Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA,
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 21. novembra 2018 [1]

Zadeva 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
proti
Conselho de Ministros,
ob udeležbi
PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,
TAP, SGPS, SA

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supremo Tribunal Administrativo (Portugalska))

„Vprašanje za predhodno odločanje – Svoboda ustanavljanja – Letalski prevoznik – Postopek ponovne privatizacije – Pogoji – Obveznost ohranitve sedeža in dejanske uprave – Obveznosti javne službe – Obveznost ohranitve nacionalnega letalskega vozlišča“

1. Supremo Tribunal Administrativo (vrhovno upravno sodišče, Portugalska) je Sodišču v presojo predložilo dvome, ki jih ima v zvezi s skladnostjo nekaterih zahtev iz razpisne dokumentacije postopka privatizacije družbe „TAP –Transportes Aéreos Portugueses, S.A.“ (v nadaljevanju: TAP SA), izvedenega leta 2015, s pravom Unije.

2. Te zahteve se konkretno nanašajo na obveznost, da se na Portugalskem ohranita sedež in dejanska uprava podjetja, zmožnost prevzetja nalog izvajanja obveznosti javne službe in zavezo ohranitve in razvoja nacionalnega letalskega vozlišča.

3. Za razrešitev dvomov predložitvenega sodišča bo treba najprej razjasniti, ali se za obravnavano zadevo uporabi Direktiva 2006/123/ES [2] ali Uredba (ES) št. 1008/2008 [3]. Nato bo treba preučiti, ali je svoboda, do posega v katero je morda prišlo, svoboda ustanavljanja, opravljanja storitev ali pretoka kapitala, v vsakem primeru pa bo treba dognati, ali so s pogoji iz dokumentacije te svobode spoštovane ali ne.

1 Jezik izvirnika: španščina.

2 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (UL 2006, L 376, str. 36).

3 Uredba Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. septembra 2008 o skupnih pravilih za opravljanje zračnih prevozov v Skupnosti (UL 2008, L 293, str. 3).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2006/123

4. V skladu z uvodno izjavo 21 bi morale biti „[p]revozne storitve, vključno z mestnim prometom, taksi službo in reševalnimi vozili ter pristaniškimi službami, […] izključene iz področja uporabe te direktive."

5. Člen 1(2) določa: „[D]irektiva ne obravnava liberalizacije storitev splošnega gospodarskega pomena, ki so pridržane za javne ali zasebne subjekte, niti privatizacije javnih subjektov, ki opravljajo storitve".

6. V skladu s členom 2(2)(d) Direktive se ta ne uporablja za „storitve na področju prevoza, vključno s pristaniškimi storitvami, ki jih zajema področje uporabe naslova V Pogodbe".

7. V oddelku 1 („Svoboda opravljanja storitev in s tem povezana odstopanja") poglavja IV („Prost pretok storitev") so določbe, s katerimi – po eni strani – je zagotovljena pravica ponudnikov, da storitve opravljajo v državi članici, v kateri sicer nimajo sedeža (člen 16), in – po drugi strani – so od te pravice določena nekatera odstopanja (člen 17).

2. Uredba št. 1008/2008

8. V uvodnih izjavah od 10 do 12 je navedeno:

„(10) Za dokončanje notranjega letalskega trga je treba odpraviti še vedno veljavne omejitve, ki se uporabljajo med državami članicami, kot so npr. skupne oznake na progah do tretjih držav ali določanje cen na progah do tretjih držav z vmesnim pristankom v drugi državi članici […].

(11) Da bi upoštevali posebne lastnosti in omejitve najbolj obrobnih regij, zlasti njihovo oddaljenost, otoško lego, majhnost in potrebo po tem, da se ustrezno povežejo z osrednjimi regijami Skupnosti, bi lahko bile posebne ureditve za pravila o roku veljavnosti pogodb za obveznosti javnih služb, ki pokrivajo proge do takšnih regij, upravičene.

(12) Pogoji, pod katerimi je mogoče uveljaviti obveznost javnih služb, bi morali biti jasno in nedvoumno opredeljeni, postopki v zvezi z javnimi razpisi pa bi morali omogočati zadostno število konkurentov v razpisih. Komisija bi morala dobiti toliko informacij, da lahko v posameznih primerih oceni ekonomsko upravičenost obveznosti javnih služb."

9. V členu 2 so določene te opredelitve:

„1. ‚operativna licenca' pomeni dovoljenje, ki ga organ, pristojen za izdajo licenc, izda podjetju in mu dovoljuje opravljanje zračnih prevozov, kot je navedeno v operativni licenci;

[…]

8. ‚spričevalo letalskega prevoznika (AOC)' pomeni spričevalo, izdano podjetju, s katerim se potrjuje, da je prevoznik strokovno usposobljen in organiziran, da lahko zagotovi varnost dejavnosti, ki so navedene v spričevalu, kot določajo zadevne določbe zakonodaje Skupnosti ali nacionalne zakonodaje;

9. ‚dejanski nadzor‘ pomeni odnos, vzpostavljen s pravicami, pogodbami ali drugimi sredstvi, ki posamezno ali skupaj ob upoštevanju dejstev ali zakonov dajejo možnost za izvajanje neposrednega ali posrednega odločilnega vpliva na podjetje, zlasti s:

   (a) pravico do uporabe celotnega premoženja ali dela premoženja podjetja;

   (b) pravicami ali pogodbami, ki zagotavljajo odločilen vpliv na sestavo, glasovanje ali odločitve organov podjetja ali kako drugače zagotavljajo odločilen vpliv na vodenje poslovanja podjetja;

10. ‚letalski prevoznik‘ pomeni podjetje za opravljanje zračnega prevoza z veljavno operativno licenco ali enakovrednim dovoljenjem;

11. ‚letalski prevoznik Skupnosti‘ pomeni letalskega prevoznika z veljavno operativno licenco, ki jo je izdal organ, pristojen za izdajo licenc, v skladu s poglavjem II;

[…]

14. ‚prometna pravica‘ pomeni pravico opravljanja zračnega prevoza med dvema letališčema v Skupnosti;

[…]

26. ‚sedež podjetja‘ pomeni glavno upravo ali registrirani sedež letalskega prevoznika Skupnosti v državi članici, v kateri se izvaja glavne finančne naloge in operativni nadzor letalskega prevoznika Skupnosti, vključno z upravljanjem stalne plovnosti.“

10. Člen 4 določa:

„Organ države članice, pristojen za izdajo licenc, izda podjetju operativno licenco, če:

(a) je njegov sedež v tej državi članici;

(b) ima veljavno spričevalo letalskega prevoznika (AOC), ki ga je izdal nacionalni organ iste države članice, katere organ, pristojen za izdajo licenc, je odgovoren za odobritev, zavrnitev, preklic ali začasni odvzem operativne licence letalskega prevoznika Skupnosti;

[…]

(f) imajo države članice in/ali državljani držav članic v lasti več kot 50 % podjetja in ga dejansko nadzorujejo, bodisi neposredno ali posredno prek enega ali več vmesnih podjetij, razen kot je določeno v sporazumu s tretjo državo, katerega pogodbenica je Skupnost;

[…]“.

11. Člen 8 določa:

„1. Operativna licenca velja, dokler letalski prevoznik Skupnosti izpolnjuje zahteve iz tega poglavja.

Letalski prevoznik Skupnosti mora biti vedno sposoben dokazati, pristojnemu organu za izdajo licenc, da izpolnjuje vse zahteve iz tega poglavja.

[…]

5. Letalski prevoznik Skupnosti obvesti organ, pristojen za izdajo licenc:

[…]

(b) vnaprej o vseh nameravanih združitvah ali prevzemih, […]

[…]

7. Organ, pristojen za izdajo licenc, odloči, ali morajo letalski prevozniki Skupnosti znova predložiti v odobritev operativno licenco, ki jim je bila izdana, če se spremeni ena ali več okoliščin, ki vplivajo na pravni položaj letalskega prevoznika Skupnosti, še zlasti v primeru združitve ali prevzema.

[…]“

12. Člen 15 določa:

„1. Letalski prevozniki Skupnosti imajo pravico, da opravljajo prevoze v Skupnosti.

2. Država članica opravljanja prevozov v Skupnosti s strani letalskega prevoznika Skupnosti ne omejuje s kakršnimi koli dovoljenji ali pooblastili. Države članice od letalskih prevoznikov Skupnosti ne zahtevajo, da posredujejo kakršno koli dokumentacijo ali podatke, ki so jih je že posredovali organu, pristojnemu za izdajo licenc, če je te podatke mogoče pravočasno pridobiti od organa, pristojnega za izdajo licenc.

[…]

4. Pri opravljanju zračnih prevozov v Skupnosti se letalskemu prevozniku Skupnosti dovoli, da poveže zračne prevoze in sklene dogovor o letih pod skupno oznako, ne da bi to vplivalo na pravila Skupnosti o varstvu konkurence, ki veljajo za podjetja.

Kakršne koli omejitve glede svobode letalskih prevoznikov Skupnosti do opravljanja letalskih prevozov v Skupnosti, ki izhajajo iz dvostranskih sporazumov med državami članicami, se s to uredbo ukinejo.

5. Ne glede na določbe iz dvostranskih sporazumov med državami članicami in ob upoštevanju pravil Skupnosti o varstvu konkurence za podjetja, zadevna država članica ali države članice dovolijo letalskim prevoznikom Skupnosti, da povežejo letalske prevoze in sklenejo dogovore o letih pod skupno oznako s katerim koli letalskim prevoznikom do vseh letališč, z njih ali preko njih na svojem ozemlju od ali do katere koli točke ali točk v tretjih državah.

[…]“.

13. Člen 16 določa:

„1. Po posvetovanju z drugimi zadevnimi državami članicami in po tem, ko je obvestila Komisijo, zadevna letališča ter letalske prevoznike, ki opravljajo prevoze na progi, lahko vsaka država članica uvede obveznost javnih služb za redne zračne prevoze med letališčem v Skupnosti in letališčem, ki služi obrobni regiji ali regiji v razvoju na njenem ozemlju, ali na progi z redkim prometom do katerega koli letališča na njenem ozemlju, če taka proga velja kot izredno pomembna za gospodarski in socialni razvoj območja, kateremu služi letališče. Ta obveznost velja le do obsega, ki je nujno potreben, da se na tej progi zagotovi minimalno opravljanje rednih zračnih prevozov, ki izpolnjujejo ustaljene standarde neprekinjenosti, rednosti, določanja cen ali minimalne zmogljivosti, ki jih letalski prevozniki ne bi prevzeli, če bi upoštevali samo svoje komercialne interese.

Določeni standardi, ki veljajo za proge, za katere velja zadevna obveznost javnih služb, se uvedejo na pregleden in nediskriminatoren način.

[…]

4. Če želi država članica uvesti obveznost javnih služb, predloži besedilo predvidene obveznosti javnih služb Komisiji, drugim zadevnim državam članicam, zadevnim letališčem in letalskim prevoznikom, ki opravljajo prevoze na zadevni progi.

Komisija objavi informativno obvestilo v Uradnem listu Evropske unije, v katerem:

(a) opredeli obe letališči, ki ju povezuje zadevna proga, in možno(-e) točko(-e) za vmesne postanke;

(b) navede datum začetka veljavnosti obveznosti javnih služb, in

(c) navede popolni naslov, kjer zadevna država članica nemudoma in brezplačno da na voljo besedilo ter vse ustrezne informacije in/ali dokumentacijo v zvezi z obveznostjo javnih služb.

[…]“.

B. Nacionalno pravo

14. Z uredbo-zakonom št. 181-A/2014 z dne 24. decembra 2014[4] je portugalska vlada odobrila postopek posredne ponovne privatizacije kapitala družbe TAP SA z neposredno prodajo referenčnim subjektom do 61 % osnovnega kapitala družbe TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA (v nadaljevanju: TAP SGPS) in ponudbo za odkup do 5 % osnovnega kapitala družbe TAP SGPS, naslovljeno na delavce te družbe. Poleg tega je bila določena še prodajna opcija v korist države, ki bo lahko na pridobitelja v okviru neposredne prodaje prenesla preostali kapital družbe TAP SGPS in se z njim celo dogovorila za odkupno opcijo v skladu s pogoji razpisne dokumentacije postopka.

15. S sklepom sveta ministrov št. 4-A/2015 z dne 15. januarja 2015[5] je bila odobrena razpisna dokumentacija postopka neposredne prodaje referenčnim subjektom delnic, ki ustrezajo 61 % osnovnega kapitala družbe TAP SGPS.

16. Člen 1 razpisne dokumentacije določa:

„1. S to dokumentacijo so urejena pravila in pogoji postopka neposredne prodaje referenčnim subjektom delnic, ki ustrezajo osnovnemu kapitalu družbe [TAP SGPS], ki se izvede v okviru postopka posredne ponovne privatizacije osnovnega kapitala družbe [TAP SA].

2. Neposredna prodaja referenčnim subjektom zajema odsvojitev – na podlagi posamičnih pogajanj – enega ali več nedeljivih sklopov delnic, ki ustrezajo osnovnemu kapitalu družbe [TAP SGPS], enemu ali več nacionalnim ali tujim vlagateljem, ki nastopajo posamezno ali v skupini.

3. V okviru neposredne prodaje referenčnim vlagateljem delnic iz prejšnje točke se pogodbe sklenejo z enim ali več ponudniki, ki so izbrani kot kupci delnic, ki so predmet neposredne prodaje.

4. Delnice, ki jih v okviru neposredne prodaje referenčnim subjektom pridobijo izbrani ponudnik ali ponudniki, nanje prenese družba PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), S.A. (v nadaljevanju: Parpública).

4 Diário da República, 1. serija, št. 248, z dne 24. decembra 2014.

5 Diário da República, 1. serija, št. 13, z dne 20. januarja 2015.

17. V členu 5 razpisne dokumentacije so našteta ta „merila za izbiro“:

„(a) Prispevek k okrepitvi ekonomsko-finančne zmogljivosti družb [TAP SGPS] in [TAP SA] in njune kapitalske strukture, zlasti kakovost kapitalskega načrta in njegove izvedbe s pomočjo novih sredstev in virov na strani ponudnika, ter pogoji, povezani z razpoložljivostjo teh sredstev in virov, tako da se prispeva k trajnosti in vrednosti podjetij ter rasti njunih dejavnosti, pa tudi ohranitvi vrednosti in relativni teži preostalega kapitala v lasti države ter vrednosti prodajne opcije.

(b) Vrednost, ponujena za nakup delnic, ki ustrezajo osnovnemu kapitalu družbe [TAP SGPS], ki so predmet neposredne prodaje referenčnim subjektom, zlasti cena delnice, skupni finančni vložek, kakovost in vrednost metod in načina izboljšanja prodajnih in nakupnih opcij ter, na splošno, možnost izvedbe neposredne prodaje v določenem roku, plačilni pogoji in ostali pogoji, primerni za zaščito premoženjskih interesov države.

(c) Predstavitev in jamstvo izvršitve ustreznega in doslednega strateškega načrta, s katerim se upošteva ohranitev in spodbujanje rasti družbe [TAP SA] in zagotavlja uresničitev ciljev, ki jih je postavila vlada za postopek ponovne privatizacije, spodbujanje krepitve njenega konkurenčnega položaja kot globalnega zračnega prevoznika na obstoječih in novih trgih, ohranitev celovitosti, podjetniške identitete in avtonomije skupine TAP, zlasti z ohranitvijo znamke TAP in njene povezanosti s Portugalsko ter z zagotavljanjem, da sedež in dejanska uprava skupine TAP ostaneta na Portugalskem, prispevek k ohranitvi in razvoju operativnih in tržnih zmogljivosti skupine TAP ter povečanje kakovosti in razvoj njenih človeških virov.

(d) Sposobnost zagotovitve pravočasnega in ustreznega izpolnjevanja obveznosti javne službe, ki bi jih utegnila imeti družba [TAP SA], tudi v zvezi z letalskimi povezavami med glavnimi nacionalnimi letališči in letališči avtonomnih regij, če se izkažejo za potrebne, pa tudi neprekinjenostjo in širitvijo prog, s katerimi bi se vzdrževale povezave z avtonomnimi regijami, portugalsko diasporo ter državami in skupnostmi, v katerih je uradni ali občevalni jezik portugalščina.

(e) Prispevek k rasti nacionalnega gospodarstva, tudi v zvezi z ohranitvijo in razvojem sedanjega letalskega vozlišča (hub) kot platforme ključnega strateškega pomena v odnosih med Evropo, Afriko in Latinsko Ameriko.

(f) Neobstoj pravnih ali ekonomsko-finančnih omejitev na strani ponudnika za izvedbo neposredne prodaje referenčnim subjektom, zlasti minimaliziranje navzkrižij interesov med dejavnostmi ponudnika in skupino TAP, pa tudi zmanjšanje tveganj za premoženjske interese države in za uresničevanje ciljev v zvezi z merili iz prejšnjih točk.

(g) Ustrezne tehnične izkušnje in izkušnje z upravljanjem v sektorju letalstva, primernost in finančna zmogljivost, pa tudi morebitna jamstva za izpolnitev meril iz prejšnjih točk.

(h) Zaveze na področju stabilnosti zaposlitve, zlasti izrecna zaveza k izpolnjevanju sporazuma med vlado, sindikati in družbo [TAP SGPS] v skladu z zakoni in ustavo, pa tudi spoštovanje vseh veljavnih kolektivnih pogodb.

(i) Prispevek k okrepitvi strukture in stabilnosti lastništva družb [TAP SGPS] in [TAP SA], zlasti z uvedbo modela upravljanja družbe, pri katerem se upoštevajo posebna narava družbe [TAP SGPS], dejavnost, ki jo opravlja družba [TAP SA], in cilji, ki jih je postavila vlada za postopek ponovne privatizacije.“

II. Dejansko stanje

18. „Associação Peço a Palavra“ („Združenje Prosim za besedo“) in drugi so pri Supremo Tribunal Administrativo (vrhovno upravno sodišče) vložili tožbo v upravnem sporu, s katero zahtevajo razveljavitev razpisne dokumentacije, ki je bila odobrena s sklepom sveta ministrov št. 4-A/2015 z dne 15. januarja 2015.

19. Tožeče stranke trdijo, da je člen 5(c) te dokumentacije v nasprotju s členoma 49 PDEU in 54 PDEU, ker določa, da morata sedež in dejanska uprava skupine TAP ostati v državi. Poleg tega menijo, da so s členom 5(d) in (e) razpisne dokumentacije kršeni člena 56 in 57 PDEU ter člena 16 in 17 Direktive 2006/123, ker se z njim zahteva izpolnjevanje obveznosti javne službe ter ohranitev in razvoj sedanjega nacionalnega letalskega vozlišča.

III. Vprašanja za predhodno odločanje

20. V tem okviru je Supremo Tribunal Administrativo (vrhovno upravno sodišče, Portugalska) Sodišču predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. Ali je v skladu s pravom Unije, zlasti s členoma 49 PDEU in 54 PDEU in z načeli iz teh členov, dopustno, da se v okviru postopka posredne ponovne privatizacije osnovnega kapitala družbe v državni lasti, ki opravlja dejavnost letalskega prevoza, v dokumente, ki določajo pravila navedenega postopka, kot merilo pri izbiri namer potencialnih vlagateljev za nakup in pri izbiri ponudb, ki so predmet naročila, vključi zahtevo glede ohranitve sedeža in dejanske uprave navedene družbe v državi članici, v kateri je bila ta družba ustanovljena?

2. Ali je v skladu s pravom Unije, zlasti s členoma 56 PDEU in 57 PDEU in z načeli iz teh členov ter z načeli prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in nujnosti, dopustno, da se v okviru postopka posredne ponovne privatizacije osnovnega kapitala te družbe v dokumente, ki določajo pravila navedenega postopka, kot merilo pri izbiri namer potencialnih vlagateljev za nakup in pri izbiri ponudb, ki so predmet naročila, vključi zahteva, v skladu s katero mora kupec izpolnjevati obveznosti javne službe?

3. Ali je v skladu s pravom Unije, zlasti s členoma 56 PDEU in 57 PDEU in z načeli iz teh členov, dopustno, da se v okviru postopka posredne ponovne privatizacije osnovnega kapitala te družbe v dokumente, ki določajo pravila navedenega postopka, kot merilo pri izbiri namer potencialnih vlagateljev za nakup in pri izbiri ponudb, ki so predmet naročila, vključi zahteva, v skladu s katero mora kupec ohraniti in razvijati sedanje nacionalno letalsko vozlišče?

4. Ali je ob upoštevanju dejavnosti, ki jo opravlja ta družba, katere osnovni kapital se odsvoji v okviru postopka ponovne privatizacije, treba šteti, da je ta dejavnost storitev na notranjem trgu, za katero veljajo določbe Direktive 2006/123/ES, če je podana izjema, določena v členu 2(2)(d) navedene direktive, ki se nanaša na storitve na področju prevoza, in ali tako tudi za ta postopek velja navedena direktiva?

5. Če je odgovor na četrto vprašanje pritrdilen, ali je v skladu z določbami členov 16 in 17 navedene direktive dopustno, da se v okviru postopka posredne ponovne privatizacije kapitala te družbe v dokumente, ki določajo pravila navedenega postopka, kot merilo pri izbiri namer potencialnih vlagateljev za nakup in pri izbiri ponudb, ki so predmet naročila, vključi zahteva, v skladu s katero mora kupec izpolnjevati obveznosti javne službe?

6. Če je odgovor na četrto vprašanje pritrdilen, ali je v skladu z določbami členov 16 in 17 navedene direktive dopustno, da se v okviru postopka posredne ponovne privatizacije kapitala te družbe v dokumente, ki določajo pravila navedenega postopka, kot merilo pri izbiri namer potencialnih vlagateljev za nakup in pri izbiri ponudb, ki so predmet naročila, vključi zahteva, v skladu s katero mora kupec ohraniti in razvijati sedanje nacionalno letalsko vozlišče?“

IV. Postopek pred Sodiščem in stališča strank

21. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je sodno tajništvo Sodišča prejelo 25. septembra 2017. Pisna stališča so predložile družba Parpública, portugalska, italijanska in nizozemska vlada ter Komisija; vse so se udeležile obravnave 13. septembra 2018.

22. Družba Parpública meni, da je treba na prvo vprašanje odgovoriti nikalno. Po njenem mnenju s spornimi zahtevami svoboda ustanavljanja ni omejena ali okrnjena, če je, pa gre za upravičeno omejitev. V zvezi z drugim in tretjim vprašanjem trdi, da se člena 56 PDEU in 57 PDEU za storitve letalskega prevoza na podlagi členov 58(1) PDEU, 90 PDEU in 100(2) PDEU ne uporabita. V zvezi s četrtim vprašanjem trdi, da se dejavnost družbe TAP glede na izjemo, določeno v členu 2(2)(d) Direktive 2006/123, ne more šteti za storitev, za katero se uporablja ta direktiva. Zato naj na peto in šesto vprašanje ne bi bilo treba odgovoriti.

23. Portugalska vlada v zvezi s prvim vprašanjem meni, da pogoj, ki je v njem omenjen, izhaja iz ureditve izdajanja operativnih licenc iz Uredbe št. 1008/2008 in da ne pomeni omejitve svobode ustanavljanja, saj se ne uporablja za potencialne vlagatelje. V zvezi z drugim in tretjim vprašanjem za predhodno odločanje se strinja s stališčem družbe Parpública in trdi, da merila za izbiro tudi sicer ne bi bila v nasprotju s sekundarno zakonodajo o storitvah zračnega prevoza. Prav tako se pridružuje stališču družbe Parpública v zvezi s četrtim, petim in šestim vprašanjem ter dodaja, da se uporabi Uredba št. 1008/2008.

24. Italijanska vlada meni, da je treba na prva tri vprašanja odgovoriti skupaj, in sicer tako, da členi 49, 54, 56 in 57 PDEU ne nasprotujejo določitvi pogojev, kakršni so ti, ki so sporni v postopku ponovne privatizacije. Izpodbijani pogoji naj ne bi pomenili zahtev, ki omejujejo svobodo ustanavljanja ali svobodo opravljanja storitev, če bi ju omejevali, pa naj bi bili kljub temu upravičeni na podlagi nujnih razlogov v javnem interesu.

25. Italijanska vlada se glede odgovorov na četrto, peto in šesto vprašanje za predhodno odločanje strinja z družbo Parpública in portugalsko vlado ter trdi, da se Direktiva 2006/123 v obravnavani zadevi ne uporabi, čeprav te trditve ne utemeljuje na podlagi člena 2(2)(d) te direktive, temveč na podlagi njenega člena 1(2). Podredno navaja, da bi bilo treba zato, ker se postopek privatizacije ne nanaša na kapital letalskega prevoznika, temveč družbe, ki ga nadzoruje, preučiti, ali njene storitve spadajo na področje uporabe Direktive 2006/123. Meni, da ni tako, saj naj bi šlo za „naložbe“ v smislu izjeme iz člena 2(2)(b) te direktive. Če bi šlo za prevozno dejavnost, pa naj bi se uporabila določba iz točke (d) navedenega člena.

26. Nizozemska vlada v zvezi s prvim vprašanjem meni, da sporni pogoji sicer omejujejo svobode ustanavljanja, vendar so lahko upravičeni. V zvezi z drugim vprašanjem se pridružuje stališču družbe Parpública in portugalske vlade, da se člena 56 in 57 PDEU ne uporabita. V zvezi s četrtim, petim in šestim vprašanjem pa prav tako meni, da se Direktiva 2006/123 na podlagi člena 2(2)(d) te direktive ne uporabi.

27. Komisija predlaga, naj se na prvo vprašanje odgovori tako, da člen 49 PDEU ne nasprotuje pogojem, ki so predmet spora, če je ohranitev prometnih pravic družbe na podlagi dvostranskih dogovorov, sklenjenih med Portugalsko in nekaterimi tretjimi državami, pogojena s tem, da sta njen sedež in glavna dejavnost na Portugalskem.

28. V zvezi z drugim vprašanjem Komisija navaja, da bi bila zahteva lahko dopustna na podlagi členov 16, 17 in 18 Uredbe št. 1008/2008. V zvezi s tretjim vprašanjem meni, da so lahko utemeljitev obveznosti ohranitve in razvijanja nacionalnega letalskega vozlišča nujni razlogi v splošnem interesu, prispevek k rasti nacionalnega gospodarstva pa ne. V zvezi s četrtim, petim in šestim vprašanjem meni, da se Direktiva 2006/123 na podlagi njenega člena 2(2)(d) – če se predmet spora nanaša na področje prometa – ali njenega člena 5(4) – če spada na področje javnega naročanja – ne uporabi.

V. Preučitev

29. Supremo Tribunal Administrativo (vrhovno upravno sodišče, Portugalska) mora razjasniti, ali so s pravom Unije v skladu tri zahteve, določene v razpisni dokumentaciji, ki jo je portugalska vlada odobrila v postopku ponovne privatizacije letalskega prevoznika TAP. [6]

30. Najprej je treba pojasniti, da gre v tu upoštevnem okviru dejansko za „zahteve“ ali „pogoje“, čeprav so v razpisni dokumentaciji formalno zajeti v razdelku „merila za izbiro“.

31. Družba Parpública je na obravnavi poudarila, da predložitveno sodišče s tem, da je običajna „izbirna merila“ štelo za zahteve, od izpolnitve katerih je odvisna ugotovitev sposobnosti ponudnikov, storilo napako. Ta napaka naj bi po njenem mnenju „okužila“ preostali del predloga za sprejetje predhodne odločbe.

32. Menim, da se je treba držati pravne opredelitve, ki jo je privzelo predložitveno sodišče, ki izrecno in večkrat uporablja izraz „zahteve“ [7], ko govori o okoliščinah, ki so v razpisni dokumentaciji določene kot „merila“. Mogoče je razpravljati o tem, kako pravilna je ta presoja predložitvenega sodišča, vendar le z vidika nacionalnega prava, v katerega razlago pa Sodišče ne more posegati, zaradi česar mora izhajati iz besedila, s katerim je v predložitvenem sklepu opisan dejanski in pravni položaj, na katerega je omejen predmet postopka v glavni stvari.

33. Vseeno pa se odgovori na vprašanja za predhodno odločanje ne bi razlikovali, čeprav bi se izhajalo iz tega, da so v dokumentaciji zajeta prava merila za izbiro, saj se neskladje s pravom Unije – kot je običajno v sodbah Sodišča v zvezi z razpisnimi pogoji pri javnih naročilih – lahko ugotovi tudi za taka merila.

34. Ne glede na to, ali gre za merila za izbiro ali za dejanske zahteve, bi v končni fazi njihova vsebina v postopku privatizacije postala zavezujoča, tako da bi kupec delnic moral izpolniti njim ustrezajoče postulate, ki bi postali del pogodbe za nakup teh delnic.

35. Naj spomnim, da iz treh spornih zahtev izhaja obveznost, (a) da se na Portugalskem ohranita sedež in dejanska uprava družbe, (b) da se zagotovi izvajanje obveznosti javne službe in (c) da se ohrani in razvija obstoječe nacionalno letalsko vozlišče (hub).

36. Primerno je – kot meni tudi več udeleženk postopka – spremeniti vrstni red, v katerem je vprašanja postavilo predložitveno sodišče, in najprej obravnavati četrto vprašanje za prehodno odločanje. Od odgovora na to vprašanje je odvisno, ali je treba vsebinsko vprašanje rešiti ob uporabi Direktive 2006/123 ali v skladu z drugimi določbami prava Unije.

6 Predložitveno sodišče na splošno uporablja izraz „ponovna privatizacija“, čeprav občasno uporablja samostalnik „privatizacija“ (v razdelkih 1.1 in 3.1, točka III, predložitvenega sklepa). Vendar je, kot je bilo ugotovljeno na obravnavni, terminološka razlika za namene te zadeve nepomembna.

7 Tako se v prvem vprašanju sklicuje na „*zahtevo* glede ohranitve sedeža in dejanske uprave“. V drugem in petem vprašanju omenja „*zahtevo*, v skladu s katero mora kupec izpolnjevati obveznosti javne službe“, medtem ko v tretjem in šestem govori o „*zahtevi*, v skladu s katero mora kupec ohraniti in razvijati sedanje nacionalno letalsko vozlišče“ (moji poudarki).

A. Možnost uporabe Direktive 2006/123 (četrto, peto in šesto vprašanje)

37. Dvomi predložitvenega sodišča v zvezi z možnostjo uporabe Direktive 2006/123 se nanašajo predvsem na to, ali ponovna privatizacija družbe TAP vpliva na kapital družbe, ki se ukvarja z dejavnostjo zračnega prevoza. Meni, da bi bila zaradi te dejavnosti lahko podana izjema iz člena 2(2)(d) Direktive 2006/123, saj se ta ne uporablja za „storitve na področju prevoza“.

38. Skoraj vse udeleženke se strinjajo, da se Direktiva 2006/123 ne uporabi, ker se obravnavana zadeva nanaša na privatizacijo letalskega prevoznika, zaradi česar je podana izjema, določena v členu 2(2)(d) te direktive.

39. Italijanska vlada pa zagovarja stališče, da se Direktiva 2006/123 ne uporabi predvsem zato, ker je podana izjema iz njenega člena 1(2), v skladu s katero „privatizacije javnih subjektov, ki opravljajo storitve“, niso predmet te direktive.[8]

40. Strinjam se s to presojo.[9] Dejansko gre namreč za privatizacijo družbe, ki je bila dotlej v državni lasti, tako da ne glede na to, kakršne storitve izvaja družba, ki bo privatizirana, že zgolj ta okoliščina zadostuje za izključitev uporabe Direktive 2006/123.

41. Če se kot dodatni argument poleg tega upošteva še narava dejavnosti, ki jo izvaja družba TAP SA, torej družba, v kateri ima deleže subjekt, katerega kapital bo predmet ponovne privatizacije (TAP SPGS), se izkaže, da je podana tudi izjema iz člena 2(2)(d) Direktive 2006/123.

42. Kot je opozorilo Sodišče v zadevi Grupo Itevelesa in drugi[10], je „iz pripravljalnega gradiva za sprejetje Direktive o storitvah namreč razvidno, da je bila izključitev v zvezi s ‚storitvami na področju prevoza‘ namerno sestavljena v taki obliki, da bi ustrezala besedilu člena 51 ES, ki je postal člen 58 PDEU, ki v odstavku 1 določa, da ‚svobodno opravljanje prevoznih storitev urejajo določbe naslova o prevozu‘“.

43. Sodišče je menilo, da „pojem ‚storitev na področju prevoza‘ ne obsega le storitev prevoza kot takih, temveč tudi druge storitve, ki so neločljivo povezane s fizičnim dejanjem premikanja oseb ali blaga z enega kraja na drugega s prevoznim sredstvom“.[11] V okviru tako široke opredelitve je dejavnost, ki jo opravlja družba TAP SA, brez pomislekov mogoče vključiti v ta pojem, po logiki pa tudi dejavnost družbe TAP SPGS. Ta je zgolj holdinška družba, ki je lastnica kapitala družbe TAP SA, katere ponovna privatizacija je predmet postopka.

44. Za neuporabo Direktive 2006/123 torej obstajata dva razloga, zaradi česar na peto in šesto vprašanje za predhodno odločanje ni treba odgovoriti. Vseeno menim, da bi moral biti odločilen razlog ta, določen v členu 1(2) Direktive, ker se nanaša na okoliščino, ki je pri logičnem sklepanju najprej upoštevna, saj se člen 2 Direktive 2006/123 nanaša na področje uporabe te direktive, s členom 1 pa je zamejen njen predmet urejanja, zunaj katerega se ta ne uporablja. Zato ni treba izključiti uporabe, ki že po definiciji ne more biti podana.

8 Točka 6 pisnih stališč italijanske vlade.

9 Z njo se, kot se zdi, strinja tudi predložitveno sodišče, kot je navedlo v točkah XXXII in XXXIII razdelka 3.4 predložitvenega sklepa.

10 Sodba z dne 15. oktobra 2015 (C-168/14, EU:C:2015:685, točka 44).

11 Sodba z dne 20. decembra 2017 v zadevi Asociación Profesional Elite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, točka 41).

B. Svoboda, ki je prizadeta v postopku v glavni stvari

45. Pri privatizaciji letalske družbe se del njenega osnovnega kapitala, ki je bil dozdaj v javni lasti, odsvoji (zasebnim) vlagateljem, ki pridobijo ustrezne delnice. To, da do prodaje delnic pride v okviru privatizacije, je pomembnejše od dejanske dejavnosti subjekta, ki bo privatiziran. Vprašanje torej spada v okvir člena 345 PDEU, ki določa načelo nevtralnosti Pogodb glede lastninskopravne ureditve v državah članicah.

46. Vendar ta člen „ne omogoča, da bi se lastninskopravne ureditve, ki obstajajo v državah članicah, izognile temeljnim pravilom Pogodbe DEU, zlasti pravilom o prepovedi diskriminacije, o pravici do ustanavljanja in o prostem pretoku kapitala“. [12]

47. Glede na zahteve iz razpisne dokumentacije, ki je predmet obravnave, menim, da je svoboda, ki je tu upoštevna, prej kot prosti pretok kapitala ali svoboda opravljanja storitev predvsem svoboda ustanavljanja.

48. To pa zato, ker bo po prodaji delnic, ki ustrezajo največ 61 % osnovnega kapitala družbe TAP SGPS, njihov pridobitelj lahko izvajal dejanski vpliv na upravljanje te družbe in družbe, v kateri ima ta deleže (TAP SA). V skladu s sodno prakso Sodišča je to dejavnik, ki je odločilen za ugotovitev, da je svoboda, ki se uveljavlja, svoboda ustanavljanja. [13]

49. Kot je pojasnjeno v predložitvenem sklepu, [14] je portugalska vlada [15] kmalu po sklenitvi prodajne pogodbe z izbrano družbo začela pogajanja za preoblikovanje pravil in pogojev udeležbe države v družbi TAP SGPS. Po končanju pogajanj je družba, ki je pridobila deleže, privolila, da bo družbi Parpública prodala toliko delnic, kolikor je potrebno, da bi ta imela v lasti 50 % osnovnega kapitala družbe TAP SGPS.

50. V teh (novih) okoliščinah delež, ki ga ima v lasti družba, ki je bila izbrana v postopku ponovne privatizacije, in ki je sicer še vedno občuten, tej ne zagotavlja več možnosti izvajanja odločilnega vpliva na upravljanje družbe TAP SGPS, kot bi bilo podano v primeru, če bi v lasti obdržala 61 % kapitala te družbe. [16] Vendar merilo, po katerem se je Sodišče ravnalo v zgoraj navedeni sodni praksi, ni merilo prevladujočega ali odločilnega vpliva, temveč merilo „dejanskega vpliva“, torej vpliva, ki ga je mogoče aktivno uresničevati pri upravljanju družbe in kakršen je ta, ki se ga po mojem mnenju lahko udejanja ob lastništvu 45 % osnovnega kapitala. [17]

51. Kakor koli že, Sodišče mora izhajati iz tega, kar je predložitveno sodišče navedlo v svojih vprašanjih, torej iz prvotnih pogojev postopka ponovne privatizacije. Ne da bi se bilo treba sklicevati na nadaljnje razloge, ki se razlikujejo od domneve upoštevnosti, ki jo Sodišče priznava vprašanjem za predhodno odločanje [18], zadostuje ugotovitev, da bo izvedljivost posla, s katerim bo družba Parpública

12 Sodba z dne 22. oktobra 2013, Essent in drugi (od C-105/12 do C-107/12, EU:C:2013:677, točka 36 in navedena sodna praksa).

13 Kot se je izrazilo Sodišče v sodbi z dne 13. aprila 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, točka 22), „pravico do ustanavljanja tako uresničuje državljan države članice, ki ima v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici tak delež, ki mu omogoča dejansko vplivanje na odločitve družbe in odločanje o njenih dejavnostih“. V istem smislu sodbi z dne 13. novembra 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, točka 91), in z dne 10. junija 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, točka 18). V skladu s sodbo z dne 7. septembra 2017, Eqiom in Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, točka 41), pa „je treba nacionalne predpise, ki se uporabljajo za udeležbo, opravljeno izključno kot denarno naložbo, brez namena vplivati na upravljanje in nadzor podjetja, preučiti izključno glede na prosti pretok kapitala“. Glej tudi sodbo z dne 20. decembra 2017, Deister Holding in Juhler Holding (C-504/16 in C-613/16, EU:C:2017:1009, točka 78).

14 Točka 3.1 VII predložitvenega sklepa.

15 Sklep sveta ministrov (91-A/2015), s katerim je bil postopek privatizacije končan, je datiran z 12. novembrom 2015. Nova vlada, ki jo je sestavila druga politična opcija in ki je oblast prevzela 26. novembra letos, je takoj začela pogajanja za *preoblikovanje* tega postopka.

16 Na obravnavi je družba Parpública potrdila, da ima portugalska država, ki je zdaj večinska lastnica osnovnega kapitala letalskega prevoznika, vse glasovalne pravice, ki ustrezajo večinskemu deležu, ki ga ima v družbi.

17 Portugalska država je lastnica 50 % osnovnega kapitala, zaposleni družbe TAP pa imajo v lasti preostalih 5 %.

18 Med mnogimi drugimi sodbe z dne 10. decembra 2002, British American Tobacco (Investments) in Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, točka 35); z dne 5. julija 2016, Ognyanov (C-614/14, EU:C:2016:514, točka 19); z dne 15. novembra 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, točka 54), in z dne 28. marca 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, točki 50 in 155).

ponovno odkupila delež osnovnega kapitala družbe TAP SGPS, morda odvisna od veljavnosti prvotnega postopka privatizacije. Še vedno je torej smiselno, da se odgovori na vprašanja, postavljena v okviru privatizacije, ki se je nanašala na 61 % osnovnega kapitala družbe, ki je bila dotlej v državni lasti, in na podlagi katere je kupec tega deleža pridobil vpliv, ki ni bil le dejanski temveč v bistvu odločilen.

52. Določbi, upoštevni za presojo skladnosti pogojev iz razpisne dokumentacije s pravom Unije, sta zato člena 49 in 54 PDEU. Ob takem pristopu je treba prvo, drugo in tretje vprašanje preoblikovati tako, da se vsako od meril za izbiro, na katera se nanašajo, preizkusi glede na navedena člena PDEU.

53. Upoštevati bo treba tudi Uredbo št. 1008/2008 (ki vsebuje „ustrezne predpise za […] zračni promet“, ki sta jih določila Evropski parlament in Svet na podlagi pooblastila iz člena 100(2) PDEU), ker so nekatera od v njej določenih harmonizacijskih pravil o ureditvi storitev zračnega prevoza upoštevna za obravnavani spor. [19]

C. Omejevalnost pogojev glede na svobodo ustanavljanja

54. Menim, da tri merila, navedena v predložitvenem sklepu, sama po sebi pomenijo omejitev svobode ustanavljanja. Naj spomnim, da Sodišče meni, da je treba „[k]ot omejitve svobode ustanavljanja […] obravnavati vse ukrepe, ki prepovedujejo, motijo ali zmanjšujejo privlačnost uresničevanja te svobode“. [20]

55. Strinjati se je mogoče, da pogoji, ki jih je portugalska vlada določila v postopku privatizacije, še ne pomenijo prepovedi uresničevanja te svobode, ki z njimi prav tako ni moteno do te stopnje, da bi bilo onemogočeno. Je pa zaradi njih privlačnost izvajanja te svobode vsaj okrnjena.

56. Ti pogoji niso malenkostni. Zaradi njih bo subjektu, ki pridobi do 61 % kapitala družbe TAP SGPS, onemogočeno, da letalsko družbo upravlja popolnoma svobodno in glede na lastne gospodarske interese, saj ne bo mogel niti prenehati izpolnjevati obveznosti javne službe, niti spremeniti kraja njenega sedeža ali dejanske uprave niti opustiti sedanjega letalskega vozlišča.

57. Čeprav italijanska vlada zatrjuje, da se zadevni pogoji razlikujejo od omejitev, do katerih pride zaradi izvajanja posebnih pravic, povezanih s tako imenovanimi „zlatimi delnicami“ [21], pa menim, da je med takimi pravicami in pogoji, ki so predmet obravnave v tej zadevi, precejšnja podobnost.

58. Na podlagi zlatih delnic, ki si jih država članica pridrži v postopku privatizacije družb, ki so bile dotlej v javni lasti, in o katerih je Sodišče [22] že odločalo, ima njihov imetnik „vpliv na upravljanje družbe […], ki ni upravičen glede na velikost deleža, ki ga ima v tej družbi [in ki lahko] gospodarske subjekte iz drugih držav članic odvrne od neposrednega vlaganja v [to] družbo […], saj ne bi mogli sodelovati pri

19 Če bi bila harmonizacija popolna, se splošne določbe PDEU o svobodi opravljanja storitev ne bi uporabile, ker bi bilo treba nacionalno ureditev presojati glede na harmonizacijske določbe in ne glede na določbe primarnega prava, kot izhaja iz sodne prakse Sodišča, ki je povzeta v – med drugimi – sodbi z dne 17. novembra 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, točka 57).

20 Na primer sodba z dne 8. marca 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, točka 59).

21 Točki 17 in 18 njenih pisnih stališč.

22 Sodbe z dne 4. junija 2002, Komisija/Portugalska (C-367/98, EU:C:2002:326); Komisija/Francija (C-483/99, EU:C:2002:327) in Komisija/Belgija (C-503/99, EU:C:2002:328); z dne 13. maja 2003 v zadevi Komisija/Španija (C-463/00, EU:C:2003:272) in Komisija/Združeno kraljestvo (C-98/01, EU:C:2003:273); z dne 6. decembra 2007 Federconsumatori in drugi (C-463/04 in C-464/04, EU:C:2007:752); z dne 28. septembra 2006, Komisija/Nizozemska (C-282/04 in C-283/04, EU:C:2006:608); z dne 23. oktobra 2007, Komisija/Nemčija (C-112/05, EU:C:2007:623); z dne 26. marca 2009, Komisija/Italija (C-326/07, EU:C:2009:193); z dne 8. julija 2010, Komisija/Portugalska (C-171/08, EU:C:2010:412); z dne 11. novembra 2010, Komisija/Portugalska (C-543/08, EU:C:2010:669), in z dne 10. novembra 2011, Komisija/Portugalska (C-212/09, EU:C:2011:717).

njenem upravljanju in nadzoru v sorazmerju z vrednostjo svojih deležev“.[23] Pomenijo torej „tveganje, da bo […] država [članica] izvajala svoje posebne pravice z namenom zasledovanja interesov, ki niso v skladu z gospodarskimi interesi zadevne družbe,“ kar bo potencialne vlagatelje odvrnilo od naložbe.[24]

59. Posledica pogojev, ki so predmet obravnave v tej zadevi, ni zgolj tveganje, da bo portugalska vlada „zaustavila odločitve, ki jih priporočajo organi [te družbe], ker naj bi bile v skladu z njihovim gospodarskim interesom“[25], temveč uresničitev te možnosti. Organi privatizirane družbe ne bodo mogli niti priporočati odločitev – denimo o prenosu sedeža ali dejanske uprave – ki bi bile vnaprej izključene zaradi pogoja, ki ga bo moral novi lastnik družbe nujno spoštovati.

60. Družba Parpública[26] in portugalska vlada[27] merilo za izbiro, ki temelji na ohranitvi sedeža na Portugalskem, zagovarjata s sklicevanjem na sodbo Yellow Cab Verkehrsbetrieb[28], v kateri je bilo ugotovljeno, da „obveznost, da mora imeti družba na ozemlju države članice gostiteljice sedež ali drugo poslovno enoto, logično ne more predstavljati ovire za svobodo ustanavljanja ali je omejevati“, ker „ta obveznost namreč ne vsebuje niti najmanjše omejitve svobode gospodarskih subjektov s sedežem v drugih državah članicah, da na tem ozemlju ustanovijo agencije ali druge poslovne enote“[29].

61. V omenjeni zadevi je bila predmet preučitve obveznost, da ima subjekt sedež ali drugo poslovno enoto na ozemlju države članice, ki je bila pogoj za pridobitev dovoljenja za opravljanje javnih mestnih avtobusnih prevozov. Čeprav ta obveznost sama po sebi ni v nasprotju s svobodo ustanavljanja, je zaradi trenutka, v katerem se je zahtevala njena izpolnitev (pred izdajo dovoljenja), postala nezdružljiva s to svobodo.[30]

62. V tej zadevi pa ne gre zgolj za obveznost imeti en sedež ali eno poslovno enoto na Portugalskem, temveč za obveznost ohranitve dosedanjega glavnega sedeža in dejanske uprave družbe na ozemlju te države članice.

63. Sodišče je menilo, da svoboda ustanavljanja vključuje „pravico družbe, ki je ustanovljena v skladu z zakonodajo ene države članice, do preoblikovanja v družbo po pravu druge države članice […], če so izpolnjeni pogoji, ki so opredeljeni v zakonodaji te druge države članice“.[31] Zato obveznost, da sedež družbe ostane na Portugalskem, po mojem mnenju prav tako pomeni omejitev svobode ustanavljanja.

64. Enako velja za dolžnost izpolnjevanja obveznosti javne službe in postulat, da se na Portugalskem ohrani letalsko vozlišče (hub) privatizirane družbe. Obe zahtevi lahko potencialnega vlagatelja odvrneta od nakupa večinskega deleža njenega osnovnega kapitala, saj v precejšnjem obsegu vnaprej določata meje poznejših poslovnih odločitev.

23 Sodba z dne 8. julija 2010, Komisija/Portugalska (C-171/08, EU:C:2010:412, točka 60).

24 Sodba z dne 28. septembra 2006 (C-282/04 in C-283/04, EU:C:2006:608, točka 29).

25 Sodba z dne 28. septembra 2006 (C-282/04 in C-283/04, EU:C:2006:608, točka 30).

26 Točka 81 njenih pisnih stališč.

27 Točki 63 in 64 njenih pisnih stališč.

28 Sodba z dne 22. decembra 2010 (C-338/09, EU:C:2010:814).

29 *Ibidem*, točka 34.

30 Sodba z dne 22. decembra 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814, točka 37): „Vendar pa ima zahteva, da mora imeti gospodarski subjekt – ustanovljen v drugi državi članici, ki želi pridobiti dovoljenje za opravljanje rednega avtobusnega prevoza v državi članici gostiteljici – sedež ali drugo poslovno enoto na ozemlju te države, še preden se mu izda dovoljenje za opravljanja teh prevozov, odvračilen učinek. Običajno skrben gospodarski subjekt namreč ne bi bil pripravljen izvesti naložb, ki so lahko pomembne, če ne ve, ali bo tako dovoljenje dobil.“

31 Sodba z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 33), ob sklicevanju na sodbo z dne 27. septembra 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456, točka 17). Več navedb iz sodne prakse je v točki 35 sodbe z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), v kateri je opozorjeno, da „[č]eprav je namen določb Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja glede na njihovo besedilo zagotoviti, da so tuji državljani in družbe v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe te države, obenem tudi prepovedujejo, da bi matična država članica enega od svojih državljanov ali družbo, ustanovljeno v skladu z njeno zakonodajo, ovirala pri ustanavljanju v drugi državi članici“.

65. Na podlagi te premise je treba preučiti, ali je v skladu s pravom Unije mogoče upravičiti sporne pogoje, ki bi morali biti poleg tega primerni za doseganje cilja, zaradi katerega so eventualno upravičeni, in z njim sorazmerni.

66. V zvezi s tem se strinjam s stališčem nizozemske vlade [32], po mnenju katere je treba najprej preučiti pogoj, ki temelji na izpolnjevanju obveznosti javne službe. Razlog – ki se mi zdi utemeljen – za to je, da je pogoj v zvezi z ohranitvijo sedeža in dejanske uprave družbe na Portugalskem morda povezan s prvonavedenim pogojem in da v bistvu pomeni njegovo posledico.

D. Izpolnjevanje obveznosti javne službe (drugo vprašanje za predhodno odločanje)

67. V skladu s členom 5(d) dokumentacije je eno od meril za izbiro „[s]posobnost zagotovitve pravočasnega in ustreznega izpolnjevanja obveznosti javne službe, ki bi jih utegnila imeti družba [TAP SA], tudi v zvezi z letalskimi povezavami med glavnimi nacionalnimi letališči in letališči avtonomnih regij, če se izkažejo za potrebne, pa tudi neprekinjenostjo in širitvijo prog, s katerimi bi se vzdrževale povezave z avtonomnimi regijami, portugalsko diasporo ter državami in skupnostmi, v katerih je uradni ali občevalni jezik portugalščina“.

68. Omejitev svobode ustanavljanja izhaja – kot sem že navedel – iz tega, da se subjektu, ki pridobi 61 % deleža kapitala, ki je predmet ponovne privatizacije, naložijo obveznosti, ki bi ga od nakupa tega deleža načeloma lahko odvrnile, saj omejujejo njegovo zmožnost samostojnega sprejemanja poslovnih odločitev.

69. Vendar v sodni praksi Sodišča ni sporno, da lahko zagotavljanje storitve v splošnem interesu pomeni nujen razlog, zaradi katerega je lahko upravičena ovira za uresničevanje svobod, ki so zagotovljene s Pogodbama. [33]

70. Menim, da zagotovitev letalskih storitev, kakor se zahteva s členom 5(d) razpisne dokumentacije – v katerem so zlasti poudarjene povezave s portugalskimi avtonomnimi regijami, torej najbolj oddaljenimi regijami v smislu člena 349 PDEU – [34] pomeni razlog v splošnem interesu, na podlagi katerega je mogoče upravičiti omejitev svobode ustanavljanja.

71. Trditve Komisije so bile osredotočene na vprašanje, ali je družba TAP SA dejansko zavezana k obveznostim javne službe in ali so bile te določene v skladu s členom 16 Uredbe št. 1008/2008. Komisija trdi, da so v primeru, če ni tako, v nasprotju s to uredbo. [35]

72. Podobno nizozemska vlada „sklepa“, da ima družba TAP SA obveznost javne službe, naloženo na podlagi člena 16 Uredbe št. 1008/2008. [36] Družba Parpública je bolj določna in se sklicuje na obveznosti javne službe, ki jih je družba TAP SA imela na dan 20. januarja 2015, torej na datum uradne objave razpisne dokumentacije. [37]

32 Točka 25 pisnih stališč nizozemske vlade.

33 Tako je bilo ugotovljeno v zvezi z univerzalno poštno storitvijo (sodba z dne 28. septembra 2006, Komisija/Nizozemska, C-282/04 in C-283/04, EU:C:2006:608, točka 38) ali storitvami redne pomorske kabotaže na otoke, z otokov in med otoki (sodba z dne 20. februarja 2001, Analir in drugi, C-205/99, EU:C:2001:107, točka 27).

34 Ozemlja, ki jih posebej zadeva načelna izjava iz člena 1 Protokola št. 26, ki je priložen PDEU, v smislu, da skupne vrednote Unije glede storitev splošnega gospodarskega pomena v smislu člena 14 PDEU zajemajo zlasti in tudi „raznolikost [teh] storitev […] ter razlike v potrebah […] uporabnikov, ki lahko izvirajo iz različnih geografskih […] okoliščin“.

35 Točka 71 njenih pisnih stališč.

36 Točki 26 in 27 njenih pisnih stališč. To „sklepanje“ temelji na sporočilih Komisije v skladu z Uredbo (EGS) št. 2408/92, ki je predhodnica Uredbe št. 1008/2008: prvo se nanaša na naložitev obveznosti javne službe za redne zračne prevoze na Portugalskem (UL 1995, C 200, str. 3), drugo pa na spremembo obveznosti javnih služb, predpisanih za redne zračne prevoze na Portugalskem (UL 2004, C 248, str. 6).

37 Točka 107 pisnih stališč družbe Parpública, v katerih navaja Sporočilo Komisije z dne 20. oktobra 2010 v skladu s členom 16(4) Uredbe št. 1008/2008 o obveznosti javne službe glede rednih zračnih prevozov (UL 2010, C 283, str. 14).

73. Zaradi takega pristopa strank je razprava skrenila na področje obveznosti javne službe, ki jih ima družba TAP SA, pri čemer se je bodisi predpostavilo, da že obstajajo (nizozemska vlada), bodisi trdilo, da so dejansko veljavne (družba Parpública) ali da so glede njihovega obstoja na razpolago le nepopolne informacije (Komisija). [38]

74. Menim, da se s tem pristopom odvrača pozornost z vsebinskega problema, zaradi katerega je sploh prišlo do oblikovanja vprašanj za predhodno odločanje in ki pomeni jedro tega, kar želi predložitveno sodišče razjasniti.

75. Ponovno se je treba posvetiti besedilu pogoja, opisanega v členu 5(d) dokumentacije. V njem je govora – v konjunktivu – o „[s]posobnost[i] zagotovitve pravočasnega in ustreznega izpolnjevanja obveznosti javne službe, ki bi jih utegnila imeti družba [TAP SA]“. [39] Niso omenjene obveznosti, ki jih družba ima – torej te, ki jo dejansko zadevajo – temveč te, ki bi jih utegnila imeti, torej te, ki jo bodo eventualno zavezovale.

76. Merilo za izbiro torej ni sposobnost nadaljevati zagotavljanje izpolnjevanja obveznosti javne službe, ki že bremenijo družbo TAP SA (kakršne koli že so), temveč sposobnost za prevzem obveznosti, ki se ji lahko naložijo, ko bo delež v njenem kapitalu pridobil subjekt, ki bo izbran v postopku njene ponovne privatizacije.

77. Res je sicer, da člen 5(d) razpisne dokumentacije prav tako izrecno napotuje na to, kar je povezano z „letalskimi povezavami med glavnimi nacionalnimi letališči in letališči avtonomnih regij, če se izkažejo za potrebne, pa tudi neprekinjenostjo in širitvijo prog, s katerimi bi se vzdrževale povezave z avtonomnimi regijami […]“. S tem se namiguje na službe, h katerim naj bi bila družba TAP SA že zavezana v skladu s členom 16 Uredbe (ES) št. 1008/2008. Vendar menim, da iz zadevnega pogoja – ne le zato, ker v njem ta zavezujoča obveznost ni izrecno navedena – izhaja neka morebitna obveznost, saj je v njem govora o povezavah z avtonomnimi regijami, „če se izkažejo za potrebne“. [40]

78. Če bi bila ta razlaga preveč dobesedna in formalistična ter če bi se želelo predpostaviti, da se z razpisno dokumentacijo želi zagotoviti izpolnjevanje obveznosti javne službe, ki že zavezujejo družbo TAP SA, pa ni mogoče spregledati, da se predložitveno sodišče v svojem vprašanju sklicuje na to, da mora „kupec izpolnjevati obveznosti javne službe“. Ne omenja torej njegove sposobnosti, da prevzame konkretne obveznosti javne službe, ki že bremenijo kupljeni subjekt.

79. Mogoče je, da so „obveznosti“, na katere se nanaša ta del predložitvenega sklepa, te, ki že zavezujejo družbo TAP SA. Vendar – in to je po mojem mnenju pomembno – predložitveno sodišče ne vprašuje niti o teh konkretnih obveznostih (ki so, kot je bilo navedeno, leta 2015 očitno prenehale) niti o tem, ali so bile družbi TAP SA naložene v skladu z Uredbo št. 1008/2008, oziroma o tem, ali bi bilo v nasprotnem primeru zagotavljanje njihovega izpolnjevanja kljub temu lahko merilo za izbiro. S svojim vprašanjem si prizadeva izvedeti izključno to, ali lahko zahteva po sposobnosti za izpolnjevanje obveznosti javne službe pomeni merilo za izbiro, ki je v skladu s pravom Unije.

38 Na obravnavi je bilo navedeno, da družba TAP od 28. marca 2015 ne izvaja letov na nobeni progi, za katero velja obveznost javne službe. Od tega datuma velja sistem socialne dajatve iz naslova mobilnosti, ki se obračuna pri vozovnici vsake družbe, ki izvaja lete na določenih progah.

39 Moj poudarek. V portugalskem izvirniku: „obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA“.

40 V tem smislu se člen konča s sklicevanjem na to, kar je povezano z „neprekinjenostjo in širitvijo prog, s katerimi *bi se vzdrževale povezave* z avtonomnimi regijami, portugalsko diasporo ter državami in skupnostmi, v katerih je uradni ali občevalni jezik portugalščina“. Tudi tu je iz dikcije člena razviden namig na morebitnost, v vsakem primeru pa navezuje na letalske povezave, ki se razlikujejo od teh iz člena 16 Uredbe št. 1008/2008.

80. Ker je formulacija vprašanja tako izrazito abstraktna, se odgovor ne bi smel nanašati na konkretne obveznosti javne službe, ki so družbo TAP SA zavezovale ob njeni privatizaciji. Predložitveno sodišče – ponavljam – o tem nikjer ne poizveduje, poleg tega pa mora samo dognati, ali so bile s pravnega vidika te obveznosti naložene ustrezno ali ne (ter v zadnjem primeru, kakšne so posledice tega). To bi bilo seveda upoštevno le, če bi bilo to konkretno vprašanje predmet ničnostnega zahtevka v postopku v glavni stvari, kar pa, kot se zdi, ni podano.

81. Zato pomeni to, da se od kupca zahteva sposobnost za prevzem obveznosti javne službe za izvajanje letov na progah, s katerimi so glavna nacionalna letališča povezana z letališči avtonomnih regij, zahtevo, ki je, čeprav se z njo omejuje svoboda ustanavljanja, upravičena, ker temelji na nujnem razlogu v splošnem interesu. Ta razlog pa je v končni fazi prav ta, na katerem temelji sama zakonitost naložitve takih obveznosti, ki so izrecno podprte s členom 16 Uredbe št. 1008/2008.

82. Zato zadevna zahteva ni le upravičena, temveč tudi ustrezna in primerna, saj se z njo izpolnjevanje obveznosti javne službe, ki bi lahko zavezovale privatizirano družbo, zagotavlja brez preseganja tega, kar je povsem nujno za doseganje tega cilja.

E. Obveznost, da se na Portugalskem ohranita sedež in dejanska uprava letalskega prevoznika (prvo vprašanje za predhodno odločanje)

83. V skladu s členom 5(c) dokumentacije je merilo za izbiro „[p]redstavitev in jamstvo izvršitve ustreznega in doslednega strateškega načrta“, namenjenega vzdrževanju in spodbujanju rasti družbe TAP SA ter ohranitvi njene celovitosti, identitete in avtonomije. Poudarjeni sta potrebi po ohranitvi „znamke TAP in njene povezanosti s Portugalsko“ in tem, da sedež in dejanska uprava družbe ostaneta v tej državi članici.

84. Nizozemska vlada meni, da bi bil zadosten razlog za utemeljitev te zahteve lahko želja po zagotovitvi jamstva za izpolnjevanje obveznosti javne službe, ki so (ali bi lahko bile) naložene družbi, ki bo pridobila delež.[41] Vendar me njena argumentacija ne prepriča povsem.

85. V sodni praksi namreč ni razvidna očitna nagnjenost k strinjanju s takimi obveznostmi v zvezi s sedežem, saj so na splošno mogoči manj omejevalni ukrepi.[42] Če pa se obveznosti javnih služb iz člena 16 Uredbe št. 1008/2008 (torej samo povezave znotraj Skupnosti) določijo na samih progah, ne da bi bilo pomembno, katera družba je zadolžena za izvajanje letov na njih, tedaj bi bila, če bi se izhajalo iz zgoraj omenjene trditve, utemeljena zahteva, da mora imeti vsaka družba, ki želi opravljati lete na teh progah, sedež na Portugalskem, kar pa se mi zdi pretirano.

86. Poleg tega se ena od obveznosti iz člena 5(d) razpisne dokumentacije (zagotavljanje „neprekinjenost[i] in širit[ev] prog, s katerimi bi se vzdrževale povezave […] [s] portugalsko diasporo ter državami in skupnostmi, v katerih je uradni ali občevalni jezik portugalščina“) sama po sebi ne more šteti za obveznost javne službe v smislu že navajanega člena 16 Uredbe št. 1008/2008.

87. Vendar je, kot je poudarila Komisija, v sektorju zračnega prevoza običajna praksa, da se v dvostranske sporazume, ki jih Unija ali njene države članice sklenejo s tretjimi državami, vstavi zahteva glede državljanstva.[43] Tako naj bi bilo določeno v dvostranskih sporazumih med Portugalsko in tretjimi državami, ki so del portugalske jezikovne skupnosti, kot so Angola, Brazilija in Mozambik,[44] s katerimi ima Portugalska posebno zgodovinsko, kulturno, družbeno in politično razmerje, za katerega razvoj in krepitev je nujen zanesljiv, reden in zadosten sistema zračnega prevoza.

41 Točka 36 pisnih stališč nizozemske vlade.

42 Nizozemska vlada se sklicuje na sodbo z dne 7. maja 1998, Clean Car Autoservice (C-350/96, EU:C:1998:205, točki 36 in 37).

43 Točka 52 njenih pisnih stališč.

44 *Ibidem*, točka 55.

88. V enakem smislu družba Parpública poudarja, da je v sporazumih, ki so bili podpisani – med drugim – z Angolo in Mozambikom, določeno, da mora imeti letalska družba, ki naj zagotavlja povezave s Portugalsko, sedež na portugalskem ozemlju, tako da bi bila posledica njene premestitve v drugo državo izguba dovoljenja in pripadajočih prometnih pravic [45] kar bi lahko zelo resno ogrozilo enega od temeljnih elementov komunikacije, ki tvori podlago za tradicionalna razmerja, ki jih ima Portugalska z državami luzofonske skupnosti narodov in ki za to državo članico pomenijo prvovrstno kulturno in politično dobrino.

89. Če je tako, kar mora preveriti nacionalno sodišče, potem menim, da gre pri tem merilu za izbiro za potrebno in sorazmerno omejitev.

F. Obveznost ohranitve in razvoja nacionalnega letalskega vozlišča (tretje vprašanje)

90. V skladu s členom 5(e) razpisne dokumentacije se od družbe, ki pridobi delež, zahteva „[p]rispevek k rasti nacionalnega gospodarstva, tudi v zvezi z ohranitvijo in razvojem sedanjega letalskega vozlišča (hub) kot platforme ključnega strateškega pomena v odnosih med Evropo, Afriko in Latinsko Ameriko“.

91. Očitno je, da sta ohranitev in razvoj letalskega vozlišča povezana s povsem gospodarskim ciljem, torej rastjo nacionalnega gospodarstva.

92. V podporo temu merilu (kot pri tem, ki je bilo obravnavano zgoraj) bi bilo morda mogoče navesti njegovo primernost za zagotavljanje obstojnosti razmerij med državami portugalske zgodovinske in jezikovne skupnosti. Vendar je v pogoju iz dokumentacije govora le o „ključn[em] strateške[m] pomen[u] [letalskega vozlišča] v odnosih med Evropo, Afriko in Latinsko Ameriko“, ob čemer je predpostavljeno, da je pomen teh odnosov v okviru določila iz postopka privatizacije izpričan zaradi povezave z nacionalnim gospodarstvom in kot dejavnik, ki lahko pripomore k njegovi rasti.

93. Ker je pomen tega merila, ki se nanaša na ohranitev nacionalnega letalskega vozlišča, izključno gospodarski, v skladu s sodno prakso Sodišča ni mogoče upravičiti omejitve, ki iz njega izhaja za svobodo ustanavljanja.

94. Kot je navedlo Sodišče v sodbi z dne 21. decembra 2016, AGET Iraklis, [46] „je ustaljena sodna praksa, da povsem ekonomski razlogi, kot sta zlasti spodbujanje nacionalnega gospodarstva ali njegovo dobro delovanje, ne morejo upravičiti ovir, ki so prepovedane s Pogodbo“.

95. To ne pomeni, da je Sodišče nedovzetno za gospodarske interese držav članic, ko zaradi uresničevanja legitimnega cilja socialne politike na njegovi podlagi utemeljijo ovire za svobodo ustanavljanja. V navedeni sodbi AGET Iraklis je bilo ugotovljeno, da je treba, ker ima „Unija ne le ekonomski, temveč tudi socialni cilj, […] pravice, ki izhajajo iz določb Pogodbe v zvezi s prostim pretokom blaga, oseb, storitev in kapitala, tehtati glede na cilje, ki se uresničujejo s socialno politiko, med katerimi so, kot je razvidno iz člena 151, prvi odstavek, PDEU, spodbujanje zaposlovanja ter izboljšanje življenjskih razmer in delovnih pogojev, tako da se ob ohranjanju izboljšav omogoči njihova uskladitev, ustrezna socialna zaščita, dialog med socialnimi partnerji, razvoj človeških virov za trajno visoko zaposlenost in boj proti izključenosti“. [47]

45 Točki 40 in 41 njenih pisnih stališč.

46 Sodba z dne 21. decembra 2016 (C-201/15, EU:C:2016:972, točka 72).

47 Sodba z dne 21. decembra 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, točka 77).

96. Vendar je v tem primeru v zadevnem merilu razvidna izključno gospodarska razsežnost, ki je edina, ki se v tem konkretnem okviru omenja v razpisni dokumentaciji. Posledica tega merila je nastanek ovire za svobodo ustanavljanja, ki zato, ker je ni mogoče razumno upravičiti, ni v skladu s pravom Unije.

VI. Predlog

97. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Supremo Tribunal Administrativo (vrhovno upravno sodišče, Portugalska), odgovori tako:

1. Člen 1(2) Direktive 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu se ne uporabi za postopek ponovne privatizacije javnega subjekta, ki je lastnik osnovnega kapitala letalskega prevoznika.

2. Člena 49 in 54 PDEU je treba razlagati tako, da ne nasprotujeta temu, da se v okoliščinah, kakršne so te iz obravnavanega spora, med zahtevami, ki morajo biti izpolnjene v postopku ponovne privatizacije, določijo tudi te:

   – sposobnost zagotavljati izpolnjevanje obveznosti javne službe, ki bi utegnile zavezovati kupca; in

   – ohranitev sedeža in dejanske uprave družbe v državi članici, v kateri je bila ustanovljena, če je to nujno za zagotavljanje pravic zračnega prometa, priznanih na podlagi dvostranskih sporazumov, ki jih je ta država podpisala s tretjimi državami, s katerimi ima posebne zgodovinske, jezikovne, kulturne in družbene povezave, če se s temi sporazumi zahteva, da ima družba, ki ji je izdana ustrezna operativna licenca, državljanstvo države članice podpisnice.

3. Člena 49 in 54 PDEU je treba razlagati tako, da nasprotujeta temu, da se med omenjene zahteve vključi „prispevek k rasti nacionalnega gospodarstva, tudi v zvezi z ohranitvijo in razvojem sedanjega letalskega vozlišča“.