



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 21 november 2018¹

Mål 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**

mot

**Conselho de Ministros,
ytterligare deltagare i rättegången:
PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,
TAP, SGPS, SA**

(begäran om förhandsavgörande från Supremo Tribunal Administrativo (Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Lufttrafikföretag – Förfarande för återprivatisering – Villkor – Skyldighet att fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning – Allmän trafikplikt – Skyldighet att bevara det nationella navet”

1. Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) ställer vissa frågor till domstolen som handlar om huruvida vissa krav i kravspecifikationerna för förfarandet för att privatisera bolaget TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SA (nedan kallat TAP SA), vilket genomfördes år 2015, är förenliga med unionsrätten.
2. Närmare bestämt rör dessa krav skyldigheten att behålla bolagets säte och faktiska ledning i Portugal, förmågan att fullgöra allmän trafikplikt, samt åtagandet att bevara och utveckla det nationella navet (hubb).
3. För att kunna besvara den hänskjutande domstolens frågor är det nödvändigt att först klarlägga om det är direktiv 2006/123/EG² eller förordning (EG) nr 1008/2008 som ska tillämpas i förevarande mål.³ Därefter ska det prövas om den frihet som eventuellt berörs är etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster eller den fria rörligheten för kapital, och, under alla förhållanden, huruvida kraven i kravspecifikationerna iakttar dessa friheter eller inte.

1 Originalspråk: spanska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/23/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36).

3 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen (EUT L 293, 2008, s. 3).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2006/123

4. I skäl 21 anges att "[t]ransporttjänster, inklusive lokaltrafik, taxi och ambulanser samt hamntjänster, bör undantas från detta direktivs tillämpningsområde".

5. I artikel 1.2 föreskrivs att "[i] detta direktiv behandlas inte liberaliseringen av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är förbehållna offentliga eller privata enheter, och inte heller privatiseringen av offentliga enheter som tillhandahåller tjänster".

6. Enligt artikel 2.2 d ska direktivet inte tillämpas på "tjänster på transportområdet, inbegripet hamntjänster, som omfattas av avdelning V i EG-fördraget".

7. I kapitel IV, "Fri rörlighet för tjänster", finns i avsnitt 1, ("Frihet att tillhandahålla tjänster och därtill knutna undantag") två bestämmelser som dels garanterar tjänsteleverantörernas rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat än den där de är etablerade (artikel 16), dels anger vissa undantag från denna rätt (artikel 17).

2. Förordning nr 1008/2008

8. Skälen 10–12 har följande lydelse:

"(10) I syfte att förverkliga den inre luftfartsmarknaden bör man upphäva de restriktioner som ännu tillämpas mellan medlemsstaterna, t.ex. i fråga om överenskommelser om gemensamma linjebeteckningar (code sharing) på flyglinjer till tredjeländer eller i fråga om prissättning på flyglinjer till tredjeländer med mellanlandning i en annan medlemsstat ..."

(11) För att ta hänsyn till de yttersta randområdenas särdrag och särskilda begränsningar, särskilt deras avlägsna belägenhet, ökaraktär och ringa storlek, och behovet av att på lämpligt sätt förbinda dem med gemenskapens centrala områden, kan en särskild ordning vara motiverad när det gäller reglerna om giltighetstiden för avtal om allmän trafikplikt på flyglinjer till sådana regioner.

(12) De förhållanden under vilka allmän trafikplikt får införas bör tydligt fastställas på ett otvetydigt sätt, samtidigt som därmed sammanhörande anbudsförfaranden bör möjliggöra för ett tillräckligt antal konkurrerande lufttrafikföretag att delta i förfarandena. Kommissionen bör kunna inhämta all information som är nödvändig för att kunna bedöma de ekonomiska motiven för allmän trafikplikt i enskilda fall."

9. I artikel 2 finns följande definitioner:

"1) *operativ licens*: ett tillstånd, utfärdat av den behöriga tillståndsmyndigheten för ett företag, att tillhandahålla den lufttrafik som anges i den operativa licensen,

...

8) *drifttillstånd (AOC)*: ett tillstånd, utfärdat i enlighet med relevanta bestämmelser i gemenskapslagstiftningen eller nationell lagstiftning, i tillämpliga fall, för ett företag, i vilket intygas att företaget har de yrkesmässiga kunskaper och den organisation som krävs för att på ett betryggande sätt sköta den verksamhet som anges i tillståndet,

- 9) *effektiv kontroll*: ett förhållande som bygger på rättigheter, avtal eller annat, som var för sig eller tillsammans och med hänsyn till faktiska och rättsliga förhållanden, ger möjligheter att direkt eller indirekt utöva ett avgörande inflytande på ett företag, särskilt genom
- a) rättigheten att förfoga över alla eller en del av företagets tillgångar,
 - b) rättigheter eller avtal som ger ett avgörande inflytande på sammansättningen av företagets olika organ, omröstningar eller beslut, eller som på annat sätt ger ett avgörande inflytande på företagets verksamhet.
- 10) *lufttrafikföretag*: ett företag med en giltig operativ licens eller motsvarande,
- 11) *EG-lufttrafikföretag*: ett lufttrafikföretag med giltig operativ licens som utfärdats av en behörig tillståndsmyndighet i enlighet med kapitel II,
- ...
- 14) *trafikrättighet*: rättighet att utöva lufttrafik mellan två flygplatser inom gemenskapen,
- ...
- 26) *huvudsaklig verksamhet*: ett EG-lufttrafikföretags huvudkontor eller säte i den medlemsstat i vilken EG-lufttrafikföretagets huvudsakliga finansiella funktioner och operativa ledning utövas, inbegripet styrning av fortsatt luftvärdighet.”

10. I artikel 4 föreskrivs följande:

”Den behöriga tillståndsmyndigheten i en medlemsstat ska bevilja operativ licens för ett företag om följande villkor är uppfyllda:

- a) Företagets huvudsakliga verksamhet bedrivs i denna medlemsstat.
 - b) Företaget har ett drifttillstånd utfärdat av en nationell myndighet i samma medlemsstat vars behöriga tillståndsmyndighet har ansvaret för att utfärda, vägra eller tillfälligt eller permanent återkalla EG-lufttrafikföretagets drifttillstånd.
- ...
- f) Medlemsstater och/eller medborgare i medlemsstater äger mer än 50 % av företaget och utövar den faktiska kontrollen över detta, antingen direkt eller indirekt via ett eller flera andra företag, om inte annat föreskrivs i ett avtal med ett tredjeland i vilket gemenskapen är part.

...”

11. Artikel 8 har följande lydelse:

”1. En operativ licens ska vara giltig så länge ett EG-lufttrafikföretag uppfyller kraven i detta kapitel.

Ett EG-lufttrafikföretag ska när som helst på anmodan kunna visa den behöriga tillståndsmyndigheten att det uppfyller samtliga krav i detta kapitel.

...

5. Ett EG-lufttrafikföretag ska till den behöriga tillståndsmyndigheten

...

b) i förväg anmäla planerade fusioner eller nyförvärv, ...

...

7. När det gäller EG-lufttrafikföretag som den behöriga tillståndsmyndigheten utfärdat licens för, ska den senare besluta om den operativa licensen ska omprövas för godkännande om förändringar har inträffat i en eller flera förutsättningar som berör ett EG-lufttrafikföretags rättsliga ställning, i synnerhet en fusion eller ett övertagande.

...”

12. I artikel 15 föreskrivs följande:

”1. EG-lufttrafikföretag ska ha rätt att bedriva lufttrafik inom gemenskapen.

2. Medlemsstaterna får inte kräva någon form av tillstånd eller godkännande för ett EG-trafikföretags utövande av lufttrafik inom gemenskapen. Medlemsstaterna får inte kräva att EG-lufttrafikföretag tillhandahåller handlingar eller information som de redan har lämnat till den behöriga tillståndsmyndigheten, förutsatt att den berörda informationen kan erhållas från den behöriga tillståndsmyndigheten inom rimlig tid.

...

4. Vid utövande av lufttrafik inom gemenskapen ska ett EG-lufttrafikföretag tillåtas att kombinera lufttrafiken och att ingå överenskommelser om gemensamma linjebeteckningar (code share), utan att det påverkar tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler som är tillämpliga på företag.

Alla begränsningar av EG-lufttrafikföretags frihet att bedriva lufttrafik inom gemenskapen, vilka härrör från bilaterala avtal mellan medlemsstater, upphävs härmed.

5. Utan hinder av bestämmelserna i bilaterala avtal mellan medlemsstater, och om inte annat föreskrivs i gemenskapens konkurrensregler som är tillämpliga på företag, ska berörda medlemsstater ge EG-lufttrafikföretag tillstånd att kombinera lufttrafik och att ingå överenskommelser om gemensamma linjebeteckningar (code share) med valfritt lufttrafikföretag för lufttrafik till, från eller via alla flygplatser på deras territorium från eller till alla punkter i tredjeländer.

...”

13. Artikel 16 har följande lydelse:

”1. En medlemsstat får, efter samråd med andra berörda medlemsstater och efter att ha meddelat kommissionen, berörda flygplatser och de lufttrafikföretag som utövar lufttrafik på flyglinjen, inom sitt territorium införa allmän trafikplikt med avseende på regelbunden lufttrafik mellan en flygplats i gemenskapen och en flygplats som betjänar ett ytterområde eller ett utvecklingsområde på dess territorium eller på en flyglinje med låg trafikintensitet till valfri flygplats på dess territorium, om flyglinjen anses väsentlig för den ekonomiska och sociala utvecklingen i den region som flygplatsen betjänar. Trafikplikten ska införas endast i den utsträckning som är nödvändig för att på denna flyglinje säkerställa ett minimiutbud av regelbunden lufttrafik som uppfyller fastställda normer för kontinuitet, regelbundenhet, prissättning eller minimikapacitet, vilka lufttrafikföretagen inte skulle uppfylla om de enbart tog hänsyn till sina kommersiella intressen.

Normerna för den flyglinje som omfattas av den allmänna trafikplikten ska fastställas på ett öppet och icke-diskriminerande sätt.

...

4. När en medlemsstat vill införa allmän trafikplikt ska den överlämna texten om det planerade införandet av den allmänna trafikplikten till kommissionen, till övriga berörda medlemsstater, till berörda flygplatser och till de lufttrafikföretag som bedriver trafik på flyglinjen i fråga.

Kommissionen ska offentliggöra ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* med följande uppgifter:

- a) Namnen på de två flygplatser som förbinds med den aktuella flyglinjen och på eventuella mellanlandningsorter.
- b) Det datum då den allmänna trafikplikten träder i kraft.
- c) Fullständig adress till den plats där texten och all annan relevant information och/eller dokumentation om den allmänna trafikplikten ska tillhandahållas utan dröjsmål och kostnadsfritt av den berörda medlemsstaten.

...”

B. Nationell rätt

14. Genom lagdekret nr 181/-A/2014 av den 24 december 2014⁴ godkände den portugisiska regeringen förfarandet för indirekt återprivatisering av TAP SA, genom en *direktförsäljning* av upp till 61 procent av aktierna i TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA (nedan kallat TAP SGPS) och genom ett försäljningserbjudande till dess anställda motvarande upp till 5 procent av aktierna i TAP SGPS. Den beslutade dessutom om en säljoption till förmån för staten, som kan avyttra resterande aktier i TAP SGPS till förvärvaren av de förstnämnda aktierna vid direktförsäljningen med vilken även en köpoption kan överenskommas, i enlighet med villkoren i kravspecifikationerna för transaktionen.

15. Genom beslut nr 4-A/2015 av den 15 januari 2015⁵ antog regeringen kravspecifikationerna för direktförsäljning av upp till 61 procent av aktierna i TAP SGPS.

16. Artikel 1 i kravspecifikationerna har följande lydelse:

”1. Dessa kravspecifikationer reglerar villkoren för den direktförsäljning av aktier i [TAP SGPS] som ska genomföras inom ramen för förfarandet för återprivatisering av [TAP SA].

2. Direktförsäljningen innefattar avyttring, genom direkt tilldelning, av odelbara aktieposter i [TAP SGPS] till en eller flera inhemska eller utländska investerare, som agerar enskilt eller i grupp.

3. Avtal om direktförsäljning av de aktier som nämns i föregående punkt kommer att ingås med en eller flera anbudsgivare som har valts ut för att förvärva de aktier som är föremål för direktförsäljningen.

4. De aktier som den eller de utvalda anbudsgivarna ska förvärva i samband med direktförsäljningen ska avyttras av PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), SA [nedan kallat Parpública].

4 Diário da República, serie I, nr 248, av den 24 december 2014.

5 Diário da República, serie I, nr 13, av den 20 januari 2015.

17. I artikel 5 i kravspecifikationerna anges följande ”urvalskriterier”:

- a) Anbudsgivarens bidrag till stärkandet av den ekonomiska och finansiella kapaciteten i [TAP SGPS] och i [TAP SA], och deras kapitalstruktur, särskilt kvaliteten på kapitaliseringsplanen och dess genomförande, genom att tillskjuta nya tillgångar och medel, samt de villkor som tillgängliggörandet av dessa tillgångar och medel är förenat med, i syfte att bidra till företagets överlevnad och värdeökning och för att öka deras verksamhet, bevara värdet och den relativa andelen av det resterande kapital som innehas av staten och värdet av försäljningsoptionen.
- b) Det värde som anges för förvärvet av aktierna i [TAP SGPS], som är föremålet för direktförsäljningen, i synnerhet priset per aktie, de sammanlagda finansiella intäkterna, kvaliteten på och värdet av de metoder och formler som tillämpas på ökningen av sälj- och köpoptionerna och, generellt, möjligheten att genomföra direktförsäljningen inom tidsfristen, betalningsvillkoren och övriga lämpliga villkor för att skydda statens ekonomiska intressen.
- c) Inlämnandet och garantierna för genomförandet av ett adekvat och sammanhängande strategiskt projekt, som ska syfta till bevarandet och främjandet av ökningen av verksamheten i [TAP SA], med iakttagande av de mål med privatiseringsförfarandet som angetts av regeringen, främjandet av en förbättring av bolagets konkurrenskraft som luftfartsoperatör på global nivå på nuvarande och nya marknader, bevarande av TAP-koncernens integritet, företagsidentitet och oberoende, bland annat bevarande av varumärket TAP och dess koppling till Portugal och säkerställande av att TAP-koncernens säte och faktiska ledning behålls i Portugal, ansträngningarna för bevarande och utveckling av TAP-koncernens operationella och kommersiella kvaliteter, och tillvaratagandet och utvecklingen av dess personal.
- d) Förmågan att på ett punktligt och adekvat sätt fullgöra den allmänna trafikplikt som kan åligga [TAP SA] inklusive i fråga om flygförbindelser mellan de viktigaste nationella flygplatserna och flygplatserna i de autonoma regionerna, i förekommande fall, samt kontinuiteten och förstärkandet av de flyglinjer som betjänar de autonoma regionerna, utlandsportugiser och länder och gemenskaper som är portugisisktalande eller som har portugisiska som officiellt språk.
- e) Förmågan att bidra till den nationella ekonomins tillväxt, inklusive vad gäller bevarandet och utvecklingen av det nuvarande nationella navet (hubb) för flygtrafiken som en plattform av största strategiska vikt i relationerna mellan Europa, Afrika och Latinamerika.
- f) Avsaknaden av juridiska eller ekonomiska begränsningar hos anbudsgivaren med avseende på det konkreta genomförandet av direktförsäljningen, bland annat minimeringen av intressekonflikter mellan anbudsgivarens verksamhet och TAP-koncernens verksamhet, samt minskningen av riskerna för statens ekonomiska intressen och för uppnåendet av de mål som åsyftas med de kriterier som anges i föregående stycken.
- g) Anbudsgivarens tekniska erfarenhet och erfarenhet i ledningsfrågor på luftfartsområdet, dennes finansiella lämplighet och förmåga, samt de garantier som eventuellt ställs för uppfyllandet av de kriterier som anges i föregående stycken.
- h) Åtaganden i fråga om anställningstrygghet, särskilt det uttryckliga åtagandet att i enlighet med lagstiftningen och konstitutionen fullgöra det avtal som ingåtts mellan regeringen, fackföreningarna och [TAP SGPS], samt iakttagandet av samtliga gällande kollektivavtal.
- i) Bidraget till att stärka ägarstrukturen och ägarstabiliteten i [TAP SGPS] och [TAP SA], särskilt genom tillämpningen av en ledningsmodell som tar hänsyn till den särskilda beskaffenheten av [TAP SGPS], den verksamhet som bedrivs av [TAP SA] och de mål som angetts av regeringen för privatiseringsförfarandet.”

II. Bakgrund

18. Associação Peço a Palavra (Organisationen ”Jag begär ordet”) m.fl. har väckt förvaltningsrättslig talan vid Supremo Tribunal Administrativo och yrkat nullitets- eller ogiltigförklaring av de kravspecifikationer som antogs genom regeringens beslut nr 4-A/2015 av den 15 januari 2015.

19. Klagandena har gjort gällande att artikel 5 c i kravspecifikationerna strider mot artiklarna 49 och 54 FEUF, genom att den föreskriver att TAP-koncernen ska behålla sitt säte och sin faktiska ledning i Portugal. De anser dessutom att artikel 5 d och 5 e i kravspecifikationerna åsidosätter artiklarna 56 och 57 FEUF samt artiklarna 16 och 17 i direktiv 2006/123, genom att de bestämmelserna kräver att förvärvaren ska fullgöra allmän trafikplikt samt bevara och utveckla det nuvarande nationella navet (hubb) för luftfarten.

III. Tolkningsfrågor

20. Mot bakgrund av detta har Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) hänskjutit följande tolkningsfrågor:

- ”1) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt enligt artiklarna 49 och 54 FEUF och de i dessa artiklar stadgade principerna, att i samband med ett förfarande för återprivatisering av ett av det allmänna helägt bolag, som bedriver verksamhet på luftfartsområdet, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att nämnda bolag ska fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning i den medlemsstat i vilken det bildats, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och bland de förslag som getts in i anbuds förförandet?
- 2) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt enligt artiklarna 56 och 57 FEUF och de i dessa artiklar stadgade principerna samt principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och nödvändighet, att i samband med ett förfarande för återprivatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska fullgöra allmän trafikplikt, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de förslag som getts in i anbuds förförandet?
- 3) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt enligt artiklarna 56 och 57 FEUF och de i dessa artiklar stadgade principerna, att i samband med ett förfarande för återprivatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska bevara och utveckla det nuvarande nationella navet (hubb) för luftfarten, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de förslag som getts in i anbuds förförandet?
- 4) Ska den verksamhet som bedrivs av nämnda bolag, vilket är föremål för privatiseringsförfarandet, anses som en sådan tjänst på den inre marknaden som omfattas av direktiv 2006/123/EG med beaktande av det undantag som föreskrivs i artikel 2.2 d i detta direktiv, avseende tjänster på transportområdet, och omfattas följaktligen förfarandet av nämnda direktiv?
- 5) Om fråga 4 ska besvaras jakande: Är det tillåtet enligt artiklarna 16 och 17 i nämnda direktiv att, i samband med ett förfarande för återprivatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska fullgöra allmän trafikplikt, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de förslag som getts in i anbuds förförandet?

- 6) Om fråga 4 ska besvaras jakande: Är det tillåtet enligt artiklarna 16 och 17 i nämnda direktiv att, i samband med ett förfarande för återprivatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska bevara och utveckla det nuvarande nationella navet (hubb) för luftfarten, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de förslag som getts in i anbuds förfarandet?”

IV. Förfarandet vid domstolen och parternas ståndpunkter

21. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 25 september 2017. Skriftliga yttranden har getts in av Parpública, den portugisiska, den italienska och den nederländska regeringen samt kommissionen, vilka även deltog i förhandlingen den 13 september 2018.

22. Parpública anser att den första frågan ska besvaras nekande. Enligt Parpública inskränker de omtvistade kraven inte etableringsfriheten och om de skulle göra det så skulle det vara en inskränkning som är motiverad. Beträffande den andra och den tredje frågan har Parpública gjort gällande att artiklarna 56 och 57 FEUF enligt artiklarna 58.1, 90 och 100.2 FEUF inte är tillämpliga på lufttrafiktjänster. Beträffande den fjärde frågan anser Parpública att TAP:s verksamhet inte kan anses utgöra en tjänst som omfattas av direktiv 2006/123, mot bakgrund av det undantag som föreskrivs i artikel 2.2 d i direktivet. Således behöver den femte och den sjätte frågan inte besvaras.

23. Den portugisiska regeringen har beträffande den första frågan gjort gällande att det krav som nämns där bygger på systemet för beviljande av operativa licenser i förordning nr 1008/2008 och att det inte innebär en inskränkning av etableringsfriheten, eftersom det inte tillämpas på potentiella investerare. Beträffande den andra och den tredje tolkningsfrågan anser den portugisiska regeringen i likhet med Parpública att urvalskriterierna under alla förhållanden inte strider mot de sekundärrättsliga bestämmelserna om lufttrafiktjänster. Den portugisiska regeringen instämmer även i Parpúblicas ståndpunkt vad gäller den fjärde, den femte och den sjätte tolkningsfrågan och anser att förordning nr 1008/2008 är tillämplig.

24. Den italienska regeringen anser att de tre första tolkningsfrågorna ska besvaras tillsammans, på så sätt att artiklarna 49, 54, 56 och 57 FEUF inte utgör hinder för sådana krav som de som är omtvistade i det aktuella förfarandet för återprivatisering. De omtvistade kraven inskränker inte etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster, och om de skulle göra det så kan de motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.

25. Den italienska regeringen är enig med Parpública och den portugisiska regeringen beträffande den fjärde, den femte och den sjätte tolkningsfrågan och anser att direktiv 2006/123 inte är tillämpligt i förevarande mål, även om den inte bygger sin ståndpunkt på artikel 2.2 d i det direktivet utan på artikel 1.2 i detta. I andra hand anser den italienska regeringen att eftersom privatiseringsförfarandet inte berör aktierna i lufttrafikföretaget utan i det bolag som kontrollerar det, ska det prövas huruvida de tjänster som det sistnämnda bolaget tillhandahåller omfattas av direktiv 2006/123. Så är enligt den italienska regeringen inte fallet, eftersom det rör sig om ”investeringar” i den mening som avses i undantaget i artikel 2.2 b i direktivet. Om det hade rört sig om transportverksamhet, hade artikel 2.2 d varit tillämplig.

26. Den nederländska regeringen anser beträffande den första frågan att de omtvistade kraven inskränker etableringsfriheten, men att de skulle kunna vara motiverade. Vad gäller den andra frågan anser den nederländska regeringen liksom Parpública och den portugisiska regeringen att artiklarna 56 och 57 FEUF inte är tillämpliga. Beträffande den fjärde, den femte och den sjätte frågan anser den nederländska regeringen inte heller att direktiv 2006/123 är tillämpligt, enligt artikel 2.2 d i direktivet.

27. Kommissionen anser att den första frågan ska besvaras så, att artikel 49 FEUF inte utgör hinder för de omtvistade kraven, om det krävs att bolaget fortsätter att ha sitt säte och sin huvudsakliga verksamhet i Portugal för att det ska få behålla sina trafikrättigheter enligt bilaterala avtal mellan Portugal och vissa tredjeländer.

28. Vad beträffar den andra frågan har kommissionen påpekat att kravet skulle kunna godtas enligt artiklarna 16, 17 och 18 i förordning nr 1008/2008. Beträffande den tredje frågan anser kommissionen att skyldigheten att bevara och utveckla det nationella navet (hubb) skulle kunna motiveras av ett tvingande skäl av allmänintresse, men inte av det skälet att det bidrar till den inhemska ekonomins tillväxt. Vad gäller den fjärde, den femte och den sjätte frågan anser kommissionen att direktiv 2006/123 inte är tillämpligt, på grund av artikel 2.2 d i direktivet – om tvisteföremålet rör transportområdet – eller på grund av artikel 5.4 – om saken ska prövas mot bakgrund av bestämmelserna om offentlig upphandling.

V. Bedömning

29. Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) ska pröva om tre av de krav som finns i de kravspecifikationer som den portugisiska regeringen har antagit i förfarandet för återprivatisering av lufttrafikföretaget TAP är förenliga med unionsrätten.⁶

30. Det bör till att börja med klargöras att det här i själva verket rör sig om ”krav” eller ”villkor”, även om de i kravspecifikationerna återfinns under rubriken ”Urvalskriterier”.

31. Parpública gjorde vid förhandlingen gällande att den hänskjutande domstolen felaktigt hade betecknat vad som bara är ”urvalskriterier” som krav som måste vara uppfyllda för att anbudsgivarna ska anses lämpliga. Detta fel har sedan enligt Parpública ”smittat av sig på” resten av begäran om förhandsavgörande.

32. Jag anser att utgångspunkten ska vara den hänskjutande domstolens rättsliga kvalificering. Den använder uttryckligen upprepade gånger ordet ”krav”⁷ för att beteckna de omständigheter som benämns ”kriterier” i kravspecifikationerna. Det kan ifrågasättas om den hänskjutande domstolen har gjort en korrekt bedömning här, men bara mot bakgrund av den nationella rätten, som EU-domstolen inte kan gå in och tolka. Den är skyldig att utgå från den hänskjutande domstolens formuleringar rörande de faktiska och rättsliga omständigheter som avgränsar föremålet för den nationella tvisten.

33. Svaret på tolkningsfrågorna skulle emellertid inte ha blivit annorlunda om det hade godtagits att kravspecifikationerna verkligen innehöll ”urvalskriterier”, eftersom det även kan prövas om sådana kriterier är förenliga med unionsrätten. Detta brukar ske i domstolens domar rörande förfrågningsunderlag vid offentliga upphandlingar.

34. Oavsett om det handlar om urvalskriterier eller verkliga krav, får deras innehåll i slutändan bindande verkan i privatiseringsförfarandet, vilket innebär att den som köpte aktierna var tvungen att uppfylla de därmed förknippade kraven, som nu förts in i avtalet om aktieköpet.

35. Jag vill erinra om att de tre omtvistade kraven utgjordes av en skyldighet att a) behålla bolagets säte och faktiska ledning i Portugal, b) fullgöra den allmänna trafikplikten och c) bevara och utveckla det nationella navet (hubb).

⁶ Den hänskjutande domstolen använder oftast uttrycket ”återprivatisering” men ibland använder den ordet ”privatisering” (till exempel i punkterna 1.1 och 3.1 III i beslutet att begära förhandsavgörande). Denna terminologiska skillnad saknar dock betydelse i detta sammanhang, vilket medgavs vid förhandlingen.

⁷ I den första tolkningsfrågan nämns ”kravet på att nämnda bolag ska fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning”. I den andra och den femte frågan nämns ”krav på att förvärvaren ska fullgöra allmän trafikplikt”, medan den tredje och den sjätte frågan rör ”krav på att förvärvaren ska bevara och utveckla det nuvarande nationella navet (hubb)” (mina kursiveringar).

36. Jag anser liksom många av parterna att det är lämpligt att vända på ordningen för den hänskjutande domstolens frågor och börja med den fjärde tolkningsfrågan. Svaret på den är avgörande för om frågeställningen i sak ska prövas med tillämpning av direktiv 2006/123 eller mot bakgrund av andra unionsrättsliga bestämmelser.

A. Huruvida direktiv 2006/123 är tillämpligt (frågorna 4, 5 och 6)

37. Den hänskjutande domstolens frågor rörande tillämpligheten av direktiv 2006/123 bygger på att återprivatiseringen av TAP berör aktier i ett bolag som bedriver lufttrafik. Enligt den hänskjutande domstolen skulle denna verksamhet kunna innebära att undantaget i artikel 2.2 d i direktiv 2006/123 kan bli aktuellt, eftersom det där föreskrivs att direktivet inte ska tillämpas på ”tjänster på transportområdet”.

38. Praktiskt taget alla parter är eniga om att direktiv 2006/123 inte är tillämpligt, eftersom förevarande mål enbart rör privatisering av ett lufttrafikföretag och därmed omfattas av undantaget i artikel 2.2 d i direktivet.

39. Den italienska regeringen har dock gjort gällande att den omständigheten att direktiv 2006/123 inte är tillämpligt, snarast beror på det undantag som föreskrivs i artikel 1.2, enligt vilken direktivet inte behandlar ”privatiseringen av offentliga enheter som tillhandahåller tjänster”.⁸

40. Jag delar denna uppfattning.⁹ Det rör sig i själva verket om en privatisering av ett bolag som dittills varit offentligt, och denna omständighet är i sig tillräcklig för att direktiv 2006/123 inte ska vara tillämpligt, oavsett vilka tjänster den privatiserade enheten tillhandahåller.

41. Om man dessutom, som ett ytterligare argument, ser till vilken typ av verksamhet som bedrivs av TAP SA, det vill säga det bolag som ägs av det bolag vars aktier är föremål för återprivatisering (TAP SPGS), kan det konstateras att även undantaget i artikel 2.2 d i direktiv 2006/123 är tillämpligt.

42. Såsom domstolen erinrade om i målet Grupo Itevelesa m.fl.¹⁰ ”framgår [det] ... av förarbetena till tjänstedirektivet att uteslutningen av ’tjänster på transportområdet’ avsiktligt utformats på ett sätt som motsvarar lydelsen i artikel 51 EG, nu artikel 58 FEUF, där det i punkt 1 föreskrivs att '[f]ri rörlighet för tjänster på transportområdet regleras av bestämmelserna i avdelningen om transporter”.

43. Domstolen har slagit fast att ”begreppet ’tjänst på transportområdet’ inte endast omfattar transporttjänsten som sådan, utan även alla andra tjänster som har en så nära anknytning till den fysiska handlingen att med ett transportfordon förflytta personer eller varor från en plats till en annan, att de inte kan skiljas från denna”.¹¹ Med en sådan vid definition kan den verksamhet som bedrivs av TAP SA utan vidare omfattas av det begreppet och, genom det logiska sambandet, även den verksamhet som bedrivs av TAP SPGS. Det sistnämnda är bara ett bolag som äger aktierna i TAP SA, vars återprivatisering utgör föremålet för det aktuella förfarandet.

⁸ Punkt 6 i den italienska regeringens skriftliga yttrande.

⁹ Det tycks för övrigt även den hänskjutande domstolen göra, enligt vad den anger i punkt 3.4 XXXII och XXXIII i beslutet att begära förhandsavgörande.

¹⁰ Dom av den 15 oktober 2015 (C-168/14, EU:C:2015:685), punkt 44.

¹¹ Dom av den 20 december 2017, Asociación Profesional ÉliteTaxi (C-434/15, EU:C:2017:981), punkt 41.

44. Det finns således två skäl till att direktiv 2006/123 inte är tillämpligt i förevarande mål, vilket innebär att det inte är nödvändigt att besvara frågorna 5 och 6. Jag anser att det skäl som anges i artikel 1.2 i direktivet bör ges företräde, eftersom det rör sig om en omständighet som logiskt sett kommer före. Medan artikel 2 i direktiv 2006/123 handlar om *tillämpningsområdet* för direktivet, avgränsar artikel 1 nämligen dess *normativa ändamål*, utanför vilket direktivet inte gäller. Det går således inte att göra undantag från en tillämpning som per definition inte kan komma i fråga.

B. Vilken frihet som berörs i det nationella målet

45. En privatisering av ett lufttrafikföretag innebär att en del av dess aktiekapital, som dittills varit offentligägt, avyttras till (privata) investerare som förvärvar de motsvarande aktierna. Att försäljningen av aktierna syftar till en privatisering äger företräde framför det privatiserade företagets materiella verksamhet. Frågan ska således prövas mot bakgrund av artikel 345 FEUF, vilken föreskriver principen om fördragets neutralitet i förhållande till medlemsstaternas egendomsordning.

46. Den artikeln ”leder dock inte till att de grundläggande reglerna i EUF-fördraget – framför allt reglerna om icke-diskriminering, etableringsfrihet och den fria rörligheten för kapital – inte ska tillämpas på medlemsstaternas befintliga egendomsordningar”.¹²

47. Mot bakgrund av kraven i de omtvistade kravspecifikationerna, anser jag att den frihet som berörs är etableringsfriheten och inte den fria rörligheten för kapital eller friheten att tillhandahålla tjänster.

48. Försäljningen av aktier som representerar upp till 61 procent av aktiekapitalet i TAP SGPS, gör det möjligt för förvärvaren att utöva ett faktiskt inflytande över det bolagets verksamhet och över verksamheten i det bolag som det äger (TAP SA). Enligt domstolens praxis är denna omständighet avgörande vid fastställandet av att den frihet som utövas är etableringsfriheten.¹³

49. Av beslutet att begära förhandsavgörande¹⁴ framgår att den portugisiska regeringen¹⁵ kort efter det att försäljningsavtalet med det utvalda bolaget hade ingåtts, påbörjade en förhandlingsprocess för att ändra villkoren för statens ägande i TAP SGPS. När den förhandlingen hade avslutats gick det köpande bolaget med på att sälja de aktier som behövdes till Párpública för att Párpública skulle äga 50 procent av aktiekapitalet i TAP SGPS.

50. Även om det bolag som valts ut i förfarandet för återprivatisering fortfarande äger ett betydande aktiekapital, innebär denna (nya) situation att bolaget inte längre är garanterat att kunna utöva ett bestämmande inflytande över TAP SGPS ledning, vilket hade varit fallet om det hade behållit 61 procent av aktiekapitalet i bolaget.¹⁶ Det kriterium som anges i ovannämnda rättspraxis är emellertid inte ett bestämmande eller avgörande inflytande, utan ett ”betydande inflytande”, det vill säga ett inflytande som aktivt kan utövas över bolagets ledning, vilket jag anser är möjligt med 45 procent av aktiekapitalet.¹⁷

¹² Dom av den 22 oktober 2013, Essent m.fl. (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677), punkt 36, och där angiven rättspraxis.

¹³ I sin dom av den 13 april 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205), punkt 22, slog domstolen fast att ”[e]n medborgare i en medlemsstat som innehar kapitalet i ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som därigenom har ett betydande inflytande över bolagets beslut och kan bestämma över bolagets verksamhet, utnyttjar således sin etableringsrätt”. Se även dom av den 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707), punkt 91, och dom av den 10 juni 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375), punkt 18. Å andra sidan slog domstolen i sin dom av den 7 september 2017, Egiom och Enka (C-6/16, EU:C:2017:641), punkt 41, fast att ”de nationella bestämmelser som är tillämpliga på andelsinnehav som förvärvats uteslutande i placeringssyfte, utan avsikt att erhålla något inflytande över förvaltning och kontroll av bolaget, [ska] bedömas enbart utifrån den fria rörligheten för kapital”. Se även dom av den 20 december 2017, Deister Holding och Juhler Holding (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009), punkt 78.

¹⁴ Punkt 3.1 VII i beslutet att begära förhandsavgörande.

¹⁵ Det regeringsbeslut (91-A/2015) som avslutade privatiseringsförfarandet är daterat den 12 november 2015. En ny regering, med en annan politisk färg, tillträdde den 26 november det året och inledde omedelbart förhandlingar för att *göra ändringar* i den processen.

¹⁶ Vid förhandlingen medgav Párpública att den portugisiska staten, som nu är majoritetsägare i lufttrafikföretaget, har behållit all rösträtt som är knuten till dess majoritetsägande.

¹⁷ Portugisiska staten äger 50 procent av aktiekapitalet och TAP:s anställda äger resterande 5 procent.

51. Under alla förhållanden måste domstolen hålla sig till det som den hänskjutande domstolen har angett i sina frågor, det vill säga de ursprungliga villkoren i förfarandet för återprivatisering. Det behöver inte hänvisas till andra skäl än att domstolen presumerar att tolkningsfrågor är relevanta,¹⁸ och det räcker att påpeka att möjligheterna för Parpública att genomföra återköpet av aktier i TAP SGPS i sin tur skulle kunna vara avhängiga av att det ursprungliga privatiseringsförfarandet är giltigt. Det är således fortfarande meningsfullt att besvara de frågor som ställts med anledning av en privatisering som omfattade 61 procent av aktiekapitalet i det bolag som dittills varit offentligägt och som därför var tillräckligt för att ge förvärvaren ett inflytande som inte bara var *faktiskt*, utan verkligen *bestämmande*.

52. De bestämmelser som är relevanta för att avgöra om villkoren i kravspecifikationerna är förenliga med unionsrätten är således artiklarna 49 och 54 FEUF. Det innebär att frågorna 1, 2 och 3 behöver omformuleras, så att vart och ett av de urvalskriterier som nämns där kan prövas mot de bestämmelserna i FEUF.

53. Hänsyn bör även tas till förordning nr 1008/2008 (vilken innehåller de ”lämpliga bestämmelser för ... luftfart” som Europaparlamentet och rådet har fastställt med stöd av den befogenhet som föreskrivs i artikel 100.2 TFUE), eftersom vissa av harmoniseringsbestämmelserna i den som rör regleringen av lufttrafiken påverkar förevarande tvist.¹⁹

C. Huruvida villkoren utgör en inskränkning i etableringsfriheten

54. Enligt min uppfattning innefattar de kriterier som nämns i beslutet att begära förhandsavgörande i sig en inskränkning av etableringsfriheten. Jag vill erinra om att domstolen har slagit fast att ”varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, försvåras eller blir mindre attraktivt [ska] anses utgöra en inskränkning i denna frihet”.²⁰

55. Det kan medges att de krav som den portugisiska regeringen har ställt i privatiseringsförfarandet inte är så långtgående att de förbjuder utövandet av denna frihet, eller ens försvårar det i sådan grad att det förhindras, men det blir åtminstone mindre attraktivt.

56. Kraven är inte obetydliga. De innebär att den som förvärvar upp till 61 procent av aktiekapitalet i TAP SGPS förhindras att leda lufttrafikföretaget med full frihet och på grundval av sina ekonomiska intressen, eftersom denne är skyldig att fullgöra allmän trafikplikt, inte får flytta bolagets säte eller faktiska ledning och måste bevara det nationella navet.

57. Även om den italienska regeringen har påtalat skillnaden i förhållande till sådana inskränkningar som är en följd av utövandet av de befogenheter som är knutna till så kallade ”gyllene aktier”,²¹ anser jag att det finns en påtaglig likhet mellan dessa befogenheter och de krav som här är i fråga.

18 Se exempelvis dom av den 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), punkt 35, dom av den 5 juli 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514), punkt 19, dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), punkt 54, och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236), punkterna 50 och 155.

19 Om harmoniseringen hade varit fullständig, hade inte de allmänna bestämmelserna i EUF-fördraget om friheten att tillhandahålla tjänster varit tillämpliga. I så fall skulle de nationella bestämmelserna ha bedömts mot bakgrund av harmoniseringsbestämmelserna och inte mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna. Detta följer av domstolens praxis, bland annat dom av den 17 november 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760), punkt 57.

20 Se exempelvis dom av den 8 mars 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177), punkt 59.

21 Punkterna 17 och 18 i dess skriftliga yttrande.

58. De ”gyllene aktier” som en medlemsstat förbehöll sig vid processer för att privatisera företag som dittills varit offentligägda och som blev föremål för domstolens prövning,²² gav deras ägare ”ett ... inflytande på förvaltningen av [företaget] som är omotiverat stort med hänsyn till storleken på [dess] aktieinnehav i bolaget [och som kunde] avskräcka aktörer från andra medlemsstater från att göra direkta investeringar i [företaget], eftersom dessa inte skulle kunna medverka i förvaltningen och kontrollen av företaget i en utsträckning som skulle motsvara deras aktieinnehav”.²³ Det medförde kort sagt en risk för ”att den [medlemsstaten] utövar sina särskilda rättigheter för att säkerställa intressen som inte överensstämmer med det berörda företagens ekonomiska intressen”, vilket kan ha en avskräckande verkan.²⁴

59. De krav som är aktuella i förevarande mål innebär inte bara en risk för att den portugisiska regeringen ska blockera ”beslut som [bolagets] organ anser svarar mot [dess] ekonomiska intressen”,²⁵ utan det är något som i själva verket har skett. Det privatiserade bolagets organ skulle inte ens kunna förorda beslut som flyttning av sätet eller den faktiska ledningen, vilka har uteslutits på förhand till följd av ett tvingande krav som ålagts bolagets nya ägare.

60. Såväl Parpública²⁶ som den portugisiska regeringen²⁷ försvarar urvalskriteriet att bolaget ska ha kvar sitt säte i Portugal och hänvisar till domen Yellow Cab Verkehrsbetrieb,²⁸ i vilken domstolen slog fast att ”skyldigheten att inneha ett huvudkontor eller annat driftställe i värdmedlemsstaten logiskt sett inte i sig kan utgöra ett hinder mot eller en begränsning av etableringsfriheten”, eftersom ”denna skyldighet [inte innebär] att rätten för näringsidkare i andra medlemsstater att öppna kontor och andra driftställen i denna medlemsstat på något sätt inskränks”.²⁹

61. Det målet rörde skyldigheten att ha ett huvudkontor eller annat driftställe i en medlemsstat, som ett krav för att beviljas tillstånd att trafikera en reguljär busslinje för persontransport. Denna skyldighet åsidosätter inte *i sig* etableringsfriheten, men den tidpunkt då skyldigheten måste vara uppfylld (innan tillståndet beviljades) medförde emellertid att den var oförenlig med den friheten.³⁰

62. I förevarande mål rör det sig emellertid inte bara om en skyldighet att ha ett huvudkontor eller ett fast driftställe i Portugal utan om att ha kvar bolagets huvudkontor och faktiska ledning i den medlemsstaten.

22 Dom av den 4 juni 2002, kommissionen/Portugal (C-367/98, EU:C:2002:326), dom av den 4 juni 2002, kommissionen/Frankrike (C-483/99, EU:C:2002:327) och dom av den 4 juni 2002, kommissionen/Belgien (C-503/99, EU:C:2002:328), dom av den 13 maj 2003, kommissionen/Spanien (C-463/00, EU:C:2003:272) och dom av den 13 maj 2003, kommissionen/Förenade kungariket (C-98/01, EU:C:2003:273), dom av den 6 december 2007, Federconsumatori m.fl. (C-463/04 och C-464/04, EU:C:2007:752), dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna (C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608), dom av den 23 oktober 2007, kommissionen/Tyskland (C-112/05, EU:C:2007:623), dom av den 26 mars 2009, kommissionen/Italien (C-326/07, EU:C:2009:193), dom av den 8 juli 2010, kommissionen/Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412), dom av den 11 november 2010, kommissionen/Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669), och dom av den 10 november 2011, kommissionen/Portugal (C-212/09, EU:C:2011:717).

23 Dom av den 8 juli 2010, kommissionen/Portugal, C-171/08, EU:C:2010:412, punkt 60.

24 Dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna (C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608), punkt 29.

25 Dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna (C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608), punkt 30.

26 Punkt 81 i dess skriftliga yttrande.

27 Punkterna 63 och 64 i dess skriftliga yttrande.

28 Dom av den 22 december 2010, C-338/09, EU:C:2010:814.

29 *Ibidem*, punkt 34.

30 Dom av den 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814), punkt 37: ”Kravet på att en näringsidkare etablerad i en annan medlemsstat, som ansöker om tillstånd att trafikera en reguljär busslinje för personbefordran i värdmedlemsstaten, ska inneha ett huvudkontor eller annat driftställe i sistnämnda stat redan innan tillstånd för att driva linjen har utfärdats har en viss avskräckande effekt. En normalt aktsam näringsidkare är inte beredd att göra investeringar, och kanske kostbara sådana, när det råder total osäkerhet om huruvida ett sådant tillstånd över huvud taget kommer att utfärdas.”

63. Domstolen har slagit fast att etableringsfriheten innefattar ”rätten för ett bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning att omvandlas till ett bolag som omfattas av en annan medlemsstats nationella rätt ... i den mån villkoren i lagstiftningen i denna andra medlemsstat ... är uppfyllda”.³¹ Följaktligen anser jag att skyldigheten att ha kvar bolagets säte i Portugal även utgör en inskränkning av etableringsfriheten.

64. Detsamma gäller åläggandet av offentlighetsrättsliga skyldigheter och skyldigheten att bevara det privatiserade bolagets nav (hubb) i Portugal. Båda dessa krav kan avskräcka en potentiell köpare från att förvärva aktiemajoriteten i bolaget, eftersom de i stor utsträckning påverkar de beslut som kommer att fattas i bolaget.

65. Med detta som utgångspunkt ska det prövas huruvida de omtvistade kraven kan motiveras enligt unionsrätten och om de är ägnade att uppnå det mål som eventuellt motiverar dem och inte är oproportionerliga i förhållande till detta mål.

66. Beträffande detta är jag av samma uppfattning som den nederländska regeringen,³² vilken anser att skyldigheten att fullgöra allmän trafikplikt ska prövas i första hand. Skälet till det, vilket jag instämmer i, är att kravet att behålla bolagets säte och den faktiska ledningen i Portugal kan ha samband med denna skyldighet och i själva verket kan utgöra en konsekvens av den.

D. Skyldigheten att fullgöra allmän trafikplikt (den andra tolkningsfrågan)

67. Enligt artikel 5 d i kravspecifikationerna är ett av urvalskriterierna ”förmågan att på ett punktligt och adekvat sätt fullgöra den allmänna trafikplikt som kan åligga [TAP SA] inklusive i fråga om flygförbindelser mellan de viktigaste nationella flygplatserna och flygplatserna i de autonoma regionerna, i förekommande fall, samt kontinuiteten och förstärkandet av de flyglinjer som betjänar de autonoma regionerna, utlandsportugiser och länder och gemenskaper som är portugisisktalande eller som har portugisiska som officiellt språk”.

68. Inskränkningen i etableringsfriheten följer som nämnts av att den som förvärvar 61 procent av det återprivatiserade bolagets aktiekapital åläggs vissa skyldigheter som i princip är ägnade att avskräcka denne från att köpa aktierna, genom att det begränsar förvärvarens förmåga att handla självständigt som företag.

69. Det följer av domstolens fasta praxis att säkerställande av en tjänst av allmänt intresse kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som skulle kunna motivera ett hinder för utövandet av de friheter som garanteras i fördragen.³³

31 Dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804), punkt 33, med hänvisning till dom av den 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456), punkt 17. Ytterligare referenser finns i punkt 35 i dom av den 29 november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), i vilken domstolen slog fast att ”[ä]ven om fördragets bestämmelser om etableringsfrihet enligt sin ordalydelse syftar till att säkerställa nationell behandling i den mottagande medlemsstaten utgör de samtidigt ett förbud mot att ursprungsstaten hindrar någon av sina medborgare eller ett bolag som bildats i överensstämmelse med dess lagstiftning från att etablera sig i en annan medlemsstat”.

32 Punkt 25 i den nederländska regeringens skriftliga yttrande.

33 Detta har domstolen slagit fast beträffande samhällsomfattande posttjänster (dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna, C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 38) och beträffande regelbundna sjötransporttjänster till, från och mellan öar (dom av den 20 februari 2001, Analir m.fl., C-205/99, EU:C:2001:107, punkt 27).

70. Säkerställandet av flygtrafiken på det sätt som avses i artikel 5 d i kravspecifikationerna – där flygförbindelserna med Portugals autonoma regioner särskilt betonas, det vill säga med de yttersta randområdena i den mening som avses i artikel 349 FEUF³⁴ – utgör enligt min uppfattning ett skäl av allmänintresse som är tillräckligt för att motivera inskränkningen av etableringsfriheten.

71. Kommissionen har koncentrerat sina argument till frågan huruvida TAP SA *verkligen* är skyldigt att fullgöra allmän trafikplikt och om denna trafikplikt har fastställts i enlighet med artikel 16 i förordning nr 1008/2008. Om så inte är fallet anser kommissionen att trafikplikten är oförenlig med förordningen.³⁵

72. Den nederländska regeringen drar å sin sida ”slutsatsen” att TAP SA åläggs en allmän trafikplikt som bygger på artikel 16 i förordning nr 1008/2008.³⁶ Parpública preciserar detta genom att hänvisa till den allmänna trafikplikt som ålåg TAP SA den 20 januari 2015, det vill säga den dag då kravspecifikationerna offentliggjordes.³⁷

73. Dessa argument från parterna har gjort att debatten har kommit att handla om den allmänna trafikplikt som *åligger* TAP SA, där det tas för givet att en sådan föreligger (den nederländska regeringen) eller hävdas att den verkligen gäller (Parpública) eller påpekas att det bara delvis finns information om att en sådan plikt föreligger (kommissionen).³⁸

74. Jag anser att det synsättet avleder uppmärksamheten från den bakomliggande problematik som ligger till grund för begäran om förhandsavgörande och för den hänskjutande domstolens fråga.

75. Jag vill här erinra om ordalydelsen av det krav som anges i artikel 5 d i kravspecifikationerna. Där hänvisas, i konjunktiv, till ”förmågan att på ett punktligt och adekvat sätt fullgöra den allmänna trafikplikt som *kan åligga* [TAP SA]”.³⁹ Portugisiskans användning av konjunktiv här innebär att det inte rör sig om en allmän trafikplikt som de facto *åligger* bolaget, utan som eventuellt *kan komma att åligga* det.

76. Urvalskriteriet är således inte förmågan att *fortsätta* att säkerställa *fullgörelsen* av den allmänna trafikplikt som redan åligger TAP SA (oavsett vilken trafikplikt det rör sig om), utan förmågan hos den som väljs ut i förfarandet för återprivatiseringen att fullgöra en eventuell allmän trafikplikt som åläggs bolaget efter det att en del av dess aktiekapital förvärvats.

34 Detta är områden som särskilt berörs av den principförklaring som återfinns i artikel 1 i protokoll nr 26, som utgör en bilaga till EUF-fördraget, på så sätt att unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 14 FEUF särskilt inbegriper ”mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov ... som olika geografiska ... förhållanden kan leda till”.

35 Punkt 71 i dess skriftliga yttrande.

36 Punkterna 26 och 27 i dess skriftliga yttrande. Denna ”slutsats” bygger på två meddelanden från kommissionen i enlighet med förordning (EEG) nr 2408/92, vilken var föregångaren till förordning nr 1008/2008. Det första meddelandet rörde införande av allmän trafikplikt medan det andra meddelandet avsåg regelbunden inrikes lufttrafik i Portugal (EGT C 200, 1995, s. 3) och det andra ändring av bestämmelser om allmän trafikplikt för regelbunden lufttrafik inom Portugal (EGT C 248, 2004, s. 6).

37 Punkt 107 i Parpúblicas skriftliga yttrande, i vilket Parpública hänvisar till kommissionens meddelande av den 20 oktober 2010 i enlighet med artikel 16.4 i förordning nr 1008/2008 om allmän trafikplikt för regelbunden lufttrafik (EUT C 283, 2010, s. 14).

38 Vid förhandlingen gjordes det gällande att TAP inte har trafikerat någon flyglinje som omfattas av allmän trafikplikt sedan den 28 mars 2015. Sedan det datumet tillämpas ett system med statliga resesubventioner vilka är knutna till biljetterna och är oberoende av vilka bolag som trafikerar linjerna.

39 Min kursivering. I det portugisiska originalet: ”obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA”.

77. Visserligen hänvisas det i artikel 5 d i kravspecifikationerna även specifikt till ”flygförbindelser mellan de viktigaste nationella flygplatserna och flygplatserna i de autonoma regionerna, i förekommande fall, samt kontinuiteten och förstärkandet av de flyglinjer som betjänar de autonoma regionerna ...”. Det hänvisas således till den trafik som TAP SA redan är skyldigt att tillhandahålla, enligt artikel 16 i förordning nr 1008/2008. Förutom att det inte uttryckligen hänvisas till denna gällande skyldighet, anser jag under alla förhållanden att villkoret avser en eventuell skyldighet, då det hänvisas till förbindelser med de autonoma regionerna, ”i förekommande fall”.⁴⁰

78. Om denna tolkning skulle anses alltför bokstavig eller formalistisk och slutsatsen skulle dras att syftet med kravspecifikationerna är att säkerställa att den allmänna trafikplikt fullgörs som *redan* åligger TAP SA, kvarstår det obestridliga faktum att den hänskjutande domstolen i sin fråga nämner att ”förvärvaren ska fullgöra allmän trafikplikt”. Den nämner således inte förvärvarens förmåga att fullgöra den konkreta allmänna trafikplikt som åligger det förvärvade bolaget.

79. Det är möjligt att den ”trafikplikt” som den här delen av beslutet att begära förhandsavgörande handlar om är sådan trafikplikt som redan åligger TAP SA. Jag anser emellertid att det viktiga här är att den hänskjutande domstolen inte frågar särskilt om denna trafikplikt (vilken, som nämnts, förefaller ha upphört år 2015) och inte heller undrar huruvida den har ålagts TAP SA i enlighet med förordning nr 1008/2008, eller, om så inte är fallet, huruvida garantin för att den fullgörs trots det skulle kunna utgöra ett urvalskriterium. Dess fråga rör enbart huruvida kravet på förmåga att fullgöra allmän trafikplikt kan utgöra ett urvalskriterium som är förenligt med unionsrätten.

80. Det påtagligt abstrakta sätt på vilket frågan är formulerad, innebär att svaret inte bör handla om den specifika allmänna trafikplikt som ålåg TAP då bolaget privatiserades. Den hänskjutande domstolen ställer ingen fråga om detta och det ankommer för övrigt på den att pröva huruvida denna trafikplikt har ålagts på ett sätt som är korrekt i rättsligt hänseende (och om inte, vilka följder det får). Det förutsätter förstås att det just beträffande denna fråga har framställts ett yrkande om ogiltigförklaring i det nationella målet, vilket inte tycks vara fallet.

81. Att kräva att förvärvaren ska ha förmåga att fullgöra allmän trafikplikt för flygförbindelser mellan de viktigaste nationella flygplatserna och flygplatserna i de autonoma regionerna, är följaktligen ett krav som även om det inskränker etableringsfriheten, är motiverat av tvingande skäl av allmänintresse. Det är med andra ord samma skäl som ligger till grund för själva legitimiteten för att ålägga den här typen av trafikplikt och som har uttryckligt stöd i artikel 16 i förordning nr 1008/2008.

82. Av samma skäl är kravet i fråga inte bara motiverat utan även relevant och adekvat, eftersom det garanterar fullgörelse av sådan allmän trafikplikt som kan åligga det privatiserade bolaget, utan att gå utöver vad som är strängt nödvändigt för att uppnå detta mål.

E. Skyldigheten att ha kvar lufttrafikföretagets säte och faktiska ledning i Portugal (den första tolkningsfrågan)

83. Enligt artikel 5 c i kravspecifikationerna är ett urvalskriterium ”[i]nlämnandet och garantierna för genomförandet av ett adekvat och sammanhängande strategiskt projekt”, som ska syfta till bevarandet och främjandet av ökningen av verksamheten i TAP SA, samtidigt som dess integritet, företagsidentitet och oberoende bevaras. Här betonas vikten av att bevara ”varumärket TAP och dess koppling till Portugal” och av att dess säte och faktiska ledning behålls i Portugal.

⁴⁰ Bestämmelsen slutar med formuleringen ”kontinuiteten och förstärkandet av de flyglinjer som betjänar de autonoma regionerna, utlandsportugiser och länder och gemenskaper som är portugisisktalande eller som har portugisiska som officiellt språk”. Även här finns ett drag av eventualitet och under alla förhållanden en hänvisning till andra flygförbindelser än dem som avses i artikel 16 i förordning nr 1008/2008.

84. Enligt den nederländska regeringen kan detta krav motiveras av syftet att säkerställa fullgörelse av den allmänna trafikplikt som ålagts (eller som kan komma att åläggas) förvärvaren.⁴¹ Jag finner dock inte dess resonemang helt övertygande.

85. Domstolen har i sin praxis inte varit särskilt benägen att godta den här typen av krav på var sätet ska vara beläget, eftersom det i allmänhet finns mindre ingripande åtgärder att tillgå.⁴² Om den allmänna trafikplikt som avses i artikel 16 i förordning nr 1008/2008 (det vill säga enbart förbindelser inom gemenskapen) direkt åläggs flyglinjer, oavsett vilket bolag som trafikerar dem, skulle den nederländska regeringens ståndpunkt innebära att varje bolag som vill trafikera dessa linjer måste ha sitt säte i Portugal, vilket jag anser är orimligt.

86. Dessutom kan en av skyldigheterna i artikel 5 d i kravspecifikationerna (säkerställandet av ”kontinuiteten och förstärkandet av de flyglinjer som betjänar ... utlandsportugiser och länder och gemenskaper som är portugisisktalande eller som har portugisiska som officiellt språk”) inte i sig anses utgöra en allmän trafikplikt, i den mening som avses i artikel 16 i förordning nr 1008/2008.

87. Såsom kommissionen har påpekat är det inom lufttrafiksektorn vanligt att i bilaterala avtal som unionen eller medlemsstaterna ingår med tredjeländer föra in ett krav som rör nationalitet.⁴³ Det gäller även bilaterala avtal mellan Portugal och tredjeländer som tillhör det portugisiska språkområdet, som Angola, Brasilien och Moçambique,⁴⁴ till vilka Portugal har särskilda historiska, kulturella, sociala och politiska band. För att främja och stärka dessa band är det nödvändigt att ha ett lufttrafiksystem som är stabilt, regelbundet och tillräckligt.

88. Parública har betonat att de avtal som ingåtts med bland annat Angola och Moçambique föreskriver att det lufttrafikföretag som utses för att tillhandahålla förbindelser med Portugal ska ha sitt säte i Portugal. Det innebär att om sätet skulle flyttas till någon annan stat skulle företaget förlora sin licens och motsvarande trafikrättigheter,⁴⁵ vilket kraftigt skulle kunna skada ett av de grundläggande kommunikationsmedel som ligger till grund för de traditionella förbindelserna mellan Portugal och de portugisiskspråkiga länder som utgör en mycket viktig kulturell och politisk tillgång för Portugal.

89. Om så är fallet, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva, anser jag att detta urvalskriterium utgör en nödvändig inskränkning som inte är oproportionerlig.

F. Skyldigheten att bevara och utveckla det nationella navet (den tredje tolkningsfrågan)

90. Enligt artikel 5 e i kravspecifikationerna krävs det att förvärvaren ska ”bidra till den inhemska ekonomins tillväxt, inklusive vad gäller bevarandet och utvecklingen av det nuvarande nationella navet (hubb) för flygtrafiken såsom en plattform av största strategiska vikt i relationerna mellan Europa, Afrika och Latinamerika”.

91. Det är uppenbart att bevarandet och utvecklandet av det nationella navet hänger samman med ett rent ekonomiskt syfte, nämligen den inhemska ekonomins tillväxt.

41 Punkt 36 i den nederländska regeringens skriftliga yttrande.

42 Den nederländska regeringen har hänvisat till dom av den 7 maj 1998, *Clean Car Autoservice* (C-350/96, EU:C:1998:205) punkterna 36 och 37.

43 Punkt 52 i dess skriftliga yttrande.

44 *Ibidem*, punkt 55.

45 Punkterna 40 och 41 i dess skriftliga yttrande.

92. Något som kanske skulle tala för detta kriterium (liksom det föregående) är att det är ägnat att säkerställa de fortsatta förbindelserna med de länder som har historiska band med Portugal och som tillhör det portugisiska språkområdet. I detta krav nämns emellertid bara att "[det nationella navet är] av största strategiska vikt i relationerna mellan Europa, Afrika och Latinamerika". Betydelsen av dessa förbindelser uttrycks i privatiseringsbestämmelserna således genom en hänvisning till den nationella ekonomin, som en faktor som kan bidra till dess tillväxt.

93. Mot bakgrund av denna rent ekonomiska dimension, kan kriteriet rörande bevarandet av det nationella navet enligt domstolens praxis inte motivera den inskränkning av etableringsfriheten som det innebär.

94. I sin dom av den 21 december 2016, AGET Iraklis,⁴⁶ slog domstolen fast att det "framgår av fast rättspraxis att skäl av rent ekonomisk karaktär, såsom exempelvis främjande av den nationella ekonomin eller dess funktion, inte kan motivera hinder som är förbjudna enligt fördraget".

95. Detta innebär inte att domstolen bortser från medlemsstaternas ekonomiska intressen, när de används för att begränsa etableringsfriheten för att uppnå ett berättigat socialpolitiskt mål. I domen AGET Iraklis slog domstolen även fast att "[e]ftersom unionen inte endast har ett ekonomiskt ändamål utan även ett socialt ändamål, ska de rättigheter som följer av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital vägas mot de mål som eftersträvas med socialpolitiken. Målen med socialpolitiken ska enligt artikel 151 första stycket FEUF bland annat vara att främja sysselsättningen, att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls, att åstadkomma ett fullgott socialt skydd, en dialog mellan arbetsmarknadens parter och en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktigt hög sysselsättning samt att bekämpa social utslagning".⁴⁷

96. I förevarande fall ser jag emellertid ingen annan dimension i det kriteriet än den rent ekonomiska, vilken är den enda som det hänvisas till i kravspecifikationerna på denna punkt. Tillämpningen av detta kriterium innebär ett hinder för etableringsfriheten som saknar rimlig motivering och som därför är oförenligt med unionsrätten.

VI. Förslag till avgörande

97. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) har ställt på följande sätt:

- "1) Artikel 1.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden är inte tillämplig på ett förfarande för återprivatisering av en offentlig enhet som äger aktiekapitalet i ett lufttrafikföretag.
- 2) Artiklarna 49 och 54 FEUF ska tolkas så, att de, under förhållanden som de som är aktuella i förevarande mål, inte utgör hinder för att de krav som ställs i förfarandet för återprivatisering innefattar
 - förmåga att garantera fullgörelse av allmän trafikplikt som kan åligga förvärvaren, och
 - att bolagets säte och faktiska ledning behålls i den medlemsstat där bolaget bildades, under förutsättning att det är nödvändigt för att säkerställa de lufttrafikrättigheter som bolaget beviljats enligt bilaterala avtal mellan den staten och andra tredjeländer till vilka den har

⁴⁶ Dom av den 21 december 2016 (C-201/15, EU:C:2016:972), punkt 72.

⁴⁷ Dom av den 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 77.

särskilda historiska, språkliga, kulturella och sociala band, när dessa avtal kräver att det bolag som innehar den operativa licensen är hemmahörande i den medlemsstat som har ingått avtalet.

- 3 Artiklarna 49 och 54 FEUF ska tolkas så, att de utgör hinder för att ett av de ovannämnda kraven är att förvärvaren ska 'bidra till den inhemska ekonomins tillväxt, inklusive vad gäller bevarandet och utvecklingen av det nuvarande nationella navet (hubb) för luftfarten'."