



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
fremsat den 21. november 2018<sup>1</sup>

**Sag C-563/17**

**Associação Peço a Palavra,  
João Carlos Constantino Pereira Osório,  
Maria Clara Marques Pires Sarmento Franco,  
Sofia da Silva Santos Arauz,  
Maria João Galhardas Fitas**  
mod  
**Conselho de Ministros,**  
**procesdeltagere:**  
**PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,  
TAP, SGPS, SA**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal))

»Præjudicielt spørgsmål – etableringsfrihed – luftfartsselskab – genprivatiseringsprocedure – betingelser – forpligtelse til opretholdelse af selskabets hovedsæde og faktiske ledelse – forpligtelser til offentlig tjeneste – forpligtelse til opretholdelse af det nationale centrum for operationer«

1. Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) har rejst visse tvivlsspørgsmål for Domstolen med hensyn til, om bestemte krav i udbudsbetingelserne i forbindelse med privatiseringen af selskabet »TAP Transportes Aéreos Portugueses, S.A.« (herefter »TAP SA«), som fandt sted i 2015, var forenelige med EU-retten.
2. Disse krav bestod helt konkret i en forpligtelse til at opretholde selskabets hovedsæde og faktiske ledelse i Portugal, kapacitet til at sikre opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse samt en forpligtelse til at opretholde og udvikle det nationale centrum for operationer.
3. For at fjerne den forelæggende rets tvivl er det først og fremmest nødvendigt at fastslå, om direktiv 2006/123/EF<sup>2</sup> eller forordning (EF) nr. 1008/2008<sup>3</sup> finder anvendelse på den foreliggende sag. Dernæst skal det undersøges, om den frihedsrettighed, der muligvis berøres, er etableringsfriheden, den frie bevægelighed for tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for kapital, og under alle omstændigheder om kravene i udbudsbetingelserne overholder disse eller ej.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36).

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 24.9.2008 om fælles regler for driften af lufttrafiktjenester i Fællesskabet (EUT 2008, L 293, s. 3).

## I. Retsforskrifter

### A. EU-retten

#### 1. Direktiv 2006/123

4. Det bemærkes i 21. betragtning, at »[t]ransporttjenester, herunder bytransport, hyrevogns- og ambulancekørsel og havnetjenester, bør udelukkes fra dette direktivs anvendelsesområde«.

5. I henhold til artikel 1, stk. 2, »vedrører [direktivet] hverken liberalisering af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, der er forbeholdt offentlige eller private enheder, eller privatisering af offentlige enheder, der udfører tjenesteydelser«.

6. I medfør af artikel 2, stk. 2, litra d), finder direktivet ikke anvendelse på »tjenesteydelser på transportområdet, herunder havnetjenester, der falder ind under traktatens afsnit V«.

7. Kapitel IV med titlen »Fri bevægelighed for tjenesteydelser« indeholder i afdeling 1 (»Fri udveksling af tjenesteydelser og undtagelser herfra«) bestemmelser, som dels sikrer tjenesteyderes ret til at udføre tjenesteydelser i en anden medlemsstat end den, de er etableret i (artikel 16), og dels fastsætter bestemte undtagelser fra denne ret (artikel 17).

#### 2. Forordning nr. 1008/2008

8. Det hedder i 10.-12. betragtning:

»(10) Med henblik på at fuldføre det indre luftfartsmarked bør man ophæve de begrænsninger, som stadig eksisterer mellem medlemsstater, f.eks. begrænsninger for code sharing på ruter til tredjelande eller for prisfastsættelse på ruter til tredjelande med mellemlanding i en anden medlemsstat [...]

(11) For at tage hensyn til de særlige karakteristika og begrænsninger, der gør sig gældende for regioner i den yderste periferi, især deres fjerne beliggenhed, deres status som øsamfund og deres lille areal, samt behovet for at sørge for passende forbindelser mellem dem og Fællesskabets centrale regioner, kan det være berettiget med særlige ordninger for så vidt angår reglerne om gyldighedsperioden for kontrakter vedrørende forpligtelse til offentlig tjeneste, der omfatter ruter til sådanne regioner.

(12) Det bør på en klar og utvetydig måde fastlægges, på hvilke betingelser der kan pålægges forpligtelse til offentlig tjeneste, og den tilknyttede udbudsrunde bør gøre det muligt for et tilstrækkeligt antal konkurrerende selskaber at deltage i udbuddet. Kommissionen bør kunne indhente alle oplysninger, der er nødvendige for at vurdere den økonomiske begrundelse for at indføre forpligtelse til offentlig tjeneste i hvert enkelt tilfælde.«

9. I artikel 2 defineres:

»1) »licens«: en tilladelse udstedt af den kompetente licensudstedende myndighed til et foretagende til at udføre trafikflyvning som angivet i licensen

[...]

- 8) »air operator certificate (AOC)«: et certifikat udstedt til et foretagende til bekræftelse af, at foretagendet har den fornødne fagkundskab og struktur til at varetage sikkerheden i forbindelse med de operationer, der er angivet i certifikatet, jf. de relevante bestemmelser i fællesskabslovgivningen eller national lovgivning, alt efter omstændighederne
- 9) »effektiv kontrol«: et forhold, der bygger på rettigheder, aftaler eller andre midler, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske eller retlige forhold, giver mulighed for, direkte eller indirekte at få afgørende indflydelse på foretagendet, særlig ved:
- a) brugsret til foretagendets aktiver eller dele deraf
  - b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af foretagendets organer eller på disses afstemninger eller beslutninger, eller som på anden måde sikrer afgørende indflydelse på foretagendets drift
- 10) »luftfartsselskab«: et foretagende med en gyldig licens eller tilsvarende
- 11) »EF-luftfartsselskab«: et luftfartsselskab med en gyldig licens tildelt af en kompetent licensudstedende myndighed i overensstemmelse med kapitel II

[...]

- 14) »trafikrettighed«: retten til at udøve trafikflyvning mellem to EF-lufthavne

[...]

- 26) »hovedsæde«: et EF-luftfartsselskabs hovedkontor eller vedtægtsmæssige hjemsted i den medlemsstat, inden for hvilken EF-luftfartsselskabets vigtigste økonomiske funktioner og operationelle kontrol udøves, herunder styring af fortsat luftdygtighed.«

#### 10. Artikel 4 bestemmer:

»Den kompetente licensudstedende myndighed i en medlemsstat udsteder licens til et foretagende, når følgende betingelser er opfyldt:

- a) dets hovedvirksomhed er beliggende i denne medlemsstat
- b) det er indehaver af et gyldigt AOC udstedt af en national myndighed i den samme medlemsstat som den, hvis kompetente licensudstedende myndighed er ansvarlig for at udstede, afslå, tilbagekalde eller suspendere EF-luftfartsselskabets licens

[...]

- f) medlemsstater og/eller statsborgere i medlemsstaterne ejer mere end 50% af foretagendet, og det er underlagt deres effektive kontrol, enten direkte eller indirekte gennem et eller flere andre foretagender, medmindre andet er fastsat i en aftale med et tredjeland, som Fællesskabet er part i

[...]«

#### 11. Det hedder i artikel 8:

- »1. En licens er gyldig, så længe EF-luftfartsselskabet opfylder kravene i dette kapitel.

Et EF-luftfartsselskab skal til enhver tid på anmodning kunne godtgøre over for den kompetente licensudstedende myndighed, at det opfylder alle krav i dette kapitel.

[...]

5. Et EF-luftfartsselskab skal underrette den kompetente licensudstedende myndighed:

[...]

b) forudgående om påtænkte fusioner eller overtagelser, [...]

[...]

7. Den kompetente licensudstedende myndighed afgør, for så vidt angår EF-luftfartsselskaber, som den har udstedt licens til, om licensen skal forelægges til fornyet godkendelse i tilfælde af ændringer i et eller flere forhold, der berører et EF-luftfartsselskabs juridiske status, navnlig i tilfælde af fusion eller overtagelse.

[...]«

12. Artikel 15 har følgende ordlyd:

»1. EF-luftfartsselskaber har ret til at drive trafikflyvning på ruter inden for Fællesskabet.

2. Medlemsstaterne må ikke gøre et EF-luftfartsselskabs drift af trafikflyvning inden for Fællesskabet betinget af nogen form for tilladelse eller bevilling. Medlemsstaterne stiller ikke krav om, at EF-luftfartsselskaberne skal forelægge dokumenter eller oplysninger, som de allerede har forelagt den kompetente licensudstedende myndighed, forudsat at de relevante oplysninger til sin tid kan indhentes fra den kompetente licensudstedende myndighed.

[...]

4. Ved trafikflyvning inden for Fællesskabet har de enkelte EF-luftfartsselskaber tilladelse til at kombinere trafikflyvninger og indgå code share-aftaler, medmindre andet fremgår af Fællesskabets konkurrenceregler for virksomheder.

Alle begrænsninger af EF-luftfartsselskabers frihed til at drive trafikflyvning inden for Fællesskabet i medfør af bilaterale aftaler mellem medlemsstater bortfalder herved.

5. Uanset bestemmelserne i bilaterale aftaler mellem medlemsstater, og medmindre andet fremgår af Fællesskabets konkurrenceregler for virksomheder, skal den eller de berørte medlemsstater give EF-luftfartsselskaber tilladelse til at kombinere trafikflyvninger og indgå code share-aftaler med ethvert luftfartsselskab for trafikflyvninger til, fra eller via alle lufthavne på deres territorium fra eller til et hvilket som helst punkt i tredjelande.

[...]«

13. Artikel 16 er affattet som følger:

»1. En medlemsstat kan efter konsultationer med de øvrige berørte medlemsstater og efter at have orienteret Kommissionen, de berørte lufthavne og de luftfartsselskaber, der beflyver ruten, indføre forpligtelse til offentlig tjeneste for så vidt angår ruteflyvning mellem en lufthavn i Fællesskabet og en lufthavn i et yderområde eller et udviklingsområde på dens område eller på en rute med ringe trafik til enhver lufthavn på dens område, hvis ruten betragtes som vital for den økonomiske og sociale

udvikling i det område, som lufthavnen betjener. Denne forpligtelse pålægges kun i det omfang, det er nødvendigt for at sikre et minimum af ruteflyvning på ruten i overensstemmelse med fastsatte krav med hensyn til kontinuitet, regelmæssighed, prisfastsættelse eller mindstekapacitet, som luftfartsselskaberne ikke ville have påtaget sig, hvis de alene skulle tilgodese deres kommercielle interesser.

Vilkårene for beflyvningen af en rute, der er omfattet af denne forpligtelse til offentlig tjeneste, fastlægges på en gennemskuelig og ikke-diskriminerende måde.

[...]

4. Når en medlemsstat ønsker at indføre forpligtelse til offentlig tjeneste, meddeler den teksten vedrørende den planlagte indførelse af forpligtelse til offentlig tjeneste til Kommissionen, til de øvrige berørte medlemsstater, til de berørte lufthavne og til de luftfartsselskaber, der beflyver den pågældende rute.

Kommissionen offentliggør en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* med følgende indhold:

- a) de to lufthavne, der forbindes med den pågældende rute, og eventuelle mellemliggende stopover-steder
- b) datoen, hvor forpligtelsen til offentlig tjeneste træder i kraft, og
- c) angivelse af den fulde adresse, hvor teksten og eventuelle relevante oplysninger og/eller eventuel relevant dokumentation vedrørende forpligtelsen til offentlig tjeneste hurtigst muligt og gratis stilles til rådighed af den berørte medlemsstat.

[...]«

## **B. National ret**

14. Den portugisiske regering godkendte ved lovdekret nr. 181/-A/2014 af 24. december 2014<sup>4</sup> proceduren for indirekte genprivatisering af egenkapitalen i TAP SA gennem et *direkte benchmarksalg* af op til 61% af kapitalandelene i egenkapitalen i TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA (herefter »TAP SGPS«) samt et salgstilbud til selskabets ansatte på højst 5% af egenkapitalen i TAP SGPS. Endvidere fastsattes en salgsoption for staten, der kunne overføre den resterende kapital i TAP SGPS til en erhverver i direkte benchmarksalg, og som med denne kunne indgå en køboption på de vilkår, der var fastsat i betingelserne for handelen.

15. Ministerkabinettet godkendte ved afgørelse nr. 4-A/2015 af 15. januar 2015<sup>5</sup> udbudsbetingelserne for det direkte benchmarksalg af kapitalandele på op til 61% af egenkapitalen i TAP SGPS.

16. Artikel 1 i udbudsbetingelserne indeholder følgende bestemmelser:

»1. Nærværende betingelser regulerer vilkårene og betingelserne for det direkte benchmarksalg af kapitalandele i egenkapitalen i [TAP SGPS], som fastsat inden for rammerne af proceduren for indirekte privatisering af egenkapitalen i [TAP SA].

4 – Diário da República, 1. serie, nr. 248, af 24.12.2014.

5 – Diário da República, 1. serie, nr. 13, af 20.1.2015.

2. Det direkte benchmarksalg omfatter individuel eller kollektiv overdragelse efter specifik forhandling herom af en eller flere udelelige dele af kapitalandelene i [TAP SGPS]'s egenkapital til en eller flere nationale eller udenlandske investorer.

3. Det direkte benchmarksalg af de aktier, der er nævnt i stk. 2, aftales med en eller flere bydende, der udvælges som erhververe af de aktier, der er genstand for det direkte salg.

4. Inden for rammerne af det direkte benchmarksalg overdrages de aktier, som den eller de udvalgte bydende erhverver, af PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S.A. [herefter »Parpública«].«

17. I udbudsbetingelsernes artikel 5 opregnes følgende »udvælgelseskriterier«:

- »a) bidrag til styrkelse af [TAP SGPS]'s og [TAP SA]'s økonomisk-finansielle kapacitet og af disses kapitalstruktur, herunder navnlig kvaliteten af kapitaliseringsplanen og dennes gennemførelse ved nye aktiver og midler fra den bydende, samt betingelserne knyttet til disses disponibilitet, således at der bidrages til virksomhedernes bæredygtighed, værdiforøgelse og vækst i deres aktiviteter, samt bevarelse af værdien og vægten af den resterende kapital i statens eje og af værdien af salgsoptionen
- b) den værdi, der præsenteres med henblik på erhvervelse af aktieandelene i [TAP SGPS]'s egenkapital, der er genstand for det direkte benchmarksalg, navnlig prisen pr. aktie, de overordnede finansielle indtægter, kvaliteten og værdien af metoderne og formularerne for forbedringer af salgs- og købsoptionerne, og generelt muligheden for at konkretisere det direkte salg inden for den fastsatte frist, betalingsbetingelserne og de øvrige vilkår, der er egnet til at beskytte statens formueinteresser
- c) præsentation af og garanti for gennemførelse af en passende og sammenhængende strategisk plan, der tager hensyn til bevarelse og fremme af [TAP SA]'s vækst, og som våger over opfyldelsen af de målsætninger, som regeringen har fastsat for privatiseringsproceduren, befordring af styrkelsen af dens konkurrencemæssige stilling som verdensomspændende lufttransportoperatør på nuværende og nye markeder, opretholdelse af TAP-gruppens helhed, virksomhedsidentitet og autonomi, navnlig ved at bevare TAP-varemærket og dets forbindelse til Portugal, og ved at garantere, at hovedsædet og den faktiske ledelse i TAP-gruppen fortsat vil være hjemmehørende i Portugal, medvirken til bevarelse og udvikling af TAP-gruppens operative og kommercielle kvaliteter, samt værdiforøgelse og udvikling af dennes menneskelige ressourcer
- d) kapacitet til at sikre en rettidig og passende opfyldelse af den offentlige serviceforpligtelse, der påhviler [TAP SA], herunder vedrørende flyforbindelserne mellem de vigtigste nationale lufthavne og i givet fald de selvstyrende regioner, samt vedrørende kontinuiteten og udbygningen af de ruter, der betjener de selvstyrende regioner, de portugisiske fællesskaber i udlandet og de lande og samfund, hvor der tales portugisisk
- e) bidrag til væksten i den nationale økonomi, herunder vedrørende opretholdelse og udvikling af det nuværende nationale centrum for operationer (hub) som platform af afgørende strategisk betydning i forbindelserne mellem Europa, Afrika og Sydamerika
- f) ingen retlige eller økonomisk-finansielle krav fra den bydende med henblik på konkretisering af det direkte benchmarksalg, navnlig minimering af interessekonflikterne mellem den bydendes virksomhed og TAP-gruppens virksomhed, samt begrænsning af risiciene for statens formueinteresser og for opnåelsen af målsætningerne med de kriterier, der er fastsat i de ovenstående afsnit

- g) den relevante tekniske og ledelsesmæssige erfaring inden for luftfartsektoren, den pågældendes egnethed og finansielle kapacitet, samt de garantier, der eventuelt afgives med henblik på opfyldelsen af de kriterier, der er opstillet ovenfor
- h) overtagelse af forpligtelser vedrørende ansættelsessikkerheden, herunder navnlig den udtrykkelige retlige og forfatningsmæssige forpligtelse til at opfylde aftalen mellem regeringen, fagforeningerne og [TAP SGPS], samt hensyntagen til alle de gældende kollektive overenskomster
- i) bidrag til styrkelse af strukturen og stabiliteten i aktiebesiddelsen i [TAP SGPS] og [TAP SA], navnlig ved gennemførelsen af en model for corporate governance, der tager hensyn til [TAP SGPS]'s særlige karakter, [TAP SA]'s virksomhed og de målsætninger, som regeringen har fastsat for privatiseringsprocessen«.

## II. De faktiske omstændigheder

18. »Associação Peço a Palavra« (»sammenslutningen Jeg Beder om Ordet«) m.fl. anlagde et forvaltningsretligt søgsmål ved Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) med påstand om, at de ved ministerkabinettets afgørelse nr. 4-A/2015 af 15. januar 2015 godkendte udbudsbetingelser blev kendt ugyldige.

19. Sagsøgerne gjorde gældende, at udbudsbetingelsernes artikel 5, litra c), var i strid med artikel 49 TEUF og 54 TEUF for så vidt angår kravet om opretholdelse af hovedsædet for og den faktiske ledelse af TAP-gruppen. Efter deres opfattelse var betingelsernes artikel 5, litra d) og e), endvidere i strid med artikel 56 TEUF og 57 TEUF samt artikel 16 og 17 i direktiv 2006/123 for så vidt angår kravet om opfyldelse af den offentlige serviceforpligtelse og opretholdelse og udvikling af det nationale centrum for operationer.

## III. De forelagte spørgsmål

20. I denne sammenhæng har Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) indgivet følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er det i strid med EU-retten, navnlig artikel 49 TEUF og 54 TEUF, samt de principper, der indgår deri, at et krav om opretholdelse af hovedsædet for og den faktiske ledelse af et statsejet selskab, der driver luftfartsvirksomhed i den medlemsstat, hvor det blev oprettet, i forbindelse med proceduren for den indirekte privatisering af dette selskabs egenkapital opstilles i de dokumenter, der regulerer denne procedure, som kriterium for udvælgelse af købstilbuddene fra de potentielle investorer og af de tilbud, der afgives i forbindelse med udbudsproceduren?
- 2) Er det i strid med EU-retten, navnlig artikel 56 TEUF og 57 TEUF og de principper, der indgår deri, samt princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og nødvendighedsprincippet, at et krav om, at den erhvervende enhed skal opfylde den offentlige serviceforpligtelse, i forbindelse med proceduren for den indirekte privatisering af det nævnte selskabs egenkapital opstilles i de dokumenter, der regulerer denne procedure, som kriterium for udvælgelse af købstilbuddene fra de potentielle investorer og af de tilbud, der afgives i forbindelse med udbudsproceduren?
- 3) Er det i strid med EU-retten, navnlig artikel 56 TEUF og 57 TEUF og de principper, der indgår deri, at et krav om, at den erhvervende enhed skal opretholde og udvikle det nuværende nationale centrum for operationer (hub), i forbindelse med proceduren for den indirekte privatisering af det

nævnte selskabs egenkapital opstilles i de dokumenter, der regulerer denne procedure, som kriterium for udvælgelse af købstilbuddene fra de potentielle investorer og af de tilbud, der afgives i forbindelse med udbudsproceduren?

- 4) Under hensyn til det nævnte selskabs virksomhed, og når det tages i betragtning, at overdragelsen af dets egenkapital er genstand for en privatiseringsprocedure, skal det da antages, at en sådan virksomhed udgør en tjenesteydelse i det indre marked, der er omfattet af direktiv 2006/123/EF, og at undtagelsen i dette direktivs artikel 2, nr. 2), litra d), om tjenesteydelser på transportområdet foreligger? Er den nævnte procedure i givet fald ligeledes omfattet af det nævnte direktiv?
- 5) Såfremt det fjerde spørgsmål besvares bekræftende, er det da i strid med det nævnte direktivs artikel 16 og 17, at et krav om, at den erhvervende enhed skal opfylde den offentlige serviceforpligtelse, i forbindelse med proceduren for den indirekte privatisering af det nævnte selskabs egenkapital opstilles i de dokumenter, der regulerer denne procedure, som kriterium for udvælgelse af købstilbuddene fra de potentielle investorer og af de tilbud, der afgives i forbindelse med udbudsproceduren?
- 6) Såfremt det fjerde spørgsmål besvares bekræftende, er det da i strid med det nævnte direktivs artikel 16 og 17, at et krav om, at den erhvervende enhed skal opretholde og udvikle det nuværende nationale centrum for operationer (hub), i forbindelse med proceduren for den indirekte privatisering af det nævnte selskabs egenkapital opstilles i de dokumenter, der regulerer denne procedure, som kriterium for udvælgelse af købstilbuddene fra de potentielle investorer og af de tilbud, der afgives i forbindelse med udbudsproceduren?«

#### **IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes standpunkter**

21. Det præjudicielle spørgsmål indgik til Domstolen den 25. september 2017. Der er indgivet skriftlige indlæg af Parpública, den portugisiske, den italienske og den nederlandske regering samt Kommissionen, og disse har ligeledes deltaget i retsmødet, som blev afholdt den 13. september 2018.

22. Parpública har anført, at det første spørgsmål bør besvares benægtende. Efter selskabets opfattelse indskrænker eller begrænser de omtvistede krav ikke etableringsfriheden, og såfremt de gjorde, ville der være tale om en begrundet begrænsning. For så vidt angår det andet og det tredje spørgsmål har det gjort gældende, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF ikke finder anvendelse på lufttransportydelser i henhold til artikel 58, stk. 1, TEUF, artikel 90 TEUF og artikel 100, stk. 2, TEUF. Med hensyn til det fjerde spørgsmål har selskabet anført, at TAP's virksomhed ikke kan anses for en tjenesteydelse, der er omfattet af direktiv 2006/123 som følge af undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 2, litra d). Det er således ikke nødvendigt at besvare det femte og det sjette spørgsmål.

23. Efter den portugisiske regerings opfattelse udspringer den i det første spørgsmål omhandlede betingelse af ordningen for udstedelse af licenser i forordning nr. 1008/2008 og indebærer ikke nogen restriktion for etableringsfriheden, eftersom den ikke finder anvendelse på de potentielle investorer. For så vidt angår det andet og det tredje spørgsmål er regeringen af samme opfattelse som Parpública og har gjort gældende, at udvælgelseskriterierne under alle omstændigheder ikke er i strid med den afledte ret på området for lufttransportydelser. Den er ligeledes enig i Parpúblicas standpunkt med hensyn til det fjerde, det femte og det sjette spørgsmål med den tilføjelse, at forordning nr. 1008/2008 finder anvendelse.

24. Efter den italienske regerings opfattelse bør de tre første spørgsmål besvares samlet, for så vidt som artikel 49 TEUF, 54 TEUF, 56 TEUF og 57 TEUF ikke er til hinder for, at der i genprivatiseringsprocessen opstilles betingelser som de omtvistede. De omtvistede betingelser udgør ikke krav, som begrænser etableringsfriheden eller den frie udveksling af tjenesteydelser, og selv om de gjorde, ville de kunne begrundes i tvingende almene hensyn.



25. Den italienske regering er enig med Parpública og den portugisiske regering hvad angår det fjerde, det femte og det sjette spørgsmål og har anført, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, om end den ikke begrundet dette argument med direktivets artikel 2, stk. 2, litra d), men derimod med artikel 1, stk. 2. Subsidiært har regeringen gjort gældende, at for så vidt som privatiseringsproceduren ikke vedrører kapitalen i luftfartsselskabet, men derimod i det kontrollerende selskab, er det nødvendigt at undersøge, om sidstnævnte selskabs virksomhed er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2006/123. Det er efter regeringens opfattelse ikke tilfældet, eftersom der er tale om »investeringer« som omhandlet i undtagelsen i det nævnte direktivs artikel 2, stk. 2, litra b). Havde der været tale om transportvirksomhed, ville bestemmelsens litra d), have fundet anvendelse.

26. Den nederlandske regering er med hensyn til det første spørgsmål af den opfattelse, at de omtvistede betingelser udgør en restriktion for etableringsfriheden, om end de muligvis kan være begrundede. For så vidt angår det andet spørgsmål deler den Parpúblicas og den portugisiske regerings argument om, at artikel 56 TEUF og 57 TEUF ikke finder anvendelse. Med hensyn til det fjerde, det femte og det sjette spørgsmål mener regeringen ligeledes, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, litra d).

27. Kommissionen har foreslået, at det første spørgsmål besvares med, at artikel 49 TEUF ikke er til hinder for de i sagen omtvistede betingelser, så længe opretholdelsen af selskabets trafikrettigheder er betinget af, at dets hovedsæde og hovedvirksomhed forbliver i Portugal i henhold til bilaterale aftaler indgået mellem Portugal og bestemte tredjestater.

28. For så vidt angår det andet spørgsmål har Kommissionen bemærket, at kravet kan være berettiget i medfør af artikel 16, 17 og 18 i forordning nr. 1008/2008. Hvad angår det tredje spørgsmål er det dens opfattelse, at forpligtelsen til at opretholde og udvikle det nationale centrum for operationer kan begrundes i tvingende almene hensyn, men ikke i behovet for at bidrage til væksten i den nationale økonomi. Med hensyn til det fjerde, det femte og det sjette spørgsmål er det Kommissionens opfattelse, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse som følge af dets artikel 2, stk. 2, litra d) – såfremt tvistens genstand vedrører transportområdet – eller dets artikel 5, stk. 4 – såfremt genstanden vedrører offentlige kontrakter.

## V. Analyse

29. Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) skal tage stilling til, om tre af kravene i de udbudsbetingelser, som den portugisiske regering har godkendt i forbindelse med proceduren for genprivatiseringen af luftfartsselskabet TAP, er forenelige med EU-retten<sup>6</sup>.

30. Det skal indledningsvis præciseres, at der i den foreliggende sags sammenhæng i virkeligheden er tale om »krav« eller »betingelser«, uanset at de formelt fremstår i udbudsbetingelserne under overskriften »Udvælgelseskriterier«.

31. Parpública har under retsmødet gjort gældende, at den forelæggende ret fejlagtigt har kvalificeret det, der i virkeligheden blot var simple »udvælgelseskriterier«, som betingede krav til tilbudsgivernes egnethed. Denne fejl har efter selskabets opfattelse »forurennet« resten af den præjudicielle forelæggelsesprocedure.

6 – Den forelæggende ret anvender [i den portugisiske originaludgave] for det meste termen »genprivatisering«, om end den i enkelte tilfælde også anvender udtrykket »privatisering« (nærmere bestemt i forelæggelsesafgørelsens punkt 1, første afsnit, og punkt 3, første afsnit, nr. III). Den terminologiske forskel [der ikke fremgår af den danske oversættelse af forelæggelsesafgørelsen] er imidlertid irrelevant for den foreliggende sag, hvilket blev bekræftet under retsmødet.

32. Det er efter min opfattelse nødvendigt at henholde sig til den retlige kvalificering, der er anvendt af den forelæggende ret, som udtrykkeligt og gentagne gange har anvendt udtrykket »krav«<sup>7</sup> ved sin henvisning til de omstændigheder, der er anført som »kriterier« i udbudsbetingelserne. Det kan diskuteres, hvorvidt den forelæggende ret har ramt rigtigt med denne bedømmelse, men dette kan kun ske ud fra et nationalretligt perspektiv, og eftersom Domstolen ikke har mulighed for at fortolke dette, er den nødsaget til at henholde sig til den af den forelæggende ret anvendte terminologi i forbindelse med den faktiske og retlige situation, der afgrænser hovedsagens genstand.

33. Efter denne præcisering skal det bemærkes, at besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ikke ville være anderledes, selv om det blev antaget, at udbudsbetingelserne indeholdt ægte udvælgelseskriterier, eftersom disse kriterier ligeledes kan gøres til genstand for en bedømmelse af deres overensstemmelse med EU-retten, således som det ofte ses i Domstolens domme vedrørende udbudsbetingelser i offentlige kontrakter.

34. Hvad enten der var tale om udvælgelseskriterier eller reelle krav, fik indholdet heraf i sidste ende bindende virkning under privatiseringsprocessen, således at erhververen af aktierne skulle opfylde de dertil knyttede krav, som nu er indført i kontrakten om erhvervelse af de pågældende aktier.

35. Jeg erindrer om, at de tre omtvistede krav bestod i en forpligtelse til (a) fortsat at lade selskabets hovedsæde og faktiske ledelse være hjemmehørende i Portugal, (b) at opfylde den offentlige serviceforpligtelse og (c) at opretholde og udvikle det nationale centrum for operationer (hub).

36. Som flere af parterne har givet udtryk for, vil det være hensigtsmæssigt at vende om på den af den forelæggende ret foreslåede rækkefølge og i første omgang besvare det fjerde præjudicielle spørgsmål. Besvarelsen heraf har afgørende betydning for, om den grundlæggende problemstilling skal løses ved anvendelse af direktiv 2006/123 eller af andre EU-retlige bestemmelser.

#### **A. Anvendeligheden af direktiv 2006/123 (fjerde, femte og sjette spørgsmål)**

37. Den forelæggende ret har begrundet sin tvivl vedrørende anvendeligheden af direktiv 2006/123 med, at genprivatiseringen af TAP påvirker kapitalen i et selskab, der beskæftiger sig med luftfartsvirksomhed. Efter dens opfattelse vil sagen som følge af denne beskæftigelse kunne være omfattet af undtagelsen i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123, eftersom direktivet ikke finder anvendelse på »tjenesteydelser på transportområdet«.

38. Stort set alle sagens parter er enige om, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse, eftersom sagen omhandler privatiseringen af et luftfartsselskab og derfor er omfattet af undtagelsen i det pågældende direktivs artikel 2, stk. 2, litra d).

39. Den italienske regering har derimod forfægtet, at uanvendeligheden af direktiv 2006/123 snarere skyldes undtagelsen i direktivets artikel 1, stk. 2, hvorefter det pågældende direktiv ikke vedrører »privatisering af offentlige enheder, der udfører tjenesteydelser«<sup>8</sup>.

40. Jeg deler dette synspunkt<sup>9</sup>. Det drejer sig netop om privatiseringen af et hidtil offentligt selskab, og denne omstændighed er i sig selv tilstrækkelig til at udelukke anvendeligheden af direktiv 2006/123, uanset hvilke tjenesteydelser den privatiserede enhed udfører.

7 – Således henvises der i det første spørgsmål til et »krav om opretholdelse af hovedsædet [...] og den faktiske ledelse«. I det andet og det femte spørgsmål nævnes »et krav om, at den erhvervende enhed skal opfylde den offentlige serviceforpligtelse«, mens der i det tredje og det sjette spørgsmål henvises til »et krav om, at den erhvervende enhed skal opretholde og udvikle det nuværende nationale centrum for operationer« (mine fremhævelser).

8 – Punkt 6 i den italienske regerings skriftlige indlæg.

9 – Hvilket den forelæggende ret tilsyneladende også gør, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsens punkt 3, fjerde afsnit, nr. XXXII og XXXIII.

41. Hvis der som supplerende argument gøres holdt ved arten af den virksomhed, der udføres af TAP SA, dvs. det selskab, hvori den enhed, hvis kapital privatiseres (TAP SPGS), er aktionær, bemærkes det, at undtagelsen i artikel 2, stk. 2, litra d), i direktiv 2006/123 ligeledes finder anvendelse.

42. Som Domstolen bemærkede i sin dom i sagen Grupo Itevelesa m.fl.<sup>10</sup>, »fremgår [det] af forarbejderne til tjenesteydelsesdirektivet, at udelukkelsen af »tjenesteydelser på transportområdet« med vilje blev formuleret således, at det skulle svare til ordlyden af artikel 51 EF, som nu er artikel 58 TEUF, hvis stk. 1 fastsætter, at »den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet omfattes af bestemmelserne i afsnittet vedrørende transport«.

43. Efter Domstolens opfattelse »[omfatter] begrebet »tjenesteydelse på transportområdet« ikke alene [...] transportydelse som sådan, men ligeledes enhver tjenesteydelse, som er snævert forbundet med en fysisk handling, der involverer at flytte personer eller varer fra ét sted til et andet ved hjælp af et transportmiddel«<sup>11</sup>. Med en så bred definition kan TAP SA's egen virksomhed naturligt henføres under dette begreb, og som en logisk følgeslutning gør det samme sig gældende for TAP SPGS' virksomhed. Sidstnævnte er blot et holdingselskab, som ejer kapitalen i TAP SA, og hvis genprivatisering er genstand for processen.

44. Der er således to forskellige grunde til, at direktiv 2006/123 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, hvorfor det er unødvendigt at besvare det femte og det sjette præjudicielle spørgsmål. Jeg mener under alle omstændigheder, at den i direktivets artikel 1, stk. 2, fastsatte grund bør have forrang, for så vidt som den vedrører en omstændighed, som af logiske årsager ligger forud for den anden grund, for mens artikel 2 i direktiv 2006/123 omhandler direktivets *anvendelsesområde*, afgrænser artikel 1 dets *normative formål*, uden for hvilket direktivet ikke finder anvendelse. Det er således ikke nødvendigt at udelukke en anvendelighed, som pr. definition ikke findes.

## ***B. Den berørte frihedsrettighed i hovedsagen***

45. Privatiseringen af et luftfartsselskab indebærer en afhændelse af en del af selskabskapitalen, som hidtil har været på offentlige hænder, til de (private) investorer, der erhverver de tilhørende aktier. Aktieafhændelsens privatiserende karakter er vigtigere end det privatiserede selskabs konkrete aktivitet. Spørgsmålet er således omfattet af artikel 345 TEUF, som udtrykker princippet om traktaternes neutralitet for så vidt angår de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne.

46. Denne bestemmelse »kan imidlertid ikke bevirke, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne undtages fra EUF-traktatens grundlæggende regler, herunder navnlig forbuddet mod forskelsbehandling, etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser«<sup>12</sup>.

47. Henset til kravene i de omtvistede udbudsbetingelser mener jeg, at den berørte frihedsrettighed er etableringsfriheden snarere end de frie kapitalbevægelser eller den frie udveksling af tjenesteydelser.

10 – Dom af 15.10.2015 (C-168/14, EU:C:2015:685, præmis 44).

11 – Dom af 20.12.2017, Asociación Profesional Élite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, præmis 41).

12 – Dom af 22.10.2013, Essent m.fl. (C-105/12 – C-107/12, EU:C:2013:677, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

48. Salget af kapitalandele på op til 61% af egenkapitalen i TAP SGPS ville således give erhververen mulighed for at opnå en reel indflydelse på driften af det pågældende selskab og af det heraf ejede selskab (TAP SA). Dette element er i henhold til Domstolens praksis afgørende for at kunne fastslå, at den udøvede frihedsrettighed er etableringsfriheden<sup>13</sup>.

49. Som det blev bemærket i forelæggelsesafgørelsen<sup>14</sup>, indledte den portugisiske regering<sup>15</sup> kort tid efter indgåelsen af aftalen om salg til det udvalgte selskab en forhandlingsproces med henblik på at ændre vilkårene og betingelserne for statens kapitalandel i TAP SGPS. Ved afslutningen af disse forhandlinger accepterede det erhvervende selskab at sælge de aktier til Parpública, der var nødvendige for, at sidstnævnte selskab kunne opnå en andel på 50% af egenkapitalen i TAP SGPS.

50. Under disse (nye) omstændigheder – og selv om den kapitalandel, der tilhører det ved genprivatiseringsproceduren udvalgte selskab, fortsat er væsentlig – er dette selskab ikke længere garanteret en mulighed for at udøve bestemmende indflydelse på driften af TAP SGPS, således som det ville have været tilfældet, hvis det havde bibeholdt de 61% af egenkapitalen<sup>16</sup>. Det kriterium, der anvendes i den ovennævnte retspraksis, er imidlertid ikke kriteriet om en afgørende eller bestemmende indflydelse, men derimod om en »reel indflydelse«, dvs. den indflydelse, der aktivt kan gøres gældende i forbindelse med selskabets drift, og som efter min opfattelse opnås med en andel på 45% af egenkapitalen<sup>17</sup>.

51. Under alle omstændigheder skal Domstolen henholde sig til, hvad den forelæggende ret har anført i sine spørgsmål, dvs. de oprindelige betingelser i genprivatiseringsproceduren. Uden i øvrigt at skele til andre grunde end den af Domstolen anerkendte formodning om relevansen af de præjudicielle spørgsmål<sup>18</sup>, er det tilstrækkeligt at bemærke, at den transaktion, hvorved Parpública generhvervede selskabskapitalen i TAP SGPS, alene var mulig, såfremt den oprindelige privatiseringsprocedure var gyldig. Det giver således fortsat mening at besvare de forelagte spørgsmål ud fra en sammenhæng, hvor der ved privatiseringen blev opnået 61% af kapitalen i det selskab, der indtil da havde været offentligt, og at det derfor var tilstrækkeligt til at give erhververen en indflydelse, der ikke kun var *reel*, men i virkeligheden også *bestemmende*.

52. De retsfor skrifter, som er relevante for bedømmelsen af, om vilkårene i udbudsbetingelserne er forenelige med EU-retten, er således artikel 49 TEUF og 54 TEUF. Ud fra denne synsvinkel bør det første, det andet og det tredje spørgsmål omformuleres, således at hvert enkelt af de omhandlede udvælgelseskriterier afspejler disse bestemmelser i TEUF.

13 – Det fremgår af dom af 13.4.2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, præmis 22): »En statsborger i en medlemsstat udøver således sin etableringsret, når han er indehaver af en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kan træffe afgørelse om dets drift.« Jf. i samme retning dom af 13.11.2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, præmis 91), og af 10.6.2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, præmis 18). Det følger derimod af dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 41), at »[n]ationale bestemmelser, der finder anvendelse på kapitalandele erhvervet med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, skal derimod alene vurderes på baggrund af de frie kapitalbevægelser«. Jf. ligeledes dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 78).

14 – Punkt 3, første afsnit, nr. VII, i forelæggelsesafgørelsen.

15 – Ministerkabinetets afgørelse (91-A/2015), hvorved privatiseringsproceduren blev afsluttet, blev truffet den 12.11.2015. Den nye regering, der kom til magten den 26.11. samme år, og som havde et andet politisk tilhørsforhold, indledte straks forhandlinger med henblik på at *ændre* den pågældende proces.

16 – Parpública anerkendte under retsmødet, at den portugisiske stat, som nu er majoritetsaktionær i luftfartsselskabet, bibeholder alle de stemmerettigheder, der er knyttet til dens aktiemajoritet.

17 – Den portugisiske stat ejer 50% af egenkapitalen, mens medarbejderne i TAP ejer de resterende 5%.

18 – Jf. blandt mange andre dom af 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 35), af 5.7.2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, præmis 19), af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 54), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 50 og 155).

53. Det er ligeledes nødvendigt at iagttage forordning nr. 1008/2008 (der indeholder de »passende bestemmelser vedrørende [...] luftfart«, som Europa-Parlamentet og Rådet har fastsat i medfør af deres beføjelser i henhold til artikel 100, stk. 2, TEUF), for så vidt som nogle af dens harmoniserende bestemmelser vedrørende reguleringen af lufttrafiktjenester har betydning for den foreliggende sag<sup>19</sup>.

### ***C. Betingelsernes restriktive karakter set i lyset af etableringsfriheden***

54. De tre kriterier, der henvises til i forelæggelsesafgørelsen, indeholder efter min opfattelse i sig selv en begrænsning af etableringsfriheden. Jeg skal erindre om, at Domstolen har fastslået, »at alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv, skal betragtes som restriktioner for denne frihed«<sup>20</sup>.

55. Der er ingen tvivl om, at de af den portugisiske regering fastsatte betingelser for privatiseringsproceduren ikke når så vidt som til at forbyde udøvelsen af denne frihedsrettighed, og at de ej heller medfører ulemper herfor i en sådan grad, at den bliver umulig at udøve. Ikke desto mindre gør de i det mindste udøvelsen mindre attraktiv.

56. De pågældende betingelser er ikke ubetydelige. De indebærer, at den, der erhverver op til 61% af egenkapitalen i TAP SGPS, forhindres i at drive selskabet fuldstændig frit og i overensstemmelse med sine egne økonomiske interesser, eftersom vedkommende hverken må undlade at opfylde den offentlige serviceforpligtelse, beslutte at flytte selskabets hovedsæde eller faktiske ledelse eller opgive det nuværende centrum for operationer.

57. Om end den italienske regering insisterer på at lægge afstand til de begrænsninger, der er forbundet med udøvelsen af de beføjelser, der er knyttet til de såkaldte »golden shares«<sup>21</sup>, mener jeg, at der findes en væsentlig lighed mellem disse beføjelser og de her omtvistede betingelser.

58. De »golden shares«, som en medlemsstat reserverede til sig selv under privatiseringsprocesserne for selskaber, der hidtil havde været offentlige, og som Domstolen i sin tid skulle tage stilling til<sup>22</sup>, gav indehaveren heraf »en indflydelse på driften af og kontrollen med [selskabet], som ikke kan begrundes i omfanget af den andel, som den ejer i selskabet, [og som kan] afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at foretage direkte investeringer i [dets] selskabskapital, for så vidt som de ikke kan deltage i driften af og kontrollen med selskabet i forhold til deres andeles værdi«<sup>23</sup>. De udgjorde nærmere bestemt en »[risiko] for, at [medlemsstaten] udnytter sine særrettigheder til at varetage interesser, som ikke er i overensstemmelse med det omhandlede selskabs økonomiske interesser«, med den deraf følgende hæmmende virkning<sup>24</sup>.

19 – Såfremt harmoniseringen havde været udtømmende, ville TEUF's generelle bestemmelser vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser ikke finde anvendelse, idet den nationale lovgivning i givet fald skulle bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære EU-ret, således som det fremgår af Domstolens praksis i bl.a. dom af 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, præmis 57).

20 – Jf. bl.a. dom af 8.3.2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, præmis 59).

21 – Punkt 17 og 18 i dens skriftlige indlæg.

22 – Domme af 4.6.2002, Kommissionen mod Portugal (C-367/98, EU:C:2002:326), Kommissionen mod Frankrig (C-483/99, EU:C:2002:327) og Kommissionen mod Belgien (C-503/99, EU:C:2002:328), og af 13.5.2003, Kommissionen mod Spanien (C-463/00, EU:C:2003:272) og Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-98/01, EU:C:2003:273), samt dom af 6.12.2007, Federconsumatori m.fl. (C-463/04 og C-464/04, EU:C:2007:752), af 28.9.2006, Kommissionen mod Nederlandene (C-282/04 og C-283/04, EU:C:2006:608), af 23.10.2007, Kommissionen mod Tyskland (C-112/05, EU:C:2007:623), af 26.3.2009, Kommissionen mod Italien (C-326/07, EU:C:2009:193), af 8.7.2010, Kommissionen mod Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412), af 11.11.2010, Kommissionen mod Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669), og af 10.11.2011, Kommissionen mod Portugal (C-212/09, EU:C:2011:717).

23 – Dom af 8.7.2010, Kommissionen mod Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412, præmis 60).

24 – Dom af 28.9.2006, Kommissionen mod Nederlandene (C-282/04 og C-283/04, EU:C:2006:608, præmis 29).

59. De betingelser, der er genstand for den foreliggende sag, indebærer ikke blot en risiko for, »at beslutninger, som [selskabets] organer anbefaler som stemmende med [dets] økonomiske interesser, vil blive blokeret af« den portugisiske regering<sup>25</sup>, men udgør derimod en realisering af denne mulighed. Det privatiserede selskabs organer ville end ikke kunne *anbefale* beslutninger, der – som det f.eks. er tilfældet med flytning af hovedsædet og den faktiske ledelse – allerede er blevet afvist på forhånd som følge af en ufravigelig betingelse, der er blevet pålagt den nye ejer af selskabet.

60. Såvel Parpública<sup>26</sup> som den portugisiske regering<sup>27</sup> har forsvaret det udvælgelseskriterium, der består i opretholdelse af selskabets hovedsæde i Portugal, under henvisning til dommen i sagen Yellow Cab Verkehrsbetrieb<sup>28</sup>, hvori det blev fastslået, at »kravet om at have hjemsted eller andet forretningssted på værtslandets område ikke som sådan logisk kan udgøre en hindring eller restriktion for etableringsfriheden«, eftersom »dette krav ikke [indebærer] den mindste begrænsning af friheden for erhvervsdrivende, der er etablerede i andre medlemsstater, til at oprette agenturer eller andre forretningssteder på dette område«<sup>29</sup>.

61. Den omtvistede forpligtelse i den pågældende sag bestod af et krav om at have et hjemsted eller forretningssted på en medlemsstats område som betingelse for tildeling af en tilladelse til at drive en offentlig bybusrute. Denne forpligtelse er ganske vist ikke *i sig selv* i strid med etableringsfriheden, men de tidsmæssige omstændigheder, hvorunder kravet skulle opfyldes (dvs. forud for tildelingen af tilladelsen), indebar imidlertid, at den blev uforenelig med den nævnte frihedsrettighed<sup>30</sup>.

62. I den foreliggende sag drejer det sig derimod ikke blot om en forpligtelse til at have *et* hjemsted eller fast forretningssted i Portugal, men derimod om at opretholde *selskabets* hovedsæde og faktiske ledelse på den pågældende medlemsstats område.

63. Efter Domstolens opfattelse omfatter etableringsfriheden »retten for et selskab, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, til at omdanne sig til et selskab, der henhører under en anden medlemsstats ret [...], for så vidt som de betingelser, der er fastsat i denne anden medlemsstats lovgivning, [...] overholdes«<sup>31</sup>. Følgelig indebærer forpligtelsen til at opretholde selskabets hovedsæde i Portugal efter min opfattelse ligeledes en begrænsning af etableringsfriheden.

64. Det samme gør sig gældende med hensyn til kravene om opfyldelse af offentligretlige forpligtelser og om opretholdelse af det privatiserede selskabs centrum for operationer (hub) i Portugal. Begge krav kan afholde en mulig erhverver fra at erhverve majoriteten af selskabets kapital, eftersom de i høj grad fastlægger de senere forretningsmæssige beslutninger på forhånd.

65. Ud fra denne forudsætning skal det undersøges, om de omtvistede betingelser kan finde støtte i EU-retten, samt om de er egnede til at virkeliggøre det mål, der måtte kunne berettiggere deres eksistens, og ikke viser sig at være uforholdsmæssige til dette formål.

25 – Dom af 28.9.2006, Kommissionen mod Nederlandene (C-282/04 og C-283/04, EU:C:2006:608, præmis 30).

26 – Punkt 81 i dets skriftlige indlæg.

27 – Punkt 63 og 64 i dens skriftlige indlæg.

28 – Dom af 22.12.2010 (C-338/09, EU:C:2010:814).

29 – Ibidem, præmis 34.

30 – Dom af 22.12.2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814, præmis 37): »At kræve af en erhvervsdrivende, der er etableret i en anden medlemsstat, og som ønsker at få tilladelse til at drive en busrute i værtsmedlemsstaten, at den har et hjemsted eller andet forretningssted på denne stats område, selv før der er givet tilladelse til rutedriften, har imidlertid en afholdende virkning. En erhvervsdrivende, der udviser normal omhu, ville ikke være villig til at foretage investeringer, der kunne være betydelige, hvis det er fuldstændigt uvist, om en sådan tilladelse vil blive givet eller ej.«

31 – Dom af 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, præmis 33), med henvisning til dom af 27.9.1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, præmis 17). Der findes flere henvisninger i præmis 35 i dom af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), hvori det blev bemærket, at »[s]elv om traktatens bestemmelser om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesmedlemsstaten lægger hindringer i vejen for, at en af dens statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat, eller at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, gør det«.

66. På dette punkt deler jeg den nederlandske regerings standpunkt<sup>32</sup> med hensyn til, at der i første omgang bør foretages en vurdering af den betingelse, der består i opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse. Begrundelsen herfor – som jeg er enig i – er, at betingelsen vedrørende opretholdelsen af selskabets hovedsæde og faktiske ledelse i Portugal kan være knyttet hertil, idet den i virkeligheden udgør en forlængelse heraf.

#### ***D. Opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse (det andet præjudicielle spørgsmål)***

67. I henhold til udbudsbetingelsernes artikel 5, litra d), omfatter udvælgelseskriterierne bl.a. »[k]apacitet til at sikre en rettidig og passende opfyldelse af den offentlige serviceforpligtelse, der påhviler [TAP SA], herunder vedrørende flyforbindelserne mellem de vigtigste nationale lufthavne og i givet fald de selvstyrende regioner, samt vedrørende kontinuiteten og udbygningen af de ruter, der betjener de selvstyrende regioner, de portugisiske fællesskaber i udlandet og de lande og samfund, hvor der tales portugisisk«.

68. Begrænsningen af etableringsfriheden opstår som nævnt, fordi der med denne klausul pålægges erhververen af de 61% af den privatiserede kapital nogle forpligtelser, som i princippet kan tilskynde vedkommende til at afholde sig fra erhvervelsen, for så vidt som de begrænser dennes forretningsmæssige evne til at handle selvstændigt.

69. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at sikringen af en tjeneste, der har almen interesse, kan udgøre et tvingende alment hensyn, som kan begrunde en hindring for de frihedsrettigheder, der er sikret i traktaterne<sup>33</sup>.

70. Sikringen af en trafikflyvning som omhandlet i udbudsbetingelsernes artikel 5, litra d) – hvori der navnlig kræves flyforbindelser til selvstyrende portugisiske regioner, dvs. til regioner i den yderste periferi i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 349 TEUF<sup>34</sup> – udgør efter min opfattelse et tilstrækkeligt alment hensyn til at kunne begrunde begrænsningen af etableringsfriheden.

71. Kommissionen har centreret sine anbringender omkring, hvorvidt TAP SA *reelt* er undergivet en forpligtelse til offentlig tjeneste, og om denne er blevet fastsat i overensstemmelse med artikel 16 i forordning nr. 1008/2008. Såfremt dette ikke er tilfældet, er den efter Kommissionens opfattelse uforenelig med den nævnte forordning<sup>35</sup>.

72. I tråd hermed har den nederlandske regering »udledt«, at der påhviler TAP SA en forpligtelse til offentlig tjeneste på grundlag af artikel 16 i forordning nr. 1008/2008<sup>36</sup>. Párpública har mere konkret henvist til de forpligtelser til offentlig tjeneste, som var gældende for TAP SA den 20. januar 2015, dvs. på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbetingelserne<sup>37</sup>.

32 – Punkt 25 i den nederlandske regerings skriftlige indlæg.

33 – Dette blev fastslået i forbindelse med den befordringspligtige posttjeneste (dom af 28.9.2006, Kommissionen mod Nederlandene, C-282/04 og C-283/04, EU:C:2006:608, præmis 38) og i forbindelse med regelmæssig trafik til, fra og mellem øer (dom af 20.2.2001, Analir m.fl., C-205/99, EU:C:2001:107, præmis 27).

34 – Områder, som specifikt berøres af den principerklæring, der er indeholdt i artikel 1 i protokol nr. 26, der er knyttet som bilag til TEUF, i den forstand, at Unionens fælles værdier med hensyn til tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, jf. artikel 14 TEUF, især omfatter bl.a. »diversiteten i [disse] tjenesteydelser [...] og forskellene mellem brugernes behov [...], der kan være et resultat af forskellige geografiske [...] situationer«.

35 – Punkt 71 i dens skriftlige indlæg.

36 – Punkt 26 og 27 i dens skriftlige indlæg. Denne »udledning« er baseret på to meddelelser fra Kommissionen i henhold til forordning (EØF) nr. 2408/92, som er forgængeren til forordning nr. 1008/2008: den første vedrørende indførelse af forpligtelse til offentlig tjeneste for så vidt angår ruteflyvning i Portugal (EFT 1995, C 200, s. 3), og den anden vedrørende ændret forpligtelse til offentlig tjeneste for ruteflyvning på visse ruter i Portugal (EFT 2004, C 248, s. 6).

37 – Punkt 107 i Párpúblicas skriftlige indlæg, hvori der henvises til Kommissionens meddelelse af 20.10.2010 i henhold til artikel 16, stk. 4, i forordning nr. 1008/2008, vedrørende forpligtelse til offentlig tjeneste vedrørende ruteflyvning (EUT 2010, C 283, s. 14).

73. Disse argumenter fra sagens parter har bragt debatten over på området for den offentlige serviceforpligtelse, der *påhviler* TAP SA, enten ud fra en formodning om, at en sådan allerede findes (den nederlandske regering), eller en påstand om, at den reelt er gældende (Parública), eller at der kun er delvise oplysninger til rådighed vedrørende eksistensen heraf (Kommissionen)<sup>38</sup>.

74. Denne tilgang fjerner efter min opfattelse fokus fra den egentlige problemstilling, der ligger til grund for den præjudicielle forelæggelse, og fra selve det spørgsmål, som rejses af den forelæggende ret.

75. Det vil være formålstjenligt at vende tilbage til ordlyden af den betingelse, der er beskrevet i udbudsbetingelsernes artikel 5, litra d). Der tales her i konjunktiv om »[k]apacitet til at sikre en rettidig og passende opfyldelse af den offentlige serviceforpligtelse, der [måtte påhvile] [TAP SA]«<sup>39</sup>. Der nævnes ikke de forpligtelser, som [aktuelt] *påhviler* selskabet – dvs. dem, som selskabet reelt er berørt af – men derimod de forpligtelser, der *måtte påhvile* selskabet, dvs. dem, som selskabet muligvis vil kunne blive berørt af.

76. Udvælgelseskriteriet består således ikke i kapaciteten til *fortsat at kunne sikre* opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse, som allerede påhviler TAP SA (uanset dens art), men derimod til at påtage sig de serviceforpligtelser, der måtte blive pålagt, efter at en andel af selskabets kapital er blevet overtaget af det ved genprivatiseringsproceduren udvalgte selskab.

77. Ganske vist henvises der i udbudsbetingelsernes artikel 5, litra d), ligeledes navnlig til kapaciteten »vedrørende flyforbindelserne mellem de vigtigste nationale lufthavne og i givet fald de selvstyrende regioner, samt vedrørende kontinuiteten og udbygningen af de ruter, der betjener de selvstyrende regioner [...]«. Der henvises således til de tjenesteydelser, som TAP SA allerede måtte være forpligtet til at opfylde i henhold til artikel 16 i forordning nr. 1008/2008. Ud over at denne gældende forpligtelse ikke påberåbes udtrykkeligt, mener jeg imidlertid, at vilkåret omhandler en eventuel forpligtelse, for så vidt som der tales om flyforbindelser »i givet fald« til de selvstyrende regioner<sup>40</sup>.

78. Såfremt denne fortolkning måtte anses for at være for bogstavelig og formalistisk, og der måtte være et ønske om at fastslå, at udbudsbetingelserne har til hensigt at sikre opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse, som *allerede* påhviler TAP SA, skal jeg erindre om den uomgængelige omstændighed, at den forelæggende ret i sit spørgsmål henviser til, »at den erhvervende enhed skal opfylde den offentlige serviceforpligtelse«. Den nævner således ikke den erhvervende enheds kapacitet til at påtage sig de konkrete forpligtelser til offentlig tjeneste, som påhviler det overtagne selskab.

79. Det er muligt, at de »forpligtelser«, som denne del af forelæggelsesafgørelsen omhandler, er dem, som allerede gælder for TAP SA. Den forelæggende ret har imidlertid ikke – og det er efter min opfattelse det vigtigste – rejst noget specifikt spørgsmål om disse forpligtelser (der som nævnt lader til at være ophørt med at eksistere i 2015), og har ej heller rejst tvivl om, hvorvidt disse er pålagt TAP SA i henhold til forordning nr. 1008/2008, eller om sikkerheden for opfyldelsen heraf i modsat fald, og på trods heraf, kunne udgøre et udvælgelseskriterium. Dens spørgsmål drejer sig udelukkende om, hvorvidt kravet om kapacitet til at opfylde den offentlige serviceforpligtelse kan udgøre et udvælgelseskriterium, som er foreneligt med EU-retten.

38 – Det blev under retsmødet anført, at TAP siden den 28.3.2015 ikke har drevet nogen rute, hvortil der er knyttet en forpligtelse til offentlig tjeneste. Siden denne dato har en social ordning vedrørende mobilitet været gældende, som pålægges billetprisen hos ethvert selskab, der dækker bestemte ruter.

39 – Min fremhævelse. I den originale portugisiske udgave: »obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA«.

40 – På tilsvarende vis afsluttes bestemmelsen med disse ord: »samt vedrørende kontinuiteten og udbygningen af de ruter, der [måtte betjene] de selvstyrende regioner, de portugisiske fællesskaber i udlandet og de lande og samfund, hvor der tales portugisisk«. På ny har affattelsen en undertone af eventualitet og vedrører under alle omstændigheder andre flyforbindelser end dem, der er omhandlet i artikel 16 i forordning nr. 1008/2008.



80. Under disse yderst abstrakte omstændigheder bør der ved besvarelsen ses bort fra de specifikke forpligtelser til offentlig tjeneste, som var gældende for TAP på tidspunktet for dets privatisering. Den forelæggende ret nævner som tidligere bemærket intet herom, og det tilkommer den i øvrigt at tage stilling til, om disse forpligtelser er blevet pålagt på retligt overensstemmende vis eller ej (og i sidstnævnte tilfælde med hvilke følger). Det står under alle omstændigheder klart, at der i forbindelse med dette specifikke spørgsmål ville være blevet fremsat en påstand om ugyldighed under hovedsagens behandling, hvilket ikke lader til at have været tilfældet.

81. At kræve, at den erhvervende enhed har kapacitet til at påtage sig den offentlige serviceforpligtelse i forbindelse med de luftruter, der forbinder de vigtigste nationale lufthavne og de selvstyrende regioners lufthavne, udgør som følge heraf et krav, som ganske vist begrænser etableringsfriheden, men som samtidig er berettiget, for så vidt som det kan begrundes i et tvingende alment hensyn. Dette hensyn er ganske enkelt det hensyn, der støtter selve lovligheden af pålæggelsen af denne type forpligtelser, som udtrykkeligt understøttes af artikel 16 i forordning nr. 1008/2008.

82. Derfor er det omhandlede krav – ud over at være berettiget – også nødvendigt og passende, eftersom det sikrer opfyldelsen af de forpligtelser til offentlig tjeneste, som måtte påhvile det privatiserede selskab, uden at det går ud over, hvad der er absolut nødvendigt for at virkeliggøre dette mål.

***E. Forpligtelsen til fortsat at lade luftfartsselskabets hovedsæde og faktiske ledelse være hjemmehørende i Portugal (første præjudicielle spørgsmål)***

83. I henhold til udbudsbetingelsernes artikel 5, litra c), består et af udvælgelseskriterierne i en »[p]ræsentation af og garanti for gennemførelse af en passende og sammenhængende strategisk plan«, der skal sikre bevarelse og fremme af TAP SA's vækst, samtidig med at selskabets helhed, identitet og autonomi opretholdes. Der lægges vægt på behovet for at bevare »TAP-varemærket og dets forbindelse til Portugal«, og at dets hovedsæde og faktiske ledelse fortsat vil være hjemmehørende i denne medlemsstat.

84. Efter den nederlandske regerings opfattelse kan dette krav finde tilstrækkelig berettigelse i målsætningen om at bidrage til at sikre opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse, som det erhvervende selskab er blevet pålagt (eller kan blive pålagt)<sup>41</sup>. Jeg finder imidlertid ikke dens argumentation overbevisende.

85. Således er der i retspraksis ikke tilbøjelighed til at anerkende denne type påtvingelse af hjemsted, eftersom det almindeligvis er muligt at ty til mindre restriktive foranstaltninger<sup>42</sup>. Hvis de i artikel 16 i forordning nr. 1008/2008 omhandlede forpligtelser til offentlig tjeneste (dvs. alene forbindelser inden for Fællesskabet) pålægges ruterne direkte, uanset hvilket selskab, der dækker ruten, vil ovennævnte argumentation endvidere kunne berettige, at ethvert selskab, der ønsker at beflyve disse ruter, skal have deres hovedsæde i Portugal, hvilket jeg finder alt for vidtgående.

86. Endvidere kan en af forpligtelserne i udbudsbetingelsernes artikel 5, [litra] d) (sikringen af »kontinuiteten og udbygningen af de ruter, der betjener de [...] portugisiske fællesskaber i udlandet og de lande og samfund, hvor der tales portugisisk«), ikke i sig selv kvalificeres som en forpligtelse til offentlig tjeneste i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den nævnte artikel 16 i forordning nr. 1008/2008.

41 – Punkt 36 i den nederlandske regerings skriftlige indlæg.

42 – Den nederlandske regering har henvist til dom af 7.5.1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, præmis 36 og 37).

87. Som Kommissionen har bemærket, er det imidlertid almindelig praksis i lufttransportsektoren at indføre et krav vedrørende nationalitet i de bilaterale aftaler, der indgås med tredjestater af såvel EU som af medlemsstaterne<sup>43</sup>. Det er netop denne type bilaterale aftaler, der findes mellem Portugal og tredjestater i det portugisiske sprogområde, såsom Angola, Brasilien og Mozambique<sup>44</sup>, til hvem Portugal har et særligt historisk, kulturelt og politisk forhold, hvis udvikling og styrkelse forudsætter et stabilt, regelmæssigt og tilstrækkeligt luftrafiksystem.

88. Parpública har i tråd hermed fremhævet, at det i de indgåede aftaler med bl.a. Angola og Mozambique foreskrives, at det luftfartsselskab, der udvælges til at beflyve ruterne til Portugal, skal have sit hovedsæde på portugisisk område, hvorfor en flytning heraf til en anden stat vil medføre inddragelse af licensen og de tilhørende trafikrettigheder<sup>45</sup>, hvilket kan være til alvorlig skade for et af de grundlæggende kommunikationselementer i Portugals traditionelle forbindelser til landene i det portugisiske sprogområde, som repræsenterer et kulturelt og politisk aktiv af stor betydning for denne medlemsstat.

89. Såfremt dette er tilfældet, hvilket det tilkommer den nationale ret at bedømme, udgør dette udvælgelseskriterium efter min opfattelse en nødvendig begrænsning, som ikke er uforholdsmæssig.

***F. Forpligtelsen til at opretholde og udvikle det nationale centrum for operationer (det tredje spørgsmål)***

90. I henhold til udbudsbetingelsernes artikel 5, litra e), skal det erhvervende selskab »[b]idrag[e] til væksten i den nationale økonomi, herunder vedrørende opretholdelse og udvikling af det nuværende nationale centrum for operationer (hub) som platform af afgørende strategisk betydning i forbindelserne mellem Europa, Afrika og Sydamerika«.

91. Det synes klart, at opretholdelsen og udviklingen af selskabets centrum for operationer er knyttet til en rent økonomisk målsætning, nemlig at skabe vækst i den nationale økonomi.

92. Det vil til støtte for dette kriterium muligvis kunne anføres (på samme måde som ved det ovenfor undersøgte kriterium), at det er egnet til at sikre kontinuiteten i forholdet til landene i det portugisiske historie- og sprogområde. Vilkåret i udbudsbetingelserne nævner imidlertid alene, at det nationale centrum for operationer har en »afgørende strategisk betydning i forbindelserne mellem Europa, Afrika og Sydamerika«, idet det formodes, at disse forbindelsers relevans fremhæves i forbindelse med privatiseringsreglerne under henvisning til den nationale økonomi og som et element, der er egnet til at bidrage til væksten heraf.

93. Ud fra denne rent økonomiske synsvinkel vil kriteriet om opretholdelse af det nationale centrum for operationer i henhold til Domstolens praksis ikke kunne begrunde den dermed forbundne begrænsning i etableringsfriheden.

94. Ifølge dom af 21. december 2016, AGET Iraklis<sup>46</sup>, »fremgår det af fast retspraksis, at rent økonomiske hensyn, såsom navnlig fremme af den nationale økonomi eller sikring af en velfungerende national økonomi, ikke kan begrunde hindringer, som traktaten forbyder«.

43 – Punkt 52 i dens skriftlige indlæg.

44 – Ibidem, punkt 55.

45 – Punkt 40 og 41 i dets skriftlige indlæg.

46 – Dom af 21.12.2016 (C-201/15, EU:C:2016:972, præmis 72).

95. Dette er ikke ensbetydende med, at Domstolen lader hånt om medlemsstaternes økonomiske interesser, når disse anvendes til at opstille hindringer for etableringsfriheden til fordel for et legitimt socialpolitisk mål. Det bemærkes således i AGET Iraklis-dommen, at »[d]a Unionen [...] ikke blot har et økonomisk formål, men ligeledes et socialt og arbejdsmarkedsmæssigt formål, skal de rettigheder, der følger af traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital, afbalanceres i forhold til de mål, der forfølges med social- og arbejdsmarkedspolitikken, herunder, således som det fremgår af artikel 151, stk. 1, TEUF, at fremme beskæftigelsen, en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau, en passende social beskyttelse, dialogen på arbejdsmarkedet, en udvikling af de menneskelige ressourcer, der skal muliggøre et varigt højt beskæftigelsesniveau, og bekæmpelse af social udstødelse«<sup>47</sup>.

96. I dette tilfælde indeholder kriteriet imidlertid ingen anden dimension end den rent økonomiske, som er den eneste, der på dette punkt er anført i udbudsbetingelserne. Anvendelsen heraf udgør en hindring for etableringsfriheden, som ikke er rimeligt begrundet og derfor er uforenelig med EU-retten.

## VI. Forslag til afgørelse

97. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) forelagte spørgsmål på følgende måde:

- »1) Artikel 1, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked finder ikke anvendelse på en procedure for genprivatisering af en offentlig enhed, som ejer egenkapitalen i et luftfartsselskab.
- 2) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal fortolkes således, at de under den foreliggendes sags omstændigheder ikke er til hinder for, at de i genprivatiseringsproceduren opstillede krav omfatter:
  - kapacitet til at sikre opfyldelsen af den offentlige serviceforpligtelse, der påhviler det erhvervende selskab, og
  - opretholdelse af selskabets hovedsæde og faktiske ledelse i den medlemsstat, hvor det blev oprettet, så længe dette er tvingende nødvendigt for at sikre de luftrafikrettigheder, som er tildelt i henhold til bilaterale aftaler mellem den pågældende medlemsstat og andre tredjestater, til hvilke medlemsstaten har knyttet særlige historiske, sproglige, kulturelle og sociale bånd, og når det i disse aftaler kræves, at det selskab, der har fået tildelt den pågældende licens, har samme nationalitet som signatarmedlemsstaten.
- 3) Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der blandt de nævnte krav findes et krav om »bidrag til væksten i den nationale økonomi, herunder vedrørende opretholdelse og udvikling af det nuværende nationale centrum for operationer«.

47 – Dom af 21.12.2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, præmis 77).