

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
J. MISCHO  
van 30 november 2000<sup>1</sup>

1. In deze zaak verzoekt het Tribunal Supremo (Spanje) om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer)<sup>2</sup> (hierna: „verordening”), om de verenigbaarheid daarmee van het Spaanse real decreto (koninklijk besluit) nr. 1466/1997 van 19 september 1997 houdende vaststelling van het wettelijk kader voor geregelde lijndiensten voor cabotage in het zeevervoer en maritieme diensten van algemeen belang (BOE nr. 226 van 20 september 1997, blz. 27712; hierna: „besluit nr. 1466”) te kunnen beoordelen.

Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 1, lid 1, van de verordening bepaalt:

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.  
2 — PB L 364, blz. 7.

„Met ingang van 1 januari 1993 wordt het vrij verrichten van zeevervoerdiensten binnen een lidstaat (cabotage in het zeevervoer) ingevoerd voor reders uit de Gemeenschap die met in een lidstaat geregistreerde schepen varen [...]”

3. Luidens artikel 2, punt 3,

„wordt onder openbare dienstcontract’ verstaan: een tussen de bevoegde instanties van een lidstaat en een reder uit de Gemeenschap gesloten contract dat ten doel heeft het publiek toereikende vervoerdiensten aan te bieden.

Het openbare-dienstcontract kan in het bijzonder het volgende omvatten:

— vervoerdiensten die voldoen aan vastgestelde normen inzake continuïteit, regelmaat, capaciteit en kwaliteit;

— complementaire vervoerdiensten; [...] ]

— vervoerdiensten tegen welbepaalde prijzen en onder welbepaalde voorwaarden, met name voor bepaalde categorieën reizigers of voor bepaalde verbindingen;

2. Bij het opleggen van openbare-dienstverplichtingen beperken de lidstaten zich tot eisen inzake de havens die moeten worden aangedaan, de regelmaat, de continuïteit, de frequentie, de dienstverleningscapaciteit, de te heffen tarieven en de bemanning van het schip.

— aanpassingen van de diensten aan de feitelijke behoeften.”

Indien zulks van toepassing is, dienen alle reders uit de Gemeenschap in aanmerking te komen voor compensaties die wegens openbare-dienstverplichtingen verschuldigd zijn.”

4. Volgens punt 4 van dit artikel wordt onder „openbare-dienstverplichtingen” verstaan de verplichtingen die de betrokken reder uit de Gemeenschap, indien hij zijn eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen.

#### B — *Nationaal recht*

5. Artikel 4 van de verordening luidt als volgt:

6. Besluit nr. 1466 merkt alle geregelde diensten tussen het vasteland en de eilanden, tussen het vasteland en Ceuta of Melilla en tussen de eilanden onderling, aan als scheepvaartlijnen van openbaar belang.

„1. Een lidstaat kan, als voorwaarde voor het verrichten van cabotagediensten, met scheepvaartmaatschappijen die aan geregelde diensten vanuit, tussen en naar eilanden deelnemen, openbare-dienstcontracten sluiten of hun openbare-dienstverplichtingen opleggen.

7. Besluit nr. 1466 voorziet in drie verschillende regelingen:

— een mededelingsstelsel voor cabotage rond het schiereiland (artikel 3),

— een stelsel van openbare-dienstcontracten (artikel 4), onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht, stelt de verwijzende rechter de volgende prejudiciële vragen:

— een stelsel van voorafgaande afgifte van een administratieve vergunning (artikelen 6 en 8).

8. De afgifte van de administratieve vergunning van besluit nr. 1466 is afhankelijk van twee soorten voorwaarden:

— het vereiste te hebben voldaan aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid (artikel 6),

— vereisten inzake de regelmaat, de continuïteit, de dienstverleningscapaciteit, de bemanning en eventueel de havens die moeten worden aangedaan, de frequentie en in voorkomend geval de tarieven (artikel 8).

„1) Kan artikel 4, juncto artikel 1, van verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) aldus worden uitgelegd, dat het ingevolge deze bepaling is toegestaan te verlangen dat ondernemingen die lijnvaartdiensten verzorgen, vooraf een administratieve vergunning verkrijgen om cabotage met de eilanden te mogen verrichten?

2) Zo de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: mag het verkrijgen en het behoud van die administratieve vergunning afhankelijk worden gesteld van de vervulling van andere voorwaarden dan die welke in artikel 4, lid 2, van die verordening zijn gesteld, zoals de voorwaarde dat moet zijn voldaan aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid?

### De prejudiciële vragen

9. In het kader van een door de Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) e.a. (hierna: „Analir e.a.”) ingesteld beroep tot nietigverklaring van besluit nr. 1466 wegens

3) Kan artikel 4, lid 1, van verordening nr. 3577/92 aldus worden uitgelegd, dat deze bepaling toestaat dat voor dezelfde lijn of hetzelfde zee traject aan sommige scheepvaartmaatschappijen openbare-dienstverplichtingen worden opgelegd en tegelijkertijd met andere scheepvaartmaatschappijen openbare-dienstcontracten in de zin van arti-

kel 1, lid 3, van de verordening worden gesloten ter verzekering van hetzelfde geregelde vervoer naar, vanuit en tussen de eilanden?"

12. Onbetwist is dat de verordening strekt tot tenuitvoerlegging van het beginsel van het vrij verrichten van diensten in de context van de cabotage in het zeevervoer.

10. De verwijzende rechter wijst erop, dat ten tijde van de vaststelling van besluit nr. 1466, om nietigverklaring waarvan in het hoofdgeding wordt verzocht, voor het Koninkrijk Spanje tot 1 januari 1999 een vrijstelling van de verplichting van liberalisering van de cabotage in het zeevervoer gold. Hij voegt er evenwel, mijns inziens terecht, aan toe dat de gestelde vragen niet irrelevant zijn *ratione temporis*. In zijn beschikking van 12 mei 1999, dus na het verstrijken van de vrijstelling, stelt hij namelijk vast dat de nationale bepalingen die hij op hun geldigheid moet toetsen, bij het verstrijken van de vrijstelling niet zijn gewijzigd en als een permanente regeling zijn bedoeld.

13. Zulks blijkt zowel uit de voormelde titel als uit de *considerans* ervan, waarin het heet: „de opheffing van de beperkingen op het verrichten van zeevervoerdiensten binnen de lidstaten [is] noodzakelijk [...] voor de totstandbrenging van de interne markt” die een gebied omvat waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is verzekerd. Derhalve dient „het vrij verrichten van diensten [...] te worden toegepast op het zeevervoer binnen de lidstaten”.<sup>3</sup>

14. Dit beginsel komt in voormeld artikel 1, lid 1, van de verordening tot uitdrukking.

#### De eerste prejudiciële vraag

11. Deze vraag betreft de mogelijkheid voor een lidstaat om gebruik te maken van een met het opleggen van openbare-dienstverplichtingen verbonden stelsel van voorafgaande vergunningen. De vraag welke maatregelen een lidstaat kan nemen uit hoofde van de handhaving van de veiligheid van het scheepsverkeer of nog van de vereisten inzake exploitatie van de haveninfrastructuur (bijvoorbeeld de toegang tot de kades) is in casu dus niet aan de orde.

15. Partijen zijn het er ook over eens dat het vereiste van een voorafgaande vergunning, dat per definitie inhoudt dat geen diensten kunnen worden verricht zolang geen vergunning is afgegeven, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting vormt.

3 — Zie de derde en de vierde overweging van de *considerans* van de verordening.

16. Degenen die opmerkingen hebben ingediend, verschillen namelijk van mening over de vraag of, en in voorkomend geval in hoever, die beperking kan worden gerechtvaardigd door de in de verordening genoemde vereisten van de openbare dienst.

laire karakter van de betrokken bestemmingen; zij verwijst onder meer naar artikel 227, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 299 EG) en naar de aan het Verdrag betreffende de Europese Unie gehechte verklaring nr. 30 betreffende insulaire regio's.

17. Volgens verzoeksters in het hoofdgeding kunnen de lidstaten het weliswaar noodzakelijk vinden de marktdeelnemers openbare-dienstverplichtingen op te leggen, doch zonder daarom verplicht te zijn het verrichten van diensten afhankelijk te stellen van een voorafgaande vergunning. Huns inziens kan de nakoming van deze verplichtingen namelijk worden gewaarborgd door een stelsel van vergunningen per categorie lijnen en door meldingsprocedures.

21. Daaruit trekt de Spaanse regering de volgende conclusie: „Eilanden vertonen kenmerken en bijzonderheden waarvan de bescherming naar het vrije oordeel van elke staat bijzondere beschermingssystemen kan verdienen.”

18. Het Koninkrijk Spanje en de Helleense Republiek verdedigen het tegendeel en stellen dat een stelsel van voorafgaande vergunningen kennelijk noodzakelijk is om de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen te garanderen.

22. Bovendien beschouwt het Spaanse recht de betrokken cabotage terecht als een openbare dienst. Zij voldoet namelijk aan de voorwaarden van de rechtspraak van het Hof<sup>4</sup> doordat zij universeel, continu, van openbaar belang en door de overheid geregeld is.

19. Tot staving van haar stelling dat het vereiste van een administratieve vergunning niet in de weg staat aan de liberalisering van de cabotage met de eilanden, voert de Spaanse regering de volgende argumenten aan.

23. De Commissie stelt evenwel — mijns inziens terecht — dat de vraag of een lidstaat bevoegd is bepaalde cabotagediensten als openbare dienst te kwalificeren, in casu niet is gesteld. In feite betreft het geschil namelijk de gevolgen die een lidstaat aan die kwalificatie kan verbinden.

20. In de eerste plaats wijst zij erop dat zowel de Spaanse grondwet als het gemeenschapsrecht rekening houden met het insu-

4 — Arrest van 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 60).

24. Een lidstaat kan volgens de Spaanse regering de cabotage met de eilanden in haar geheel kwalificeren als een openbare dienst, die dus moeten worden onderworpen aan openbare-dienstverplichtingen waarvan de nakoming slechts door een stelsel van voorafgaande vergunningen kan worden gewaarborgd.

25. Volgens de Commissie, ondersteund door de Noorse regering, daarentegen kan slechts onder nauwkeurig bepaalde voorwaarden een dergelijk stelsel worden gebruikt. Ik ben het daarmee eens.

26. Een systematische analyse van de bepalingen van de verordening sluit namelijk alle twijfel uit over de verhouding tussen artikel 1 dat het beginsel van het vrij verrichten van diensten tot uitdrukking brengt, en artikel 4 dat de lidstaten de bevoegdheid verleent openbare-dienstcontracten te sluiten of openbare-dienstverplichtingen op te leggen. Deze mogelijkheid moet namelijk als de uitzondering worden beschouwd, terwijl het vrij verrichten van diensten de regel is.

27. Dit is overigens geen punt van betwisting tussen degenen die opmerkingen hebben ingediend.

28. Bijgevolg kan het vrij verrichten van diensten slechts op basis van vereisten van de openbare dienst worden beperkt, wanneer en voorzover dit onontbeerlijk is om voldoende verbindingen te garanderen.

29. Dit wordt bevestigd door de negende overweging van de considerans van de verordening, waarin het heet dat „de instelling van openbare diensten die voor de betrokken reders bepaalde rechten en verplichtingen meebrengen gerechtvaardigd kan zijn om te zorgen voor passend geregeld vervoer naar, vanuit en tussen eilanden”.

30. De stelling dat openbare-dienstverplichtingen slechts zijn aan te wenden wanneer de marktkrachten ontoereikend zijn om voldoende verbindingen te onderhouden, komt ook in artikel 2, punt 4, van de verordening tot uitdrukking, waarin onder „openbare-dienstverplichtingen” wordt verstaan „de verplichtingen die de betrokken reder uit de Gemeenschap, indien hij zijn eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen”.

31. Deze analyse van de bepalingen van de verordening wordt overigens bevestigd door de rechtspraak van het Hof over het vrij verrichten van diensten, blijkens welke het om een van de fundamentele vrijheden van het gemeenschapsrecht gaat, zodat elke afwijking daarvan eng moet worden uitgelegd en het evenredigheids- en het non-discriminatiebeginsel in acht moet nemen.<sup>5</sup>

32. In de omstandigheden van de onderhavige zaak betekenen deze beginselen dat het

<sup>5</sup> — Als voorbeeld van een vaste rechtspraak, zie arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165).

bezit van een voorafgaande vergunning slechts mag worden voorgeschreven voorzover zulks noodzakelijk is om de marktdeelnemers te verplichten diensten te verrichten, die zij in een context van vrije mededinging niet zouden verrichten.

33. Daartoe moeten de betrokken verbindingen individueel worden geanalyseerd om vast te stellen welke daarvan in een context van vrije mededinging niet adequaat kunnen worden onderhouden.

34. Een lidstaat kan daarentegen niet bij voorbaat en zonder analyse van elk afzonderlijk geval vaststellen dat een gehele categorie verbindingen, zoals in casu de verbindingen van, tussen en naar de eilanden, om adequaat te worden onderhouden, vergen dat maatregelen worden genomen die het vrij verrichten van diensten beperken.

35. Uiteraard kunnen de bevoegde instanties van een lidstaat na een dergelijke analyse tot de conclusie komen dat geen van de verbindingen van die categorie in een context van vrije mededinging adequaat kan worden onderhouden.

36. In casu wijst de Spaanse regering evenwel zelf op de grote verscheidenheid van de lijnen tussen het vasteland en de eilanden en tussen deze laatste. Daaruit volgt dat althans enige van deze verbindingen ade-

quaat zonder kunnen worden onderhouden in een context van vrije mededinging en dat het opleggen van openbare-dienstverplichtingen wellicht niet voor alle verbindingen naar en tussen de eilanden noodzakelijk is.

37. Waarom — zoals de Spaanse regering kennelijk stelt — de verscheidenheid van de betrokken lijnen zou verhinderen ze elk afzonderlijk te analyseren, valt overigens niet in te zien. Juist deze verscheidenheid maakt een onderzoek per geval noodzakelijk, aangezien zij betekent dat een beslissing die geldig is voor een bepaalde verbinding, dat niet noodzakelijk zal zijn voor een andere verbinding. Bovendien merk ik op dat deze lijnen ook niet zo talrijk zijn dat een dergelijke analyse per geval onmogelijk zou zijn.

38. De Spaanse regering maakt een analogie tussen cabotage in het zeevervoer en de telecommunicatiesector, die een voorbeeld is van een andere geliberaliseerde economische sector, waarin de dienstverrichting nog aan een stelsel van vergunningen is onderworpen.

39. Deze analogie, die alleen slaat op het feit dat het gaat om twee economische sectoren die thans geliberaliseerd worden, kan evenwel, gelet op hetgeen hierboven is uiteengezet, niet de conclusie wettigen dat een stelsel van voorafgaande vergunningen zonder meer aanvaardbaar is voor cabotage in het zeevervoer.

40. Tot staving van haar stelling wijst de Spaanse regering, ondersteund door de Griekse regering, er nog op dat een lidstaat volgens artikel 4, lid 1, van de verordening *als voorwaarde* voor het verrichten van cabotagediensten naar en tussen de eilanden openbare-dienstverplichtingen kan opleggen.

41. Dat is zeker een gewichtig argument, doch daaruit volgt nog niet noodzakelijkerwijs, dat vooraf moet worden gecontroleerd of aan deze voorwaarden is voldaan. Even denkbaar is namelijk dat de bevoegde instanties door middel van een meldingsregeling de noodzakelijke controles verrichten. De rechtspraak van het Hof bevat overigens voorbeelden van dergelijke oplossingen inzake fundamentele vrijheden van het gemeenschapsrecht zoals het vrij verkeer van kapitaal.<sup>6</sup>

42. Kan dus worden geconcludeerd dat het vereiste van een voorafgaande vergunning betreffende openbare-dienstverplichtingen aanvaardbaar is, wanneer het is beperkt tot verbindingen die in een context van vrije mededinging niet bevredigend zouden worden onderhouden, en niet-discriminerend wordt toegepast?

43. In dit verband geeft de Commissie een aantal relevante preciseringen.

44. In de eerste plaats, aldus de Commissie, mogen de nationale autoriteiten ook in dit geval slechts een stelsel van voorafgaande vergunningen gebruiken, wanneer niet met andere middelen kan worden gecontroleerd of de openbare dienst naar behoren wordt verricht.

45. Zij voegt eraan toe dat het stelsel van voorafgaande vergunningen er niet toe mag strekken om de toegang tot de markt te beperken, doch alleen om de openbare dienst te waarborgen. Ik deel volledig dit standpunt. Alleen de vereisten van de openbare dienst kunnen een dergelijk stelsel namelijk rechtvaardigen. Het kan dus geen ander doel dienen dan de instandhouding van de openbare dienst, en de mededinging mag slechts in de daartoe noodzakelijke mate worden beperkt. Daarentegen is elke beperking van de toegang tot de markt, die niet noodzakelijk is voor de vereisten van de openbare dienst, ongerechtvaardigd.

46. Zoals de Commissie overigens uiteenzet, volgt daaruit noodzakelijkerwijs, dat de voorwaarden voor het verlenen van de vergunning de bevoegde instanties geen enkele discretionaire bevoegdheid mogen laten. Iedere onderneming die voldoet aan de openbare-dienstverplichtingen, die uiteraard moeten passen in het kader van hetgeen volgens artikel 4, lid 2, van de ver-

<sup>6</sup> — Arrest van 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.* (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821).



ordening geoorloofd is, moet automatisch een vergunning kunnen verkrijgen.

47. Bovendien is er slechts sprake van echte toegang tot de betrokken markt, wanneer de voorwaarden voor de vergunning transparant zijn en de rechtszekerheid is gewaarborgd. De voorwaarden voor het verkrijgen van de vergunning moeten dus vooraf kenbaar zijn, gerechtvaardigd zijn op basis van objectieve criteria en gelijkelijk worden toegepast op alle marktdeelnemers die recht op toegang hebben. Anders kan een marktdeelnemer namelijk niet weten welke lasten hij zal moeten dragen zodat hij zal worden weerhouden de vergunning aan te vragen.

48. Ook verwijst de Commissie naar een aan de Spaanse autoriteiten gezonden aanmaningsbrief van 22 oktober 1997, volgens welke besluit nr. 1466 hoe dan ook nieuwe beperkingen op het vrij verrichten van diensten invoert, met name door het invoeren van een stelsel van voorafgaande vergunningen voor alle verbindingen met en tussen de eilanden. Derhalve vormt het een schending van artikel 7 van de verordening, dat door verwijzing naar artikel 62 EG-Verdrag (ingetrokken door het Verdrag van Amsterdam) voorziet in een standstill-clausule inzake beperkingen op cabotage in het zeevervoer.

49. De verwijzende rechter heeft evenwel niet gevraagd, of artikel 7 eventueel van toepassing is op de onderhavige zaak.

50. Mitsdien moet de eerste prejudiciële vraag worden beantwoord als volgt:

„Artikel 1 en artikel 4, lid 2, van de verordening moeten aldus worden uitgelegd, dat het ingevolge deze bepalingen niet is toegestaan te verlangen dat ondernemingen die lijnvaartdiensten verzorgen, vooraf een administratieve vergunning verkrijgen om cabotage met de eilanden te mogen verrichten, tenzij de lidstaat aantoonst:

- dat de openbare dienst op aan vergunning onderworpen lijnen in een context van vrije mededinging niet bevredigend zou worden verzorgd;
- dat de controle op de nakoming van de openbare-dienstverplichtingen door de marktdeelnemers slechts met een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen kan worden verzekerd;
- dat de voorwaarden voor afgifte van de vergunningen bepaald, vooraf kenbaar, transparant en niet-discriminatoir zijn;
- dat de marktdeelnemers die voldoen aan de door de lidstaat vastgestelde openbare-dienstverplichtingen, automatisch een vergunning krijgen.”

## De tweede prejudiciële vraag

51. Deze vraag wordt alleen gesteld voor het geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord. Gezien het voorwaardelijke antwoord hierop is het mijns inziens noodzakelijk de tweede vraag te beantwoorden.

52. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het verkrijgen en het behoud van de vergunning kunnen worden onderworpen aan bepaalde voorwaarden — bijvoorbeeld dat moet zijn voldaan aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid — die niet overeenkomen met de in artikel 4, lid 2, van de verordening genoemde voorwaarden en die geen enkel specifiek verband hebben met de diensten waarop de vergunning betrekking heeft.

53. Volgens verzoeksters in het hoofdgeding mogen het verkrijgen en het behoud van de in besluit nr. 1466 bedoelde voorafgaande vergunning voor cabotage met de eilanden niet worden onderworpen aan de voorwaarde dat moet zijn voldaan aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid.

54. Huns inziens mogen krachtens het Verdrag namelijk slechts beperkingen op het fundamenteel beginsel van het vrij verrichten van diensten worden gesteld, wanneer zij door niet-economische, niet-discriminerende en evenredige vereisten van algemeen belang gerechtvaardigd zijn.

55. Dat is in casu niet het geval, aangezien de betrokken verplichting geen enkel rechtstreeks verband met het aan vergunning onderworpen zeevervoer heeft.

56. Bovendien verbiedt artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) de lidstaten nieuwe beperkingen op het vrij verrichten van diensten, zoals de litigieuze voorwaarden, in te voeren.

57. De Noorse regering gaat akkoord met Analir e.a. dat de betrokken verplichtingen volgens artikel 4, lid 2, van de verordening niet mogen worden opgelegd. Deze bepaling noemt deze verplichtingen namelijk niet, hoewel deze tekst blijkens de bewoordingen en het oogmerk van de verordening exhaustief is.

58. Volgens de Spaanse regering zijn de litigieuze voorwaarden evenwel geen „openbare-dienstverplichtingen”, doch behoren zij tot de algemene voorwaarden voor het verlenen van de administratieve vergunning.

59. Bijgevolg vormen zij geen schending van artikel 4 van de verordening vormen, ook al moet deze bepaling als exhaustief worden beschouwd.

60. Voorts stelt de Spaanse regering, in overeenstemming met de Commissie, ook dat de verplichting te hebben voldaan aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid, onontbeerlijk is om een zekere solvabiliteit te garanderen van de ondernemingen die openbare diensten hebben te verrichten, zodat de dienstverrichting niet te lijden heeft van de schuldenlast van de dienstverrichter.

61. In dit verband zet de Commissie uiteen, dat onder de dienstverleningscapaciteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de verordening zowel de economische als de financiële capaciteit moet worden verstaan.

62. Blijkens de overwegingen van de verwijzende rechter en de argumenten van de Spaanse regering, moeten hier twee soorten beschouwingen worden onderscheiden.

63. In de eerste plaats rijst namelijk de vraag of de lidstaten de uitoefening van de betrokken activiteit in het algemeen afhankelijk mogen stellen van voorwaarden op niet in artikel 4, lid 2, bedoelde gebieden.

64. Uit de tekst zelf van de verordening volgt dat zulks het geval is.

65. Volgens voormeld artikel 1, lid 1, van de verordening wordt namelijk „het vrij verrichten van zeevervoerdiensten [...] ingevoerd voor reders uit de Gemeenschap die met in een lidstaat geregistreerde schepen varen welke de vlag van een lidstaat voeren, *mits die schepen voldoen aan alle eisen voor toelating tot cabotage van die lidstaat*”.<sup>7</sup>

66. Zo ook bepaalt artikel 3, lid 2: „Voor schepen die cabotage met eilanden verrichten, *behoren alle aangelegenheden in verband met de bemanning tot de verantwoordelijkheid van de staat waarin het schip een zeevervoerdienst verricht (staat van ontvangst)*.”<sup>8</sup>

67. Daaruit volgt noodzakelijkerwijs dat een lidstaat krachtens deze twee bepalingen voorwaarden op niet in artikel 4, lid 2, bedoelde gebieden kan stellen.

68. Uit voormeld artikel 1, lid 1, volgt met name dat schepen waarmee een reder in Spanje cabotagediensten wil verrichten, en die in deze lidstaat geregistreerd zijn en de vlag van deze lidstaat voeren, aan de door het Spaanse recht gestelde voorwaarden moeten voldoen om tot cabotage in Spanje te worden toegelaten. In dat geval verzet niets zich ertegen dat deze voorwaarden in voorkomend geval de verplichting inhou-

7 — Cursivering van mij.

8 — Cursivering van mij.

den dat aan de betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid moet zijn voldaan.

69. Deze beschouwing brengt mij bij het tweede probleem dat ik in het kader van deze prejudiciële vraag moet bespreken.

70. Ook al kunnen de door de verwijzende rechter aangehaalde verplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid in vorenomschreven omstandigheden, zoals gezegd, elders dan in artikel 4, lid 2, een grondslag vinden, sluit zulks namelijk niet uit dat deze verplichtingen ook kunnen worden beschouwd als openbare-dienstverplichtingen in de zin van deze bepaling, die uit dien hoofde door de lidstaat van ontvangst aan de reders kunnen worden opgelegd, ongeacht of zij in Spanje dan wel in een andere lidstaat zijn gevestigd.

71. Zoals de Commissie en de Spaanse regering terecht betogen, kan het feit dat een reder zijn schulden op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid niet kan voldoen, namelijk duiden op ernstige financiële moeilijkheden die een faillissement en de onderbreking van de openbare dienst kunnen meebrengen.

72. Het opnemen in de voorwaarden voor de vergunning, van een criterium ter beoor-

deling van de solvabiliteit van de reder, vormt dus geen te ruime uitlegging van de tekst van artikel 4, lid 2, van de verordening, ook al moet deze bepaling als uitzondering op het beginsel van het vrij verrichten van diensten, zoals gezegd, eng worden uitgelegd.

73. Aan deze conclusie doet evenmin af dat, zoals Analir e.a. en de verwijzende rechter opmerkten, de betrokken voorwaarden niet specifiek aan de te verrichten diensten zijn verbonden. Zoals gezegd, duidt het voldoen eraan namelijk meer in het algemeen op de financiële capaciteit dit soort diensten duurzaam te verrichten.

74. Bovendien mag een onderneming zich geen mededingingsvoordeel verschaffen ten opzichte van andere ondernemingen die hun belastingen en hun sociale bijdragen naar behoren betalen.

75. Dienaangaande merkt de Spaanse regering overigens terecht op dat dit soort voorwaarden niet onbekend is in het gemeenschapsrecht. Zij worden namelijk

uitdrukkelijk gesteld in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.<sup>9</sup> Daarbij staan de marktdeelnemers en de autoriteiten a priori evenwel kortere tijd met elkaar in betrekking.

76. In casu moet het opleggen van dergelijke voorwaarden dus a fortiori worden aanvaard aangezien het gaat om openbare diensten die een tijdlang en niet gewoon af en toe moeten worden verzorgd.

77. Voorts zij er met de Commissie op gewezen, dat deze voorwaarden niet-discriminerend moeten worden toegepast.

78. Zoals reeds vastgesteld bij de bespreking van de eerste vraag, blijkt namelijk uit de rechtspraak van het Hof en uit de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, dat een beperking van een hieraan verbonden vrijheid slechts kan worden gerechtvaardigd wanneer zij geen discriminatie meebrengt.

9 — Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1); richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), en richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

79. Terecht herinnert de Commissie er ook aan dat de betrokken voorwaarden krachtens andere teksten reeds vóór besluit nr. 1466 bestonden en dus geen nieuwe, uit dien hoofde met de bepalingen van de verordening onverenigbare beperking vormden.

80. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 4, lid 2, van de verordening verzet zich er niet tegen dat het verkrijgen of het behoud van de in de eerste vraag bedoelde vergunning afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de dienstverrichter moet hebben voldaan aan zijn betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid, mits een dergelijke voorwaarde op niet-discriminatoire grondslag wordt toegepast.”

### De derde prejudiciële vraag

81. Met deze vraag<sup>10</sup> wenst het Tribunal Supremo te vernemen of krachtens de verordening voor eenzelfde zeevaartlijn of

10 — Zoals verschillende van degenen die opmerkingen hebben ingediend, hebben gesignaleerd, bevat deze vraag een tikfout, daar zij verwijst naar artikel 1, punt 3, van de verordening terwijl zij de tekst van artikel 2, punt 3, van de verordening weergeeft.

-verbinding openbare-dienstverplichtingen kunnen worden opgelegd en tegelijk met andere ondernemingen openbare-dienstcontracten kunnen worden gesloten. Dienaangaande wijst het erop dat besluit nr. 1466 zulks in Spanje toelaat.

tegelijk aan de contractregeling en aan de regeling van de openbare-dienstverplichtingen onderwerpt.

82. Volgens verzoeksters in het hoofdgeding moet de vraag ontkennend worden beantwoord. Huns inziens kunnen de autoriteiten namelijk alleen optreden om te garanderen dat de betrokken diensten adequaat, continu en op toereikende wijze worden verricht. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat die autoriteiten dit driedelig doel tegen de laagste kostprijs voor de gemeenschap moeten nastreven.

86. Voorts gaat het sluiten van een contract gepaard met het verlenen van bijzondere rechten, zodat artikel 90 EG-Verdrag (thans artikel 86 EG) in acht moet worden genomen. Door een onderneming dergelijke voordelen toe te kennen en tegelijk anderen die een concurrerende dienst kunnen aanbieden, openbare-dienstverplichtingen op te leggen, handelt een lidstaat onevenredig en schendt hij artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) dat samen met artikel 90 moet worden toegepast.

83. Bijgevolg zijn maatregelen zoals het sluiten van een openbare-dienstcontract of het opleggen van openbare-dienstverplichtingen slechts mogelijk, wanneer de geboden diensten niet aan deze drie criteria voldeden.

87. Aan de voorwaarden voor toepassing van de in lid 2 ervan bedoelde afwijking is niet voldaan, aangezien deze veronderstelt dat de genomen maatregelen evenredig zijn aan het gestelde doel, hetgeen in casu niet het geval was.

84. In dat geval dienen openbare-dienstverplichtingen te worden opgelegd, wanneer de ontoereikendheid van de aangeboden diensten slechts een van deze criteria betreft. Indien daarentegen aan geen enkel van deze criteria is voldaan, dan moet een openbare-dienstcontract worden gesloten.

88. Dienaangaande halen Analir e.a. een onderzoek aan waaruit huns inziens blijkt dat de geregelde diensten met de eilanden volstonden. Het was dus niet gerechtvaardigd al deze verbindingen te groeperen en daarover een enkel openbare-dienstcontract te sluiten.

85. Voorts, aldus Analir e.a., is het inconsistent dat een lidstaat hetzelfde verkeer

89. Volgens verzoeksters in het hoofdgeding strekt besluit nr. 1466, op basis waarvan tegelijk openbare-dienstverplichtingen

kunnen worden opgelegd en een openbare-dienstcontract kan worden gesloten, in feite alleen tot bescherming van de maatschappij Transmed die zonder overheidssubsidie niet zou kunnen overleven.

90. De Noorse regering die in haar schriftelijke opmerkingen de opvatting had verdedigd dat de twee in artikel 4, lid 2, van de verordening genoemde middelen om de openbare dienst te garanderen, elkaar uitsluiten, heeft haar standpunt ter terechtzitting gewijzigd.

91. Uiteindelijk is zij van mening dat de twee instrumenten gelijktijdig op dezelfde lijn of verbinding kunnen worden toegepast, doch dat de combinatie ervan niet mag leiden tot een mededingingsverstoring waarvan bij toepassing van slechts een van deze instrumenten geen sprake zou zijn geweest.

92. De Franse regering verdedigt het tegendeel. Daarbij onderscheidt zij twee gevallen.

93. In de eerste plaats stelt zij dat een lidstaat gerechtigd is een openbare-dienstcontract te sluiten voor verkeer waarvoor

reeds openbare-dienstverplichtingen gelden.

94. Haars inziens kan de aangeboden dienst, ondanks de door de autoriteiten opgelegde openbare-dienstverplichtingen, namelijk beneden het door de staat als bevredigend beschouwde peil blijven. Dan moet een openbare-dienstcontract worden gesloten en kan het, gelet op het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn het voorwerp van het contract te beperken tot wat nodig is om te voorzien in de niet bevredigde behoeften van de openbare dienst.

95. In dat geval bestaan dus naast elkaar, op eenzelfde traject, door openbare-dienstverplichtingen gedekte geregelde lijndiensten en een marktdeelnemer die is gebonden door een openbare-dienstcontract waarin dezelfde openbare-dienstverplichtingen (alsook eventueel andere verplichtingen) voorkomen.

96. In de tweede plaats, aldus de Franse regering, is het ook mogelijk openbare-dienstverplichtingen op te leggen, wanneer voor het betrokken traject reeds een openbare-dienstcontract is gesloten. Anders bestaat haars inziens namelijk het gevaar dat de contractueel gebonden marktdeelnemer de markt verlaat, zodra hij wordt beconcurrereerd door andere ondernemingen die geen openbare-dienstverplichtingen hoeven na te komen. Dat kan gevaar

opleveren voor toereikende dienstverlening die, per hypothese, door het sluiten van het contract wordt gegarandeerd.

97. De analyse van de Commissie vertoont interessante analogieën met die van de Franse regering, doch brengt ook enkele significante nuances aan.

98. Aldus stelt de Commissie dat een lidstaat in beginsel niets in de weg staat om — via een meldingsregeling of een vergunningstelsel — in het algemeen openbare-dienstverplichtingen op te leggen en voor een of meer aan deze verplichtingen onderworpen lijnen een openbare-dienstcontract te sluiten om een toereikend niveau van de dienst te verzekeren.

99. Zij wijst erop dat net zoals de openbare-dienstverplichtingen op transparante en niet-discriminatoire wijze moeten worden opgelegd, zonder dat daarbij een discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend, de openbare-dienstcontracten moeten worden gesloten na een openbare aanbesteding die aan alle marktdeelnemers een gelijke behandeling en gelijke kansen garandeert.

100. Volgens de Commissie moet op een bijkomende voorwaarde worden gewezen. De in het kader van een algemene regeling

opgelegde openbare-dienstverplichtingen moeten haars inziens namelijk in elk geval minder zwaar zijn dan die in het kader van een openbare-dienstcontract, zodat de mededinging tussen de marktdeelnemers niet wordt vervalst.

101. Het naast elkaar bestaan van een stelsel van openbare-dienstverplichtingen en openbare-dienstcontracten garandeert de toegang van alle marktdeelnemers tot de markt en verhindert de concurrenten van de contractueel gebonden onderneming deze laatste te benadelen door in het toeristisch seizoen de markt in te nemen. Omgekeerd kan, doordat er verschillende marktdeelnemers zijn, volgens de Commissie het niveau van de vergoeding voor degene die het contract krijgt, worden verlaagd.

102. Ten slotte beklemtoont de Commissie, dat een regeling waarbij openbare-dienstverplichtingen en openbare-dienstcontracten naast elkaar bestaan, in elk geval te verkiezen is boven een regeling van exclusieve contracten waardoor de markt verschillende jaren wordt gesloten.

103. Volgens de Spaanse regering vullen de openbare-dienstcontracten en de openbare-dienstverplichtingen elkaar aan. Derhalve is er niets op tegen, ze samen te gebruiken, ook al moet het contract, gelet op de



context van liberalisering, de uitzondering blijven.

104. Volgens de Spaanse regering geeft het contract de administratie grotere zekerheid wat de openbare dienstverlening betreft, vooral omdat het wederzijdse rechten en plichten meebrengt of de administratie de mogelijkheid biedt bedingen op te nemen die bij opzegging van het contract garanderen dat de dienst tot het sluiten van een nieuw contract wordt verzekerd.

105. Voor bijzonder belangrijke verbindingen kan het derhalve noodzakelijk zijn contracten te sluiten om de continuïteit, de regelmaat en de kwaliteit van de dienst beter te verzekeren.

106. Wat te denken van deze argumenten?

107. Op het eerste gezicht wekt de tekst van artikel 4, lid 1, van de verordening de indruk dat het om een alternatief gaat, aangezien daarin is bepaald dat een lidstaat „openbare-dienstcontracten [kan] sluiten of<sup>11</sup> [...] openbare-dienstverplichtingen [kan] opleggen”. Weliswaar kan het woord „of” ook een inclusieve betekenis hebben, zodat twijfel kan blijven bestaan.

11 — Cursivering van mij.

108. Evenmin kan de definitie van „openbare-dienstcontract” in artikel 2 van de verordening uitsluitel geven. Daaruit volgt namelijk dat een dergelijk contract „ten doel heeft het publiek toereikende vervoerdiensten aan te bieden”. Hooguit kan daaruit — zoals de verwijzende rechter overigens doet — worden afgeleid dat, wanneer door het sluiten van een contract toereikende diensten worden verzekerd, een bijkomende maatregel van de overheid, zoals het opleggen van openbare-dienstverplichtingen, niet meer noodzakelijk is, en derhalve een ongerechtvaardigde beperking zou vormen van het vrij verrichten van diensten, tot invoering waarvan de verordening strekt.

109. Uit voormelde definitie volgt evenwel niet dat de aangeboden diensten reeds toereikend zijn alleen doordat er een contract is. Op zich beschouwd, sluit zij namelijk geenszins uit dat het contract naast openbare-dienstverplichtingen komt, zodat door het gelijktijdig gebruik van de twee instrumenten toereikende diensten kunnen worden gegarandeerd.

110. Deze mogelijkheid vindt ook enige steun in de opsomming in artikel 2, punt 3, van de verordening, aangezien het contract volgens dit artikel „complementaire vervoerdiensten” kan omvatten. Uit dit oogpunt is het contract — zoals de Franse en de Spaanse regering alsook de Commissie met de geschetste nuances stellen —, naast

de openbare-dienstverplichtingen een bijkomend instrument ter vervollediging van de maatregelen waarvan zij de grondslag zijn.

111. Tot staving van deze redenering kan ten slotte ook de negende overweging van de considerans van de verordening worden aangehaald, die luidt als volgt:

„overwegende dat de instelling van openbare diensten<sup>12</sup> die voor de betrokken reders bepaalde rechten en verplichtingen meebrengen gerechtvaardigd kan zijn om te zorgen voor *passend geregeld vervoer*<sup>13</sup> naar, vanuit en tussen eilanden, mits er geen onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit of woonplaats”.

112. Uit deze tekst kan worden afgeleid dat de wetgever, wanneer hij het beroep op het begrip openbare dienst heeft toegestaan, *tot doel had* passend vervoer te verzekeren en dat hij in dit verband geen andere *voorwaarde* stelt dan het ontbreken van discriminatie.

113. Dat dit de enige voorwaarde is, lijkt mij ook te worden bevestigd door de tekst

van artikel 4. Lid 1 van dit artikel luidt namelijk: „Wanneer een lidstaat openbare-dienstcontracten sluit [...], doet hij zulks op niet-discriminatoire grondslag voor alle reders uit de Gemeenschap.” Voorts luidt lid 2, tweede alinea, van dit artikel: „Indien zulks van toepassing is, dienen alle reders uit de Gemeenschap in aanmerking te komen voor compensaties die wegens openbare-dienstverplichtingen verschuldigd zijn.”

114. Bijgevolg kunnen openbare-dienstverplichtingen en het sluiten van een contract mijns inziens worden gecumuleerd, mits daaruit geen discriminatie of vervalsing van de mededinging tussen reders voortvloeit.

115. In de eerste plaats betekent dit, dat vanaf het tijdstip waarop de lidstaat met een reder een contract heeft gesloten, dat voor een bepaalde verbinding passend vervoer garandeert en waarvoor subsidie wordt verleend, de scheepvaartmaatschappijen die dezelfde verbinding onderhouden, geen openbare-dienstverplichtingen meer mogen worden opgelegd.

116. Met andere woorden is het ongeoorloofd alle maatschappijen openbare-dienstverplichtingen inzake continuïteit, regemaat, capaciteit en kwaliteit van het vervoer op te leggen, terwijl de enige maat-

12 — Cursivering van mij.

13 — Cursivering van mij.

schappij waarmee een contract is of wordt gesloten, voor dezelfde verplichtingen een financiële compensatie ontvangt.

117. Daarentegen ligt het probleem anders, wanneer de maatschappij waarmee een contract is gesloten, een financiële compensatie krijgt voor diensten die zij verricht naast die welke aan alle maatschappijen als openbare-dienstverplichting zijn opgelegd, bijvoorbeeld bijkomende verbindingen in het winterseizoen.

118. Een met een enkele maatschappij gesloten contract om bepaalde bijkomende diensten te verzekeren, mag evenwel geen subsidie inhouden waardoor deze maatschappij een zodanig financieel voordeel krijgt dat zij al haar diensten kan aanbieden tegen een prijs die haar beschermt tegen de mededinging van de andere marktdeelnemers (kruissubsidies).

119. Met andere woorden kunnen de twee instrumenten op eenzelfde zeevaartverbinding slechts worden gecumuleerd, indien enerzijds dezelfde openbare-dienstverplichtingen aan alle maatschappijen, met inbegrip van die welke het contract heeft gekregen, worden opgelegd en anderzijds deze laatste bovendien bijkomende lasten op zich neemt, waarvoor zij strikt naar evenredigheid van deze lasten wordt vergoed. Door deze vergoeding mag zij geen concurrentievoordeel voor al haar activiteiten verkrijgen.

120. De Commissie heeft dezelfde gedachte uitgedrukt en gezegd dat de in het kader van een algemene regeling opgelegde openbare-dienstverplichtingen in elk geval minder zwaar moeten zijn dan die welke in een openbare-dienstcontract worden opgelegd, om de mededinging tussen marktdeelnemers niet te vervalsen. Bovendien moeten de openbare-dienstverplichtingen op transparante en niet-discriminatoire wijze worden opgelegd zonder dat een discretionaire bevoegdheid wordt uitgeoefend. De openbare-dienstcontracten moeten worden gesloten na een openbare aanbesteding die alle marktdeelnemers een gelijke behandeling en gelijke kansen garandeert.

121. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de derde vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 4, lid 1, van de verordening moet aldus worden uitgelegd, dat voor eenzelfde scheepvaartlijn of -traject aan scheepvaartmaatschappijen openbare-dienstverplichtingen mogen worden opgelegd en tegelijk met een andere onderneming een openbare-dienstcontract in de zin van artikel 2, punt 3, van de verordening mag worden gesloten, voorzover het openbare-dienstcontract bijkomende lasten inhoudt naast de aan alle maatschappijen opgelegde openbare-dienstverplichtingen, en de toegekende financiële compensaties evenredig zijn aan deze lasten, zodat zij geen mededingingsverstoring veroorzaken ten nadele van de maatschappijen die geen dergelijk contract hebben gesloten.”

## Conclusie

122. Ik geef het Hof in overweging de vragen van het Tribunal Supremo te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 1 en artikel 4, lid 2, van verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) moeten aldus worden uitgelegd, dat het ingevolge deze bepalingen niet is toegestaan te verlangen dat ondernemingen die lijnvaartdiensten verzorgen, vooraf een administratieve vergunning verkrijgen om cabotage met de eilanden te mogen verrichten, tenzij de lidstaat aantoonst:

- dat de openbare dienst op aan vergunning onderworpen lijnen in een context van vrije mededinging niet bevredigend zou worden verzorgd;
- dat de controle op de nakoming van de openbare-dienstverplichtingen door de marktdeelnemers slechts met een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen kan worden verzekerd;
- dat de voorwaarden voor afgifte van de vergunningen bepaald, vooraf kenbaar, transparant en niet-discriminatoir zijn;
- dat de marktdeelnemers die voldoen aan de door de lidstaat vastgestelde openbare-dienstverplichtingen, automatisch een vergunning krijgen.

- 2) Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 3577/92 verzet zich er niet tegen dat het verkrijgen of het behoud van de in de eerste vraag bedoelde vergunning afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de dienstverrichter moet hebben voldaan aan zijn betalingsverplichtingen op het gebied van de belastingen en de sociale zekerheid, mits een dergelijke voorwaarde op niet-discriminatoire grondslag wordt toegepast.
  
- 3) Artikel 4, lid 1, van verordening nr. 3577/92 moet aldus worden uitgelegd, dat voor eenzelfde scheepvaartlijn of -traject scheepvaartmaatschappijen openbare-dienstverplichtingen mogen worden opgelegd en tegelijk met een andere onderneming een openbare-dienstcontract in de zin van artikel 2, punt 3, van de verordening mag worden gesloten, voorzover het openbare-dienstcontract bijkomende lasten inhoudt naast de aan alle maatschappijen opgelegde openbare-dienstverplichtingen, en de toegekende financiële compensaties evenredig zijn aan deze lasten, zodat zij geen mededingingsverstoring veroorzaken ten nadele van de maatschappijen die geen dergelijk contract hebben gesloten.”