



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 27 februari 2019\*

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Förordning (EG) nr 1008/2008 – Luftfartsbolag – Privatiseringsförfarande – Försäljning av andelar motsvarande upp till 61 procent av bolagskapitalet – Villkor – Skyldighet att bevara säte och faktisk ledning i en medlemsstat – Fullgörande av public service-skyldigheter – Skyldighet att bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten”

I mål C-563/17,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen, Portugal) genom beslut av den 20 juni 2017, som inkom till domstolen den 25 september 2017, i målet

**Associação Peço har 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 – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA,**

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna A. Prechal (referent), C. Toader, A. Rosas och M. Ilešič,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

\* Rättegångsspråk: portugisiska.

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 september 2018,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Parpública – Participações Públicas SGPS SA, genom M. Mendes Pereira, advogado,
- Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, M. Figueiredo och A. Duarte de Almeida, samtliga i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,
- Nederländernas regering, genom M.K. Bulterman och J. Langer, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom P. Costa de Oliveira, L. Malferrari och K. Simonsson, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 21 november 2018 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### **Dom**

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49, 54, 56 och 57 FEUF samt artiklarna 2, 16 och 17 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Associação Peço a Palavra, som är en sammanslutning utan vinstsyfte vilken bildats enligt portugisisk rätt, och fyra portugisiska medborgare (nedan tillsammans kallade APP m.fl.), och, å andra sidan, Conselho de Ministros (Ministerrådet, Portugal), rörande giltigheten av ett beslut att i ett förfrågningsunderlag fastställa vissa villkor som var tillämpliga på förfarandet för indirekt privatisering av TAP – Transportes Aéreos Portugueses SA (nedan kallat TAP).

### **Tillämpliga bestämmelser**

#### ***Unionsrätt***

##### *Direktiv 2006/123*

- 3 I skäl 21 i direktiv 2006/123 anges att "[t]ransporttjänster, inklusive lokaltrafik, taxi och ambulanser samt hamntjänster, bör undantas från detta direktivs tillämpningsområde".
- 4 Enligt artikel 2.2 d i detta direktiv ska det inte tillämpas på tjänster på transportområdet, inbegripet hamntjänster, som omfattas av avdelning V i EG-fördraget, som nu är avdelning VI i tredje delen av EUF-fördraget.

- 5 Kapitel IV i nämnda direktiv, som har rubriken ”Fri rörlighet för tjänster”, innehåller en artikel 16 som anger villkoren för tjänsteleverantörernas rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat än den där de är etablerade, och en artikel 17 som räknar upp undantagen från denna rätt.

*Förordning (EG) nr 1008/2008*

- 6 Skälen 10–12 i 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) 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.”

- 7 I artikel 2 i denna förordning, som har rubriken ”Definitioner”, föreskrivs följande:

I denna förordning avses med

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) rätten att använda alla eller delar av ett företags 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.”

8 I kapitel II i förordning nr 1008/2008, som har rubriken ”Operativ licens”, återfinns artikel 4, i vilken följande föreskrivs:

”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 procent 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.

...”

9 I artikel 8.1, 8.5 och 8.7 i förordning nr 1008/2008 föreskrivs följande:

”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, och

...

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.

...”

- 10 I kapitel III i förordning nr 1008/2008, som har rubriken ”Tillträde till flyglinjer”, återfinns artikel 15 som har följande lydelse:

”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.

...”

- 11 Nämnada artikel 15 innehåller, i punkterna 4 och 5, regler avseende de överenskommelser om gemensamma linjebeteckningar som EG-lufttrafikföretag får ingå.

- 12 I artikel 16 i förordning nr 1008/2008, som har rubriken ”Allmänna principer för allmän trafikplikt” och som också återfinns i kapitel III i denna förordning, föreskrivs följande i punkterna 1 och 4:

”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.”

### **Portugisisk rätt**

- 13 Genom lagdekret nr 181-A/2014 av den 24 december 2014 (*Diário da República*, 1:a serien, nr 248, av den 24 december 2014), fastställde ministerrådet förfarandet för privatisering av TAP. I nämnda förfarande ingick bland annat en direktförsäljning kallad "referensförsäljningen", vilken avsåg upp till 61 procent av aktierna i TAP:s moderbolag, holdingbolaget TAP – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA (nedan kallat TAP SGPS).
- 14 I skälen till lagdekretet anges bland annat följande:
- "Det rör sig om ett företag med en nära koppling till Portugal vilken bör bevaras. Det är därför lämpligt att gynna upprätthållandet av företagets utmärkande uppgift såsom 'ett företag som bär landets färger'. Regeringen anser att förfarandet för att privatisera TAP måste respektera dess strategiska betydelse som 'nationellt nav', såsom en grundläggande del av förbindelser mellan Europa, Afrika och Latinamerika, varvid TAP:s flygverksamhet är av avgörande betydelse, även med hänsyn till vikten av inrikes flyglinjer, i synnerhet de som säkerställer kontakten mellan fastlandet och öarna, vilka är grundläggande för att främja den territoriella sammanhållningen och den sociala och ekonomiska utvecklingen."
- 15 I artikel 4.3 i lagdekret nr 181-A/2014 räknas ett antal urvalskriterier upp, vilka avser avsikten med köpet, i syfte att välja ut potentiella köpare som ska medverka i de efterföljande skedena av förfarandet för direktförsäljning och att välja bland inlämnade anbud. I nämnda bestämmelse anges att ytterligare lämpliga särskilda villkor kommer att fastställas genom beslut av ministerrådet.
- 16 I artikel 8 i detta lagdekret, som har rubriken "Regler", föreskrivs följande:
- "1. De slutgiltiga och konkreta villkoren för de åtgärder som ska vidtas inom ramen för privatiseringen av TAP SGPS och utövandet av de befogenheter som ministerrådet getts genom detta dekret fastställs genom antagandet av en eller flera resolutioner.
2. När det gäller referensförsäljningen ankommer bland annat följande på ministerrådet:
- a) godkänna de förfrågningsunderlag som definierar de specifika villkoren för dessa åtgärder och besluta om att de förvärvade och tecknade aktierna omfattas av bestämmelserna om bristande förfoganderätt.
- ..."
- 17 På grundval av artikel 8 i lagdekret nr 181-A/2014 antog ministerrådet den 15 januari 2015 beslut nr 4-A/2015 (*Diário da República*, 1:a serien, nr 13, av den 20 januari 2015), som bland annat innehåller det förfrågningsunderlag som reglerar referensförsäljningen vilket återges i bilaga I till detta beslut och utgör en integrerad del därav (nedan kallat förfrågningsunderlaget).
- 18 I artikel 1 i förfrågningsunderlaget, som har rubriken "Syfte", föreskrivs följande:
- "1. Förfrågningsunderlaget reglerar villkoren för referensförsäljningen av andelar som motsvarar bolagskapitalet i TAP SGPS, vilken genomförs inom ramen för förfarandet för indirekt privatisering av TAP:s bolagskapital. ...
2. Referensförsäljningen inbegriper överlåtelse genom förhandlat förfarande, av en eller två odelbara andelsposter som motsvarar bolagskapitalet i TAP SGPS till en eller flera nationella eller utländska investerare, var för sig eller i grupp.



3. Referensförsäljningen av andelar som avses i föregående punkt ska ingås med en eller flera anbudsgivare som valts ut som förvärvare av de andelar som omfattas av direktförsäljningen.

4. I samband med referensförsäljningen säljs de andelar som förvärvas av den eller de utvalda anbudsgivarna genom Parpública – Participações Públicas SGPS SA.”

19 I artikel 5 i förfrågningsunderlaget, som har rubriken ”Urvalskriterier”, föreskrivs följande:

”De kriterier för urval av en eller flera enheter som går vidare till att köpa de andelar som anges i artikel 1.2 är följande:

a) Anbudsgivarens bidrag till stärkandet av den ekonomiska och finansiella kapaciteten i [TAP SGPS] och i [TAP SA], och deras kapitalstruktur, ... 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.

...

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 lufttrafikföretag på global nivå på nuvarande och nya marknader, bevarande av TAP-koncernens integritet, företagsidentitet och oberoende, i synnerhet 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 åligger [TAP] 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 existerande nationella navet (hubb) för flygtrafiken som en plattform av största strategiska vikt i relationerna mellan Europa, Afrika och Latinamerika.

...”

20 Genom beslut nr 32-A/2015 av den 21 maj 2015 (*Diário da República*, 1:a serien, nr 98, av den 21 maj 2015), fastställde ministerrådet, efter den första fasen av privatiseringsförfarandet, att ett anbud skulle avvisas eftersom det inte uppfyllde samtliga villkor i förfrågningsunderlaget, och att två andra anbudsgivare vars anbud i huvudsak var likvärdiga skulle bjudas in att delta i den förhandlade fasen, som var den andra fasen av privatiseringsförfarandet.

21 Genom beslut nr 38-A/2015 av den 11 juni 2015 (*Diário da República*, 1:a serien, nr 113, av den 12 juni 2015), valdes flera bolag som ingår i Gateway-koncernen ut för förvärvet av aktier som motsvarade 61 procent av aktiekapitalet i TAP SGPS. Det förbättrade bindande anbudet från dessa bolag ansågs bättre överensstamma med de urvalskriterier som avses i artikel 5 i förfrågningsunderlaget, bland annat vad avsåg bidraget till stärkandet av den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos TAP-koncernen.

- 22 Den 24 juni 2015 undertecknades ett avtal i vilket Parpública – Participações Públicas SGPS SA (nedan kallat Parpública) åtog sig att sälja 61 procent av bolagskapitalet i TAP SGPS till bolagen i Gateway-koncernen, till ett pris av 10 miljoner euro. Denna försäljning var underkastad vissa villkor som skulle vara uppfyllda senast den 24 juni 2016.
- 23 Genom beslut nr 30/2016 av den 19 maj 2016 (*Diário da República*, 1:a serien, nr 99, av den 23 maj 2016), noterade ministerrådet att ett samförståndsavtal hade undertecknats den 6 februari 2016 av den portugisiska staten och Atlantic Gateway SGPS Lda, i syfte att omdefiniera villkoren för den portugisiska statens innehav i TAP SGPS. Genom detta avtal åtog sig det förstnämnda bolaget att till Parpública sälja tillbaka det nödvändiga antalet aktier för att den portugisiska staten skulle äga 50 procent av bolagskapitalet i TAP SGPS.
- 24 Efter ingåendet av detta avtal innehade bolagen i Gateway-koncernen och den portugisiska staten 45 respektive 50 procent av bolagskapitalet i TAP SGPS. Resterande 5 procent innehades av de anställda i TAP-koncernen.

### Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 25 APP m.fl. väckte talan vid den hänskjutande domstolen, Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen, Portugal), och yrkade att ministerrådets beslut nr 4-A/2015 av den 15 januari 2015 antingen skulle förklaras vara en nullitet eller ogiltigförklarad, i den mån som det innehåller förfrågningsunderlaget för referensförsäljningen av aktier som motsvarar upp till 61 procent av bolagskapitalet i TAP.
- 26 APP m.fl. gjorde för det första gällande att artikel 5 c i förfrågningsunderlaget, genom att kräva att TAP:s säte och faktiska ledning skulle behållas i Portugal, strider mot artiklarna 49 och 54 FEUF. Vidare gjorde APP m.fl. gällande att artikel 5 d i förfrågningsunderlaget, genom att förplikta förvärvaren av aktierna att fullgöra public service-skyldigheter, strider mot artiklarna 56 och 57 FEUF samt mot artiklarna 16 och 17 i direktiv 2006/123. Slutligen gjorde APP m.fl. gällande att artikel 5 e i förfrågningsunderlaget, genom att kräva att förvärvaren skulle bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, strider mot artiklarna 56 och 57 FEUF samt mot artiklarna 16 och 17 i detta direktiv.
- 27 Mot denna bakgrund beslutade Supremo Tribunal Administrativo (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- 1) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt artiklarna 49 och 54 FEUF och de i dessa artiklar stadgade principerna, att i samband med ett förfarande för indirekt privatisering 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 för urval bland de anbud som getts in i anbuds förfarandet?
  - 2) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt 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 indirekt privatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska fullgöra public service-skyldigheter, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de anbud som getts in i anbuds förfarandet?



- 3) Är det tillåtet enligt unionsrätten, särskilt artiklarna 56 och 57 FEUF och de i dessa artiklar stadgade principerna, att i samband med ett förfarande för indirekt privatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de anbud som getts in i anbudsförfarandet?
- 4) Ska den verksamhet som bedrivs av nämnda bolag, som är föremål för privatiseringsförfarandet, anses som en sådan tjänst på den inre marknaden som omfattas av direktiv 2006/123 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 indirekt privatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska fullgöra public service-skyldigheter, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de anbud som getts in i anbudsförfarandet?
- 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 indirekt privatisering av nämnda bolag, i kravspecifikationerna i detta förfarande införa ett krav på att förvärvaren ska bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, vilket utgör ett kriterium för urval bland de potentiella investerarna och för urval bland de anbud som getts in i anbudsförfarandet?"

## Prövning av tolkningsfrågorna

### *Prövning av den fjärde, den femte och den sjätte frågan*

- 28 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde, den femte och den sjätte frågan, vilka ska prövas tillsammans och först, för att få klarhet i vilken betydelse direktiv 2006/123 har, med hänvisning till TAP:s verksamhet på området för lufttransporttjänster, för svaret på de ställda frågorna, i den del som de avser förenligheten med unionsrätten av kravet på fullgörande av public service-skyldigheter och skyldigheten att bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, vilka uppställs inom ramen för förfarandet för indirekt privatisering av detta företag.
- 29 I detta avseende kan det konstateras att en tjänsteverksamhet inom luftfartssektorn, som till exempel TAP:s huvudsakliga verksamhet, ska kvalificeras som "tjänst på transportområdet", i den mening som avses i artikel 2.2 d i direktiv 2006/123, jämförd med skäl 21 i samma direktiv, som detta direktiv inte är tillämpligt på (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, punkt 36).
- 30 Denna kvalificering stöds av domstolens praxis i vilken det har slagits fast att begreppet "tjänst på transportområdet" inte endast omfattar transporttjänster som sådana, utan även alla andra tjänster som har en så nära anknytning till den fysiska handlingen att med ett transportmedel förflytta personer eller varor från en plats till en annan, att de inte kan skiljas från denna (dom av den 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, punkt 41 och där angiven rättspraxis).
- 31 Det är således inte nödvändigt att pröva den femte och den sjätte frågan vilka särskilt avser villkoren i förfrågningsunderlaget, vilka med avseende på utövandet av TAP:s lufttrafikverksamhet efter privatiseringen av detta företag uppställer krav på fullgörande av public service-skyldigheter samt på bevarande och utveckling av företagets existerande nationella nav (*hubb*) för luftfarten, är förenliga med artiklarna 16 och 17 i direktiv 2006/123.

- 32 I den mån som domstolen utifrån de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat kan avgöra vilka bestämmelser och principer i unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet (dom av den 16 juli 2015, Abcur, C-544/13 och C-545/13, EU:C:2015:481, punkt 34), bör det emellertid noteras att vid prövningen av frågan om villkoren i förfrågningsunderlaget är förenliga med unionsrätten, kan förordning nr 1008/2008, i den mån den fastställer gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i unionen, vara av betydelse.
- 33 Mot bakgrund av ovanstående överväganden ska den fjärde frågan besvaras enligt följande. Direktiv 2006/123 ska tolkas så, att detta direktiv saknar betydelse för prövningen av om vissa krav som hänför sig till verksamhet som bedrivs av ett flygbolag, vilka ställs på förvärvaren av ett kvalificerat innehav av aktiekapitalet i detta bolag, i synnerhet kravet på att fullgöra public service-skyldigheter samt kravet på att bevara och utveckla bolagets existerande nationella nav (*hubb*) för luftfarten, är förenliga med unionsrätten.

### ***Den första, den andra och den tredje frågan***

#### *Inledande synpunkter*

- 34 Den hänskjutande domstolen har ställt den första, den andra och den tredje frågan, vilka ska prövas tillsammans och i andra hand, för att få klarhet i huruvida vissa av "kriterierna" i förfrågningsunderlaget avseende valet av en förvärvare av ett aktieinnehav på upp till 61 procent av bolagskapitalet i ett holdingbolag, inom ramen för förfarandet för privatisering av dess rörelsedrivande dotterbolag på luftfartsområdet, är förenliga med de grundläggande friheter som garanteras i fördragen. Det handlar här särskilt om kravet på fullgörande av public service-skyldigheter som åligger detta dotterbolag, kravet på att den koncern som bolaget ingår i ska fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning i den berörda medlemsstaten samt kravet på att bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten.
- 35 I detta avseende bör det först noteras att Parpública, som är det offentliga företaget som har överlåtit detta innehav och som innehar den portugisiska statens återstående innehav, i sina skriftliga yttranden och vid förhandlingen vid domstolen hävdade att den hänskjutande domstolen i sina tre första frågor felaktigt betecknade dessa kriterier som "krav". Det rör sig nämligen endast om en uppsättning kriterier vilka beaktas vid bedömningen av de olika anbudena och det krävdes inte att den potentiella förvärvaren av innehavet i fråga åtog sig att uppfylla samtliga kriterier. Den portugisiska regeringen har också ifrågasatt kriteriernas tvingande karaktär.
- 36 Enligt EU-domstolens fasta praxis görs det i förfaranden enligt artikel 267 FEUF en tydlig åtskillnad mellan EU-domstolens och den nationella domstolens funktioner. Det ankommer på EU-domstolen att tolka bestämmelser i unionsrätten medan det ankommer på den hänskjutande domstolen att tolka nationell rätt. EU-domstolen är följaktligen skyldig att hålla sig till den tolkning av den nationella rätten som nämnda nationella domstol har presenterat för den (se för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 11 september 2014, Essent Belgium, C-204/12–C-208/12, EU:C:2014:2192, punkt 52, och dom av den 28 juli 2016, Astone, C-332/15, EU:C:2016:614, punkt 24).
- 37 Den tvingande karaktären hos de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget verkar för övrigt bekräftas av artikel 1.1 däri, i vilken det föreskrivs att förfrågningsunderlaget "reglerar villkoren för den direktförsäljning av aktier i [TAP SGPS] som ska genomföras inom ramen för förfarandet för indirekt privatisering av [TAP]".

- 38 Det är svårt att förneka att dessa kriterier till sin natur är tvingande för förvärvaren av innehavet i fråga, eftersom de i princip leder till att alla anbudsgivare som deltar i förfarandet för privatisering, från och med inlämnandet av sina anbud, åtar sig att uppfylla alla skyldigheter som härrör från dessa kriterier.
- 39 Det framgår dessutom av de handlingar i målet som domstolen förfogar över att efter det att förvärvaren av detta innehav hade valts ut ingicks avtal i vilka förvärvaren åtog sig att uppfylla dessa skyldigheter.
- 40 Det ska vidare påpekas att den hänskjutande domstolen har bett EU-domstolen att undersöka kravet på att TAP ska fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning i den berörda medlemsstaten, mot bakgrund av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet, och kraven i förfrågningsunderlaget på fullgörande av public service-skyldigheter samt bevarande och utveckling av det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, mot bakgrund av EUF-fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster.
- 41 Dessa olika krav gäller för de operatörer som vill väljas ut som förvärvare av det innehav som berörs av det aktuella förfarandet för privatisering och som således vill etablera sig i Portugal. Dessa krav påverkar därför i första hand etableringsfriheten för anbudsgivaren, även om de också har en indirekt inverkan på de tjänster som tillhandahålls av TAP.
- 42 Dessa krav ska dessutom bedömas enbart mot bakgrund av etableringsfriheten och inte mot bakgrund av den fria rörligheten för kapital.
- 43 Enligt fast rättspraxis omfattas nämligen nationell lagstiftning som endast ska tillämpas på andelsinnehav som ger ett bestämmande inflytande över ett bolags beslut och möjlighet att fastställa dess verksamhet av tillämpningsområdet för bestämmelserna om etableringsfrihet (dom av den 13 april 2000, Baars, C-251/98, EU:C:2000:205, punkt 22, och dom av den 10 juni 2015, X, C-686/13, EU:C:2015:375, punkt 18).
- 44 I förevarande fall förefaller ett förvärv av 61 procent av kapitalet i TAP SGPS genom förfarandet för privatisering i fråga vara tillräckligt för att den berörda aktieägaren ska ha möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över förvaltning och kontroll av detta bolag och även över dess dotterbolag TAP. Så tycks vara fallet även efter ändringen av ägarförhållandet i TAP SGPS, genom vilken andelen på 61 procent minskades till 45 procent, genom att den portugisiska staten förvärvade det nödvändiga antalet aktier för att öka sin andel från 34 procent till 50 procent.
- 45 Vad slutligen gäller betydelsen av artikel 345 FEUF, vilken Parública och den italienska regeringen har hänvisat till i sina skriftliga yttranden till domstolen, är det riktigt att kraven i förfrågningsunderlaget, eftersom de bildar ramen för privatiseringen av ett offentligt företag som helt ägs av en medlemsstat, omfattas av denna artikel.
- 46 Enligt domstolens fasta praxis leder artikel 345 FEUF 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 (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).

*Huruvida det föreligger inskränkningar i etableringsfriheten*

- 47 Vad för det första gäller kravet på att förvärvaren ska fullgöra public service-skyldigheter, ska det erinras om att, enligt artikel 5 d i förfrågningsunderlaget, gäller detta krav ”förmågan att på ett punktligt och adekvat sätt fullgöra den allmänna trafikplikt som åligger TAP 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”.

- 48 I detta sammanhang är det ostridigt att Portugal, vad avser den regelbundna lufttrafiken mellan medlemsstaten och dess autonoma regioner, till exempel de yttersta randområdena Azorerna eller Madeira, tidigare har ålagt lufttrafikföretag som trafikerar dessa sträckor en allmän trafikplikt vilken, i enlighet med artikel 16.4 i förordning nr 1008/2008, har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*. Det framgår dessutom av handlingarna i målet att dessa skyldigheters förenlighet med de materiella och processuella kraven i artiklarna 16 och 17 i den förordningen inte har ifrågasatts.
- 49 Enligt domstolens fasta praxis ska nationella åtgärder inom ett område där det har skett en fullständig harmonisering på unionsnivå bedömas mot bakgrund av harmoniseringsbestämmelserna och inte mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna (dom av den 17 november 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 57, och dom av den 7 september 2017, Eqiom och Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punkt 15 och där angiven rättspraxis).
- 50 I detta avseende kan det konstateras att när det gäller public service-skyldigheter inom luftfartssektorn innebär artiklarna 16–18 i förordning nr 1008/2008, tolkade mot bakgrund av skäl 12 i förordningen, en uttömmande harmonisering eftersom de i detalj styr de materiella och formella villkor som ska vara uppfyllda för att skyldighet att fullgöra allmän trafikplikt ska kunna åläggas, och eftersom de föreskriver ett förfarande för omprövning av dessa skyldigheter efter det att de har ålagts.
- 51 Det framgår särskilt av artikel 16.1 i denna förordning att en medlemsstat endast kan införa allmän trafikplikt med avseende på vissa flyglinjer inom unionen, särskilt sådana som förbinder en flygplats i unionen med en flygplats som betjänar en perifer region som är belägen på dess territorium.
- 52 Härav följer att i den mån som artikel 5 d i förfrågningsunderlaget endast kräver att den nya aktieägaren, som valts ut i förfarandet för privatisering, ska iaktta eventuella public service-skyldigheter som åligger TAP i enlighet med de materiella och formella villkor som fastställs i artiklarna 16 och 17 i förordning nr 1008/2008, är denna nationella åtgärd förenlig med unionsrätten, utan att det är nödvändigt att bedöma den mot bakgrund av primärrätten eller, i synnerhet, mot bakgrund av etableringsfriheten.
- 53 Vad därefter gäller de skyldigheter som följer av artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget för förvärvaren av den andel som berörs av förfarandet för privatisering, och som avser bevarande av säte och faktisk ledning i Portugal samt bevarande och utveckling av det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, konstaterar domstolen att sådana nationella åtgärder inte är knutna till ett område som harmoniserats genom förordning nr 1008/2008, vilket innebär att de måste bedömas mot bakgrund av unionens primärrätt, i förevarande fall mot bakgrund av etableringsfriheten.
- 54 Det ska i detta avseende erinras om att enligt fast rättspraxis ska varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, försvåras eller blir mindre attraktivt anses utgöra en ”inskränkning i etableringsfriheten”, i den mening som avses i artikel 49 FEUF (se bland annat dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 46 och där angiven rättspraxis).
- 55 Det är uppenbart att de båda krav som är i fråga i det nationella målet vilka följer av artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget utgör inskränkningar i etableringsfriheten, eftersom de hindrar eller gör utövandet av denna frihet mindre attraktivt.



- 56 Dessa krav syftar nämligen till att förhindra att vissa beslut i framtiden fattas av TAP SGPS:s organ, efter det att förfarandet för privatisering har avslutats och ägarstrukturen har ändrats därigenom, särskilt beslut som syftar till att bolagets huvudsakliga verksamhet eller nationella nav (*hubb*) för luftfarten flyttas från Portugal, trots att sådana beslut skulle kunna svara mot bolagets ekonomiska intressen.
- 57 För förvärvaren av innehavet på upp till 61 procent av bolagskapitalet i TAP SGPS innebär således dessa krav att den beslutsfrihet som detta bolags organ normalt har begränsas, på ett sätt som är jämförbart med begränsningar som kan uppstå när en medlemsstat använder sig av befogenheter som är kopplade till aktier som ger medlemsstaten särskilda rättigheter, så kallade "golden shares", som syftar till att skydda allmänna intressen (se, analogt, dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna, C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 30)
- 58 Vad särskilt gäller den skyldighet som föreskrivs i artikel 5 c i förfrågningsunderlaget, vilken syftar till att säkerställa att TAP-koncernens säte och faktiska ledning blir kvar i Portugal, kan den restriktiva karaktären av denna skyldighet inte, i motsats till vad Parública och den portugisiska regeringen har gjort gällande, ifrågasättas mot bakgrund av domen av den 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814).
- 59 I den domen slog domstolen bland annat fast att skyldigheten för de koncessionssökande företagen att ha ett huvudkontor eller ett fast driftställe inom den berörda medlemsstatens territorium för att, inom ramen för en koncession, få trafikera en reguljär busslinje för persontransport inte stred mot unionsrätten när den tillämpas efter det att ett verksamhetstillstånd redan har beviljats och innan näringsidkaren tagit linjen i drift.
- 60 I detta hänseende noterade domstolen särskilt att skyldigheten i fråga logiskt sett inte i sig kunde utgöra ett hinder mot eller en begränsning av etableringsfriheten. Denna skyldighet innebar nämligen inte att rätten för näringsidkare i andra medlemsstater att öppna kontor och andra driftställen i denna medlemsstat på något sätt inskränktes (dom av den 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C-338/09, EU:C:2010:814, punkt 34).
- 61 Det är emellertid uppenbart att denna skyldighet i grunden skiljer sig från den skyldighet som är i fråga i det nationella målet, enligt vilken TAP-koncernens säte och faktiska ledning, det vill säga den huvudsakliga verksamheten för de bolag som ingår i denna koncern, ska fortsätta att ligga i Portugal. Denna skyldighet, vilken är på obegränsad tid, kräver inte att ett andra driftställe öppnas, utan att den huvudsakliga verksamheten för dessa bolag blir kvar på den berörda medlemsstatens territorium.
- 62 I enlighet med artiklarna 49 och 54 FEUF utgör en sådan skyldighet att behålla den huvudsakliga verksamheten på den berörda medlemsstatens territorium en inskränkning av etableringsfriheten för ett bolag som har bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat, i detta fall enligt portugisisk lagstiftning. Denna frihet omfattar rätten att flytta bolagets huvudsakliga verksamhet till en annan medlemsstat, vilket innebär, för det fall denna flytt kräver att bolaget omvandlas till ett bolag som omfattas av lagstiftningen i den sistnämnda medlemsstaten och förlorar sin tillhörighet till ursprungsmedlemsstaten, att villkoren för etablering enligt lagen i den nya medlemsstaten ska vara uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, dom av de 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punkterna 33–35)

*Huruvida inskränkningarna i etableringsfriheten är motiverade*

- 63 Därefter uppkommer frågan huruvida skyldigheterna enligt artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget avseende bevarandet av TAP:s säte och faktiska ledning i Portugal respektive bevarande och utveckling av det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten, vilka har fastställts utgöra inskränkningar i etableringsfriheten för förvärvaren av de andelar som berörs av förfarandet för

- privatisering, kan motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, vilket förutsätter att de är ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 52)
- 64 I detta avseende är det nödvändigt att för det första underkänna den nederländska regeringens argument, enligt vilket skyldigheten att bevara TAP:s säte och faktiska ledning i Portugal var motiverad med beaktande av målet att kontrollera efterlevnaden av skyldigheten att fullgöra public service-skyldigheter vilken följer av artikel 5 d i förfrågningsunderlaget.
- 65 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 85 i sitt förslag till avgörande finns det för att säkerställa denna kontroll mindre ingripande åtgärder att tillgå, till exempel kravet på att inneha ett andra driftställe. Dessutom är kravet på att ett lufttrafikföretag ska bevara sin huvudsakliga verksamhet i en medlemsstat, enbart av det skälet att det driver en flyglinje från eller till den berörda medlemsstatens territorium och är skyldigt att fullgöra public service-skyldigheter, uppenbart oproportionerligt.
- 66 Vad för det andra beträffar fastställandet av tvingande skäl av allmänintresse vilka kan vara relevanta för att motivera de inskränkningar som följer av artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget framgår det av ingressen till lagdekret nr 181-A/2014 att förfrågningsunderlaget ska ta hänsyn till det faktum att TAP är "ett företag med en nära koppling till Portugal vilken bör bevaras. Det är därför lämpligt att gynna upprätthållandet av företagets utmärkande uppgift såsom 'ett företag som bär landets färger'". Förfrågningsunderlaget måste säkerställa att förfarandet för att återprivatisera TAP bland annat respekterar det "nationellt navets" "strategiska betydelse ... såsom en grundläggande del av förbindelser mellan Europa, Afrika och Latinamerika, varvid TAP:s flygverksamhet är av avgörande betydelse, även med hänsyn till vikten av inrikes flyglinjer, i synnerhet de som säkerställer kontakten mellan fastlandet och öarna, vilka är grundläggande för att främja den territoriella sammanhållningen och den sociala och ekonomiska utvecklingen".
- 67 Dessa övergripande mål återges i artikel 5 c i förfrågningsunderlaget genom att det hänvisas till "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], 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".
- 68 Dessa mål framgår även av artikel 5 e i förfrågningsunderlaget då den avser "förmågan att bidra till den nationella ekonomins tillväxt, inklusive vad gäller bevarandet och utvecklingen av det existerande nationella navet (*hubb*) för flygtrafiken som en plattform av största strategiska vikt i relationerna mellan Europa, Afrika och Latinamerika".
- 69 Av betydelse i detta sammanhang är även att artikel 5 d i förfrågningsunderlaget hänvisar till "flygförbindelser mellan de viktigaste nationella flygplatserna och flygplatserna i de autonoma regionerna, i förekommande fall, samt [till] kontinuiteten och [till] förstärkandet av de flyglinjer som betjänar de autonoma regionerna, utlandsportugiser och länder och gemenskaper som är portugisisktalande eller som har portugisiska som officiellt språk".
- 70 I detta avseende ska det erinras om att i den mån som artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget rör mål som att bevara och främja ökningen av verksamheten i TAP, att främja en förbättring av bolagets konkurrenskraft, att bevara och utveckla TAP-koncernens operationella och kommersiella kvaliteter, samt att bidra till den nationella ekonomins tillväxt, är det fast rättspraxis att rent ekonomiska



skäl avseende främjande av den nationella ekonomin eller dess funktion, inte kan tjäna som motivering för en begränsning av en av de grundläggande friheter som garanteras genom fördragen (se bland annat dom av den 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 72).

- 71 Såsom Parpública och den portugisiska regeringen i huvudsak har gjort gällande avser emellertid artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget, jämförd med artikel 5 d däri och med ingressen till lagdekret nr 181-A/2014, i den mån de syftar till att säkerställa kontinuiteten och förstärkandet av TAP:s flyglinjer som betjänar tredje länder med vilka Republiken Portugal har särskilda historiska, kulturella och sociala band och i vilka portugisiska är det officiella språket eller ett av de officiella språken, såsom Republiken Angola, Republiken Moçambique och Förbundsrepubliken Brasilien, ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera ett hinder för etableringsfriheten.
- 72 Det ska i detta sammanhang erinras om att säkerställandet av en tjänst av allmänintresse kan utgöra ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera hinder mot en av de grundläggande friheter som garanteras i fördragen (se, analogt, dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna, C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 38).
- 73 Härav följer att det tvingande skäl av allmänintresse som är relevant för att motivera de inskränkningar som följer av artikel 5 c och e i förfrågningsunderlaget, består i säkerställandet av den allmännyttiga tjänst som ska säkerställa tillräckliga och regelbundna transporter till och från portugisisktalande tredjeländer, med vilka Portugal har särskilda historiska, kulturella och sociala band.
- 74 Vad för det tredje beträffar frågan huruvida kravet i artikel 5 c i förfrågningsunderlaget på att TAP ska fortsätta att ha sitt säte och sin faktiska ledning i Portugal kan vara motiverat konstaterar domstolen, såsom även generaladvokaten har påpekat i punkt 89 i sitt förslag till avgörande, att kraven står i proportion till detta tvingande skäl av allmänintresse.
- 75 Med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, framgår det nämligen av de handlingar i målet som domstolen förfogar över att bilaterala avtal har ingåtts mellan Republiken Portugal och vissa tredjeländer, till vilka just de portugisisktalande tredjeländer med vilka Portugal har särskilda historiska, kulturella och sociala band, såsom Republiken Angola, Republiken Moçambique och Förbundsrepubliken Brasilien, räknas, i vilka TAP:s trafikrättigheter avseende flygförbindelserna med dessa länder är underkastade villkoret att TAP:s huvudsakliga verksamhet ska ligga kvar i Portugal.
- 76 Med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning följer det således av dessa bilaterala avtal att TAP skulle förlora sina trafikrättigheter på flyglinjer till eller från dessa tredjeländer för det fall bolagets huvudsakliga verksamhet flyttades från Portugal. Det förefaller därför som om ett sådant krav som det i artikel 5 c i förfrågningsunderlaget, i den mån som TAP:s huvudsakliga verksamhet måste ligga kvar i denna medlemsstat, är en åtgärd som är lämplig för att uppnå det tvingande skäl av allmänintresse som består i att säkerställa tillräckliga och regelbundna transporter till och från de berörda portugisisktalande tredjeländerna med vilka Portugal har särskilda historiska, kulturella och sociala band.
- 77 Detta krav går inte heller utöver vad som är nödvändigt mot bakgrund av nämnda tvingande skäl av allmänintresse, eftersom en flytt av TAP:s huvudsakliga verksamhet från Portugal, i enlighet med artikel 8.1 i förordning nr 1008/2008, jämförd med artikel 4 a i samma förordning, skulle leda till att den operativa licensen och det drifttillstånd som utfärdats till TAP av den portugisiska behöriga myndigheten blev ogiltiga, vilket skulle hindra driften av regelbunden lufttrafik, inklusive lufttrafiken till och från portugisisktalande tredjeländer, vilken har konstaterats utgöra en väsentlig del av TAP:s verksamhet.
- 78 Att detta krav är proportionerligt i förhållande till det tvingande skäl av allmänintresse som avses i punkt 73 ovan stöds vidare av det faktum att det inte hindrar TAP från att öppna ytterligare driftställen, såsom filialer eller dotterföretag, utanför Portugal.

- 79 För det fjärde uppkommer frågan huruvida det krav som följer av artikel 5 e i förfrågningsunderlaget om att bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten är motiverat mot bakgrund av målet att säkerställa den allmännyttiga tjänst som ska säkerställa tillräckliga och regelbundna transporter till och från portugisisktalande tredjeländer, med vilka Portugal har särskilda historiska, kulturella och sociala band.
- 80 I detta avseende har det inte visats att det är nödvändigt att behålla den organisationsmodell för luftfartstjänster som tillämpas för det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten för att uppnå målet som avser flygförbindelser med de berörda portugisisktalande tredjeländerna. Det förefaller inte uteslutet på förhand att detta mål skulle kunna uppnås med användning av en annan organisationsmodell.
- 81 I alla händelser, även om det inte kan uteslutas att modellen för det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten kan vara ett användbart verktyg för att uppnå detta mål, är det tydligt att denna modell används för alla flygförbindelser och inte bara för förbindelserna till och från de berörda portugisisktalande tredjeländerna.
- 82 Av detta följer att kravet på att bevara och utveckla det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det avsedda målet med flygförbindelser till dessa tredjeländer.
- 83 Mot bakgrund av vad ovan anförts ska den första, den andra och den tredje frågan besvaras enligt följande. Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att det förfrågningsunderlag som reglerar villkoren för ett förfarande för privatisering av ett luftfartsbolag innehåller
- ett krav på att förvärvaren av det innehav som berörs av nämnda förfarande för privatisering har kapacitet att säkerställa fullgörandet av public service-skyldigheter som åligger detta luftfartsbolag, och
  - ett krav på att förvärvaren låter säte och faktisk ledning ligga kvar i den berörda medlemsstaten, eftersom en flytt av bolagets huvudsakliga verksamhet från denna medlemsstat skulle leda till att bolaget förlorade de trafikrättigheter som det har enligt bilaterala avtal vilka slutits mellan medlemsstaten och tredjeländer, med vilka medlemsstaten har särskilda historiska, kulturella och sociala band, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för ett krav i detta förfrågningsunderlag på att förvärvaren av nämnda andel bevarar och utvecklar det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten.

### Rättegångskostnader

- 84 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) **Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123 av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden ska tolkas så, att detta direktiv saknar betydelse för prövningen av om vissa krav som hänför sig till verksamhet som bedrivs av ett luftfartsbolag, vilka ställs på**

förvärvaren av ett kvalificerat innehav av aktiekapitalet i detta bolag, i synnerhet kravet på att fullgöra public service-skyldigheter samt kravet på att bevara och utveckla bolagets existerande nationella nav (*hubb*) för luftfarten, är förenliga med unionsrätten.

- 2) Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att det förfrågningsunderlag som reglerar villkoren för ett förfarande för privatisering av ett luftfartsbolag innehåller
- ett krav på att förvärvaren av det innehav som berörs av nämnda förfarande för privatisering har kapacitet att säkerställa fullgörandet av public service-skyldigheter som åligger detta luftfartsbolag, och
  - ett krav på att förvärvaren låter säte och faktisk ledning ligga kvar i den berörda medlemsstaten, eftersom en flytt av bolagets huvudsakliga verksamhet från denna medlemsstat skulle leda till att bolaget förlorade de trafikrättigheter som det har enligt bilaterala avtal vilka slutits mellan medlemsstaten och tredjeländer, med vilka medlemsstaten har särskilda historiska, kulturella och sociala band, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för ett krav i detta förfrågningsunderlag på att förvärvaren av nämnda andel bevarar och utvecklar det existerande nationella navet (*hubb*) för luftfarten.

Underskrifter