



## Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (druga izba)

z dnia 27 lutego 2019 r.\*

Odesłanie prejudycjalne – Swoboda przedsiębiorczości – Rozporządzenie (WE) nr 1008/2008 – Przedsiębiorstwo transportu lotniczego – Postępowanie reprivatyzacyjne – Sprzedaż akcji reprezentujących do 61% kapitału zakładowego – Warunki – Obowiązek utrzymywania siedziby i rzeczywistego zarządu w danym państwie członkowskim – Obowiązki użyteczności publicznej – Obowiązek utrzymywania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*)

W sprawie C-563/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia) postanowieniem z dnia 20 czerwca 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 25 września 2017 r., w postępowaniu:

**Associação Peço a Palavra,**

**João Carlos Constantino Pereira Osório,**

**Maria Clara Marques Pires Sarmiento Franco,**

**Sofia da Silva Santos Arauz,**

**Maria João Galhardas Fitas**

przeciwko

**Conselho de Ministros,**

przy udziale:

**Parpública – Participações Públicas SGPS SA,**

**TAP – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA,**

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes Trybunału, pełniący obowiązki prezesa drugiej izby, A. Prechal (sprawozdawca) i C. Toader, A. Rosas i M. Ilešič, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

\* Język postępowania: portugalski.

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 września 2018 r.,  
rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Parpública – Participações Públicas SGPS SA przez M. Mendesa Pereirę, advogado,
- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandes, M. Figueireda i A. Duarte de Almeidę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez P. Gentilego, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu niderlandzkiego przez M.K. Bulterman i J. Langer, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez P. Costę de Oliveirę, L. Malferrarię i K. Simonssona, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 21 listopada 2018 r.,

wydaje następujący

### **Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49, 54, 56 i 57 TFUE oraz art. 2, 16 i 17 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. 2006, L 376, s. 36).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Associação Peço a Palavra, stowarzyszeniem prawa portugalskiego o celach niezarobkowych, oraz czterema osobami fizycznymi posiadającymi obywatelstwo portugalskie (zwanymi dalej łącznie „APP i in.”) a Conselho de Ministros (radą ministrów, Portugalia) w przedmiocie ważności decyzji ustalającej w specyfikacji warunków zamówienia niektóre warunki mające zastosowanie do postępowania reprivatyzacji pośredniej TAP – Transportes Aéreos Portugueses SA (zwanej dalej „TAP”).

### **Ramy prawne**

#### ***Prawo Unii***

##### *Dyrektywa 2006/123*

- 3 Zgodnie z motywem 21 dyrektywy 2006/123 „[u]sługi transportowe, w tym transport miejski, taksówki i karetki pogotowia ratunkowego, jak również usługi portowe powinny być wyłączone z zakresu zastosowania [tej] dyrektywy”.
- 4 Z art. 2 ust. 2 lit. d) tej dyrektywy wynika, że nie ma ona zastosowania do usług w dziedzinie transportu, w tym usług portowych, objętych zakresem zastosowania tytułu V części trzeciej traktatu WE, obecnie tytułu VI części trzeciej traktatu FUE.

- 5 Rozdział IV wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Swobodny przepływ usług”, zawiera art. 16, w którym określono warunki, na jakich usługodawcy mogą świadczyć swobodnie usługi w państwie członkowskim innym niż to, w którym mają siedzibę, i art. 17, który wylicza wyjątki od tego prawa.

*Rozporządzenie nr 1008/2008*

- 6 Motywy 10–12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz.U. 2008, L 293, s. 3) stanowią:

„(10) W celu pełnej realizacji wewnętrznego rynku lotniczego należy znieść nadal istniejące ograniczenia stosowane między państwami członkowskimi, takie jak ograniczenia w zakresie dzielenia oznaczeń linii (code-share) na trasach do państw trzecich lub ustalania taryf na trasach do państw trzecich z międzyrządowaniem w innym państwie członkowskim [...].

(11) W celu uwzględnienia specyficznych właściwości oraz ograniczeń cechujących regiony najbardziej oddalone, w szczególności ich oddalenia, wyspiarskiego charakteru oraz niewielkich rozmiarów, a także ze względu na potrzebę odpowiedniego ich połączenia z centralnymi regionami Wspólnoty, uzasadnione może być wprowadzanie specjalnych ustaleń w zakresie przepisów dotyczących okresu ważności umów o obowiązku użyteczności publicznej, obejmujących trasy lotnicze do takich regionów.

(12) Warunki, na jakich możliwe jest nakładanie obowiązku użyteczności publicznej, powinny zostać wyraźnie i jednoznacznie określone, natomiast związane z nimi procedury przetargowe powinny umożliwiać udział w nich odpowiedniej ilości oferentów. W indywidualnych przypadkach Komisja powinna mieć możliwość uzyskania wszystkich niezbędnych informacji w celu dokonania oceny ekonomicznego uzasadnienia obowiązku użyteczności publicznej”.

- 7 Artykuł 2 tego rozporządzenia, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Do celów niniejszego rozporządzenia:

1) »koncesja« oznacza uprawnienie przyznawane przedsiębiorstwu przez właściwy organ wydający koncesje i umożliwiające mu wykonywanie przewozów lotniczych na warunkach określonych w koncesji;

[...]

8) »certyfikat przewoźnika lotniczego (AOC)« oznacza certyfikat wydany przedsiębiorstwu, potwierdzający, że przewoźnik ten posiada kwalifikacje zawodowe i organizacyjne, pozwalające zapewnić bezpieczeństwo operacji określonych w certyfikacie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego lub krajowego;

9) »skuteczna kontrola« oznacza związek ustanowiony na mocy praw, umów lub wszelkich innych środków, które oddzielnie albo wspólnie i z uwzględnieniem poszanowania danego stanu faktycznego lub prawnego przyznają możliwość wywierania bezpośrednio lub pośrednio decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez:

a) prawo użytkowania wszystkich lub części aktywów przedsiębiorstwa;

b) prawa lub umowy, które przyznają decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa lub w inny sposób przyznają decydujący wpływ na prowadzenie działalności przez przedsiębiorstwo;

10) »przewoźnik lotniczy« oznacza przedsiębiorstwo posiadające ważną koncesję lub równoważny dokument;

11) »wspólnotowy przewoźnik lotniczy« oznacza przewoźnika lotniczego z ważną koncesją przyznaną przez właściwy organ wydający koncesje, zgodnie z rozdziałem II;

[...]

14) »prawo przewozowe« oznacza prawo do wykonywania przewozu lotniczego między dwoma portami lotniczymi Wspólnoty;

[...]

26) »główne miejsce prowadzenia działalności« oznacza siedzibę główną lub siedzibę statutową wspólnotowego przewoźnika lotniczego w państwie członkowskim, w którym wykonywane są główne czynności finansowe i prowadzona jest kontrola działalności wspólnotowego przewoźnika lotniczego, w tym zarządzanie ciągłą zdatnością do lotu”.

8 Rozdział II rozporządzenia 1008/2008, zatytułowany „Koncesja”, zawiera art. 4, który stanowi:

„Właściwy organ państwa członkowskiego wydający koncesje przyznaje koncesję przedsiębiorstwu, pod warunkiem że:

a) główne miejsce prowadzenia działalności przez to przedsiębiorstwo znajduje się w tym państwie członkowskim;

b) posiada ono ważny AOC, wydany przez organ krajowy tego samego państwa członkowskiego, którego właściwy organ wydający koncesje jest odpowiedzialny za przyznanie, odmowę przyznania, cofnięcie lub zawieszenie koncesji tego wspólnotowego przewoźnika lotniczego;

[...]

f) państwa członkowskie lub obywatele państw członkowskich posiadają ponad 50% udziałów w przedsiębiorstwie oraz skutecznie je kontrolują, bezpośrednio lub pośrednio poprzez jedno lub więcej przedsiębiorstw pośredniczących, z wyjątkiem przypadków zgodnych z postanowieniami umowy z państwem trzecim, której Wspólnota jest stroną;

[...]”.

9 Artykuł 8 ust. 1, 5 i 7 rozporządzenia nr 1008/2008 przewiduje:

„1. Koncesja zachowuje ważność tak długo, jak długo wspólnotowy przewoźnik lotniczy spełnia wymagania niniejszego rozdziału.

Wspólnotowy przewoźnik lotniczy jest w stanie w każdej chwili wykazać, na wniosek właściwego organu wydającego koncesje, że spełnia wszystkie wymagania niniejszego rozdziału.

[...]

5. Wspólnotowy przewoźnik lotniczy powiadamia właściwy organ wydający koncesje:

[...]

b) z wyprzedzeniem – o wszelkich planowanych łączeniach lub nabyciach;

[...]

7. Właściwy organ wydający koncesje podejmuje w stosunku do wspólnotowych przewoźników lotniczych, którym przyznał koncesje, decyzję o tym, czy koncesję należy ponownie przedstawić do zatwierdzenia w przypadku zmiany jednego lub większej liczby elementów wpływających na sytuację prawną wspólnotowego przewoźnika lotniczego oraz, w szczególności, w przypadku łączenia lub przejścia.

[...]”.

- 10 Znajdujący się w rozdziale III rozporządzenia nr 1008/2008, zatytułowanym „Dostęp do tras”, art. 15 stanowi:

„1. Wspólnotowi przewoźnicy lotniczy są uprawnieni do wykonywania wewnątrzspółnotowych przewozów lotniczych.

2. Państwa członkowskie nie uzależniają wykonywania wewnątrzspółnotowych przewozów lotniczych przez wspólnotowego przewoźnika lotniczego od jakichkolwiek zezwoleń lub upoważnień. Państwa członkowskie nie wymagają od wspólnotowych przewoźników lotniczych przedstawiania żadnych dokumentów ani informacji, które zostały już przez nich dostarczone właściwemu organowi wydającemu koncesje, pod warunkiem że stosowne informacje mogą zostać uzyskane od właściwego organu wydającego koncesje w odpowiednim czasie.

[...]”.

- 11 Wspomniany art. 15 ustala w ust. 4 i 5 zasady w dziedzinie porozumień dotyczących dzielenia oznaczeń linii, jakie mogą zawierać wspólnotowi przewoźnicy lotniczy.
- 12 Artykuł 16 rozporządzenia nr 1008/2008, zatytułowany „Ogólne zasady dotyczące wykonywania obowiązku użyteczności publicznej”, również znajdujący się w rozdziale III tego rozporządzenia, stanowi w ust. 1 i 4:

„1. Państwo członkowskie – po przeprowadzeniu konsultacji z innymi zainteresowanymi państwami członkowskimi i po poinformowaniu Komisji, zainteresowanych portów lotniczych i przewoźników lotniczych operujących na danej trasie – może nałożyć obowiązek użyteczności publicznej w stosunku do regularnego przewozu lotniczego między portem lotniczym we Wspólnocie a portem lotniczym obsługującym region peryferyjny lub rozwijający się położony na swoim terytorium lub na drugorzędnej trasie do dowolnego portu lotniczego na swoim terytorium, którą uznaje się za żywotnie ważną dla gospodarczego i społecznego rozwoju regionu, który jest obsługiwany przez ten port lotniczy. Zobowiązanie to nakłada się jedynie w zakresie niezbędnym do zapewnienia na tej trasie minimalnej liczby regularnych przewozów lotniczych, spełniających ustalone normy dotyczące ciągłości, regularności, ustalania taryf lub minimalnej pojemności, których przewoźnicy nie przyjęliby, gdyby brali pod uwagę wyłącznie swój interes handlowy.

Ustalone normy, dotyczące trasy objętej obowiązkiem użyteczności publicznej, określa się w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny.

[...]

4. Jeśli państwo członkowskie zamierza nałożyć obowiązek użyteczności publicznej, przekazuje Komisji, innym zainteresowanym państwom członkowskim, portom lotniczym i przewoźnikom lotniczym operującym na danej trasie tekst przewidywanego nałożenia obowiązku użyteczności publicznej.

Komisja publikuje w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* notę informacyjną, w której:

- a) określa dwa porty lotnicze, które łączy ta trasa, i możliwe punkty międzylądowania;
- b) zamieszcza datę wejścia w życie obowiązku użyteczności publicznej; oraz
- c) wskazuje pełen adres, pod którym zainteresowane państwo członkowskie niezwłocznie i bezpłatnie udostępnia tekst oraz wszelkie stosowne informacje lub dokumenty dotyczące obowiązku użyteczności publicznej”.

### ***Prawo portugalskie***

13 Dekretem z mocą ustawy nr 181-A/2014 z dnia 24 grudnia 2014 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 248, z dnia 24 grudnia 2014 r.) rada ministrów ustaliła postępowanie reprivatyzacji TAP polegające, w szczególności, na bezpośredniej tak zwanej „referencyjnej” sprzedaży stanowiącej do 61% akcji spółki dominującej TAP, spółki holdingowej TAP – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA (zwanej dalej „TAP SGPS”).

14 Motywy owego dekretu z mocą ustawy stanowią w szczególności:

„Chodzi o przedsiębiorstwo bardzo związane z państwem, który to związek należy utrzymać, a zatem trzeba uprzywilejować zachowanie jego charakterystycznego powołania, jakim jest bycie »przedsiębiorstwem pod banderą«. Rząd uważa, że postępowanie reprivatyzacyjne TAP powinno być zgodne ze strategicznym znaczeniem »krajowego hub«, jako fundamentalnego ogniwa relacji pomiędzy Europą, Afryką i Ameryką Łacińską, dla których transakcje lotnicze TAP stanowią decydujący element, z uwzględnieniem również znaczenia połączeń wewnętrznych, w szczególności tych, które zapewniają związek pomiędzy terytorium kontynentalnym a wyspami, które mają zasadnicze znaczenie dla promowania spójności terytorialnej i społecznej oraz rozwoju gospodarczego”.

15 Artykuł 4 ust. 3 dekretu z mocą ustawy nr 181-A/2014 wylicza niektóre kryteria wyboru ofert w celu dopuszczenia potencjalnych nabywców do uczestniczenia w kolejnych etapach sprzedaży bezpośredniej oraz w celu wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny. Przewiduje on, że pozostałe właściwe szczególne warunki zostaną określone decyzją rady ministrów.

16 Zgodnie z art. 8 tego dekretu z mocą ustawy, zatytułowanym „Regulacja”:

„1. Ostateczne i konkretne warunki transakcji, jakie mają zostać dokonane w ramach reprivatyzacji TAP SGPS oraz wykonywanie kompetencji przyznanych radzie ministrów w ramach niniejszego dekretu zostaną ustanowione poprzez przyjęcie jednej lub kilku uchwał.

2. Jeżeli chodzi o bezpośrednią sprzedaż referencyjną, to do rady ministrów należy:

- a) zatwierdzenie specyfikacji warunków zamówienia określającej szczególne warunki tych transakcji i objęcie nabytych i subskrybowanych akcji systemem niedostępności;

[...]”.

17 Na podstawie art. 8 dekretu z mocą ustawy nr 181-A/2014 rada ministrów wydała w dniu 15 stycznia 2015 r. decyzję nr 4-A/2015 (*Diário da República*, seria 1, nr 13, z dnia 20 stycznia 2015 r.) zawierającą w szczególności specyfikację warunków zamówienia regulującą bezpośrednią sprzedaż referencyjną, która została ujęta w załączniku I do tej decyzji i stanowi jej integralną część (zwaną dalej „specyfikacją warunków zamówienia”).

18 Artykuł 1 specyfikacji warunków zamówienia, zatytułowany „Przedmiot”, stanowi:

„1. Niniejsza specyfikacja warunków reguluje sposób i warunki bezpośredniej sprzedaży referencyjnej akcji reprezentujących kapitał zakładowy spółki [TAP SGPS], która ma zostać dokonana w procesie reprivatyzacji pośredniej kapitału zakładowego [TAP]. [...]

2. Bezpośrednia sprzedaż referencyjna obejmuje zbycie w drodze indywidualnych negocjacji jednego lub kilku niepodzielnych pakietów akcji reprezentujących kapitał zakładowy [TAP SGPS] na rzecz jednego lub kilku inwestorów krajowych lub zagranicznych, indywidualnie lub w grupie.

3. Bezpośrednia sprzedaż referencyjna akcji wskazanych we wcześniejszym punkcie jest zawierana z jednym lub z kilkoma oferentami, którzy zostaną wybrani jako nabywcy akcji będących przedmiotem bezpośredniej sprzedaży.

4. W dziedzinie bezpośredniej sprzedaży referencyjnej akcje, które mają zostać nabyte przez wybranego lub wybranych oferentów, są sprzedawane przez Parpública – Participações Públicas SGPS SA”.

19 Zgodnie z art. 5 specyfikacji warunków zamówienia, zatytułowanym „Kryteria wyboru”:

„Kryteria, jakie należy stosować przy wyborze jednego lub kilku podmiotów, które dokonają nabycia akcji, o których mowa w art. 1 ust. 2, są następujące:

a) przyczynianie się do wzmocnienia zdolności gospodarczo-finansowej [TAP SGPS] oraz [TAP] oraz ich struktury kapitałowej [...] w taki sposób, aby przyczynić się do zrównoważonego rozwoju i optymalizacji przedsiębiorstw w celu zwiększenia ich działalności, a także w celu zachowania wartości i znaczenia kapitału pozostałego w posiadaniu państwa oraz wartości opcji sprzedaży;

[...]

c) przedstawienie gwarancji wykonania adekwatnego i koherentnego projektu strategicznego z uwzględnieniem zachowania i wspierania wzrostu [TAP] przy jednoczesnym przestrzeganiu celów wyznaczonych przez rząd dla procesu reprivatyzacji, wspierania wzmocnienia pozycji konkurencyjnej [TAP] jako przedsiębiorstwa transportu lotniczego na skalę światową na aktualnych i nowych rynkach, utrzymanie integralności, tożsamości gospodarczej i autonomii grupy TAP, w szczególności poprzez zachowanie marki TAP i jej kojarzenia z Portugalią oraz poprzez zapewnienie, iż siedziba i rzeczywisty zarząd grupy TAP nadal będą znajdować się w Portugalii, przyczynianie się do zachowania i rozwoju jakości operacyjnej i handlowej grupy TAP oraz wykorzystanie i rozwój jej zasobów ludzkich;

d) zdolność zapewnienia wykonywania w sposób systematyczny i adekwatny obowiązków użyteczności publicznej, jakie mogą ciążyć na [TAP], w tym w zakresie połączeń lotniczych pomiędzy głównymi lotniskami krajowymi oraz, w razie potrzeby, regionami autonomicznymi, jak również kontynuację wzmocnienia połączeń, które służą regionom autonomicznym, społecznościom portugalskim za granicą oraz krajom i wspólnotom, których językiem urzędowym jest język portugalski;

e) przyczynianie się do wzrostu gospodarki krajowej, w tym w zakresie utrzymania i rozwoju aktualnego centrum krajowego jako platformy o kluczowym znaczeniu strategicznym w stosunkach pomiędzy Europą, Afryką i Ameryką Łacińską;

[...]”.

20 Decyzją nr 32-A/2015 z dnia 21 maja 2015 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 98, z dnia 21 maja 2015 r.) rada ministrów uznała po zakończeniu pierwszego etapu postępowania reprivatyzacyjnego, że jedna z ofert nabycia powinna zostać odrzucona, ponieważ nie spełniała ona wszystkich warunków

przewidzianych w specyfikacji warunków zamówienia, oraz że dwaj pozostali kandydaci, których oferty były co do zasady równorzędne, powinni zostać zaproszeni do uczestniczenia w etapie negocjacji, będącym drugim etapem postępowania reprivatyzacyjnego.

- 21 Decyzją nr 38-A/2015 z dnia 11 czerwca 2015 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 113, z dnia 12 czerwca 2015 r.), kilka spółek należących do grupy Gateway zostało wybranych w celu dokonania zakupu akcji reprezentujących 61% kapitału zakładowego TAP SGPS. Ostateczna ulepszona oferta przedstawiona przez owe spółki została uznana za najlepszą pod względem przestrzegania kryteriów wyboru przewidzianych w art. 5 specyfikacji warunków zamówienia, jeżeli chodzi w szczególności o wkład w umocnienie zdolności gospodarczej i finansowej grupy TAP.
- 22 W dniu 24 czerwca 2015 r. podpisano umowę, w której Parpública – Participações Públicas SGPS SA (zwana dalej „Parpública”) zgodziła się na sprzedaż 61% kapitału zakładowego TAP SGPS spółkom grupy Gateway, za cenę 10 milionów EUR. Sprzedaż ta została poddana określonym warunkom, które miały zostać spełnione najpóźniej do 24 czerwca 2016 r.
- 23 Decyzją nr 30/2016 z dnia 19 maja 2016 r. (*Diário da República*, seria 1, nr 99, z dnia 23 maja 2016 r.) rada ministrów przyjęła protokół ustaleń podpisany w dniu 6 lutego 2016 r. pomiędzy państwem portugalskim a Atlantic Gateway SGPS Lda, mający na celu ponowne określenie sposobu i warunków uczestniczenia państwa portugalskiego w akcjonariacie TAP SGPS. W ustaleniach tych pierwsza z wymienionych spółek zgodziła się na odsprzedaż liczby akcji koniecznej do tego, aby państwo portugalskie posiadało 50% kapitału zakładowego TAP SGPS.
- 24 W wyniku tych ustaleń spółki grupy Gateway i państwo portugalskie posiadają, odpowiednio, 45% i 50% kapitału zakładowego TAP SGPS, a pozostałe 5% znajduje się w posiadaniu pracowników grupy TAP.

### **Spór w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne**

- 25 APP i in. złożyli skargę do sądu odsyłającego, Supremo Tribunal Administrativo (najwyższego sądu administracyjnego, Portugalia), wnosząc o stwierdzenie nieważności lub uchylenie decyzji nr 4-A/2015 rady ministrów z dnia 15 stycznia 2015 r. w zakresie, w jakim zawiera ona specyfikację warunków zamówienia regulującą bezpośrednią sprzedaż akcji reprezentujących 61% kapitału zakładowego TAP SGPS.
- 26 W tym celu APP i in. twierdzą przede wszystkim, że art. 5 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia, ponieważ wymaga on utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu grupy TAP w Portugalii, narusza art. 49 i 54 TFUE, następnie, że art. 5 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim zobowiązuje nabywcę akcji do wywiązania się z obowiązków użyteczności publicznej, narusza art. 56 i 57 TFUE, a także art. 16 i 17 dyrektywy 2006/123, oraz wreszcie, że art. 5 lit. e) specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim wymaga on utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*), jest sprzeczny z art. 56 i 57 TFUE oraz art. 16 i 17 tej dyrektywy.
- 27 W tych okolicznościach Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
  - „1) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 49 i 54 TFUE oraz ustanowione w nich zasady, dopuszcza, aby w ramach postępowania dotyczącego procesu reprivatyzacji pośredniej kapitału zakładowego spółki z publicznym kapitałem, której przedmiotem jest działalność w zakresie transportu lotniczego, zawarty został w dokumentach regulujących to postępowanie wymóg utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu tej spółki w państwie członkowskim, w którym została ona utworzona, jako kryterium wyboru ofert nabycia przedstawionych przez potencjalnych inwestorów oraz wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny?



- 2) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 56 i 57 TFUE oraz ustanowione w nich zasady, a także zasady niedyskryminacji, proporcjonalności i konieczności, dopuszcza, aby w ramach postępowania dotyczącego procesu reprivatyzacji pośredniej kapitału zakładowego wspomnianej spółki został zawarty w dokumentach regulujących to postępowanie wymóg wykonywania zobowiązań z zakresu usługi publicznej przez podmiot nabywający jako kryterium wyboru ofert nabycia przedstawionych przez potencjalnych inwestorów oraz wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny?
- 3) Czy prawo Unii, a w szczególności art. 56 i 57 TFUE oraz ustanowione w nich zasady, dopuszcza, aby w ramach postępowania dotyczącego procesu reprivatyzacji pośredniej kapitału zakładowego tej spółki został zawarty w dokumentach regulujących to postępowanie wymóg utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum przez podmiot nabywający jako kryterium wyboru ofert nabycia przedstawionych przez potencjalnych inwestorów oraz wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny?
- 4) Jeżeli uwzględni się działalność prowadzoną przez tę spółkę, której kapitał zakładowy jest przedmiotem reprivatyzacji, to działalność tę należy uznać za działalność usługową na rynku wewnętrznym podlegającą postanowieniom dyrektywy [2006/123], jeżeli występuje zwolnienie przewidziane w art. 2 ust. 2 lit. d) wspomnianej dyrektywy dotyczące usługi w dziedzinie transportu? Czy w takim przypadku również wspomniane postępowanie podlega tej dyrektywie?
- 5) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie czwarte, czy postanowienia art. 16 i 17 wspomnianej dyrektywy dopuszczają, aby w ramach postępowania dotyczącego procesu reprivatyzacji pośredniej kapitału wspomnianej spółki zawarto w dokumentach regulujących wspomniane postępowanie wymóg wykonywania zobowiązań z zakresu usługi publicznej przez podmiot nabywający jako kryterium wyboru ofert nabycia przedstawionych przez potencjalnych inwestorów oraz wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny?
- 6) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie czwarte, czy postanowienia art. 16 i 17 wspomnianej dyrektywy dopuszczają, aby w ramach postępowania dotyczącego procesu reprivatyzacji pośredniej kapitału wspomnianej spółki zawarto w dokumentach regulujących wspomniane postępowanie wymóg utrzymania i rozwoju obecnego centrum krajowego [*hub*] przez podmiot nabywający jako kryterium wyboru ofert nabycia przedstawionych przez potencjalnych inwestorów oraz wyboru propozycji stanowiących przedmiot oceny?”.

## **W przedmiocie pytań prejudycjalnych**

### ***W przedmiocie pytań od czwartego do szóstego***

- 28 Przez pytania od czwartego do szóstego, które należy rozpatrywać łącznie i w pierwszej kolejności, sąd odsyłający zastanawia się, odnosząc się do działalności gospodarczej prowadzonej przez TAP w dziedzinie usług transportu lotniczego, nad znaczeniem dyrektywy 2006/123 dla udzielenia odpowiedzi na przedstawione pytania w zakresie, w jakim dotyczą one zgodności z prawem Unii obowiązków użyteczności publicznej i obowiązku utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*), nałożonych w ramach postępowania reprivatyzacji pośredniej tej spółki.
- 29 W tym zakresie należy stwierdzić, że działalność usługową w sektorze transportu lotniczego, taką jak główną działalność TAP, należy zaklasyfikować jako „usługę w dziedzinie transportu” w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2006/123 w związku z jej motywem 21, do której dyrektywa ta nie ma zastosowania (zob. podobnie wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Asociación Profesional Élite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, pkt 36).

- 30 Taką klasyfikację potwierdza orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym pojęcie „usługi w dziedzinie transportu” obejmuje nie tylko usługi przewozowe jako takie, ale także wszelkie usługi nierozzerwalnie związane z fizyczną czynnością polegającą na przemieszczaniu osób lub towarów z jednego miejsca do drugiego za pomocą środka transportu (wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Asociación Profesional Élite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 31 A zatem nie ma potrzeby oceny piątego i szóstego pytania dotyczącego w szczególności zgodności z art. 16 i 17 dyrektywy 2006/123 warunków ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia, które nakładają w ramach prowadzenia działalności transportu lotniczego przez TAP po reprivatyzacji tej spółki określone zobowiązania wynikające z obowiązków użyteczności publicznej, a także obowiązek utrzymania i rozwoju krajowego centrum operacyjnego (*hub*) tej spółki.
- 32 Z kolei w zakresie, w jakim Trybunał może wywnioskować z elementów dostarczonych przez sąd odsyłający przepisy i zasady prawa Unii, które wymagają wykładni z uwagi na przedmiot sporu w postępowaniu głównym (wyrok z dnia 16 lipca 2015 r., Abcur, C-544/13 i C-545/13, EU:C:2015:481, pkt 34), należy zauważyć, że dla celów badania zgodności z prawem Unii warunków ustalonych przez specyfikację istotnych warunków zamówienia właściwe może być rozporządzenie nr 1008/2008 w zakresie, w jakim ustanawia ono wspólne zasady dla wykonywania usług lotniczych w Unii.
- 33 Z uwagi na powyższe rozważania na pytanie czwarte trzeba odpowiedzieć, iż dyrektywę 2006/123 należy interpretować w ten sposób, że nie ma ona znaczenia dla celów badania zgodności z prawem Unii określonych wymogów dotyczących działalności wykonywanej przez spółkę transportu lotniczego nałożonych na nabywcę kwalifikowanego udziału w kapitale zakładowym tej spółki, w szczególności wymogu, zgodnie z którym nabywca ten ma obowiązek wykonywania obowiązków użyteczności publicznej, a także utrzymywania i rozwoju krajowego centrum operacyjnego (*hub*) tej spółki.

### ***W przedmiocie pytań od pierwszego do trzeciego***

#### *Uwagi wstępne*

- 34 Przez swoje pytania od pierwszego do trzeciego, które należy rozpatrywać łącznie i w drugiej kolejności, sąd odsyłający zastanawia się zasadniczo nad zgodnością z podstawowymi swobodami zagwarantowanymi przez traktaty określonych „kryteriów” ustanowionych w specyfikacji warunków zamówienia w celu wyboru nabywcy pakietu akcji reprezentującego do 61% kapitału zakładowego spółki holdingowej w ramach postępowania reprivatyzacji jej spółki zależnej prowadzącej działalność w dziedzinie transportu lotniczego, a w szczególności wymogów dotyczących obowiązków użyteczności publicznej ciążących na owej spółce zależnej, utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu grupy, do której należą owe spółki, w odnośnym państwie członkowskim, a także wymogu utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*).
- 35 W tym zakresie należy zauważyć w pierwszej kolejności, że w uwagach na piśmie oraz podczas rozprawy przed Trybunałem Parpública, przedsiębiorstwo publiczne, które zbyło ów udział i posiada udział zachowany przez państwo portugalskie, podniosło, że sąd odsyłający błędnie zakwalifikował w pytaniach od pierwszego do trzeciego owe kryteria jako „wymogi”. Chodziło bowiem jedynie o ogół kryteriów branych pod uwagę w trakcie oceny poszczególnych ofert nabycia, ponieważ potencjalny nabywca omawianego udziału nie musiał koniecznie zobowiązywać się do spełnienia wszystkich tych kryteriów. Rząd portugalski podważa również obowiązkowy charakter wspomnianych kryteriów.
- 36 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w ramach postępowania przewidzianego w art. 267 TFUE zadania Trybunału i sądu odsyłającego są ściśle rozdzielone. O ile do Trybunału należy wykładnia przepisów prawa Unii, o tyle wyłącznie do sądu odsyłającego należy wykładnia prawa krajowego. Trybunał musi zatem przyjąć wykładnię prawa krajowego, jaka została mu przedstawiona

przez wspomniany sąd krajowy (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2014 r., *Essent Belgium*, od C-204/12 do C-208/12, EU:C:2014:2192, pkt 52; oraz z dnia 28 lipca 2016 r., *Astone*, C-332/15, EU:C:2016:614, pkt 24).

- 37 Ponadto obowiązkowy charakter kryteriów wyliczonych w specyfikacji warunków zamówienia wydaje się być potwierdzony przez art. 1 ust. 1 owej specyfikacji, który stanowi, że „reguluje [ona] sposób i warunki bezpośredniej sprzedaży referencyjnej akcji reprezentujących kapitał zakładowy spółki [TAP SGPS], która ma zostać dokonana w procesie reprivatyzacji pośredniej kapitału zakładowego [TAP]”.
- 38 Wydaje się, że trudno zaprzeczyć temu, iż owe kryteria mają obowiązkowy charakter dla nabywcy danego udziału, ponieważ prowadzą one co do zasady do zobowiązania każdego oferenta uczestniczącego w postępowaniu reprivatyzacyjnym z chwilą złożenia przez niego oferty nabycia do przestrzegania wszystkich obowiązków wynikających ze wspomnianych kryteriów.
- 39 Ponadto z akt sprawy znajdujących się w posiadaniu Trybunału wynika, że po dokonaniu wyboru nabywcy omawianego udziału zostały podpisane ustalenia, w których nabywca ten umownie zobowiązał się do przestrzegania tych obowiązków.
- 40 Następnie należy zauważyć, że sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o zbadanie znajdującego się w specyfikacji warunków zamówienia wymogu utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu w danym państwie członkowskim w świetle postanowień traktatu FUE w dziedzinie swobody przedsiębiorczości, oraz wymogów specyfikacji warunków zamówienia dotyczących wykonywania obowiązków użyteczności publicznej i utrzymania oraz rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*) w świetle postanowień traktatu FUE w dziedzinie swobody świadczenia usług.
- 41 Otóż owe różne wymogi są nakładane na podmioty gospodarcze, które chciałyby zostać wybrane jako nabywca udziału będącego przedmiotem omawianego postępowania reprivatyzacyjnego i które chciałyby mieć również siedzibę w Portugalii. Wspomniane wymogi dotyczą zatem, w pierwszej kolejności, swobody przedsiębiorczości oferenta, mimo że mają one również pośredni wpływ na usługi świadczone przez TAP.
- 42 Ponadto te same wymogi powinny być oceniane jedynie w świetle swobody przedsiębiorczości, a nie w świetle swobodnego przepływu kapitału.
- 43 Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału uregulowanie krajowe, które ma mieć zastosowanie wyłącznie do udziałów pozwalających na wywieranie określonego wpływu na decyzje spółki i określanie jej działalności, jest objęte swobodą przedsiębiorczości (wyroki: z dnia 13 kwietnia 2000 r., *Baars*, C-251/98, EU:C:2000:205, pkt 22; z dnia 10 czerwca 2015 r., *X*, C-686/13, EU:C:2015:375, pkt 18).
- 44 Tymczasem w niniejszym przypadku nabycie udziału w wysokości 61% kapitału TAP SGPS w wyniku postępowania reprivatyzacyjnego omawianego w postępowaniu głównym wydaje się wystarczające dla umożliwienia danemu akcjonariuszowi wywoływania określonego wpływu na zarządzanie i kontrolę tej spółki, a tym samym również na jej spółkę zależną, TAP. Wydaje się, że tak jest nadal po ponownym zdefiniowaniu akcjonariatu TAP SGPS, w wyniku którego ów udział został zmniejszony z 61% do 45%, ponieważ państwo portugalskie odkupiło akcje konieczne do zwiększenia jego udziału z 34% do 50%.
- 45 Wreszcie, jeżeli chodzi o właściwość art. 345 TFUE, na który powołały się Parpública i rząd włoski w uwagach na piśmie przedstawionych Trybunałowi, to oczywiście prawdą jest, że wymogi ustalone w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim ustalają one ramy dla reprivatyzacji przedsiębiorstwa publicznego należącego w całości do państwa członkowskiego, objęte są wspomnianym artykułem.

46 Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 345 TFUE nie skutkuje wyłączeniem systemów własności istniejących w państwach członkowskich z podstawowych reguł traktatu FUE, w szczególności z reguł w dziedzinie niedyskryminacji, swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału (wyrok z dnia 22 października 2013 r., *Essent i in.*, od C-105/12 do C-107/12, EU:C:2013:677, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

*W kwestii istnienia ograniczeń w swobodzie przedsiębiorczości*

47 Jeżeli chodzi, w pierwszej kolejności, o wymóg, zgodnie z którym nabywca ma obowiązek wykonywania obowiązków użyteczności publicznej, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 5 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia ów wymóg dotyczy „[z]dolnoś[ci] zapewnienia wykonywania w sposób systematyczny i adekwatny obowiązków użyteczności publicznej ciążących na TAP, w tym w zakresie połączeń lotniczych pomiędzy głównymi lotniskami krajowymi oraz, w razie potrzeby, regionami autonomicznymi, jak również kontynuację wzmacniania dróg powietrznych, które służą regionom autonomicznym, społecznościom portugalskim za granicą oraz krajom i wspólnotom, których językiem urzędowym jest język portugalski”.

48 W tym kontekście oczywiste jest, że w odniesieniu do regularnych linii lotniczych pomiędzy Portugalią i jej regionami autonomicznymi, takimi jak Azory czy Madera, owo państwo członkowskie w przeszłości nałożyło na przewoźników lotniczych obsługujących owe połączenia lotnicze obowiązki z zakresu usług publicznych, które stanowiły zgodnie z art. 16 ust. 4 rozporządzenia nr 1008/2008 przedmiot ogłoszenia o przetargu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Ponadto z akt sprawy znajdujących się w posiadaniu Trybunału wynika, że zgodność tych zobowiązań z wymogami materialnymi i proceduralnymi ustanowionymi w art. 16 i 17 rzeczonego rozporządzenia nigdy nie była kwestionowana.

49 Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału każdy przepis krajowy w dziedzinie, która była przedmiotem wyczerpującej harmonizacji na szczeblu Unii, powinien być oceniany w świetle postanowień owego środka harmonizującego, a nie w świetle postanowień prawa pierwotnego (wyroki: z dnia 17 listopada 2015 r., *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760, pkt 57; z dnia 7 września 2017 r., *Eqiom i Enka*, C-6/16, EU:C:2017:641, pkt 15 i przytoczone tam orzecznictwo).

50 W tym względzie należy stwierdzić, że jeżeli chodzi o obowiązki użyteczności publicznej w sektorze usług transportu lotniczego, art. 16–18 rozporządzenia nr 1008/2008 interpretowane w świetle motywu 12 tego rozporządzenia w zakresie, w jakim regulują one w sposób szczegółowy warunki materialne i proceduralne, jakie powinny zostać spełnione w celu nałożenia owych obowiązków użyteczności publicznej, oraz w zakresie, w jakim przewidują one ponadto postępowanie przeglądowe dotyczące owych obowiązków po ich nałożeniu, dokonują wyczerpującej harmonizacji.

51 Z art. 16 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia wynika w szczególności, że obowiązków użyteczności publicznej mogą być nałożone przez państwa członkowskie jedynie w odniesieniu do połączeń lotniczych w obrębie Unii, w szczególności w odniesieniu do tych, które łączą port lotniczy położony w Unii i port lotniczy obsługujący region peryferyjny położony na jego terytorium.

52 Z powyższego wynika, że o ile art. 5 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia ogranicza się do wymagania przestrzegania przez nowego akcjonariusza wybranego w postępowaniu repywatyzacyjnym omawianym w postępowaniu głównym ewentualnych obowiązków użyteczności publicznej nałożonych na TAP w zgodzie z warunkami materialnymi i proceduralnymi ustanowionymi w art. 16 i 17 rozporządzenia nr 1008/2008, ów środek krajowy jest zgodny z prawem Unii i nie ma potrzeby oceniania go w świetle prawa pierwotnego, w szczególności w świetle swobody przedsiębiorczości.

- 53 Następnie, jeżeli chodzi o zobowiązania wynikające z art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia dla nabywcy udziału stanowiącego przedmiot postępowania reprivatyzacyjnego omawianego w postępowaniu głównym i dotyczące, odpowiednio, utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu w Portugalii oraz utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*), należy stwierdzić, że owe przepisy krajowe nie są związane z dziedziną zharmonizowaną przez rozporządzenie nr 1008/2008, a tym samym, że powinny one być oceniane w świetle prawa pierwotnego Unii, w niniejszym przypadku w świetle swobody przedsiębiorczości.
- 54 W tym zakresie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału za „ograniczenie swobody przedsiębiorczości” w rozumieniu art. 49 TFUE należy uznać każdy środek, który zakazuje, utrudnia, lub czyni mniej atrakcyjnym korzystanie z tej swobody (zob. w szczególności wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 55 Tymczasem należy stwierdzić, że obydwa wymogi omawiane w postępowaniu głównym wynikające z art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia stanowią ograniczenia swobody przedsiębiorczości, ponieważ utrudniają one lub czynią mniej atrakcyjnym wykonywanie tej swobody.
- 56 W rzeczywistości bowiem wymogi mają na celu uniemożliwienie, aby w przyszłości podjęte zostały określone decyzje przez organy TAP SGPS po zakończeniu postępowania reprivatyzacyjnego i po zmianie wynikającej z niego struktury akcjonariatu, w szczególności decyzje, których przedmiotem jest przeniesienie głównego zakładu lub centrum operacyjnego (*hub*) danej spółki poza Portugalie, nawet wówczas, gdy decyzje te mogłyby odpowiadać interesom ekonomicznym tej spółki.
- 57 W ten sposób wspomniane wymogi powodują powstanie po stronie nabywcy udziału reprezentującego do 61% kapitału zakładowego TAP SGPS ograniczenia w swobodzie podejmowania decyzji, jaką dysponują zazwyczaj organy tej spółki, porównywalne z tymi, które mogą wynikać z wykonywania przez państwo członkowskie prerogatyw państwa członkowskiego związanych z akcjami przyznającymi mu szczególne uprawnienia, zwanymi „golden shares”, mających na celu ochronę interesów ogólnych (zob. analogicznie wyrok z dnia 28 września 2006 r., Komisja/Niderlandy, C-282/04 i C-283/04, EU:C:2006:608, pkt 30).
- 58 Jeżeli chodzi w szczególności o zobowiązanie przewidziane w art. 5 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia mające na celu zagwarantowanie, że siedziba i rzeczywisty zarząd grupy TAP pozostaną w Portugalii, to jego ograniczający charakter nie może w przeciwieństwie do tego, co twierdzą Parpública i rząd portugalski, zostać zakwestionowany na podstawie wyroku z dnia 22 grudnia 2010 r., Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814).
- 59 W wyroku tym Trybunał stwierdził w szczególności, że obowiązek posiadania przez ubiegające się podmioty gospodarcze siedziby lub stałego zakładu na terytorium danego państwa członkowskiego o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie na podstawie koncesji regularnej linii autobusowego transportu osobowego nie był sprzeczny z zasadami prawa Unii, jeżeli został on zastosowany po udzieleniu zezwolenia na prowadzenie i przed rozpoczęciem prowadzenia wspomnianej linii przez przedsiębiorcę.
- 60 W tym zakresie Trybunał orzekł w szczególności, że omawiany obowiązek nie mógł logicznie stanowić jako taki przeszkody lub ograniczenia w swobodzie przedsiębiorczości, ponieważ nie zawierał on najmniejszego ograniczenia swobody podmiotów gospodarczych mających siedzibę w innych państwach członkowskich w utworzeniu agencji lub innych zakładów na tym terytorium (wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r., Yellow Cab Verkehrsbetrieb C-338/09, EU:C:2010:814, pkt 34).
- 61 Niemniej jednak należy stwierdzić, że ów obowiązek jest diametralnie odmienny od obowiązku omawianego w postępowaniu głównym, który dotyczy utrzymania w Portugalii siedziby i rzeczywistego zarządu grupy TAP, to znaczy głównego przedsiębiorstwa spółek tworzących tę grupę.

Wspomniany obowiązek, nieograniczony w czasie, nakazuje nie utworzenie nowego dodatkowego przedsiębiorstwa, lecz utrzymanie głównego przedsiębiorstwa tych spółek istniejącego na terytorium danego państwa członkowskiego.

- 62 Tymczasem zgodnie z art. 49 i 54 TFUE taki obowiązek utrzymania głównego przedsiębiorstwa na terytorium danego państwa członkowskiego stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości spółki utworzonej zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego, to znaczy, w niniejszej sprawie z prawem portugalskim. Owa swoboda obejmuje prawo do przeniesienia głównego przedsiębiorstwa spółki do innego państwa członkowskiego, co oznacza, jeżeli przeniesienie pociąga za sobą przekształcenie spółki w spółkę objętą prawem tego ostatniego państwa i utratę jej pierwotnej przynależności państwowej, że jest ono zgodne z warunkami utworzenia określonymi przez prawo owego państwa relokacji (zob. podobnie wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 33–35).

*W przedmiocie ewentualnego uzasadnienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości*

- 63 Następnie pojawia się pytanie, czy obowiązki wynikające z art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia dotyczące, odpowiednio, utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu TAP w Portugalii oraz utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*), w odniesieniu do których stwierdzono, iż stanowią one ograniczenia swobody przedsiębiorczości nabywców akcji stanowiących przedmiot postępowania reprivatyzacyjnego omawianego w postępowaniu głównym, mogą zostać uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego, co wymaga, aby były one właściwe dla zagwarantowania realizacji zamierzonego w niniejszym przypadku celu oraz aby nie wykaczały one poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia (zob. podobnie w szczególności wyrok z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 52).
- 64 W tym zakresie należy w pierwszej kolejności odrzucić argument rządu niderlandzkiego, zgodnie z którym obowiązek dotyczący utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu TAP w Portugalii jest uzasadniony celem kontroli przestrzegania obowiązku zapewnienia realizacji obowiązków użyteczności publicznej wynikających z art. 5 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia.
- 65 W rzeczywistości bowiem, jak podniósł rzecznik generalny w pkt 85 opinii, w celu zapewnienia takiej kontroli pożądane są środki mniej restrykcyjne dla swobody przedsiębiorczości, takie jak obowiązek posiadania dodatkowego przedsiębiorstwa. Ponadto obowiązek utrzymania przez wszystkie spółki transportu lotniczego swojego głównego przedsiębiorstwa w danym państwie członkowskim z tego tylko powodu, że obsługują one połączenie lotnicze rozpoczynające się lub kończące się na terytorium tego państwa członkowskiego, co stanowi przedmiot obowiązku użyteczności publicznej, byłby oczywiście dysproporcjonalny.
- 66 Po drugie, jeżeli chodzi o wskazanie ewentualnych nadrzędnych względów interesu ogólnego właściwych dla uzasadnienia środków ograniczających wynikających z art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia, to z preambuły do dekretu z mocą ustawy nr 181-A/2014 wynika, że specyfikacja warunków zamówienia powinna uwzględniać okoliczność, iż TAP jest „przedsiębiorstw[em] bardzo związan[ym] z państwem, który to związek należy utrzymać, a zatem trzeba uprzywilejować zachowanie jego charakterystycznego powołania, jakim jest bycie »przedsiębiorstwem pod banderą«,” oraz że specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zapewnić, że postępowanie reprivatyzacji TAP będzie zgodne w szczególności ze „strategicznym znaczeniem »krajowego centrum operacyjnego (*hub*)«, jako fundamentalnego ogniwa relacji pomiędzy Europą, Afryką i Ameryką Łacińską, dla których transakcje lotnicze TAP stanowią decydujący element”, z uwzględnieniem „znaczenia połączeń wewnętrznych, w szczególności tych, które zapewniają związek pomiędzy terytorium kontynentalnym a wyspami, które mają zasadnicze znaczenie dla promowania spójności terytorialnej i społecznej oraz rozwoju gospodarczego”.

- 67 Cele te zostały ujęte w art. 5 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do „przedstawieni[a] gwarancji wykonania adekwatnego i koherentnego projektu strategicznego z uwzględnieniem zachowania i wspierania wzrostu TAP przy jednoczesnym przestrzeganiu celów wyznaczonych przez rząd dla procesu reprivatyzacji, wspierania wzmocnienia pozycji konkurencyjnej TAP jako przedsiębiorstwa transportu lotniczego na skalę światową na aktualnych i nowych rynkach, utrzymani[a] integralności, tożsamości gospodarczej i autonomii grupy TAP, w szczególności poprzez zachowanie marki TAP i jej kojarzenia z Portugalią oraz poprzez zapewnienie, iż siedziba i rzeczywisty zarząd grupy TAP nadal będą znajdować się w Portugalii, przyczyniani[a] się do zachowania i rozwoju jakości operacyjnej i handlowej grupy TAP oraz wykorzystani[a] i rozw[oju] jej zasobów ludzkich”.
- 68 Te same ogólne cele wynikają również z art. 5 lit. e) specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim obejmuje on „przyczynianie się do wzrostu gospodarki krajowej, w tym w zakresie utrzymania i rozwoju aktualnego centrum krajowego jako platformy o kluczowym znaczeniu strategicznym w stosunkach pomiędzy Europą, Afryką i Ameryką Łacińską”.
- 69 W tym kontekście znaczenie ma również art. 5 lit. d) specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim odnosi się on do „połączeń lotniczych pomiędzy głównymi lotniskami krajowymi oraz, w razie potrzeby, regionami autonomicznymi, jak również kontynuację wzmocnienia połączeń, które służą regionom autonomicznym, społecznościom portugalskim za granicą oraz krajom i wspólnotom, których językiem urzędowym jest język portugalski”.
- 70 W tym zakresie należy przypomnieć, że o ile art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia obejmuje cele takie jak zachowanie i promocja wzrostu TAP, wzmocnienie pozycji ekonomicznej tej spółki, przyczynianie się do utrzymania i rozwoju jakości operacyjnej i handlowej TAP oraz przyczynianie się do wzrostu gospodarki krajowej, to z utrwalonego orzecznictwa wynika, że względy o charakterze wyłącznie ekonomicznym związane z promowaniem gospodarki krajowej lub z jej prawidłowym funkcjonowaniem nie mogą służyć jako uzasadnienie ograniczenia jednej z podstawowych swobód zagwarantowanych przez traktaty (zob. w szczególności wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, pkt 72).
- 71 Niemniej jednak, jak w istocie podniosły Parpública i rząd portugalski, art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia w związku z jego art. 5 lit. d) oraz z preambułą do dekretu z mocą ustawy nr 181-A/2014 w zakresie, w jakim zmierzają one do zapewnienia kontynuacji i wzmocnienia połączeń lotniczych TAP obsługujących kraje trzecie, które łączą z Republiką Portugalską szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne, dla których język portugalski jest językiem urzędowym lub jednym z języków urzędowych, takie jak Republika Angoli, Republika Mozambiku lub Federacyjna Republika Brazylii, są związane z nadrzędnym względem interesu ogólnego, który może uzasadniać przeszkodę w swobodzie przedsiębiorczości.
- 72 W tym zakresie należy przypomnieć, że zagwarantowanie usługi świadczonej w interesie ogólnym może stanowić nadrzędny względ uzasadniający przeszkodę w jednej ze swobód podstawowych zagwarantowanych przez traktaty (zob. analogicznie wyrok z dnia 28 września 2006 r., Komisja/Niderlandy, C-282/04 i C-283/04, EU:C:2006:608, pkt 38).
- 73 Z powyższego wynika, że nadrzędnym względem interesu ogólnego właściwym dla uzasadnienia środków ograniczających wynikających z art. 5 lit. c) i e) specyfikacji warunków zamówienia jest względ polegający na zapewnieniu usługi leżącej w interesie ogólnym mający na celu zagwarantowanie wystarczającego charakteru regularnych usług transportu lotniczego rozpoczynających się i kończących się w portugalskojęzycznych państwach trzecich, z którymi Portugalię łączą szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne.

- 74 Po trzecie, jeżeli chodzi o to, czy wymóg wynikający z art. 5 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia dotyczący utrzymania rzeczywistej siedziby i zarządu TAP w Portugalii może być uzasadniony, to należy stwierdzić, jak zauważył to również rzecznik generalny w pkt 89 opinii, iż wymóg ten jest proporcjonalny z punktu widzenia rzezonego nadrzędnego względu interesu ogólnego.
- 75 W rzeczywistości bowiem, z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, z akt znajdujących się w posiadaniu Trybunału wynika, że dwustronne porozumienia zawarte pomiędzy Republiką Portugalską a niektórymi państwami trzecimi, wśród których znajdują się dokładnie portugalskojęzyczne państwa trzecie, które łączą z Republiką Portugalską szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne, takie jak Republika Angoli, Republika Mozambiku czy Federacyjna Republika Brazylii, ponieważ porozumienia te uzależniają prawa przewozowe, z których korzysta TAP w stosunku do połączeń lotniczych z tymi państwami, od zachowania głównego przedsiębiorstwa TAP w Portugalii.
- 76 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, z owych dwustronnych porozumień wynika również, że TAP utraciłby owe prawa przewozowe na linii rozpoczynające się lub kończące się w tych państwach trzecich w przypadku przeniesienia jego głównego przedsiębiorstwa poza Portugalię. W związku z tym okazuje się, że wymóg taki jak wynikający z art. 5 lit. c) specyfikacji warunków zamówienia w zakresie, w jakim nakłada on obowiązek utrzymania głównego przedsiębiorstwa TAP w tym państwie członkowskim, jest środkiem właściwym dla osiągnięcia nadrzędnego względu interesu ogólnego zmierzającego do zagwarantowania wystarczającego charakteru regularnych usług przewozu lotniczego rozpoczynających się i kończących się w odnośnych portugalskojęzycznych państwach trzecich, z którymi Portugalię łączą szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne.
- 77 Wymóg ten nie wykracza ponadto poza to, co jest konieczne z punktu widzenia wspomnianego nadrzędnego względu interesu ogólnego, ponieważ przeniesienie głównego przedsiębiorstwa TAP poza Portugalię spowodowałoby zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia nr 1008/2008 w związku z art. 4 lit. a) wspomnianego rozporządzenia utratę ważności koncesji i AOC wydanych TAP przez właściwy organ portugalski, co stanowiłoby przeszkodę w wykonywaniu wszystkich regularnych usług transportu lotniczego, w tym usług rozpoczynających się i kończących się w odnośnych portugalskojęzycznych państwach trzecich, o których wiadomo, iż stanowią one istotną część działalności TAP.
- 78 Dodatkowo proporcjonalność wspomnianego wymogu z punktu widzenia nadrzędnego względu interesu ogólnego, o którym mowa w pkt 73 niniejszego wyroku, potwierdza fakt, że wymóg ten nie sprzeciwia się temu, aby TAP tworzył dodatkowe przedsiębiorstwa, takie jak oddziały lub spółki zależne poza Portugalią.
- 79 Po czwarte, pojawia się pytanie, czy wymóg wynikający z art. 5 lit. e) specyfikacji warunków zamówienia dotyczący utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*) jest uzasadniony z punktu widzenia celu polegającego na zapewnieniu usługi leżącej w interesie powszechnym, zmierzającego do zagwarantowania wystarczającego charakteru regularnych usług transportu lotniczego kończących się i rozpoczynających się w odnośnych portugalskojęzycznych państwach trzecich, z którymi Portugalię łączą szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne.
- 80 W tym zakresie nie wykazano, że utrzymanie modelu organizacyjnego usług transportu lotniczego w postaci istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*) jest konieczne dla osiągnięcia celu zapewnienia łączności lotniczej z odnośnymi portugalskojęzycznymi państwami trzecimi. A priori nie wydaje się, że można wykluczyć, iż ów cel mógłby zostać osiągnięty również przy wykorzystaniu innego modelu organizacyjnego.
- 81 W każdym razie, o ile nie wydaje się, że należy wykluczyć, iż istniejący model krajowego centrum operacyjnego (*hub*) może stanowić użyteczny instrument dla osiągnięcia tego celu, to jednak należy stwierdzić, że ów model ma zastosowanie do wszystkich połączeń lotniczych, a nie tylko do tych, które rozpoczynają się lub kończą w odnośnych portugalskojęzycznych państwach trzecich.



- 82 Wynika z tego, że wymóg polegający na zapewnieniu utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*) wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu zapewnienia łączności z owymi państwami trzecimi.
- 83 Z uwagi na ogół powyższych rozważań na pytania od pierwszego do trzeciego trzeba odpowiedzieć, iż art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby w specyfikacji warunków zamówienia regulującej warunki, jakim podlega postępowanie reprivatyzacyjne spółki transportu lotniczego, zostały zawarte:
- wymóg nakładający na nabywcę udziału stanowiącego przedmiot wspomnianego postępowania reprivatyzacyjnego obowiązek posiadania zdolności gwarantującej wykonanie obowiązków użyteczności publicznej ciążących na owej spółce transportu lotniczego, oraz
  - wymóg nakładający na owego nabywcę obowiązek utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu wspomnianej spółki transportu lotniczego w danym państwie członkowskim, o ile przeniesienie głównego przedsiębiorstwa tej spółki poza to państwo członkowskie wiązałoby się dla niej z utratą praw przewozowych, przyznanych jej przez bilateralne umowy zawarte pomiędzy wspomnianym państwem członkowskim a państwami trzecimi, z którymi państwo to łączy szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne, czego zweryfikowanie należy do sądu odsyłającego.

Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwia się on temu, aby w specyfikacji warunków zamówienia znajdował się wymóg zapewnienia przez nabywcę wspomnianego udziału utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*).

#### **W przedmiocie kosztów**

- 84 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (druga izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym należy interpretować w ten sposób, iż nie jest ona właściwa dla celów badania zgodności z prawem Unii niektórych wymogów dotyczących działalności wykonywanej przez spółkę transportu lotniczego nałożonych na nabywcę udziału kwalifikowanego w kapitale zakładowym tej spółki, a w szczególności wymogu, zgodnie z którym jest on zobowiązany do wykonywania obowiązków użyteczności publicznej, a także utrzymania i rozwoju krajowego centrum operacyjnego (*hub*) tej spółki.**
- 2) **Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby w specyfikacji warunków zamówienia regulującej warunki, jakim podlega postępowanie reprivatyzacyjne spółki transportu lotniczego, zostały zawarte:**
  - **wymóg nakładający na nabywcę udziału stanowiącego przedmiot wspomnianego postępowania reprivatyzacyjnego obowiązek posiadania zdolności gwarantującej wykonanie obowiązków użyteczności publicznej ciążących na owej spółce transportu lotniczego, oraz**
  - **wymóg nakładający na owego nabywcę obowiązek utrzymania siedziby i rzeczywistego zarządu wspomnianej spółki transportu lotniczego w danym państwie członkowskim, o ile przeniesienie głównego przedsiębiorstwa tej spółki poza to państwo członkowskie**

**więzałoby się dla niej z utratą praw przewozowych, przyznanych jej przez bilateralne umowy zawarte pomiędzy wspomnianym państwem członkowskim a państwami trzecimi, z którymi państwo to łączy szczególne więzi historyczne, kulturalne i społeczne, czego zweryfikowanie należy do sądu odsyłającego.**

**Artykuł 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwia się on temu, aby w specyfikacji warunków zamówienia znajdował się wymóg zapewnienia przez nabywcę wspomnianego udziału utrzymania i rozwoju istniejącego krajowego centrum operacyjnego (*hub*).**

Podpisy