ikke er på højde med den af staten påregnede tilfredsstillende tjeneste. I et sådant tilfælde kan det være nødvendigt at afslutte en kontrakt om offentlig tjeneste og det kan efter proportionalitetsprincippet kræves, at genstanden for denne kontrakt begrænses til, hvad der er nødvendigt for at tilfredsstille de udækkede behov med hensyn til offentlig tjeneste.

95. I så fald får man således på én og samme strækning faste linjer, der omfattes af forpligtelser til offentlig tjeneste og en erhvervsdrivende, der er forpligtet i henhold til en kontrakt om offentlig tjeneste, der omhandler de samme forpligtelser til offentlig tjeneste (samt eventuelt andre forpligtelser).

96. Den franske regering har dernæst anført, at det også er muligt at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste, når den pågældende strækning allerede omfattes af en kontrakt om offentlig tjeneste. Den anfører, at den erhvervsdrivende, som kontrakten er indgået med, hvis dette ikke var tilfældet, faktisk kunne risikere at forlade markedet på det tidspunkt, hvor han blev udsat for konkurrence fra andre virksomheders side og vel at mærke virksomheder, der ikke har fået pålagt forpligtelser til offentlig tjeneste. I så fald vil det kunne

blive tvivlsomt, om tjenesten — der antages at være sikret ved kontraktafslutningen — er tilstrækkelig.

97. Kommissionens analyse indeholder flere interessante berøringspunkter med den franske regerings analyse, men med visse, ret iøjnefaldende nuancer.

98. Det er således Kommissionens opfattelse, at intet principielt er til hinder for, at en medlemsstat beslutter at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste generelt — enten i henhold til en meddelelsesordning eller i henhold til en godkendelsesordning — og at afslutte en kontrakt om offentlig tjeneste for én eller flere af de linjer, som disse forpligtelser er blevet pålagt for at sikre et ordentligt serviceniveau.

99. Den har fremhævet, at kontrakter om offentlig tjeneste bør indgås i henhold til en offentlig udbudsprocedure, der sikrer ligebehandling og lige chancer for alle erhvervsdrivende, ligesom forpligtelser til offentlig tjeneste bør pålægges på en måde, der sikrer gennemskuelighed og overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling og uden at der bliver tale om udøvelse af et skøn.

100. Kommissionen finder det nødvendigt at formulere endnu en betingelse. Ifølge den må nemlig forpligtelser til offentlig tjeneste,

der pålægges inden for rammerne af en almindelig ordning, under alle omstændigheder have en mindre indgribende karakter end de forpligtelser, der kræves opfyldt i henhold til en kontrakt om offentlig tjeneste, hvis man skal undgå at fordreje konkurrencen mellem de erhvervsdrivende.

101. Ved en samtidig anvendelse af en ordning om pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste og en ordning om afslutning af kontrakt om offentlig tjeneste sikres det, at alle erhvervsdrivende har adgang til markedet, og samtidig hindres selskaber, der konkurrerer med det selskab, der har afsluttet kontrakten, i at tilføje dette skade ved at bemægtige sig markedet i turistsæsonen. Omvendt gør forskellige erhvervsdrivendes samtidige tilstedeværelse det desuden ifølge Kommissionen muligt at nedbringe størrelsen af den finansielle kompensation, der gives kontraktindehaveren.

102. Kommissionen har endelig betonet, at et system, der samtidig rummer forpligtelser til offentlig tjeneste og kontrakter om offentlig tjeneste, må foretrækkes for en ordning om eneretsaftaler, der fører til, at markedet lukkes i flere år.

103. Den spanske regering har på sin side anført, at kontrakter om offentlig tjeneste og pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste er to metoder, der supplerer hinanden. Der er derfor intet til hinder for, at de anvendes samtidig, selv om kontrakten bør

være undtagelsen, når henses til den liberaliseringssammenhæng, den hører hjemme i.

104. Ifølge den spanske regering giver kontrakten forvaltningen større sikkerhed med hensyn til præsteringen af offentlig tjeneste, navnlig i det omfang, den skaber gensidige rettigheder og forpligtelser, eller gør det muligt for forvaltningen at indsætte vilkår, der i tilfælde af opsigelse giver sikkerhed for, at tjenesteydelser præsteres, indtil der kan tildeles en ny kontrakt.

105. Det vil derfor kunne være nødvendigt for særligt vigtige ruter at afslutte kontrakter, der bedre sikrer tjenestens kontinuitet, regelmæssighed og kvalitet.

106. Hvad skal man mene om denne argumentation?

107. Umiddelbart må man efter ordlyden af forordningens artikel 4, stk. 1, mene, at der her foreligger et alternativ, eftersom det bestemmes, at »en medlemsstat kan indgå kontrakter om offentlig tjeneste *eller*<sup>11</sup> pålægge rederier [...] forpligtelser til offentlig tjeneste«. Her må man dog tage det forbehold, at ordet »eller« kan betyde »og også«, således at man ikke kan være helt sikker.

<sup>11</sup> — Min fremhævelse.

108. Definitionen af begrebet »kontrakt om offentlig tjeneste« i forordningens artikel 2 kan heller ikke give absolut vished. Af den fremgår det jo, at en sådan kontrakt afsluttes »med henblik på at sikre offentligheden tilstrækkelige transportydelser«. På grundlag heraf kan man i det højeste — som den forelæggende ret — drage den slutning, at hvis tilstrækkelige ydelser sikres gennem afslutning af kontrakt, er det nu ikke også nødvendigt, at myndighederne træffer andre foranstaltninger og f.eks. pålægger forpligtelser til offentlig tjeneste, og altså at foranstaltninger derfor ville udgøre en ugrundet restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser, som forordningen tilsigter at gennemføre.

109. Nævnte definition indebærer imidlertid ikke, at kontrakten alene medfører, at de præsterede ydelser er tilstrækkelige. At kontrakten foreligger, udelukker ikke i og for sig på nogen måde, at kontrakten forekommer som et supplement til forpligtelser til offentlig tjeneste, således at det gennem en samtidig anvendelse af de to midler bliver muligt at sikre tilstrækkelige ydelser.

110. Muligheden herfor kan desuden til en vis grad støttes på opregningen i forordningens artikel 2, nr. 3, eftersom det dér angives, at kontrakten bl.a. kan have til formål at tilvejebringe »supplerende transportydelser«. Efter denne bedømmelse er kontrakten, som den franske og den spanske regering samt Kommissionen med de nævnte nuancer giver udtryk for, et

supplerende middel i forhold til forpligtelserne til offentlig tjeneste, hvorigennem det system, som disse danner grundlaget i, gøres fuldstændigt.

111. Endelig kan man til støtte for den samme argumentation også citere niende betragtning til forordningen, der jo som bekendt lyder således:

»Det kan være berettiget at indføre *offentlige tjenesteydelser*<sup>12</sup>, der indebærer visse rettigheder og forpligtelser for de berørte redere, for at sikre *passende og regelmæssig* trafik<sup>13</sup> til, fra og mellem øer, forudsat at der ikke sker nogen forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller bopæl.«

112. På grundlag heraf kan man fastslå, at da lovgiver accepterede, at man benyttede begrebet »offentlig tjeneste«, var *formålet* at sikre tilstrækkelige ydelser, og at den eneste *betingelse*, der i den forbindelse blev stillet, var, at der ikke blev tale om forskelsbehandling.

113. Den omstændighed, at dette er den eneste betingelse, bekræftes efter min

12 — Min fremhævelse.

13 — Min fremhævelse.

mening også af den måde, artikel 4 er affattet på. I stk. 1 i denne artikel hedder det jo, at »når en medlemsstat indgår kontrakter om offentlig tjeneste eller pålægger rederier forpligtelser til offentlig tjeneste, skal dette ske uden forskelsbehandling af EF-redere«. Endvidere hedder det i samme artikels stk. 2, andet afsnit, at »hvis der gives kompensation for forpligtelsen til offentlig tjeneste, skal alle EF-rederier have adgang dertil«.

114. Jeg mener derfor, at det er muligt samtidigt at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste og afslutte kontrakt, når blot dette hverken giver anledning til forskelsbehandling eller konkurrencefordrejning mellem redere.

115. Dette indebærer allerførst, at når en medlemsstat først med en reder har afsluttet en kontrakt, der sikrer tilfredsstillende ydelser på en bestemt strækning og giver anledning til udbetaling af en støtte, kan forpligtelser til offentlig tjeneste ikke mere pålægges de rederier, som besejler den samme rute.

116. Det kan med andre ord ikke accepteres, at forpligtelser til offentlig tjeneste, der vedrører regelmæssigheden, kontinuiteten, kapaciteten samt transportens kvalitet, pålægges samtlige rederier, når det alene er det rederi, som der er blevet afsluttet

eller afsluttes kontrakt med, der opnår en finansiel kompensation på grund af de samme forpligtelser.

117. Sagen stiller sig derimod anderledes, hvis det rederi, der er afsluttet kontrakt med, opnår en finansiel kompensation for ydelser, som det præsterer ud over de ydelser, der ved en pålæggelse af forpligtelser til offentlig tjeneste skal præsteres af alle rederier, f.eks. ekstra forbindelser, som skal sikres i vinterhalvåret.

118. Men en kontrakt, der afsluttes med et enkelt rederi for at sikre visse ekstra ydelser, kan ikke give anledning til udbetaling af støtte, der giver dette rederi en sådan økonomisk fordel, at det kan tilbyde alle sine ydelser til priser, der beskytter det mod konkurrence fra andre erhvervsdrivendes side (krydssubsidier).

119. Den samtidige anvendelse af de to midler på én og samme forbindelse kan med andre ord kun tillades, når de samme forpligtelser til offentlig tjeneste pålægges samtlige redere, herunder den reder, der har afsluttet kontrakt, på den ene side og sidstnævnte på den anden side desuden påtager sig andre opgaver, for hvilke det vederlægges på en måde, der står i et nøje forhold til disse opgavers omfang. Denne vederlæggelse må altså ikke medføre, at dette rederi får en fordel i konkurrencen for alle dets former for virksomhed.

120. Kommissionen har givet udtryk for den samme tanke og har udtalt, at de forpligtelser til offentlig tjeneste, der pålægges inden for rammerne af en generel ordning, i al fald må være mindre indgribende end de krav, der kan stilles i henhold til en kontrakt om offentlig tjeneste, når hensigten hermed er at undgå en fordrejning af konkurrencen mellem erhvervsdrivende. Desuden må forpligtelserne til offentlig tjeneste pålægges på en måde, der kan gennemskues, og som ikke er udtryk for forskelsbehandling, og der bliver ikke i den forbindelse tale om udøvelse af et skøn. Kontrakter om offentlig tjeneste skal derimod afsluttes på grundlag af en offentlig udbudsprocedure, der giver sikkerhed for ligebehandling af og samme muligheder for samtlige erhvervsdrivende.

121. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare den forelæggende rets tredje spørgsmål på følgende måde:

»Forordningens artikel 4, stk. 1, skal fortolkes således, at den indeholder hjemmel til på samme rute eller samme distance at pålægge rederier forpligtelser til offentlig tjeneste og samtidig med andre virksomheder at indgå kontrakter om offentlig tjeneste, som omhandlet i forordningens artikel 2, nr. 3, såfremt kontrakten om offentlig tjeneste omfatter opgaver, der supplerer de forpligtelser til offentlig tjeneste, der er pålagt samtlige rederier, såfremt den finansielle kompensation, der ydes, står i et passende forhold til disse opgaver, og såfremt disse således ikke er af en sådan art, at de fører til konkurrencefordrejning til skade for de rederier, der ikke har afsluttet en sådan kontrakt.«

## Forslag til afgørelse

122. Jeg foreslår herefter Domstolen at besvare spørgsmålene fra Tribunal Supremo på følgende måde:

»1) Artikel 1, og artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 af 7. december 1992 om anvendelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotagesejlds) skal fortolkes således, at det ikke herefter er lovligt at kræve forudgående administrativ godkendelse til præstering af tjenesteydelser i forbindelse med øcabotage af de virksomheder, som driver faste overfarter, medmindre den pågældende medlemsstat godtgør

— at den offentlige tjeneste ikke vil kunne præsteres på tilfredsstillende måde under fri konkurrence på de ruter, på hvilke der stilles krav om godkendelse

— at kontrollen med, at forpligtelserne til offentlig tjeneste opfyldes af de erhvervsdrivende, kun kan sikres ved hjælp af en ordning om forudgående godkendelse

— at betingelserne for udstedelse af godkendelse er fastlagt på forhånd, er påregnelige og gennemsigtige og ikke er et udtryk for forskelsbehandling

— at de erhvervsdrivende, som opfylder de af medlemsstaten fastsatte forpligtelser til offentlig tjeneste, automatisk opnår godkendelse.

- 2) Artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 3577/92 er ikke til hinder for, at meddelelsen eller opretholdelsen af den i det første spørgsmål omhandlede godkendelse gøres betinget af, at tjenesteyderen er ajour med betaling af skatter og socialsikringsbidrag, når denne betingelse anvendes på en måde, der ikke giver anledning til forskelsbehandling.
  
- 3) Artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 3577/92 skal fortolkes således, at den indeholder hjemmel til på samme rute eller samme distance at pålægge rederier forpligtelser til offentlig tjeneste og samtidig med andre virksomheder at indgå kontrakter om offentlig tjeneste, som omhandlet i forordningens artikel 2, nr. 3, såfremt kontrakten om offentlig tjeneste omfatter opgaver, der supplerer de forpligtelser til offentlig tjeneste, der er pålagt samtlige rederier, såfremt den finansielle compensation, der ydes, står i et passende forhold til disse opgaver, og såfremt disse således ikke er af en sådan art, at de fører til konkurrencefordrejning til skade for de rederier, der ikke har afsluttet en sådan kontrakt.«