



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
esitatud 21. novembril 2018¹

Kohtuasi 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**

versus

**Conselho de Ministros,
menetluses osalesid:
PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,
TAP, SGPS, SA**

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus))

Eelotsusetaotlus – Asutamisvabadus – Lennuettevõtja – Taaserastamismenetlus – Tingimused – Registrijärgse asukohta ja tegeliku juhtimise keskuse säilitamise kohustus – Avaliku teenindamise kohustused – Tegevuskeskuse riigis säilitamise kohustus

1. Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) tõstatab Euroopa Kohtus teatud kahtlusi seoses sellega, kas mõned 2015. aastal läbi viidud lennuettevõtja TAP Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (edaspidi „TAP SA“) erastamise menetluse lisatingimustes sätestatud nõuetest on liidu õigusega kooskõlas.
2. Konkreetselt seonduvad need nõuded kohustusega säilitada ettevõtja registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus Portugalis, suutlikkusega täita avaliku teenindamise kohustusi ning kohustusega säilitada ja arendada riigis asuvat tegevuskeskust.
3. Asja arutava kohtu kahtluste hajutamiseks on vaja ennekõike välja selgitada, kas sellele kohtuasjale on kohaldatav direktiiv 2006/123/EÜ² või määrus (EÜ) nr 1008/2008³. Seejärel tuleb analüüsida, kas võimalikult mõjutatud vabadus on asutamisvabadus, teenuste osutamise vabadus või kapitali vaba liikumise vabadus ning, igal juhul, kas lisatingimuste nõuded neid vabadusi austavad või mitte.

¹ Algkeel: hispaania.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiiv teenuste kohta siseturul (ELT 2006, L 376, lk 36).

³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 24. septembri 2008. aasta määrus ühenduses lennuteenuste osutamist käsitlevate ühiseeskirjade kohta (ELT 2008, L 293, lk 3).

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

1. Direktiiv 2006/123

4. Vastavalt põhjendusele 21 tuleks „[t]ransporditeenused, sealhulgas linnatransport, takso- ja kiirabiveod, samuti sadamateenused [...] käesoleva direktiivi reguleerimisalast välja jätta“.

5. Artikli 1 lõike 2 kohaselt ei käsitleta selles „direktiivis [...] avalik-õiguslikele või eraõiguslikele isikutele reserveeritud üldist majandushuvi pakkuvate teenuste liberaliseerimist ega teenuseid osutavate avalik-õiguslike isikute erastamist“.

6. Vastavalt direktiivi artikli 2 lõike 2 punktidele ei kohaldata seda direktiivi „transpordi valdkonna teenus[te], sealhulgas sadamateenus[te suhtes], mis kuuluvad asutamislepingu V jaotise reguleerimisalasse“.

7. IV peatüki „Teenuste vaba liikumine“ 1. jagu („Teenuste osutamise vabadus ja sellega seotud erandid“) sisaldab sätteid, mis ühelt poolt tagavad teenuseosutajate õiguse osutada teenuseid muus liikmesriigis kui selles, kus nad on asutatud (artikkel 16), ja milles on teiselt poolt loetletud teatavad erandid sellest õigusest (artikkel 17).

2. Määrus nr 1008/2008

8. Põhjendustes 10–12 on märgitud:

„(10) Lennunduse tervikliku siseturu saavutamiseks tuleks tühistada kehtivad liikmesriikide vahel kohaldatavad piirangud, näiteks kolmandatesse riikidesse viivate marsruutide puhul kehtivad koodijagamise piirangud või hinnakujundusalased piirangud kolmandatesse riikidesse viivate ja muus liikmesriigis vahepeatust tegevate [...] marsruutide puhul.“

(11) Selleks, et võtta arvesse äärepoolseimate piirkondade erilisi iseärasusi ja piiranguid, eelkõige nende kaugust, eraldatust ja väiksust ning vajadust korraliku ühenduse järele nende piirkondade ja ühenduse keskpriirkondade vahel, võib seoses avaliku teenuse osutamise kohustuse kohta sõlmitud lepingute, mis hõlmavad liine sellistesse piirkondadesse, kehtivusaega käsitlevate eeskirjadega olla õigustatud erikorraaldus.

(12) Tingimused, mille alusel võib kehtestada avaliku teenindamise kohustused, tuleks määratleda selgelt ja ühemõtteliselt, samal ajal kui sellega seotud pakkumismenetlus peaks võimaldama piisaval arvul osalejatel pakkumises osaleda. Komisjonil peaks olema õigus saada nii palju teavet, kui on vajalik, et olla igal üksikjuhul võimeline hindama avaliku teenindamise kohustustega seotud majanduslikke põhjendusi.“

9. Artiklis 2 on määratletud järgmised mõisted:

„1. „lennutegevusluba“ – luba, mille on andnud lennutegevusluba väljaandev pädev asutus ettevõtjale, lubades tal osutada lennutegevusloas nimetatud lennuteenuseid;

[...]

8. „lennuettevõtja sertifikaat (AOC)“ – tunnistus, mis on välja antud ettevõtjale ja mis tõendab, et ettevõtjal on professionaalsed võimed ja organisatsioon, et tagada selles sertifikaadis nimetatud tegevuste ohutus, nagu on sätestatud kohaldatava ühenduse või siseriikliku õiguse vastavates sätetes;
9. „tõhus kontroll“ – suhe, mis põhineb õigustel, lepingutel või mis tahes muudel vahenditel, mis kas üksikult või koos ja vastavat fakti või seadust arvestavalt annavad võimaluse otseselt või kaudselt avaldada ettevõtjale otsustavat mõju, eriti:
- a) ettevõtja kõigi või osa varade kasutamise õiguse kaudu;
 - b) õiguste või lepingute kaudu, mis avaldavad otsustavat mõju ettevõtja organite ülesehitusele, hääletamisele või otsustele või muul viisil avaldavad otsustavat mõju ettevõtja äritegevuse juhtimisele;
10. „lennuettevõtja“ – kehtiva lennutegevusloaga või samaväärse loaga ettevõtja;
11. „ühenduse lennuettevõtja“ – lennuettevõtja, kellel on kehtiv lennutegevusluba, mille on andnud lennutegevusluba väljaandev pädev asutus vastavalt II peatükile;

[...]

14. „liiklusõigus“ – õigus osutada lennuteenust ühenduse kahe lennujaama vahel;

[...]

26. „põhitegevuskoht“ – ühenduse lennuettevõtja peakontor või registreeritud asukoht, mis asub liikmesriigis, kus toimub ühenduse lennuettevõtja põhiline finantstegevus ja tegevuse juhtimine, sealhulgas jätkuva lennukõlblikkuse korraldamine.“

10. Artiklis 4 on ette nähtud:

„Liikmesriigi lennutegevusluba väljaandev pädev asutus annab ettevõtjale lennutegevusloa tingimusel, et

- a) tema peamine tegevuskoht on selles liikmesriigis;
- b) tal on kehtiv lennuettevõtja sertifikaat, mille on välja andnud sama liikmesriigi asutus, kelle lennutegevusluba väljaandev pädev asutus vastutab ühenduse lennuettevõtja lennutegevusloa väljaandmise, väljaandmisest keeldumise, tühistamise või peatamise eest;

[...]

- f) liikmesriikidele ja/või liikmesriikide kodanikele kuulub rohkem kui 50% ettevõtjast ja nad omavad selle üle tõhusat otsust või kaudset kontrolli kas ühe või mitme vaheettevõtja kaudu, välja arvatud kolmanda riigiga sõlmitud lepingus, mille lepinguosaline ühendus on, sätestatud juhtudel;

[...].“

11. Artiklis 8 on märgitud:

„1. Lennutegevusluba kehtib seni, kuni ühenduse lennuettevõtja täidab käesolevas peatükis esitatud nõudeid.

Ühenduse lennuettevõtja on alati võimeline taotluse korral tõendama lennutegevusluba väljaandvale pädevale asutusele, et ta vastab kõigile käesoleva peatüki nõuetele.

[...]

5. Ühenduse lennuettevõtja teatab lennutegevusluba väljaandvale asutusele

[...]

b) ette igast kavatsetavast ühinemisest või ülevõtmisest;

[...]

7. Lennutegevusluba väljaandev pädev asutus otsustab tema väljaantud tegevuslubasid omavate ühenduse lennuettevõtjate puhul, kas lennutegevusluba tuleb heakskiitmiseks uuesti esitada juhul, kui muutub üks või mitu ühenduse lennuettevõtjate õiguslikku olukorda mõjutavat asjaolu, ja eriti juhul, kui toimub ühinemine või ülevõtmine.

[...]“

12. Artiklis 15 on sätestatud:

„1. Ühenduse lennuettevõtjatel on õigus osutada ühendusesiseseid lennuteenuseid.

2. Liikmesriigid ei piira ühendusesiseste lennuteenuste osutamist ühenduse lennuettevõtja puhul loa ega volitusega. Liikmesriigid ei nõua ühenduse lennuettevõtjalt selliste dokumentide või teabe esitamist, mille kõnealused lennuettevõtjad on juba esitanud lennutegevusluba väljaandvale pädevale asutusele, tingimusel et lennutegevusluba väljaandvalt pädevalt asutuselt on õigel ajal võimalik saada vastavat teavet.

[...]

4. Ühenduse lennuettevõtjal lubatakse ühendusesisest lennuteenust osutades lennuteenuseid ühendada ja sõlmida koodijagamise kokkuleppeid, ilma et see piiraks ettevõtjate suhtes kohaldatavate ühenduse konkurentsieeskirjade kohaldamist.

Käesolevaga asendatakse liikmesriikidevahelistest kahepoolsetest lepingutest tulenevad piirangud, mis kehtivad ühenduse lennuettevõtjate ühendusesiseste lennuteenuste osutamise vabaduse suhtes.

5. Olenemata liikmesriikidevaheliste kahepoolsete lepingute sätetest ning vastavalt ettevõtjate suhtes kehtivatele ühenduse konkurentsieeskirjadele lubavad asjaomased liikmesriigid ühenduse lennuettevõtjatel lennuteenuseid ühendada ja sõlmida koodijagamise kokkuleppeid kõikide lennuettevõtjatega nendel lennuliinidel, mille puhul kõnealuste liikmesriikide territooriumil asuvat lennujaama kasutatakse lennuteenuse osutamiseks kolmandates riikides asuva(te)st punkti(de)st või seal asuva(te)sse punkti(desse) sinna, sealt või selle kaudu lennates.

[...]“

13. Artiklis 16 on ette nähtud:

„1. Liikmesriik võib pärast konsultatsioone teiste asjaomaste liikmesriikidega ning pärast komisjoni, asjaomaste lennujaamade ja lennuliini teenindavate lennuettevõtjate teavitamist kehtestada avaliku teenindamise kohustuse ühenduse lennujaama ja oma territooriumi äärepoolset või arengupiirkonda teenindava lennujaama vahelistel regulaarlendudel või oma territooriumi mis tahes lennujaama

saabuval väheste lendudega lennuliinil, mida peetakse oluliseks selle lennujaama poolt teenindatava piirkonna sotsiaalsele ja majanduslikule arengule. Kõnealune kohustus kehtestatakse üksnes määral, mis on vajalik, et tagada sellel lennuliinil regulaarlendude minimaalne teenindamine, mis vastab jätkuvuse, regulaarsuse, hinnakujunduse või minimaalse veomahu kindlaksmääratud standarditele, millest lennuettevõtja üksnes kaubandushuvidest lähtudes kinni ei peaks.

Kindlaksmääratud standardid kehtestatakse kõnealusele avaliku teenindamise kohustusele vastava lennuliini suhtes läbipaistval ja mittediskrimineerival viisil.

[...]

4. Kui liikmesriik soovib kehtestada avaliku teenindamise kohustust, edastab ta avaliku teenindamise kohustuse kavandatud kehtestamist käsitleva täieliku teksti komisjonile, teistele asjaomastele liikmesriikidele ja lennujaamadele ning kõnealusel lennuliinil tegutsevatele lennuettevõtjatele.

Komisjon avaldab *Euroopa Liidu Teatajas* teadaande, milles:

- a) määratakse kindlaks need kaks lennujaama, mida asjaomane lennuliin ühendab, ja võimaliku(d) vahemaandumise koha(d);
- b) esitatakse asjaomase avaliku teenindamise kohustuse jõustumise kuupäev ning
- c) märgitakse täielik aadress, kus asjaomane liikmesriik muudab viivitamata ja tasuta kättesaadavaks vastava avaliku teenindamise kohustuse teksti ja seda käsitleva asjakohase teabe ja/või dokumendid.

[...]“

B. Liikmesriigi õigus

14. Portugali valitsus kiitis 24. detsembri 2014. aasta dekreetseadusega nr 181/-A/2014⁴ heaks äriühingu TAP SA aktsiakapitali kaudse taaserastamise kuni 61% TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA (edaspidi „TAP SGPS“) aktsiakapitali aktsiate *baas-otsemüügi* ja kuni 5% TAP SGPSi aktsiakapitalist müügipakkumuse teel selle äriühingu töötajatele. Lisaks nähti ette müügioptsioon riigi kasuks, kes võib TAP SGPSi järelejääva kapitali müüa baas-otsemüügi ostjale, kellega ta võib ka kokku leppida ostuoptsiooni tehingu lisatingimustes ette nähtud moel.

15. Ministrite nõukogu kiitis 15. jaanuari 2015. aasta otsusega nr 4-A/2015⁵ heaks kuni 61% TAP SGPSi aktsiakapitali aktsiate baas-otsemüügi lisatingimused.

16. Lisatingimuste artiklis 1 on sätestatud:

„1. Käesolevad lisatingimused reguleerivad [TAP SA] aktsiakapitali kaudse taaserastamise raames ette nähtud [TAP SGPSi] aktsiakapitali aktsiate baas-otsemüügi nõudeid ja tingimusi.

2. Baas-otsemüük hõlmab [TAP SGPSi] aktsiakapitali aktsiate ühe või mitme jagamatu osa üleandmist eraldi läbirääkimiste teel ühele või mitmele kodumaisele või välisinvestorile individuaalselt või kollektiivselt.

4 Diário da República, I seeria, nr 248, 24.12.2014.

5 Diário da República, I seeria, nr 13, 20.1.2015.

3. Eelmises lõikes nimetatud aktsiate baas-otsemüük vormistatakse lepingus ühe või mitme pakkujaga, kes valitakse välja otsemüügi esemeks olevate aktsiate ostjateks.

4. Baas-otsemüügi raames annab väljavalitud pakkuja või pakkujate omandatavad aktsiad üle PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S.A. [edaspidi „Parpública“].

17. Lisatingimuste artiklis 5 on loetletud järgmised „valikukriteeriumid“:

- „a) Kaasaaitamine [TAP SGPSi] ja [TAP SA] majandus- ja finantsvõime ja kapitalstruktuuri tugevdamisele, eelkõige kapitaliseerimiskava kvaliteet ja selle rakendamine uute varade ja ressursside kaudu pakkuja puhul, ning nende käsutatavusega seotud tingimused, nii et see aitaks kaasa ettevõtjate jätkusuutlikkusele ja väärtuse suurenemisele ning nende tegevuse kasvule, nagu ka riigi omandisse jääva kapitali väärtuse ja osakaalu ning müügioptsiooni väärtuse säilitamisele.
- b) Baas-otsemüügi esemeks olevate [TAP SGPSi] aktsiakapitali aktsiate ostmiseks pakutav summa, eelkõige hind aktsia kohta, finantstulud tervikuna, müügi- ja ostuoptsioonide parandamise meetodite ja valemite kvaliteet ja väärtus ning üldiselt võimalus vormistada baas-otsemüük lepingus ette nähtud tähtaja jooksul, maksetingimused ja muud riigi varaliste huvide kaitseks asjakohased tingimused.
- c) Niisuguse adekvaatse ja sidusa strateegiaprojekti esitamine ja rakendamise tagamine, milles võetakse arvesse [TAP SA] majanduskasvu säilitamist ja edendamist ning tagatakse valitsuse poolt taaserastamise jaoks välja töötatud eesmärkide täitmine, [TAP SA] konkurentsipositsiooni tugevdamine ülemaailmse lennuettevõtjana praegustel ja uutel turgudel, kontserni TAP terviklikkuse, ettevõtlusidentiteedi ja autonoomia säilitamine, eriti kaitstes kaubamärki TAP ja selle seostatust Portugaliga ning tagades, et kontserni TAP registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus jääb Portugali; kaasaaitamine kontserni TAP tegevuse ja ettevõtluse kvaliteedi säilimisele ja arendamisele ning tema inimressursside väärtustamine ja arendamine.
- d) Võime tagada [TAP SA] avaliku teenindamise kohustuste täitmine õigeaegselt ja nõuetekohaselt, sealhulgas lennuühenduste osas riigi ja vajaduse korral autonoomsete piirkondade peamiste lennujaamade vahel, ning autonoomseid piirkondi, välisriikides asuvaid Portugali kogukondi ning riike ja kogukondi, milles kõneldav keel või mille ametlik keel on portugali keel, teenindavate liinide järjepidevus ja tugevdamine.
- e) Kaasaaitamine riigi majanduskasvule, sealhulgas praeguse tegevuskeskuse (*hub*) riigis säilimisele ja arendamisele otsustava strateegilise tähtsusega platvormina suhetes Euroopa, Aafrika ja Ladina-Ameerikaga.
- f) Pakkuja puhul baas-otsemüügi lepingus vormistamiseks õigusliku või majandusliku ja finantstingimuslikkuse puudumine, eelkõige huvide konflikti minimeerimine pakkuja ja kontserni TAP tegevuse vahel ning riskide vähendamine riigi varalistele huvidele ja eelnevates punktides sätestatud kriteeriumidega seotud eesmärkide saavutamisele.
- g) Vastav tehniline ja juhtimiskogemus lennundussektoris, sobivus ja finantssuutlikkus, nagu ka eelnevates punktides sätestatud kriteeriumide täitmise osas antavad võimalikud tagatised.
- h) Kohustuste võtmine tööhõive stabiilsuse osas, eriti sõnaselge kohustumine täita valitsuse, ametiühingute ja [TAP SGPSi] vahelist kokkulepet seadusest ja põhiseadusest tulenevatel tingimustel ning järgida kõiki kehtivaid kollektiivlepinguid.
- i) Kaasaaitamine [TAP SGPSi] ja [TAP SA] aktsionäride struktuuri ja stabiilsuse tugevdamisele, eelkõige äriühingu juhtimise niisuguse mudeli rakendamisega, milles võetakse arvesse [TAP SGPSi] erilist olemust, [TAP SA] tegevust ja valitsuse poolt taaserastamise jaoks seatud eesmäärke.“

II. Faktilised asjaolud

18. Associação Peço a Palavra (ühendus „Palun sõna“) ja teised esitasid Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) kaebuse nõudega tühistada ministrite nõukogu 15. jaanuari 2015. aasta otsusega nr 4-A/2015 heaks kiidetud lisatingimused.

19. Kaebajad väidavad, et nende lisatingimuste artikli 5 punkt c on vastuolus ELTL artiklitega 49 ja 54, kuna selles nõutakse kontserni TAP registrijärgse asukoha ja tegeliku juhtimise keskuse säilitamist. Nende hinnangul rikuvad lisatingimuste artikli 5 punktid d ja e lisaks ELTL artikleid 56 ja 57 ning direktiivi 2006/123 artikleid 16 ja 17, kuna nendega on kehtestatud nõueteks avaliku teenindamise kohustuste täitmine ja praeguse tegevuskeskuse riigis säilitamine ja arendamine.

III. Eelotsuse küsimused

20. Kirjeldatud kontekstis esitas Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas liidu õiguse ja täpsemalt ELTL artiklite 49 ja 54 ning nendes sätestatud põhimõtetega on vastuolus, et riigi omandis oleva äriühingu – mille põhitegevusala on lennutransport – aktsiakapitali kaudse taaserastamise menetluse raames on seda menetlust reguleerivates dokumentides sätestatud potentsiaalsete investorite ostupakkumuste ja edukate pakkumuste väljavalimise kriteeriumiks nõue, et nimetatud äriühingu registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus peab jääma sellesse liikmesriiki, kus see äriühing on asutatud?
2. Kas liidu õiguse ja täpsemalt ELTL artiklite 56 ja 57 ning nendes sätestatud põhimõtetega nagu ka diskrimineerimiskeelu, proportsionaalsuse ja vajalikkuse põhimõtetega on vastuolus, et nimetatud äriühingu aktsiakapitali kaudse taaserastamise menetluses on seda menetlust reguleerivates dokumentides sätestatud potentsiaalsete investorite ostupakkumuste ja edukate pakkumuste väljavalimise kriteeriumiks nõue, et omandav üksus peab täitma avaliku teenindamise kohustusi?
3. Kas liidu õiguse ja täpsemalt ELTL artiklite 56 ja 57 ning nendes sätestatud põhimõtetega on vastuolus, et nimetatud äriühingu aktsiakapitali kaudse taaserastamise menetluses on seda menetlust reguleerivates dokumentides sätestatud potentsiaalsete investorite ostupakkumuste ja edukate pakkumuste väljavalimise kriteeriumiks nõue, et omandav üksus peab säilitama praeguse tegevuskeskuse (*hub*) riigis ja seda arendama?
4. Kas nimetatud äriühingu tegevust ja seda arvesse võttes, et selle aktsiakapitali üleandmiseks toimub taaserastamismenetlus, tuleb niisugust tegevust lugeda teenuseks siseturul, mille suhtes kehtib direktiiv 2006/123/EÜ, kui esineb nimetatud direktiivi artikli 2 lõike 2 punktis d ette nähtud erand transpordi valdkonna teenuste kohta, ja kas sellisel juhul kohaldatakse nimetatud direktiivi ka sellele menetlusele või mitte?
5. Kui vastus neljandale küsimusele on jaatav, siis kas nimetatud direktiivi artiklitega 16 ja 17 on lubatud, et nimetatud äriühingu aktsiakapitali kaudse taaserastamise menetluses on seda menetlust reguleerivates dokumentides sätestatud potentsiaalsete investorite ostupakkumuste ja edukate pakkumuste väljavalimise kriteeriumiks nõue, et omandav üksus peab täitma avaliku teenindamise kohustusi?
6. Kui vastus neljandale küsimusele on jaatav, siis kas nimetatud direktiivi artiklitega 16 ja 17 on lubatud, et nimetatud äriühingu aktsiakapitali kaudse taaserastamise menetluses on seda menetlust reguleerivates dokumentides sätestatud potentsiaalsete investorite ostupakkumuste ja edukate pakkumuste väljavalimise kriteeriumiks nõue, et omandav üksus peab säilitama praeguse tegevuskeskuse (*hub*) riigis ja seda arendama?“

IV. Menetlus Euroopa Kohtus ja poolte seisukohad

21. Eelotsusetaotlus registreeriti Euroopa Kohtus 25. septembril 2017. Kirjalikud seisukohad esitasid Párpública, Portugali, Itaalia ja Madalmaade valitsus ning komisjon, kes osalesid ka avalikul kohtuistungil, mis peeti 13. septembril 2018.

22. Párpública väidab, et esimesele küsimusele tuleb vastata eitavalt. Ta on seisukohal, et vaidlustatud nõuded ei piira ega kitsenda asutamisevabadust, ja kui need seda teevad, siis on see piiramine õigustatud. Teise ja kolmanda küsimuse kohta väidab ta, et ELTL artikli 58 lõike 1, artikli 90 ja artikli 100 lõike 2 alusel ei ole ELTL artiklid 56 ja 57 lennutransporditeenustele kohaldatavad. Neljanda eelotsuse küsimuse kohta väidab ta, et TAPi tegevust ei saa käsitada teenusena, millele kohaldatakse direktiivi 2006/123, arvestades selle artikli 2 lõike 2 punktis d ette nähtud erandit. Seepärast ei ole viiendale ja kuuendale küsimusele tema arvates vaja vastata.

23. Portugali valitsus märgib seoses esimese küsimusega, et selles nimetatud tingimus tuleneb määruses nr 1008/2008 ette nähtud lennutegevuslubade andmise korrast ning ei kujuta endast asutamisevabaduse piirangut, kuna see ei kehti potentsiaalsetele investoritele. Teise ja kolmanda küsimusega seoses jagab ta Párpública seisukohta, väites, et igal juhul ei ole valikukriteeriumid vastuolus lennutransporditeenuseid käsitleva teisese õigusega. Ta nõustub ka Párpública seisukohaga neljanda, viienda ja kuuenda küsimuse suhtes, lisades, et kohaldatav on määrus nr 1008/2008.

24. Itaalia valitsus on seisukohal, et esimesele kolmele küsimusele tuleb vastata koos, et niisuguste tingimuste kehtestamine nagu need, milles on vaidlus taaserastamise raames, ei ole ELTL artiklitega 49, 54, 56 ja 57 vastuolus. Vaidlustatud nõuded ei ole nõuded, mis piiravad asutamisevabadust või teenuste osutamise vabadust, ning kui need seda ka oleksid, siis oleksid need ülekaaluka üldise huviga õigustatud.

25. Itaalia valitsus nõustub neljanda, viienda ja kuuenda küsimuse suhtes Párpública ja Portugali valitsusega, väites, et direktiiv 2006/123 ei ole sellele kohtuasjale kohaldatav, kuigi ta ei põhjenda seda kinnitust mitte selle direktiivi artikli 2 lõike 2 punktiga d, vaid selle artikli 1 lõikega 2. Teise võimalusena väidab ta, et kuna erastamismenetlus ei seonu mitte lennuettevõtja, vaid seda kontrolliva äriühingu kapitaliga, tuleks analüüsida, kas viimase teenused kuuluvad direktiivi 2006/123 kohaldamisalasse. Tema hinnangul see nii ei ole, sest tegu on tema sõnul „investeeringuga“ juba nimetatud direktiivi artikli 2 lõike 2 punktis b sätestatud erandi tähenduses. Kui see oleks transporditegevus, siis kohalduks selle artikli punkt d.

26. Madalmaade valitsus on seoses esimese küsimusega arvamisel, et vaidlusalused tingimused piiravad asutamisevabadust, ehkki need võivad olla õigustatud. Teise küsimuse suhtes ühineb ta Párpública ja Portugali valitsuse seisukohaga, et ELTL artiklid 56 ja 57 ei ole kohaldatavad. Neljanda, viienda ja kuuenda küsimusega seoses on ta samuti seisukohal, et direktiiv 2006/123 ei ole selle artikli 2 lõike 2 punkti d alusel kohaldatav.

27. Komisjon soovib vastata esimesele küsimusele, et kohtuasjas vaidlusalused tingimused ei ole ELTL artikliga 49 vastuolus, tingimusel et ettevõtja liiklusõiguste säilimine sõltub Portugali ja teatavate kolmandate riikide vahel sõlmitud kahepoolsete lepingute alusel sellest, et ettevõtja registrijärgne asukoht ja põhitegevus jääb Portugali.

28. Teise küsimuse kohta märgib komisjon, et see nõue võib olla vastavalt määruse nr 1008/2008 artiklitele 16, 17 ja 18 lubatav. Kolmanda kohta arvab ta, et kohustus säilitada ja arendada tegevuskeskust riigis võib olla õigustatud ülekaaluka üldise huviga, kuid mitte seepärast, et see aitab kaasa riigi majanduskasvule. Neljanda, viienda ja kuuenda küsimuse kohta leiab ta, et direktiiv 2006/123 ei ole kohaldatav selle artikli 2 lõike 2 punkti d tõttu – kui vaidluse ese puudutab transpordivaldkonda – või artikli 5 lõike 4 tõttu – kui see jääb riigihankelepingute valdkonda.

V. Õiguslik analüüs

29. Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) peab välja selgitama, kas kolm nõuet lennuettevõtja TAP taaserastamismenetluses Portugali valitsuse poolt heaks kiidetud lisatingimustes ette nähtud nõuetest on liidu õigusega kooskõlas.⁶

30. Sissejuhatuseks tuleb selgitada, et meid huvitavas osas on tegelikult tegemist „nõuete“ või „tingimustega“, kuigi formaalselt on need lisatingimustes esitatud pealkirja „Valikukriteeriumid“ all.

31. Párpública rõhutas kohtuistungil, et eelotsusetaotluse esitanud kohus tegi vea, kui ta kvalifitseeris pakkujate suutlikkust määravateks nõueteks seda, mis olid lihtsalt „valikukriteeriumid“. See viga „nakatas“ tema hinnangul kogu ülejäänud eelotsuse käsitusviisi.

32. Leian, et tuleb jääda õigusliku kvalifikatsiooni juurde, mille andis eelotsusetaotluse esitanud kohus, kes kasutab sõnaselgelt ja korduvalt sõna „nõuded“⁷, viidates lisatingimustes „kriteeriumidena“ sätestatud asjaoludele. Selle üle, kas eelotsusetaotluse esitanud kohtu see hinnang on suuremal või vähemal määral õige, võib vaielda, aga üksnes riigisisese õiguse seisukohast, mille tõlgendamisse Euroopa Kohus ei või sekkuda, olles kohustatud järgima eelotsusetaotluses esitatud faktilise ja õigusliku olukorra kirjeldust, mis piiritleb põhikohtuasja eseme.

33. Olgu lisaks öeldud, et vastuseid eelotsuse küsimustele ei muuda see, kui möönda, et lisatingimused sisaldavad tõelisi valikukriteeriume, sest liidu õigusele vastavuse kontroll laieneb ka nendele kriteeriumidele, nagu see on tihti Euroopa Kohtu otsustes hankedokumentide kohta.

34. Lõppkokkuvõttes, olgu need valikukriteeriumid või ehtsad nõuded, nende sisu omandas lõpuks erastamise siduva jõu, nii et aktsiate omandaja pidi vastama vastavatele nõuetele, mis sisalduvad nüüd nende aktsiate ostu-müügi lepingus.

35. Tuletan meelde, et kolm vaidlusalust tingimust väljenduvad kohustuses (a) säilitada äriühingu registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus Portugalis; (b) täita avaliku teenindamise kohustusi ning (c) säilitada ja arendada praegust tegevuskeskust (*hub*) riigis.

36. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu välja pakutule vastupidises järjekorras ja kooskõlas paljude menetlusosaliste arvamusega on eelistatav käsitleda kõigepealt neljandat eelotsuse küsimust. Selle vastusest sõltub, kas sisuline probleem tuleb lahendada direktiivi 2006/123 kohaldades või teiste liidu õigusnormide alusel.

A. Direktiivi 2006/123 kohaldatavus (neljas, viies ja kuues küsimus)

37. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu kahtlused seoses direktiivi 2006/123 kohaldatavusega keskenduvad sellele, et TAPi taaserastamine puudutab lennutranspordiga tegeleva äriühingu kapitali. Tema arvates võib selle tegevuse tõttu olla kohaldatav direktiivi 2006/123 artikli 2 lõike 2 punktis d ette nähtud erand, sest selle direktiivi kohaldamisalasse ei kuulu „transpordi valdkonna teenused“.

38. Peaaegu kõik menetlusosalised nõustuvad, et direktiiv 2006/123 ei ole kohaldatav, kuna käesolev kohtuasi piirdub lennuettevõtja erastamisega ja seega kohaldub kõnealuse direktiivi artikli 2 lõike 2 punktis d ette nähtud erand.

⁶ Eelotsusetaotluse esitanud kohus kasutab üldjuhul sõna „taaserastamine“, kuigi vahel kasutab ta nimisõna „erastamine“ (näiteks eelotsusetaotluse III osa punktides 1.1 ja 3.1). Terminoloogiline erinevus on siinkohal siiski ebaoluline, nagu tunnistati kohtuistungil.

⁷ Nii on esimeses küsimuses nimetatud „nõuet, et [...] registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus peab jääma“. Teises ja viiendas mainitakse „nõuet, et] peab täitma avaliku teenindamise kohustusi“, samas kui kolmandas ja kuuendas räägitakse „nõu[dest, et] peab säilitama praeguse tegevuskoha“ (kohtujuristi kursiiv).

39. Itaalia valitsus on siiski seisukohal, et direktiiv 2006/123 ei ole kohaldatav pigem erandi tõttu, mis on sätestatud selle direktiivi artikli 1 lõikes 2, mille kohaselt selles direktiivis „ei käsitleta [...] teenuseid osutavate avalik-õiguslike isikute erastamist“⁸.

40. Nõustun selle hinnanguga.⁹ Tegu on tõepoolest seni riigi omandisse kuulunud äriühingu erastamisega, nii et ainuüksi see asjaolu on, olenemata sellest, milliseid teenuseid erastatav üksus osutab, piisav, et välistada direktiivi 2006/123 kohaldatavus.

41. Kui lisaks võtta täiendava argumendina arvesse, mis laadi tegevusega tegeleb TAP SA, see tähendab äriühing, milles omab aktsiaid üksus, mille kapital taaserastatakse (TAP SPGS), siis ilmneb, et kohaldub ka direktiivi 2006/123 artikli 2 lõike 2 punktis d ette nähtud erand.

42. Nagu tuletas meelde Euroopa Kohus kohtuasjas Grupo Itevelesa jt¹⁰, „[ilmneb t]eenuste direktiivi vastuvõtmisele eelnenud ettevalmistavatest dokumentidest [...], et „transpordisektori teenuseid“ puudutav erand sõnastati tahtlikult nii, et see vastaks EÜ artikli 51 (nüüd ELTL artikkel 58) sõnastusele, mille lõikes 1 on sätestatud, et „transporditeenuste osutamise vabadust käsitletakse transpordi jaotise sätetes““.

43. Euroopa Kohtu hinnangul hõlmab „mõiste „transpordi valdkonna teenused“ mitte ainult transporditeenuseid kui selliseid, vaid ka kõiki muid teenuseid, mis on olemuslikult seotud füüsilise toiminguga, mis tehakse transpordivahendi abil inimeste või kauba viimiseks ühest kohast teise“¹¹. Nii laia määratluse alusel võib selle mõiste alla kuuluda loomulikult ka TAP SA enda tegevus ja loogiliselt ka TAP SPGSi tegevus. Viimane on ainult valdusühing, kellele kuulub TAP SA kapital, mille taaserastamine on kohtuasja ese.

44. Seega oleks direktiiv 2006/123 käesolevas kohtuasjas kahekordselt kohaldamatu, mistõttu ei ole vaja viiendale ja kuuendale eelotsuse küsimusele vastata. Minu arvates peaks siiski tähtsam olema selle direktiivi artikli 1 lõikes 2 ette nähtud põhjus, kuna see puudutab loogiliselt varasemat asjaolu, sest nii nagu direktiivi 2006/123 artikkel 2 puudutab selle direktiivi *kohaldamisala*, nii on artiklis 1 piiritletud selle *reguleerimisese*, millest väljaspool direktiiv ei kehti. Seega puudub vajadus teha erandit kohaldatavusest, mida põhimõtteliselt ei saa olla.

B. Põhikohtuasjas asjasse puutuv vabadus

45. Lennuettevõtja erastamisega kaasneb osa selle aktsiakapitali, mis seni kuulus riigile, võõrandamine (era)investoritele, kes omandavad vastavad aktsiad. Aktsiate müügi erastav olemus kaalub erastatava üksuse materiaalse tegevuse üles. See küsimus kuulub seega ELTL artikli 345 kohaldamisalasse, mis väljendab põhimõtet, et aluslepingud ei mõjuta mingil viisil omandi õigusliku režiimi liikmesriikides.

46. Siiski „ei jää liikmesriikides olemasolevad omandi õiguslikud režiimid [selle artikli] mõjul EL [toimimise] lepingu aluseeskirjade ning eelkõige diskrimineerimiskeelu, asutamisevabaduse ja kapitali vaba liikumist käsitlevate aluseeskirjade kohaldamisalast välja“¹².

47. Vaidlusaluste lisatingimuste nõudeid arvestades leian, et asjasse puutuv vabadus on pigem asutamisevabadus kui kapitali vaba liikumise või teenuste osutamise vabadus.

8 Itaalia valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 6.

9 Millega näib pealegi nõustuvat eelotsusetaotluse esitanud kohus, nagu ta kinnitab eelotsusetaotluse XXXII ja XXXIII osa punktides 3.4.

10 15. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus (C-168/14, EU:C:2015:685, punkt 44).

11 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Asociación Profesional Élite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, punkt 41).

12 22. oktoobri 2013. aasta kohtuotsus Essent jt (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, punkt 36 ning seal viidatud kohtupraktika).

48. Seega võimaldaks kuni 61% TAP SGPSi aktsiakapitali aktsiate müük nende omandajal tegelikult mõjutada äriühingu juhtimist ja selle äriühingu juhtimist, mille valdusühing esimene on (TAP SA). Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale on see tegur otsustav, et kinnitada, et teostatav vabadus on asutamisvabadus.¹³

49. Nagu on eelotsusetaotluses märgitud,¹⁴ algatas Portugali valitsus veidi aega pärast ostu-müügi lepingu sõlmimist väljavalitud äriühinguga¹⁵ läbirääkimised, et muuta riigi TAP SGPSis osalemise nõudeid ja tingimusi. Nende läbirääkimiste lõpus nõustus omandajast äriühing müüma Parpúblicale vajalikud aktsiad, et see saaks 50% osaluse TAP SGPSi aktsiakapitalis.

50. Selles (uues) olukorras, kuigi oluline osa kapitalist on endiselt taaserastamismenetluses välja valitud äriühingu käes, ei taga see talle enam võimalust mõjutada määravalt TAP SGPSi juhtimist, mis tal oleks siis, kui talle kuuluks 61% äriühingu kapitalist.¹⁶ Kriteerium, millest lähtub eespool viidatud kohtupraktika, ei ole siiski määrav või otsustav mõju, vaid „tegelik mõju“, see tähendab mõju, mida saab äriühingu juhtimises aktiivselt maksma panna, nagu seda on minu hinnangul mõju, mida saab avaldada 45% osalusega aktsiakapitalist.¹⁷

51. Igal juhul peab Euroopa Kohus lähtuma sellest, mida on eelotsusetaotluse esitanud kohus oma küsimustes märkinud, see tähendab taaserastamismenetluse algsetest tingimustest. Toomata muid põhjuseid peale asjakohasuse eelduse, mida Euroopa Kohus eelotsuse küsimuste puhul tunnustab,¹⁸ piisab, kui märkida, et TAP SGPSi aktsiakapitali Parpública poolt tagasiostmise tehingu kehtivus võib omakorda sõltuda algse erastamismenetluse kehtivusest. Seepärast on ikkagi mõtet vastata küsimustele, mis on esitatud seoses erastamisega, mis toimus 61% ulatuses seni riigi omandis olnud äriühingu aktsiakapitalist ja millest seepärast piisab, et anda selle omandajale mõju, mis ei ole enam ainult *tegelik*, vaid suisa *otsustav*.

52. Asjakohased õigusnormid selleks, et kindlaks määrata, kas lisatingimuste sätted on liidu õigusega kooskõlas, on seega ELTL artiklid 49 ja 54. Sellest vaatenurgast tuleks esimene, teine ja kolmas küsimus ümber sõnastada nii, et küsitakse kõigi neis nimetatud valikukriteeriumide kooskõla kohta nende ELTL artiklitega.

53. Samuti tuleb lähtuda määrusest nr 1008/2008 (milles sisalduvad Euroopa Parlamendi ja nõukogu poolt ELTL artikli 100 lõikes 2 antud volituse alusel kehtestatud „kohased sätted [...] lennutranspordi kohta“), kuna mõned selle määruse lennuteenuseid ühtlustavatest sätetest mõjutavad käesolevat kohtuvaidlust.¹⁹

13 13. aprilli 2000. aasta kohtuotsuse Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, punkt 22) sõnadega „asutamisvabadust kasutab liikmesriigi kodanik, kellele kuulub teises liikmesriigis asutatud äriühingu kapitalis osalus, mis võimaldab tal tegelikult mõjutada selle äriühingu otsuseid ning määrata ära selle tegevus“. Vt samas tähenduses 13. novembri 2012. aasta kohtuotsus Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 91) ja 10. juuni 2015. aasta kohtuotsus X (C-686/13, EU:C:2015:375, punkt 18). Seevastu vastavalt 7. septembri 2017. aasta kohtuotsusele Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, punkt 41) „[tuleb] siseriiklikke õigusnorme, mida kohaldatakse osalustele, mis on omandatud ainsa kavatsusega teha finantspaigutus, soovimata mõjutada ettevõtja juhtimist ja kontrolli, [...] hinnata üksnes kapitali vabast liikumisest lähtuvalt“. Vt ka 20. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Deister Holding ja Juhler Holding (C-504/16 ja C-613/16, EU:C:2017:1009, punkt 78).

14 Eelotsusetaotluse VII osa punkt 3.1.

15 Ministrite nõukogu otsus (91-A/2015), millega viidi erastamismenetlus lõpule, tehti 12. novembril 2015. Erineva poliitilise suundumusega uus täitevvõim, mis tuli võimule sama aasta 26. novembril, alustas kohe läbirääkimisi erastamise *ümberkujundamiseks*.

16 Parpública tunnistas kohtuistungil, et Portugali riik, kes on nüüd lennuettevõtja enamusaktsionär, säilitab kõik oma enamusosalusest tulenevad hääleõigused.

17 Portugali riigile kuulub 50% aktsiakapitalist ja TAPi töötajatele ülejäänud 5%.

18 Vt paljude hulgas 10. detsembri 2002. aasta kohtuotsus British American Tobacco (Investments) ja Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 35); 5. juuli 2016. aasta kohtuotsus Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, punkt 19); 15. novembri 2016. aasta kohtuotsus Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 54) ning 28. märtsi 2017. aasta kohtuotsus Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punktid 50 ja 155).

19 Kui ühtlustamine oleks täielik, ei kohaldataks ELTL üldsätteid, mis käsitlevad teenuste osutamise vabadust, kuna riigisiseseid õigusnorme tuleks hinnata ühtlustamissätete, mitte esmase õiguse seisukohast, nagu nähtub Euroopa Kohtu praktikast, mida on väljendatud muu hulgas 17. novembri 2015. aasta kohtuotsuses RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 57).

C. Tingimuste piirav iseloom asutamisevabaduse seisukohast

54. Minu arvates sisaldavad eelotsusetaotluses nimetatud kolm kriteeriumi endas asutamisevabaduse piiramist. Tuletan meelde, et Euroopa Kohus on seisukohal, et „[a]sutamisevabaduse piiranguks tuleb pidada kõiki meetmeid, mis keelavad või takistavad selle vabaduse kasutamist või muudavad selle vähem atraktiivseks“²⁰.

55. Võib nõustuda, et erastamisele Portugali valitsuse kehtestatud tingimustega ei minda selle vabaduse kasutamise keelamiseni ega seata sellele takistusi niimoodi, et selle kasutamine on võimatu. Kuid vähemasti muudetakse see vähem atraktiivseks.

56. Need tingimused ei ole vähese tähtsusega. Need tähendavad, et isikul, kes omandab kuni 61% TAP SGPSi kapitalist, takistatakse lennuettevõtja haldamist täiesti vabalt ja oma majanduslikest huvidest lähtuvalt, kuna ta ei või jätta täitmata avaliku teenindamise kohustusi ega otsustada registrijärgset asukohta või tegeliku juhtimise keskust mujale üle viia ega loobuda praegusest tegevuskeskusest.

57. Kuigi Itaalia valitsus rõhutab järjekindlalt erinevust võrreldes piirangutega, mis on tingitud niinimetatud „kuldaktsiatega“²¹ seotud eesõiguste kasutamisest, näib mulle, et nende eesõiguste ja praegu arutamisel olevate tingimuste vahel on märkimisväärsed sarnasusi.

58. „Kuldaktsiad“, mille liikmesriik jätab endale seni riigile omandis olevate äriühingute erastamisel ja mille üle on Euroopa Kohtul seni tulnud otsustada,²² annavad omanikule „õiguse mõjutada [äriühingu] juhtimist, kuid mis ei ole õigustatud, arvestades riigi osaluse suurust selles äriühingus, [ja võivad] pärssida teiste liikmesriikide ettevõtjate otseinvesteeringute tegemist [sellesse äriühingusse], kuna nad ei saa osaleda selle äriühingu juhtimises või kontrollimises proportsionaalselt oma osaluse väärtusega“²³. Nendega kaasneb lõppkokkuvõttes „riisiko, et [liikmesriik] teostab oma erilisi õigusi selliste huvide järgimisel, mis ei vasta asjaomase äriühingu majanduslikele huvidele“, mis võib järelikult olla heidutav.²⁴

59. Praegu vaidlusalused tingimused ei hõlma mitte üksnes ohtu, et Portugali valitsus „blokeerib otsuseid, mida pooldavad [äriühingu] organid [selle] huvidele vastavatena“²⁵, vaid tähendavad selle võimaluse materialiseerumist. Erastatud äriühingu organid ei saaks isegi *pooldada* otsuseid, mis – nagu registrijärgse asukoha ja tegeliku juhtimise keskuse üleviimine – oleksid äriühingu uue omaniku suhtes kohustuslikuna kehtestatud tingimuse tõttu algusest peale välistatud.

20 Näiteks 8. märtsi 2017. aasta kohtuotsus Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, punkt 59).

21 Tema kirjalike seisukohtade punktid 17 ja 18.

22 4. juuni 2002. aasta kohtuotsused komisjon vs. Portugal (C-367/98, EU:C:2002:326), komisjon vs. Prantsusmaa (C-483/99, EU:C:2002:327) ja komisjon vs. Belgia (C-503/99, EU:C:2002:328); 13. mai 2003. aasta kohtuotsused komisjon vs. Hispaania (C-463/00, EU:C:2003:272) ja komisjon vs. Ühendkuningriik (C-98/01, EU:C:2003:273); 6. detsembri 2007. aasta kohtuotsus Federconsumatori jt (C-463/04 ja C-464/04, EU:C:2007:752); 28. septembri 2006. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad (C-282/04 ja C-283/04, EU:C:2006:608); 23. oktoobri 2007. aasta kohtuotsus komisjon vs. Saksamaa (C-112/05, EU:C:2007:623); 26. märtsi 2009. aasta kohtuotsus komisjon vs. Itaalia (C-326/07, EU:C:2009:193); 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus komisjon vs. Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412); 11. novembri 2010. aasta kohtuotsus komisjon vs. Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669) ning 10. novembri 2011. aasta kohtuotsus komisjon vs. Portugal (C-212/09, EU:C:2011:717).

23 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus komisjon vs. Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412, punkt 60).

24 28. septembri 2006. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad (C-282/04 ja C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 29).

25 28. septembri 2006. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad (C-282/04 ja C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 30).

60. Nii Parpública²⁶ kui ka Portugali valitsus²⁷ kaitsevad valikukriteeriumi, mis on, et äriühingu registrijärgne asukoht peab jääma Portugali, tuginedes kohtuotsusele Yellow Cab Verkehrsbetrieb²⁸, milles tuvastati, et „vastuvõtva liikmesriigi territooriumil asukoha või muu tegevuskoha omamise nõue ise ei saa [...] endast kujutada asutamisevabaduse piirangut“, kuna „kõnealus kohustuses [ei ole] mingit piirangut teistes liikmesriikides asutatud ettevõtjate vabadusele luua esindusi või muid tegevuskohti sellel territooriumil“²⁹.

61. Selles kohtuasjas oli vaidlusalune kohustus, et peab olema asukoht või muu tegevuskoht liikmesriigi territooriumil, ühistranspordi linnaliinil bussiga reisijateveo tegevusloa saamise eeltingimuseks. Ehkki see kohustus ei ole *iseenesest* asutamisevabadusega vastuolus, siis selle täitmiseks seatud ajaline nõue (enne loa andmist) muutis selle kohustuse siiski selle vabadusega ühildamatuks.³⁰

62. Käesolevas kohtuasjas ei ole vastupidi tegu mitte lihtsalt kohustusega, et peab olema üks registrijärgne asukoht või püsiv tegevuskoht Portugalis, vaid et tuleb säilitada äriühingu *senine* registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus selle liikmesriigi territooriumil.

63. Euroopa Kohus on seisukohal, et asutamisevabadus hõlmab „liikmesriigi õiguse alusel asutatud äriühingu õigust kujundada end ümber äriühinguks, mille suhtes on kohaldatav teise liikmesriigi õigus [...], tingimusel et on täidetud teise liikmesriigi õigusnormides määratletud tingimused“³¹. Järelikult kätkeb kohustus, et äriühingu registrijärgne asukoht peab jääma Portugali, minu arvates samuti asutamisevabaduse piirangut.

64. Sama kehtib avaliku teenindamise kohustuste ning erastatava äriühingu tegevuskoha (*hub*) Portugalis säilitamise kohustuse kehtestamise kohta. Mõlemad nõuded võivad heidutada võimalikku omandajat aktsiakapitalis enamust omandamast, sest nendega on edasised äriühingu otsused suures osas ette kindlaks määratud.

65. Sellest eeldusest lähtudes tuleb analüüsida, kas vaidlusalused tingimused võivad olla liidu õiguse alusel õigustatud, lisaks sellele, et need on sobivad sellise taotletava eesmärgi saavutamiseks, mis võib neid õigustada, ning ei ole sellest seisukohast ebaproportsionaalsed.

66. Selles osas jagan Madalmaade valitsuse arvamust,³² kes teeb ettepaneku analüüsida kõigepealt tingimust, et tuleb täita avaliku teenindamise kohustusi. Põhjus, millega ma nõustun, on, et registrijärgse asukoha ja tegeliku juhtimise keskuse Portugalis säilitamise tingimus võib olla seatud esimesena nimetatud tingimusega, mille pikendus see tegelikult on.

26 Tema kirjalike seisukohtade punkt 81.

27 Tema kirjalike seisukohtade punktid 63 ja 64.

28 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus C-338/09, EU:C:2010:814.

29 *Ibidem*, punkt 34.

30 22. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814, punkt 37): „[t]eises liikmesriigis asutatud ettevõtjale, kes soovib saada vastuvõtvas liikmesriigis luba korraldada regulaarset liinivedu, nõude esitamine omada vastuvõtvas liikmesriigis asukohta või muud tegevuskohta enne hetke, kui talle antakse luba seda liini käitada, omab pärssivat mõju. Nimelt ei saa mõistlikult hoolikas ettevõtja läbi viia investeringuid, mis võivad olla väga suured, olles täielikus teadmatuses sellest, kas selline luba saadakse“.

31 25. oktoobri 2017. aasta kohtuotsus Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 33), milles viidatakse 27. septembri 1988. aasta kohtuotsusele Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, punkt 17). Veel viiteid võib leida 29. novembri 2011. aasta kohtuotsuse National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785) punktis 35, kus tuletatakse meelde, et „[k]uigi aluslepingu asutamisevabadust käsitlevate sätete eesmärk on nende sõnastuse kohaselt tagada vastuvõtvas liikmesriigis välismaiste kodanike ja ettevõtjate võrdne kohtlemine selle riigi kodanike ja ettevõtjatega, keelavad need samuti päritoluliikmesriigil takistada oma kodanike või vastavalt selle liikmesriigi seadusele asutatud äriühingu teise liikmesriiki asumist“.

32 Madalmaade valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 25.

D. Avaliku teenindamise kohustuste täitmine (teine eelotsuse küsimus)

67. Vastavalt lisatingimuste artikli 5 punktile d on valikukriteeriumide hulgas „[v]õime tagada [TAP SA-l] lasuda võivate avaliku teenindamise kohustuste täitmine õigeaegselt ja nõuetekohaselt, sealhulgas lennuühenduste osas riigi ja vajaduse korral autonoomsete piirkondade peamiste lennujaamade vahel, ning autonoomseid piirkondi, välisriikides asuvaid Portugali kogukondi ning riike ja kogukondi, milles kõneldav keel või mille ametlik keel on portugali keel, teenindada võivate liinide järjepidevus ja tugevdamine“.

68. Asutamisvabaduse piirang, nagu ma eespool märkisin, tuleneb sellest, et kõnealuse tingimusega pannakse taaserastatud kapitalis 61% osaluse omandajale kohustused, mis võivad põhimõtteliselt teda ostmast heidutada, kuna need piiravad tema kui ettevõtja võimet tegutseda autonoomselt.

69. Samas ei ole Euroopa Kohtu praktikas vaidlust selles, et üldist huvi pakkuva teenuse tagamine võib olla ülekaalukas huvi, mis võib õigustada aluslepingutega tagatud vabaduste takistamist.³³

70. Minu arvates on lennuteenuse tagamine lisatingimuste artikli 5 punkti d kohaselt – seal rõhutatakse eriti ühendusi Portugali autonoomsete piirkondadega, see tähendab äärepoolseimate piirkondadega ELTL artikli 349 tähenduses³⁴ – üldine huvi, millest piisab, et asutamisvabaduse piiramine oleks õigustatud.

71. Komisjon keskendus oma argumentides küsimusele, kas TAP SA sõltub *tegelikult* avaliku teenindamise kohustustest ja kas need on kindlaks määratud vastavalt määruse nr 1008/2008 artiklile 16. Ta väidab, et kui see nii ei ole, on need selle määrusega vastuolus.³⁵

72. Samamoodi „järeldeb“ Madalmaade valitsus, et TAP SA-l on avaliku teenindamise kohustus, mis on määratud määruse nr 1008/2008 artikli 16 alusel.³⁶ Párpública nimetab täpsemini TAP SA jaoks 20. jaanuaril 2015, see tähendab lisatingimuste ametlikult avaldamise kuupäeval kehtinud avaliku teenindamise kohustusi.³⁷

73. Poolte see käsitlusviis on viinud arutelu TAP SA-l *lasuvate* avaliku teenindamise kohustuste pinnale, kusjuures eeldatakse (Madalmaade valitsus), et need on juba olemas, või väidetakse (Párpública), et need tegelikult kehtivad, või ollakse seisukohal (komisjon), et nende olemasolu kohta on ainult osaline teave.³⁸

74. Minu arvates juhib see käsitlusviis tähelepanu eemale sisuliselt probleemilt, mille pinnalt on eelotsusetaotlus esitatud ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimus ise tekkinud.

33 Nii leiti seoses universaalse postiteenusega (28. septembri 2006. aasta kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad, C-282/04 ja C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 38) või regulaarsete meretransporditeenustega saartele või saartelt või nende vahel (20. veebruari 2001. aasta kohtuotsus Analir jt, C-205/99, EU:C:2001:107, punkt 27).

34 Need on territooriumid, mida käsitletakse eriliselt ELTL-ile lisatud protokollis nr 26 artiklis 1 sätestatud põhimõttelises avalduses, selles mõttes, et liidu ühised väärtused seoses üldist majandushuvi pakkuvate teenustega hõlmavad vastavalt ELTL artiklile 14 muu hulgas eelkõige „[kõnealuste] teenuste mitmekesisus[t] ning kasutajate vajaduste [...] erinevus[i], mis võivad tuleneda erinevatest geograafilistest [...] olukordadest“.

35 Tema kirjalike seisukohtade punkt 71.

36 Tema kirjalike seisukohtade punktid 26 ja 27. „Järeldus“ põhineb kahel määruse nr 1008/2008 eelkäija, määruse (EMÜ) nr 2408/92 kohasel komisjoni teatisel: esimene avaliku teenindamise kohustuste kehtestamise kohta regulaarlennuliinidel Portugalis (EÜT 1995, C 200, lk 3) ja teine teatavatele regulaarlennuteenustele kehtestatud avaliku teenuse osutamise kohustuse muudatus Portugalis (ELT 2004, C 248, lk 6).

37 Párpública kirjalike seisukohtade punkt 107, milles ta viitab komisjoni 20. oktoobri 2010. aasta teatisele vastavalt määruse nr 1008/2008 artikli 16 lõikele 4 – Avaliku teenindamise kohustused regulaarlennuliinidel (ELT 2010, C 283, lk 14).

38 Kohtuistungil kinnitati, et TAP ei käita alates 28. märtsist 2015 ühtki liini, mis kuulub avaliku teenindamise kohustuse alla. Sellest kuupäevast alates kehtib liikuvuse sotsiaalhüvitise süsteem, mida rakendatakse kõikide teatavaid liine teenindavate ettevõtjate lennupiletitele.

75. Kohane on pöörduda tagasi lisatingimuste artikli 5 punktis d kirjeldatud tingimuse sõnastuse juurde. Seal on juttu tingivas kõneviisis „[v]õime[st] tagada [TAP SA-l] *lasuda võivate* avaliku teenindamise kohustuste täitmine õigeaegselt ja nõuetekohaselt“³⁹. Ei ole nimetatud äriühingul *lasuvaid* kohustusi – see tähendab teda tegelikult puudutavaid kohustusi –, vaid [*lasuda võivaid*] kohustusi – see tähendab kohustusi, mis võivad teda kunagi puudutada.

76. Valikukriteerium ei ole seega mitte võime *tagada jätkuvalt* nende avaliku teenindamise kohustuste täitmine, mis TAP SA-l juba on (millised need ka ei oleks), vaid võime täita kohustusi, mis võidakse panna siis, kui taaserastamises väljavalitud isik on omandanud osaluse tema kapitalis.

77. Lisatingimuste artikli 5 punktis d on küll eriliselt nimetatud ka teenuseid „lennuühenduste osas riigi ja vajaduse korral autonoomsete piirkondade peamiste lennujaamade vahel, ning autonoomseid piirkondi [...] teenindada võivate liinide järjepidevus ja tugevdamine“. Nii on nimetatud teenuseid, mida TAP SA on määruse nr 1008/2008 artikli 16 alusel juba kohustatud osutama. Kuid lisaks sellele, et sellele kehtivale kohustusele ei ole sõnaselgelt viidatud, leian, et tingimus kaldub võimaliku kohustuse poole, kuna selles räägitakse ühendustest autonoomsete piirkondadega „vajaduse korral“⁴⁰.

78. Kui see tõlgendus on liiga grammatiline või formaalne ja isegi kui nõustuda, et lisatingimuste eesmärk on tagada TAP SA-le *juba* siduvate avaliku teenindamise kohustuste täitmine, on oluline tegur, et eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab oma küsimuses „[nõuet], et omandav üksus peab täitma avaliku teenindamise kohustusi“. Ta ei maini seega omandaja võimet täita konkreetseid avaliku teenindamise kohustusi, mis on omandatud üksusel.

79. Võimalik, et „kohustused“, mida eelotsusetaotluse selles osas käsitletakse, on need, mis TAP SA-le juba kehtivad. Kuid – ja see on minu arvates oluline – eelotsusetaotluse esitanud kohus ei küsi konkreetselt nende kohustuste kohta (kohustused, mis, nagu teatati, 2015. aastal kaotati) ega ka kas need kehtestati TAP SA-le määruse nr 1008/2008 alusel või kas, vastasel juhul, nende täitmise tagamine võib sellegipoolest olla üks valikukriteerium. Tema küsimus piirdub kitsalt sellega, kas nõue, et peab olema võime täita avaliku teenindamise kohustusi, võib olla valikukriteerium, mis on liidu õigusega kooskõlas.

80. Nendel väga abstraktsetel tingimustel tuleks TAPi jaoks erastamise ajal kehtinud konkreetsed avaliku teenindamise kohustused jätta vastamisel arvesse võtmata. Selle üksikasja kohta ei ole – kordan – midagi märkinud eelotsusetaotluse esitanud kohus, kelle ülesanne on pealegi kindlaks määrata, kas need kohustused on kehtestatud juriidiliselt õiguspäraselt või mitte (ja teisel juhul, milliste tagajärgedega). Seda muidugi eeldusel, et selle konkreetse küsimuse kohta on esitatud põhikohtuasjas tühistamisnõue, mida – nagu näib – ei ole tehtud.

81. Seepärast on omandavale üksusele esitatud nõue, et tal peab olema võime täita avaliku teenindamise kohustusi riigi peamisi lennujaamu autonoomsete piirkondade peamiste lennujaamadega ühendavatel lennuliinidel, nõue, mis on õigustatud, isegi kui see piirab asutamisvabadust, kuna see vastab ülekaalukale üldisele huvile. See huvi ei ole lõppkokkuvõttes muu kui see, millele tugineb seda liiki kohustuste kehtestamise õiguspärasus ise, mida määruse nr 1008/2008 artikkel 16 sõnaselgelt toetab.

82. Seega on kõnealune nõue lisaks sellele, et see on õigustatud, ka asjakohane ja sobiv, sest see tagab selliste avaliku teenindamise kohustuste täitmise, mis võivad erastatud äriühingul lasuda, ilma et see läheks kaugemale sellest, mis on selle eesmärgi saavutamiseks täpselt vajalik.

39 Kohtujuristi kursiiv. Portugalikeelses originaalis: „*obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA*“.

40 Sellega seoses on sättes nimetatud „autonoomseid piirkondi, välisriikides asuvaid Portugali kogukondi ning riike ja kogukondi, milles kõneldav keel või mille ametlik keel on portugali keel, *teenindada võivate* liinide järjepidevus[t] ja tugevdami[st]“. Taas kord räägitakse võimalikkuse nüansiga ja igal juhul seoses määruse nr 1008/2008 artiklis 16 käsitletud lennuliinidest erinevate lennuühendustega.

E. Nõue, et lennuettevõtja registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus peab jääma Portugali (esimene eelotsuse küsimus)

83. Üks valikukriteerium on vastavalt lisatingimuste artikli 5 punktile c „[n]iisuguse adekvaatse ja sidusa strateegiaprojekti esitamine ja rakendamise tagamine“, millega säilitatakse ja edendatakse TAP SA majanduskasvu, säilitades seejuures tema terviklikkuse, identiteedi ja autonoomia. Rõhutatakse vajadust säilitada „kaubamärk[...] TAP ja selle seostatus[...] Portugaliga“ ja jätta tema registrijärgne asukoht ja tegeliku juhtimise keskus sellesse liikmesriiki.

84. Madalmaade valitsus on seisukohal, et see nõue võib olla piisavalt õigustatud eesmärgiga tagada omandavale äriühingule kehtestatud (või võimalikult kehtestatavate) avaliku teenindamise kohustuste täitmine.⁴¹ Tema argumentid mind siiski üldse ei veena.

85. Kohtupraktika ei ole tegelikult väga aldis seda laadi asukoha nõudeid valideerima, sest üldjuhul on võimalik kasutada vähem piiravaid meetmeid.⁴² Ja kui määruse nr 1008/2008 artiklis 16 käsitletud avaliku teenindamise kohustused (see tähendab ainult ühendusesisesed ühendused) on kehtestatud otseselt lennuliinide kohta, olenemata sellest, milline lennuettevõtja neid liine teenindab, siis oleks eespool nimetatud seisukohast õigustatud, et igal ettevõtjal, kes kavatses neid liine teenindada, peaks olema registrijärgne asukoht Portugalis, mis näib mulle ülemäärane.

86. Lisaks ei saa mõnda lisatingimuste artikli 5 punkti d kohustustest („välisriikides asuvaid Portugali kogukondi ning riike ja kogukondi, milles kõneldav keel või mille ametlik keel on portugali keel, teenindada võivate liinide järjepidevuse ja tugevdamise“ tagamine) iseenesest käsitada avaliku teenindamise kohustusena eespool nimetatud määruse nr 1008/2008 artikli 16 tähenduses.

87. Nagu komisjon välja tõi, on lennutranspordisektoris tavaks lisada kahepoolsetesse lepingutesse, mille sõlmivad nii liit kui ka liikmesriigid kolmandate riikidega, nõue riikkondsuse kohta.⁴³ Sellise sisuga on tema sõnul kahepoolsed lepingud Portugali ja portugali keelekogukonda kuuluvate selliste kolmandate riikide vahel nagu Angola, Brasiilia või Mosambiik,⁴⁴ kellega on Portugalil erilised ajaloolised, kultuurilised, sotsiaalsed ja poliitilised sidemed, mille edendamiseks ning tugevdamiseks on tingimata vajalik stabiilne, regulaarne ja piisav lennutransport.

88. Samamoodi rõhutab Párpública, et muu hulgas Angola ja Mosambiigiga sõlmitud lepingutes on ette nähtud, et Portugaliga ühenduse teenuseid osutama määratud lennuettevõtja registrijärgne asukoht peab olema Portugali territooriumil, nii et selle üleviimine teise riiki tähendaks tegevusloa ja vastavate liiklusõiguste kaotamist,⁴⁵ mis võib väga tõsiselt kahjustada ühte selle side põhielementidest, millel põhinevad Portugali traditsioonilised suhted portugali keelse rahvasteühenduse riikidega ja mis on selle liikmesriigi jaoks esmajärgulise tähtsusega kultuuri- ja poliitikavara.

89. Kui see on nii, mida kontrollida on liikmesriigi kohtu ülesanne, siis leian, et see valikukriteerium on vajalik ja mitte ebaproportsionaalne piirang.

F. Kohustus säilitada ja arendada tegevuskohta riigis (kolmas küsimus)

90. Lisatingimuste artikli 5 punkt e nõuab omandavalt ettevõtjalt „[k]aasaaitamist riigi majanduskasvule, sealhulgas praeguse tegevuskoha (*hub*) riigis säilimisele ja arendamisele otsustava strateegilise tähtsusega platvormina suhetes Euroopa, Aafrika ja Ladina-Ameerikaga“.

41 Madalmaade valitsuse kirjalike seisukohtade punkt 36.

42 Madalmaade valitsus viitab 7. mai 1998. aasta kohtuotsusele Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, punktid 36 ja 37).

43 Tema kirjalike seisukohtade punkt 52.

44 *Ibidem*, punkt 55.

45 Tema kirjalike seisukohtade punktid 40 ja 41.

91. Näib selge, et tegevuskoha säilitamine ja arendamine on seotud puhtalt majandusliku eesmärgiga, see tähendab riigi majanduskasvu suurendamisega.

92. Selle kriteeriumi kasuks võiks ehk väita (nagu ka eespool analüüsitud kriteeriumi kohta), et see on sobiv Portugali ajaloolise ja keelekogukonna riikidega suhete järjepidevuse tagamiseks. Lisatingimuste klauslis on siiski juttu ainult „[tegevuskoha] otsustavast strateegilisest tähtsusest suhetes Euroopa, Aafrika ja Ladina-Ameerikaga“, eeldades, et nende suhete olulisus kehtib erastamissätte kontekstis, lähtuvalt riigi majandusest ja tegurina, mis võib aidata kaasa selle kasvule.

93. Seda puhtalt majanduslikku mõõdet arvestades ei saa tegevuskoha riigis säilitamise kriteerium Euroopa Kohtu praktika kohaselt õigustada asutamisevabaduse piiramist, mida see endast kujutab.

94. Vastavalt 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsusele AGET Iraklis⁴⁶ ei saa „vastavalt järjepidevale kohtupraktikale [...] puhtmajanduslike kaalutlustega, nagu eelkõige liikmesriigi majanduse ja selle toimimise edendamine, õigustada aluslepingus keelatud piiranguid“.

95. See ei tähenda, et Euroopa Kohus ei võta arvesse liikmesriikide majanduslikke huve, kui nad takistavad asutamisevabadust sotsiaalpoliitika õiguspärase eesmärgi kasuks. Nii on samas kohtuotsuses AGET Iraklis kinnitatud, et „[l]iidu eesmärgid ei ole ainult majanduslikud, vaid ka sotsiaalsed, ning seetõttu peab kaupade, isikute, teenuste ja kapitali vaba liikumist käsitlevatest aluslepingu sätetest tulenevate õiguste puhul võtma arvesse sotsiaalpoliitika eesmärgi, mille hulgas on vastavalt ELTL artikli 151 esimesele lõigule tööhõive edendamine ning parandatud elamis- ja töötingimused, et võimaldada nende ühtlustamist samal ajal jätkuva parandamisega, piisav sotsiaalkaitse, tööturu osapoolte dialoog, inimressursside arendamine, pidades silmas kestva kõrget tööhõivet ja tööturul väljatõrjumise tõkestamist“⁴⁷.

96. Käesolevas kohtuasjas ei täheldata sellel kriteeriumil siiski muud kui rangelt majanduslikku mõõdet, millele on selles osas lisatingimustes ainsana tuginetud. Selle kohaldamine takistab asutamisevabadust, mis ilma mõistliku õigustusega on liidu õigusega vastuolus.

VI. Ettepanek

97. Eespool öeldut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Supremo Tribunal Administrativo (Portugali kõrgeim halduskohus) järgmiselt:

1. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiivi 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul artikli 1 lõiget 2 ei kohaldata lennuettevõtja aktsiakapitali omava avalik-õigusliku üksuse taaserastamismenetluse suhtes.
2. ELTL artikleid 49 ja 54 tuleb tõlgendada nii, et nendega ei ole vastuolus, et niisugustel asjaoludel nagu käesolevas kohtuasjas on taaserastamismenetluse nõueteks muu hulgas:
 - võime tagada omandaval üksusel lasuda võivate avaliku teenindamise kohustuste täitmine ja
 - äriühingu registrijärgse asukoha ja tegeliku juhtimise keskuse säilitamine selles liikmesriigis, kus äriühing asutati, tingimusel et see on tingimata vajalik, et tagada lennuliiklusõigused, mis on antud kahepoolsete lepingute alusel, mille on see riik sõlminud kolmandate riikidega, kellega tal on erilised ajaloolised, keelelised, kultuurilised ja sotsiaalsed sidemed, kui need lepingud nõuavad, et ettevõtjal, kes on vastava tegevusloa omanik, oleks lepingu sõlminud liikmesriigi riikkondsus.

⁴⁶ 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus (C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 72).

⁴⁷ 21. detsembri 2016. aasta kohtuotsus AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 77).

3. ELTL artikleid 49 ja 54 tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus, et nimetatud nõuete hulgas on „[k]aasaaitamine riigi majanduse kasvule, sealhulgas praeguse tegevuskoha [...] säilimisele ja arendamisele riigis“.