

Vrij verkeer van diensten

III Rechtspraak

Openbare-dienstverplichtingen kunnen een voorafgaande vergunning slechts in beperkte gevallen rechtvaardigen

Mr. J.C.M. van der Beek

1 Onder het begrip cabotage met de eilanden wordt volgens de Spaanse wet (in overstemming met Verordening 3755/92) verstaan: het vervoer over zee van passagiers of goederen tussen havens op het vaste land en een of meer eilanden, als ook tussen havens op eilanden onderling.

2 Verordening van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten, Pb. EG 1992, L 364/7.

3 Zie o.a. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-76/90, Säger, Jur. 1991, p. I-4221, punt 12; HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-43/93, Vander Elst, Jur. 1994, p. I-3803, punt 14; HvJ EG 28 maart 1996, zaak C-272/94, Guiot, Jur. 1996, p. I-1905, punt 10; HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, Corsica Ferries France SA, Jur. 1998, p. I-3949, punt 56; en HvJ EG 23 november 1999, zaak C-396 en 376/96, Arblade e.a., Jur. 1999, p. I-8453, punt 33.

4 Zie overweging 21 en 22 van het arrest.

Het Hof van Justitie heeft in februari van dit jaar een interessant arrest gewezen op het gebied van cabotage in het zeevervoer. Daarin heeft het Hof aangegeven onder welke voorwaarden met het oog op het bestaan van openbare-dienstverplichtingen een voorafgaande administratieve vergunning gerechtvaardigd kan zijn en geen strijd oplevert met het vrij verrichten van diensten. Ook voor andere gebieden, die geliberaliseerd zijn maar waar door de overheid openbare-dienstverplichtingen zijn opgelegd, zou uit dit arrest afgeleid kunnen worden dat lidstaten slechts onder strikte voorwaarden voorafgaande vergunningen mogen opleggen.

HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99, Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) e.a. / Administración General del Estado, Jur. 2001, p. I-1271.

De feiten

Analir e.a. hadden bij het Spaanse Tribunal Supremo een beroep ingesteld tot nietigverklaring van een Spaans Koninklijk Besluit op het gebied van lijndiensten voor cabotage in het zeevervoer en maritieme diensten van algemeen belang (hierna: het besluit). Volgens Analir e.a. was dit besluit in strijd met het vrij verrichten van diensten. Het besluit bepaalde dat voor het verrichten van geregelde diensten op scheepvaartlijnen van openbaar belang, waaronder volgens de Spaanse wet de geregelde diensten van cabotage met de eilanden werden aangemerkt¹, een voorafgaande vergunning noodzakelijk was. Aan de vergunning wordt de voorwaarde verbonden dat de door de overheid opgelegde openbare-dienstverplichtingen worden nagekomen. Van openbare-dienstverplichtingen wordt in het besluit een definitie gegeven die overeenkomt met die in Verordening 3755/92. Volgens het besluit kan de overheid ook openbare-dienstcontracten sluiten om te verzekeren dat er toereikende diensten worden aangeboden om de instandhouding van de zeeverbindingen te garanderen. Voor de afgifte van de vergunning moet voldaan zijn aan de voorwaarde dat de reder heeft voldaan aan zijn betalingsverplichtingen op het gebied van belastingen en sociale zekerheid.

Op grond van Verordening 3577/92 (hierna: de verordening)² is vrij verrichten van diensten op het gebied van cabotage in het zeevervoer, dat wil zeggen het vrij verrichten van zeevervoerdiensten binnen een lidstaat, ingevoerd. Onderdeel van deze diensten is volgens de verordening cabotage met de eilanden. De verordening bevat een definitie van openbaar-dienstcontract en van openbare-dienstverplichting. Volgens artikel 4 van de verordening mag een lidstaat, als voorwaarde voor het verrichten van cabotagediensten, openbare-dienstcontracten sluiten of openbare-dienstverplichtingen opleggen, onder voorwaarde dat dit op niet-discriminatoire grondslag voor alle reders uit de gemeenschap gebeurt. Bij het opleggen van openbare-dienstverplichtingen moeten de lidstaten zich beperken 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. Analir e.a. zijn van mening dat het besluit niet in overeenstemming is met de verordening en derhalve nietig verklaard moet worden. Het Tribunal Supremo stelt vervolgens prejudiciële vragen, met name of het op grond van artikel 4 van de verordening is toegestaan dat een administratieve vergunning verplicht wordt gesteld. Indien dit is toegestaan, vraagt het Tribunal of de voorwaarden die daaraan mogen worden gesteld uitsluitend die zijn van artikel 4 van de verordening of dat ook eisen inzake het voldaan zijn van betalingsverplichtingen op het gebied van belastingen en sociale zekerheid mogen worden gesteld. Ten slotte vraagt het Tribunal of de verordening toestaat dat voor dezelfde lijn aan sommige reders een openbare-dienstverplichting wordt opgelegd en tegelijkertijd met anderen openbare-dienstcontracten worden gesloten. De laatste twee vragen hebben specifiek betrekking op de uitleg van de verordening, terwijl de eerste vraag een ruimere relevantie heeft. Aan het antwoord op die vraag zal dan ook de meeste aandacht worden besteed.

De geoorloofdheid van een voorafgaande administratieve vergunning

Analir e.a. en de Commissie meenden dat een stelsel van voorafgaande vergunningen dat algemeen van toepassing is zonder dat er een daadwerkelijk verband is met de noodzaak om de desbetreffende openbare vervoersdiensten te verzekeren, in het licht van de verordening niet is toegestaan. Volgens de Commissie zou de noodzaak van geval tot geval en van lijn tot lijn moeten worden onderzocht. Analir e.a. meenden dat in plaats van voorafgaande vergunningen volstaan zou kunnen worden met een systeem van meldingen achteraf. De Spaanse over-

5 Punten 24 t/m 27 en 29 van het arrest.

6 Zie punt 34 van het arrest.

7 Zie HvJ EG 14 december 1995, zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Sanz de Lera*, Jur. 1995, p. I-4821.

8 Zie punten 35 t/m 39 van het arrest.

heid meende echter dat een voorafgaande vergunning niet in strijd is met de liberalisatie van cabotage. De praktijk zou hebben uitgewezen dat het onmogelijk is elke lijn op uitvoerige wijze te rechtvaardigen. De Spaanse regering wees vervolgens op het feit dat ook op andere geliberaliseerde markten, zoals telecommunicatiemarkten, nog vergunningenstelsels bestaan. Zij meende dat het lidstaten, op grond van het feit dat het om eilanden gaat, moet zijn toegestaan om verplichtingen van universele dienstverlening op te leggen door middel van voorafgaande vergunningen.

Het Hof stelt vast dat de verordening het beginsel van het vrij verrichten van cabotagediensten in het zeevervoer vastlegt. Onder verwijzing naar bestaande jurisprudentie wijst het Hof erop dat het vrij verrichten van diensten niet alleen de afschaffing van discriminatoire maatregelen van de lidstaten met zich meebrengt, maar ook de opheffing van iedere beperking, zelfs indien deze zonder onderscheid van toepassing is op binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten, die het verrichten van diensten door een dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt.³ De voorwaarde in het besluit dat eerst een administratieve vergunning moet zijn verleend voordat de cabotagediensten kunnen worden verricht, belemmert het verrichten van die diensten en vormt derhalve een beperking op het vrije verkeer daarvan.⁴

Het Hof is van mening dat in de tekst van artikel 4 van de verordening op zich niet het antwoord valt te vinden op de vraag of voorafgaande vergunningen mogen worden gehanteerd als middel om de openbare-dienstverplichtingen op te leggen. Voor de beantwoording van die vraag knoopt het Hof aan bij het geldende uitgangspunt dat de vrijheid van dienstverrichting een fundamenteel verdragsbeginsel is en slechts kan worden beperkt door regelingen gebaseerd op dwingende redenen van algemeen belang die zonder onderscheid van toepassing zijn. Bovendien moet de betrokken nationale regeling geschikt, proportioneel en evenredig zijn en niet verder gaan dan ter bereiking van het doel noodzakelijk is. Het Hof onderzoekt dan of de invoering van een stelsel van voorafgaande vergunningen volgens deze criteria gerechtvaardigd kan zijn als instrument om openbare-dienstverplichtingen op te leggen. Het Hof erkent dat het nagestreefde doel, namelijk het waarborgen van de cabotagediensten tussen de eilanden, een wettig algemeen belang vertegenwoordigt, maar dat betekent volgens het Hof niet dat alle cabotagediensten tussen de eilanden binnen eenzelfde lidstaat als openbare-diensten moeten worden aangemerkt.⁵

Voor de vraag of een stelsel van voorafgaande vergunningen noodzakelijk is ter bereiking van dit doel is van belang dat in de verordening openbare-dienstverplichtingen worden gedefinieerd als de

verplichtingen die een reder indien hij zijn eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen niet op dezelfde wijze of onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen. De toepassing van een systeem van vergunningen om openbare-dienstverplichtingen op te leggen veronderstelt dan volgens het Hof dat de bevoegde autoriteiten van te voren hebben vastgesteld dat op bepaalde trajecten onvoldoende geregelde vervoersdiensten zouden bestaan indien het verrichten van die diensten uitsluitend aan de marktwerking zou worden overgelaten. Er moet dus worden aangetoond dat er een reële behoefte bestaat aan openbare-diensten.⁶

Daarnaast moet nog voldaan zijn aan de hiervoor genoemde voorwaarden van geschiktheid, proportionaliteit, evenredigheid en moet duidelijk zijn dat hetzelfde niet zou kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije dienstenverkeer minder beperken. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn met een systeem van aangiften achteraf.⁷ Het Hof sluit niet uit dat een systeem van voorafgaande vergunningen een passend middel kan zijn om de inhoud van de op te leggen openbare-dienstverplichtingen nader te bepalen, maar het kan volgens het Hof geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de lidstaten waardoor de fundamentele beginselen worden geschaad. Als criteria voor het gerechtvaardigd zijn van een dergelijk stelsel noemt het Hof dat het gebaseerd moet zijn op objectieve, niet-discriminatoire criteria die voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn. De aard en strekking van de op te leggen openbare-dienstverplichting moeten van tevoren kenbaar worden gemaakt. De beoordelingsvrijheid van de lidstaten wordt daardoor beperkt. Bovendien moet een rechtsmiddel bestaan voor personen die door een negatieve beslissing in dit kader zijn geraakt. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om te bepalen of het vergunningensysteem aan deze voorwaarden voldoet.⁸

Mogen voor de afgifte van een vergunning andere voorwaarden worden gesteld dan de voorwaarden genoemd in de verordening?

Analir e.a. waren natuurlijk van mening dat de krachtens het besluit opgelegde voorwaarden van het voldaan hebben aan de betalingsverplichtingen op het gebied van belastingen en de sociale zekerheid niet tot de in de verordening opgesomde openbare-dienstverplichtingen behoorden en derhalve niet geoorloofd waren. Het Hof ziet deze voorwaarden echter, evenals de Commissie, als vereisten die vallen onder het begrip 'dienstverleningscapaciteit' dat wel in de verordening wordt genoemd. Indien een reder in financiële moeilijkheden verkeert, kan daaruit worden afgeleid dat hij op termijn niet meer in staat zou kunnen zijn om de hem opgelegde openbare-dienstverplichtingen te verrichten. De eis

9 Zie o.a. HvJ EG 14 december 1995, zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Sanz de Lera, Jur. 1995, p. I-4821; HvJ EG 23 februari 1995, zaken C-358/93 en C-416/93, Bordessa, Jur. 1995, p. I-361; en HvJ EG 10 december 1996, zaak C-11/95, Commissie/België, Jur. 1996, p. I-4115.

10 HvJ EG 14 maart 2000, zaak C-54/99, Association Eglise de Scientologie de Paris, Jur. 2000, p. I-1335; zie ook NTER 2000, p. 131-136.

11 De Spaanse overheid benadrukte ter rechtvaardiging van de vergunningen dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen welke diensten openbare diensten zijn en dat de cabotagediensten voldeden aan de voorwaarden voor openbare diensten zoals deze zijn geformuleerd in de jurisprudentie van het Hof (HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, Corsica Ferries France SA, Jur. 1998, p. I-3949, punt 60. Zie wat dit betreft ook de Mededeling van de Commissie: Diensten van algemeen belang in Europa, Pb. EG 2001, C 17/4). De A-G wijst er echter op dat het hier niet gaat om de vraag of een lidstaat bepaalde diensten als openbare diensten mag bestemmen, maar om de vraag welke gevolgen een lidstaat mag verbinden aan een dergelijke kwalificatie.

inzake de betalingsverplichting mag derhalve worden opgelegd, zij het dat deze eis niet discriminatoir mag worden toegepast.

Mag een lidstaat voor eenzelfde traject ter verzekering van het geregeld verkeer aan ondernemingen openbare dienstverplichtingen opleggen en met andere ondernemingen openbare dienstcontracten sluiten?

Het antwoord van het Hof luidt bevestigend; de tekst van de verordening staat aan het gelijktijdig hanteren van deze maatregelen niet in de weg. Volgens Analir e.a. zou dit echter tot een verstoring van de mededinging leiden, omdat de marktdeelnemer die met de overheid een openbaar-dienstencontract sluit voor die diensten specifieke subsidies ontvangt. Bovendien zijn de desbetreffende bedrijven vaak overheidsbedrijven of ondernemingen die van oudsher een monopolie hebben, zodat daardoor artikel 86 lid 1 EG geschonden zou worden. Het Hof wijst erop dat de twee instrumenten van elkaar verschillen. Alleen bij een contract is de overheid verzekerd van het feit dat de diensten zullen worden verricht. Een reder die een vergunning heeft met daarin de omschrijving van de openbare-dienstverplichting kan immers besluiten om in het geheel af te zien van het verlenen van die diensten. Volgens de verordening kan bovendien in het geval van openbare-dienstverplichtingen ook een financiële vergoeding worden geboden. De gelijktijdige toepassing van de twee instrumenten moet volgens het Hof echter wel aan bepaalde voorwaarden voldoen. Evenals bij openbare-dienstverplichtingen geldt de eis dat een reële behoefte aan openbare-diensten moet worden aangetoond, het aangaan van de contracten moet geschieden op niet-discriminatoire grondslag en de combinatie van de twee instrumenten moet evenredig, proportioneel en noodzakelijk zijn.

Commentaar

Het is evident dat de eis van een voorafgaande vergunning het vrij verrichten van cabotagediensten belemmert. In dit arrest geeft het Hof antwoord op de vraag onder welke voorwaarden een dergelijk stelsel toch gerechtvaardigd kan zijn. Daarvoor knoopt het Hof, ondanks het feit dat de liberalisatie van cabotagediensten geregeld is in secundaire regelgeving, aan bij eerdere jurisprudentie op het gebied van het vrij verrichten van diensten. Het eisen van een vergunning vormt een uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer en moet dus restrictief worden toegepast. Uit eerdere arresten op het gebied van vrij verrichten van diensten en vrij verkeer van kapitaal blijkt dat het Hof niet snel aanneemt dat een voorafgaande vergunning of goedkeuring noodzakelijk is in verband met de dringende redenen van algemeen belang, en

niet zou kunnen worden volstaan met minder verregaande maatregelen, zoals een melding achteraf.⁹ In het arrest Association Eglise de Scientologie de Paris¹⁰ had het Hof al aangegeven dat dit echter niet betekent dat een voorafgaande vergunning nooit gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Hoewel dat arrest betrekking had op het vrij verkeer van kapitaal, bleek ook daar dat het Hof een vage en algemene verwijzing naar rechtvaardigingsgronden (in dat geval de openbare orde en de openbare veiligheid; en in dit geval het waarborgen van cabotagediensten tussen de eilanden) niet voldoende achtte om een stelsel van voorafgaande vergunningen te kunnen rechtvaardigen. De noodzaak van een voorafgaande vergunning moet per concrete situatie worden aangetoond.

De Spaanse regering had echter als argument aangevoerd dat, vanwege de grote mate van diversiteit van de lijnen tussen de eilanden, niet per lijn kon worden nagegaan of een openbare-dienstverplichting noodzakelijk was. Het vereiste van een vergunning voor al het vervoer naar en van de eilanden zou dus gerechtvaardigd zijn. De Advocaat-Generaal wijst dit argument van de hand en merkt op dat de diversiteit juist een reden is om aan te nemen dat de openbare-dienstverplichtingen niet voor alle lijnen noodzakelijk zijn en dat daarom juist wel een onderzoek per geval noodzakelijk is. Een voorafgaande vergunning is slechts toegestaan als beperking op het vrij verrichten van diensten indien en voorzover dit noodzakelijk is om voldoende geregelde diensten te waarborgen. Voor iedere lijn moet apart worden aangetoond dat een voorafgaande vergunning noodzakelijk is om de reders te verplichten diensten te verlenen die zij niet zouden verlenen indien een situatie van vrije mededinging zou bestaan (de openbare-dienstverplichtingen¹¹).

De A-G is van mening dat de voorwaarden voor verlening van een vergunning zodanig moeten zijn dat de lidstaat geen enkele discretionaire bevoegdheid heeft. Iedere maatschappij die aan de objectieve en transparante voorwaarden voldoet moet automatisch een vergunning krijgen. Het Hof heeft de A-G gevolgd wat alle voorwaarden betreft die gelden voor een stelsel van voorafgaande vergunning, maar gaat met deze laatste voorwaarde minder ver. Het Hof is van mening dat door transparantie van de voorwaarden een grens moet worden gesteld aan de wijze van uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en dat willekeur moet worden voorkomen.

Opvallend in dit arrest is ook dat het lijkt te gaan om een zuiver interne situatie in een lidstaat; Spaanse rederijen doen voor de Spaanse rechter een beroep op de strijdigheid van een Spaans besluit met het EG-recht. Er is geen sprake van een dienst die over de grenzen wordt verleend of van een dienstverrichter of dienstontvanger die zich naar een ander lidstaat verplaatst. In eerdere jurisprudentie is uitgemaakt dat indien er sprake is van een zuiver

12 Zie o.a. HvJ EG, zaak C-134/95, USSL No 47 di Biella, Jur. I-195, en HvJ EG zaak C-97/98, Jaegerskiold, Jur. 1999, p. I-7319, zie ook NTER 2000, p. 131-136.

13 V. Hatzopoulos, Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services, CMLRev. 37, 43-82, 2000.

14 HvJ EG 5 juni 1997, zaak C 398/95, Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxiidotikon Grafeion, Jur. 1997, p. I-3091; zie ook NTER 1997, p. 213-217.

15 HvJ EG 7 mei 1997, zaken C-321/94, C-322/94, C-323/94 en C-324/94, Pistre e.a., Jur. 1997, p. I-2343.

16 En niet, zoals in de zaak Pistre, een discriminatie in het leven roepen van goederen die uit andere lidstaten worden ingevoerd.

17 HvJ EG, Guimont, zaak C-448/98, Jur. 2000, p. I-0000, overweging 21.

interne situatie geen beroep kan worden gedaan op de regels inzake het vrij verrichten van diensten.¹² Al eerder is er echter in de literatuur op gewezen dat de jurisprudentie op het gebied van het vrij verrichten van diensten zich ook wat dit betreft (en niet alleen wat betreft de 'Cassis de Dijon'-voorwaarden) aanpast aan die van het vrije verkeer van goederen.¹³ Uit het eerder besproken arrest inzake de Griekse toeristengidsen lijkt te volgen dat het voor een beroep op artikel 49 EG voldoende is dat onder bepaalde omstandigheden de desbetreffende nationale regelingen een interstatelijk effect zouden kunnen hebben.¹⁴ Wat dit betreft is opgemerkt dat de jurisprudentie op het gebied van het vrij verrichten van diensten de weg volgt die het Hof op het gebied van het vrije verkeer van goederen met het arrest Pistre is ingeslagen.¹⁵ In het arrest Guimont heeft het Hof echter onder verwijzing naar het arrest Pistre duidelijk gemaakt dat regelingen die zonder onderscheid van toepassing zijn¹⁶ slechts onder de bepalingen inzake het vrije verkeer vallen indien zij toepassing vinden op situaties die verband houden met de invoer van goederen in het intracommunautaire handelsverkeer.¹⁷ Het Hof ging er kennelijk van uit dat van een dergelijke situatie in dat geval geen sprake was, maar oordeelde dat het toch de gestelde prejudiciële vragen diende te beantwoorden omdat de gevraagde uitleg voor de nationale rechter nuttig kon zijn, namelijk indien het nationale recht zou voorschrijven dat een nationale producent dezelfde rechten toekomt als een producent uit een andere lidstaat op grond van het EG-recht. In het onderhavige arrest merkt het Hof op dat de eis van afgifte van een voorafgaande vergunning 'het verrichten van diensten belemmert of minder aantrekkelijk (maakt) en dus een beperking op het vrije verkeer daarvan vormt'. Het ging in het onderhavige geval om een situatie waarbij alle elementen van het geschil dat aanleiding vormde voor het stellen van de prejudiciële vragen in de interne sfeer van een lidstaat (Spanje) lagen. Het is opvallend dat noch door partijen, noch door de verwijzende rechter hier aandacht aan is besteed, zodat ook het Hof zich hierover niet heeft uitgelaten. Het is in het licht van de hiervoor genoemde arresten echter de vraag of in deze concrete situatie een beroep voor de nationale rechter op artikel 49 EG mogelijk was.

Uit het arrest kan worden afgeleid dat nationale regelingen waarbij een voorafgaande vergunning of goedkeuring wordt geëist, met het effect dat het verrichten van diensten wordt opgeschort, al snel kunnen worden aangevochten wegens strijd met artikel 49 EG en eventueel daarop gebaseerde secundaire regelgeving. Niet alleen buitenlandse dienstverrichters kunnen daarop een beroep doen, maar (onder omstandigheden) ook eigen onderdanen. Op de lidstaten die menen dat voorafgaande vergunningen noodzakelijk zijn in verband met openbare-dienstverplichtingen rust een zware bewijslast. Zij moeten per concreet geval aan kunnen tonen dat een reële

behoefte aan openbare-dienstverplichtingen bestaat en dat de beperking van een voorafgaande vergunning voldoet aan de criteria van noodzakelijkheid, evenredigheid en proportionaliteit. De voorwaarden voor de vergunning moeten objectief zijn en niet-discriminatoir en moeten vooraf kenbaar zijn aan de ondernemingen. Bovendien moeten er voor de ondernemingen rechtsmiddelen bestaan in geval van negatieve beslissingen. Hoewel dit arrest betrekking had op vergunningen in het zeevervoer, lijkt het voor de hand te liggen dat de lidstaten ook aan deze voorwaarden gebonden zijn bij het eisen van voorafgaande vergunningen in andere sectoren waar sprake is van openbare-dienstverplichtingen, zoals de telecomsector, de postsector en andere vervoerssectoren. Het is niet uitgesloten dat wanneer de Nederlandse vergunningsstelsels aan deze criteria getoetst zouden worden, geconcludeerd zou moeten worden dat sommige daarvan in strijd zijn met artikel 49 EG.