

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

V. TRSTENJAK

fremSAT den 3. juli 2008¹

Indhold

I	— Indledning	I - 2213
II	— Retsregler	I - 2214
	A — Eurocontrols retlige grundlag	I - 2214
	B — Fællesskabsretten	I - 2214
III	— Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlinger	I - 2217
	A — Faktiske omstændigheder i hovedsagen	I - 2217
	B — Sagen ved Retten og den appellerede dom	I - 2218
	C — Retsforhandlingerne ved Retten i Første Instans og parternes påstande	I - 2219
IV	— Appellen	I - 2220
	A — Indledende bemærkninger	I - 2220
	1. Kvalificering af Eurocontrol som en virksomhed i artikel 82 EF's forstand	I - 2220
	2. Anbringendernes systematik	I - 2221
	B — Indsigelsen om immunitet fremsat af Eurocontrol som intervenient	I - 2221
	C — Vurdering af anbringenderne	I - 2224
	1. Anbringender vedrørende formaliteten	I - 2224
	a) Tilsidesættelse af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, idet Eurocontrol fik tilladelse til at intervenere	I - 2224

1 — Originalsprog: tysk.

- b) Tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement på grund af urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for at afvise appellansens nye anbringender I - 2225
- c) Tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, idet Retten ikke tog hensyn til Kommissionens adfærd med hensyn til de faktiske omstændigheder, som dannede grundlaget for afvisningen af appellansens nye anbringender I - 2226
- d) Tilsidesættelse af artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement, da Retten har undladt at afsige en kendelse vedrørende begæringen om bevisførelse I - 2227
- 2. Anbringender vedrørende de faktiske forhold I - 2228
 - a) Eurocontrols aktiviteter i form af hjælp til nationale myndigheder I - 2228
 - i) Kommissionens påstand om ændring af begrundelsen I - 2229
 - Betydningen af Kommissionens påstand I - 2229
 - Undersøgelse af Kommissionens opfordring I - 2230
 - ii) Urigtig gengivelse af indholdet i den anfægtede beslutning I - 2233
 - iii) Dommens præmisser er selvmodsigende, idet den anfægtede beslutning ikke blev annulleret, selv om det første anbringende blev taget til følge I - 2234
 - iv) Dommens præmisser er selvmodsigende, idet Retten erstattede Kommissionens begrundelse i den anfægtede beslutning med sin egen begrundelse I - 2234
 - v) Tilsidesættelse af fast praksis ved Fællesskabets retsinstanser vedrørende grænserne for domstolskontrol I - 2235
 - vi) Fejlskøn vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF I - 2236
 - b) Eurocontrols standardiseringsvirksomhed I - 2238
 - i) Kommissionens påstand om ændring af begrundelsen I - 2239

— Parternes anbringender	I - 2239
— Retlig bedømmelse	I - 2240
ii) Urigtig gengivelse af indholdet i den anfægtede beslutning	I - 2242
iii) En forståelse af begrebet økonomisk virksomhed lagt til grund, som strider mod det begreb, der er blevet udviklet i praksis ved Fællesskabets retsinstanser	I - 2243
iv) Fejlagtig fortolkning og anvendelse af fællesskabsretspraksis vedrørende sociale ydelser	I - 2244
v) Tilsidesættelse af begrundelsespligten	I - 2246
c) Eurocontrols forsknings- og udviklingsvirksomhed	I - 2246
i) Fordrejning af den anfægtede beslutning	I - 2246
ii) Anvendelse af begrebet økonomisk virksomhed i strid med det begreb, der er udviklet i praksis ved Fællesskabets retsinstanser	I - 2247
iii) Forvanskning og fordrejning af de af appellanten fremførte beviser for, at Eurocontrols forvaltning af intellektuelle ejendomsrettigheder er af økonomisk karakter	I - 2249
V — Konklusion af undersøgelsen	I - 2250
VI — Sagens omkostninger	I - 2250
VII — Forslag til afgørelse	I - 2251

I — Indledning

Marconi Systems SpA) har iværksat til prøvelse af Rettens dom af 12. december 2006 i sag T-155/04, SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen².

1. I den foreliggende sag skal De Europæiske Fællesskabers Domstol træffe afgørelse vedrørende en appel, som selskabet SELEX Sistemi Integrati SpA (tidligere Alenia

² — Rettens dom af 12.12.2006, SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen, T-155/04, Sml. II, s. 4797.

2. Appellanten og sagsøgeren i første instans (herefter »appellanten«) har nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom om, at Kommissionens beslutning af 12. februar 2004 (herefter »den anfægtede beslutning«), hvori Kommissionen i det væsentlige afviste at kvalificere Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol) som en virksomhed eller ikke bedømte dennes aktiviteter som misbrug af en dominerende stilling i artikel 82 EF's forstand, opretholdes, og ved hvilken Retten følgelig frifandt Kommissionen for sagsøgerens påstand om annullation og/eller ændring af beslutningen.

II — Retsregler

A — Eurocontrols retlige grundlag

3. Eurocontrol, der er en international organisation med regionale opgaver inden for luftfarten, blev oprettet af en række europæiske stater³, herunder såvel medlemmer af Fællesskabet som andre stater, i henhold til den internationale konvention af 13. december 1960 vedrørende samarbejde om luftfartens sikkerhed, som er blevet

3 — Oprindeligt oprettet af Belgien, Frankrig, Tyskland, Luxembourg, Nederlandene og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland; i dag er følgende stater medlemmer af Eurocontrol, i alfabetisk rækkefølge efter deres navn på engelsk: Albanien, Armenien, Østrig, Belgien, Bosnien-Hercegovina, Bulgarien, Kroatien, Cypern, Den Tjekkiske Republik, Danmark, Finland, Frankrig, Tyskland, Grækenland, Ungarn, Irland, Italien, Litauen, Luxembourg, Malta, Moldavien, Monaco, Montenegro, Nederlandene, Norge, Polen, Portugal, Rumænien, Serbien, Slovakiet, Slovenien, Spanien, Sverige, Schweiz, Den Tidligere Jugoslaviske Republik Makedonien, Tyrkiet, Ukraine og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.

ændret flere gange og herefter revideret og omarbejdet ved protokol af 27. juni 1997 (herefter »konventionen«) med henblik på at styrke samarbejdet mellem de kontraherende stater inden for luftfarten og udvikle fælles aktiviteter mellem staterne for at virkeliggøre den nødvendige harmonisering og samordning ved oprettelsen af et ensartet system til lufttrafikregulering, Air Traffic Management (ATM). Selv om konventionen endnu ikke formelt er trådt i kraft, idet den ikke er ratificeret af alle de kontraherende parter, har dens bestemmelser været foreløbigt gældende siden 1998 i henhold til en beslutning truffet i december 1997 af Eurocontrols permanente kommission. Italien tiltrådte Eurocontrol den 1. april 1996. Fællesskabet og dets medlemsstater underskrev i 2002 en protokol — som endnu ikke er trådt i kraft — om Det Europæiske Fællesskabs tiltrædelse af Eurocontrol. Fællesskabet godkendte denne protokol ved Rådets afgørelse 2004/636/EF af 29. april 2004 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af protokollen om Det Europæiske Fællesskabs tiltrædelse af Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed⁴. Visse af denne protokols bestemmelser er siden 2003 blevet anvendt midlertidigt, idet man afventer alle de kontraherende parters ratifikation.

B — Fællesskabsretten

4. I henhold til artikel 82 EF er en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf uforenelig med fællesmarkedet og

4 — EUT L 304, s. 209.

forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes. — kommunikationssystemer

5. Ved direktiv 93/65/EØF af 19. juli 1993 om definition og anvendelse af kompatible tekniske specifikationer for erhvervelse af udstyr og systemer til regulering af lufttrafikken (air-traffic-management equipment and systems)⁵, som ændret ved Kommissionens direktiv 97/15/EF af 25. marts 1997 om vedtagelse af Eurocontrol-standarder⁶, vedtog Rådet, at der skulle indføres tekniske specifikationer inden for ATM-området på grundlag af de tilsvarende tekniske specifikationer, som Eurocontrol har fastsat.

— overvågningssystemer

— systemer for automatiseret bistand til flyvekontrolltjeneste

— navigationssystemer.

6. Artikel 1-5 i direktiv 93/65 har følgende ordlyd:

Artikel 2

»Artikel 1

Dette direktiv anvendes på definition og anvendelse af kompatible tekniske specifikationer for erhvervelse af udstyr og systemer til regulering af lufttrafikken, især for så vidt angår:

I dette direktiv forstås ved:

- a) teknisk specifikation: samtlige tekniske forskrifter, navnlig sådanne, der findes i udbudsbetingelserne, som fastlægger

⁵ — EFT L 187, s. 52.

⁶ — EFT L 95, s. 16.

krævede egenskaber ved et arbejde, et materiale, et produkt eller en leverance, og som gør det muligt på objektiv måde at beskrive et arbejde, et materiale, et produkt eller en leverance således, at de opfylder kravene for den anvendelse, som den ordregivende myndighed har bestemt dem til. Disse tekniske specifikationer kan omfatte kvalitet, ydeevne, sikkerhed, dimensioner samt forskrifter for materialet, produktet eller leverancen for så vidt angår kvalitetssikring, terminologi, symboler, afprøvning og afprøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering

Artikel 3

1. Kommissionen kan efter fremgangsmåden i artikel 6, især for de i bilag I angivne områder, fastlægge og vedtage de Eurocontrolstandarder og Eurocontrols senere ændringer af disse, hvis overholdelse skal være obligatorisk i henhold til EF-retten. Kommissionen offentliggør henvisningerne til alle tekniske specifikationer, der således er obligatoriske, i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

- b) standard: den tekniske specifikation, som er godkendt af en anerkendt standardiseringsorganisation til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse normalt ikke er obligatorisk

2. For at sikre, at listen i bilag I over de Eurocontrolstandarder, som skal udarbejdes, er så fuldstændig som muligt, kan Kommissionen efter fremgangsmåden i artikel 6 og i samråd med Eurocontrol efter omstændighederne ændre bilag I i overensstemmelse med Eurocontrols ændringer.

[...]

- c) Eurocontrolstandard: de obligatoriske elementer i Eurocontrolspecifikationer vedrørende fysiske egenskaber, form, materiel, ydeevne, personale eller procedurespørgsmål, hvis ensartede anvendelse erkendes at være af væsentlig betydning for gennemførelsen af et integreret system for lufttrafiktjenester (ATS) (de obligatoriske elementer udgør en del af et Eurocontrolstandarddokument).

Artikel 4

For om nødvendigt at supplere arbejdet med gennemførelsen af Eurocontrolstandarderne kan Kommissionen i overensstemmelse med

bestemmelserne i direktiv 83/189/EØF og i samråd med Eurocontrol give europæiske standardiseringsorganer standardiseringsbeføjelser.

III — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

A — Faktiske omstændigheder i hovedsagen

Artikel 5

1. Med forbehold af direktiv 77/62/EØF og direktiv 90/531/EØF træffer medlemsstaterne de foranstaltninger, der er nødvendige, for at de ordregivende myndigheder, som er omhandlet i bilag II, henviser til de i henhold til dette direktiv vedtagne specifikationer i de generelle dokumenter eller i udbudsbetingelserne for hver aftale i forbindelse med erhvervelse af flyvekontroludstyr.

2. For at sikre, at bilag II er så fuldstændigt som muligt, underretter medlemsstaterne Kommissionen om de ændringer, der foretages i deres lister. Kommissionen reviderer bilag II efter fremgangsmåden i artikel 6.«

7. Appellanten har siden 1961 virket i sektoren for systemer til lufttrafikregulering. Selskabet forelagde den 28. oktober 1997 Kommissionen en klage i henhold til artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82]⁷, hvorved man henlede Kommissionens opmærksomhed på visse påståede overtrædelser fra Eurocontrols side af konkurrencereglerne i forbindelse med udøvelsen af dens standardiseringsopgaver vedrørende ATM-udstyr og -systemer (herefter »klagen«).

8. Heri gjorde appellanten gældende, at Eurocontrol havde misbrugt en dominerende stilling på markedet. Appellanten kritiserede navnlig den konkurrencefordrejning, som efter selskabets opfattelse er resultatet af den forvaltning, som Eurocontrol foretager af de intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende de af Eurocontrol indgåede kontrakter om udvikling og erhvervelse af prototyper, samt af de hjælpeaktiviteter, som Eurocontrol efter anmodning leverer til de nationale myndigheder.

⁷ — EFT 1959-1962, s. 81.

9. Kommissionen afviste ved skrivelse af 12. februar 2004 klagen med den begrundelse, at de aktiviteter, som dannede grundlag for klagen, ikke var af økonomisk karakter, og at Eurocontrol derfor ikke kunne anses for en virksomhed i artikel 82 EF's forstand. Kommissionen bemærkede endvidere, at selv om disse aktiviteter blev anset for økonomisk virksomhed, ville de under alle omstændigheder ikke være i strid med artikel 82 EF.

B — Sagen ved Retten og den appellerede dom

10. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. april 2004 anlagde appellanten sag mod Kommissionen og nedlagde påstand om annullation eller ændring af den anfægtede beslutning og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11. I sit svarskrift af 23. juli 2004 nedlagde Kommissionen påstand om frifindelse og om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12. Ved processkrift af 1. september 2004, indleveret til Rettens Justitskontor den 2. september 2004, anmodede Eurocontrol om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse

afsagt af formanden for Rettens Anden Afdeling den 25. oktober 2004 i henhold til artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement fik Eurocontrol tilladelse til at intervenere.

13. Ved processkrift indleveret den 25. februar 2005 anmodede appellanten om, at Kommissionen som led i en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse blev opfordret til at fremlægge skrivelsen af 3. november 1998, ethvert andet dokument udarbejdet af dens tjenestegrene under den administrative procedure, de tekniske analyser, den eventuelle korrespondance mellem Kommissionens tjenestegrene og Eurocontrol samt de dokumenter, Eurocontrol havde udarbejdet. Ved skrivelse af 11. marts 2005, indleveret den 18. marts 2005, fremlagde Kommissionen skrivelsen af 3. november 1998. Den gjorde gældende, at den ikke var i besiddelse af andre dokumenter, som det kunne være nyttigt at føje til sagsakterne i den foreliggende sag.

14. Sagsøgeren fremsatte ved skrivelse indleveret den 27. april 2005 en begæring om bevisoptagelse med henblik på vidneafhøring og Kommissionens fremlæggelse af dokumenter.

15. Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen og pålagde appellanten at betale sagens omkostninger.

C — *Retsforhandlingerne ved Retten i Første Instans og parternes påstande* — Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Appellanten iværksatte den foreliggende appel ved appelskrift af 23. februar 2007, registreret på Domstolens Justitskontor den 27. februar 2007. Appellanten har nedlagt følgende påstande:

I replik af 29. juli 2007 præciserede appellanten sine påstande således:

— Den af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 12. december 2006 afsagte dom i sag T-155/04 ophæves, og sagen hjemvises til Retten i Første Instans til fornyet afgørelse i lyset af Domstolens udtalelser.

— Eurocontrols immunitetsindsigelse afvises.

— Kommissionens påstand om ændring af Rettens domsbegrundelse forkastes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger for Domstolen og omkostningerne i forbindelse med sag T-155/04.

17. Kommissionen og intervenienten, Eurocontrol, indleverede henholdsvis den 29. maj og den 1. juni 2007 deres svarskrifter. De har nedlagt følgende påstande:

— Der gives appellanterne medhold i, at den af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 12. december 2006 afsagte dom i sag T-155/04 ophæves, og sagen hjemvises til Retten i Første Instans til fornyet afgørelse i lyset af Domstolens udtalelser.

— Appellen forkastes i det hele som ubegrundet eller afvises delvist, eventuelt med en delvis ændring af Rettens domsbegrundelse.

18. I duplik af henholdsvis 12. og 9. oktober 2007 opretholdt Kommissionen og Eurocontrol deres påstande.

19. Efter den skriftlige forhandling fandt der en mundtlig forhandling sted den 8. maj 2008, hvorunder parterne afgav indlæg.

IV — Appellen

A — Indledende bemærkninger

1. Kvalificering af Eurocontrol som en virksomhed i artikel 82 EF's forstand

20. Domstolen skal for første gang siden dommen af 19. januar 1994 i sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol⁸, tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Eurocontrol er en »virksomhed« i artikel 82 EF's forstand. Ifølge Domstolens faste praksis⁹ omfatter begrebet virksomhed inden for Fællesskabets konkurrenceret enhver enhed, som uøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde.

8 — Dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43.

9 — Dom af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 38, af 11.7.2006, sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, Sml. I, s. 6295, præmis 25, af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 28, af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., Sml. I, s. 289, præmis 107, af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 112, af 16.3.2004, forenede sager C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK-Bundesverband m.fl., Sml. I, s. 2493, præmis 46, af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 74, og af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

21. I den nævnte dom lagde Domstolen først vægt på, om Eurocontrols forskellige aktivitetsområder lod sig adskille fra dets beføjelser ved udførelsen af opgaver, der henregnes til offentlig myndighed, frem for alt kontrollen med lufttrafikken¹⁰, og undersøgte dernæst, om disse aktiviteter havde økonomisk karakter¹¹. Domstolen fastslog i den forbindelse, at Eurocontrol udfører opgaver af almen interesse for de kontraherende staters regning med det formål at bidrage til oprettholdelsen og forbedringen af luftfartens sikkerhed¹². Domstolen konkluderede således, at Eurocontrols virksomhed ud fra en helhedsbetragtning som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, er knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen og overvågningen af luftrummet. Domstolen sluttede heraf, at Eurocontrols virksomhed ikke har nogen økonomisk karakter, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler¹³.

10 — I henhold til artikel 1 i Chicago-konventionen af 1944, UN Treaty Series, bind 15, punkt 105, anerkender de kontraherende parter, at »enhver medlemsstat har den fuldstændige og eksklusive suverænitæt over sit eget luftrum«. Denne konvention bygger på den tanke, at sikkerhed i lufttrafikken er hver enkelt stats ansvar. Majid, A., *Legal status of international institutions: SITA, INMARSAT and Eurocontrol examined*, Aldershot 1996, s. 91. Dette udelukker dog ikke, at staterne overdrager denne kompetence til en international organisation. Eurocontrol blev oprettet med henblik på overvågning af det øvre luftrum i Europa, men man er rent faktisk aldrig nået dertil. I virkeligheden havde Eurocontrol indtil vedtagelsen af ændringsprotokollen af 12.2.1981 kun overvåget flysikkerheden i det øvre luftrum fra sine centre i Karlsruhe og Maastricht. Ved ændringsaftalen blev Eurocontrols opgaver udvidet til at omfatte talrige andre fagområder, men i dag er det kun regionalcenteret i Maastricht, der overvåger lufttrafikken i det øvre luftrum i Nordtyskland, Belgien, Nederlandene og Luxembourg (I. Seidl-Hohenveldern, »Eurocontrol und EWG-Wettbewerbsrecht«, *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, Berlin, 1994, s. 252).

11 — L. Idot, »Retour sur la notion d'entreprise«, *Europe*, februar 2007, punkt 68, s. 25, betegner den individuelle undersøgelse af en mangfoldighed af aktiviteter som anvendelse af »adskillelsesprincippet« (»principe de dissociation«).

12 — SAT Fluggesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 27.

13 — *Ibidem*, præmis 30.

22. En kvalifikation som »virksomhed« i artikel 82 EF's forstand forudsætter imidlertid logisk set, at fællesskabsrettens bestemmelser overhovedet kan påberåbes over for Eurocontrol. Eurocontrol har i sin egenskab af intervenient til støtte for Kommissionen i den foreliggende sag gjort indsigelse herimod, idet den udtrykkeligt påberåber sig sin immunitet i henhold til folkeretten på grund af sin status som international organisation. I denne sammenhæng kunne der rejses spørgsmål om, hvorvidt Fællesskabets retsinstanser er forpligtede til ex officio at tage hensyn til en parts immunitet inden for rammerne af en undersøgelse af formaliteten i en sag.

B — *Indsigelsen om immunitet fremsat af Eurocontrol som intervenient*

25. Forinden skal der dog tages stilling til den indsigelse, som Eurocontrol under påberåbelse af sin immunitet har fremsat om, at sagen ikke kan realitetsbehandles ved Fællesskabets retsinstanser. Eurocontrol er nemlig af den opfattelse, at fællesskabsdommeren af egen drift skal undersøge spørgsmålet om organisationens immunitet. Dermed gentager Eurocontrol sit anbringende fra sagen for Retten i Første Instans.

2. Anbringendernes systematik

23. Disse spørgsmål udgør den tematiske ramme i den foreliggende sag. Appellanten støtter sine påstande på en række formelle og materielle fejl. I alt gør appellanten 16 anbringender gældende mod den appellerede dom, idet de kritikpunkter, der er begrundet i de faktiske forhold, kan opdeles i tre områder, som indholdsmæssigt svarer til Eurocontrols forskellige aktivitetsområder: Eurocontrols virksomhed til støtte for de nationale forvaltninger, dens standardiseringsvirksomhed og endelig dens virksomhed inden for forskning og udvikling.

24. For overskuelighedens skyld skal anbringenderne behandles i rækkefølge og i hver deres tematiske sammenhæng.

26. Eurocontrol begrundet i det væsentlige sin opfattelse med, at den er en international organisation, som delvis har andre stater som medlemmer end Det Europæiske Fællesskab, og at dens retsorden også adskiller sig fra Det Europæiske Fællesskabs, således at Fællesskabet ifølge det generelle princip *par in parem non habet imperium* ikke er beføjet til at undekaste Eurocontrol Fællesskabets egne regler.

27. Desuden henviser Eurocontrol til det forhold, at Fællesskabet har underskrevet en tiltrædelsesprotokol til Eurocontrol, således at det i henhold til det princip om god tro, der

er knæsat i artikel 18 i Wienerkonventionen om traktatretten, skal afholde sig fra handlinger, der ville berøve denne tiltrædelsesprotokol dens formål og hensigt. Det samme følger af den folkeretlige sædvaneret, som giver Eurocontrol en omfattende beskyttelse, i hvert fald med hensyn til alle de i den foreliggende sag omhandlede aktiviteter.

28. Jeg anser det for nødvendigt her at minde om, at Eurocontrol oprindeligt optrådte som intervenient ved sagen for Retten i Første Instans, og at dens nuværende processuelle status under sagen for Domstolen er forblevet uændret. Også inden for rammerne af en appel forbliver det princip gældende, der er fastlagt i artikel 93, stk. 4, i Domstolens procesreglement, at intervenienten indtræder i sagen, som den foreligger ved hans intervention.

29. Ganske vist tilkommer der intervenienten en særlig processuel status, for så vidt som denne efter at have fået tilladelse til at intervenere i henhold til procesreglementets artikel 93, stk. 5, får lejlighed til at indgive et skriftligt indlæg, der indeholder hans påstande og anbringender og i påkommende tilfælde en angivelse af de beviser, der påberåbes. Ikke desto mindre er intervenientens ret til at fremsætte påstande i sagen begrænset svarende til hans funktion, for så vidt som hans påstande i henhold til artikel 40, stk. 4, i statuten for Domstolen kun kan gå ud på at understøtte en af parternes påstande. Intervenienten kan derfor ikke inden for rammerne af interventionen fremsætte nogen påstande, som sammenholdt med parternes påstande har et selvstændigt indhold eller modificerer genstanden for

tvisten. Intervenienten må heller ikke ændre sagens rammer som fastlagt i stævningen ved at fremføre nye anbringender¹⁴. Og en intervenient kan navnlig ikke påstå sagen afvist, når dette ikke er gjort gældende i sagsøgtes påstande¹⁵.

30. Som Retten i præmis 42 i den appellerede dom korrekt har fastslået, ændrer den af Eurocontrol rejste indsigelse vedrørende immunitet sagens rammer i betydelig grad. De påstande, som Kommissionen har nedlagt under retssagen i første instans henholdsvis om frifindelse for søgsmålet om annullation af den anfægtede beslutning og om, at appellen forkastes under sagen for Domstolen, understøttes ikke af Eurocontrols anbringender. Tværtimod er det modsatte tilfældet. Hvis man anså Eurocontrols anbringende for begrundet i sagen, måtte man nemlig, som

14 — Jf. Domstolens dom af 23.2.1961, sag 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed*, Sml. 1954-1964, s. 211, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 37, af 24.3.1993, sag C-313/90, *CIRFS m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 1125, præmis 22, og af 8.7.1999, sag C-245/92 P, *Chemie Linz mod Kommissionen*, Sml. I, s. 4643, præmis 32, samt Rettens dom af 8.6.1995, sag T-459/93, *Siemens mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1675, præmis 21, af 25.6.1998, forenede sager T-371/94 og T-394/94, *British Airways m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2405, præmis 75, af 1.12.1999, forenede sager T-125/96 og T-152/96, *Boehringer mod Rådet og Kommissionen*, Sml. II, s. 3427, præmis 183, af 28.2.2002, sag T-395/94, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 875, præmis 382, og af 3.4.2003, sag T-114/02, *BaByliss mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1279, præmis 417. H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, München, 2003, § 22, punkt 40, s. 405.

15 — Dom af 19.3.2002, sag C-13/00, *Kommissionen mod Irland*, Sml. I, s. 2943, præmis 3-6, dommen i sagen *CIRFS m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 21 og 22, og dom af 15.6.1993, sag C-225/91, *Matra mod Kommissionen*, Sml. I, s. 3203, præmis 11 og 12.

appellanten har fremført, nødvendigvis konkludere, at den af appellanten anfægtede kommissionsbeslutning krænker Eurocontrols påståede immunitet og dermed er ulovlig.

31. Det bemærkes endvidere, at Kommissionen på intet tidspunkt har gjort et anbringende om immunitet gældende¹⁶. Herom er Kommissionen og appellanten enige. Det fremgår derimod af Kommissionens argumentation, at denne, da den traf den anfægtede beslutning, med udgangspunkt i dommen i sagen SAT Fluggesellschaft, generaladvokat Tesausos forslag til afgørelse i samme sag samt dommen i sagen Höfner og Elser¹⁷ i princippet anerkendte anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrencebestemmelser også på internationale organisationer, for så vidt som disse udøver en økonomisk virksomhed¹⁸. At Kommissionen har afvist, at artikel 82 EF kan finde anvendelse i forhold til Eurocontrol, følger alene af, at Eurocontrol ikke udøver nogen form for økonomisk virksomhed, ikke den immunitet, som Eurocontrol har gjort gældende.

32. Eurocontrols anbringende om, at Fællesskabets retsinstanter af egen drift skal under-

søge spørgsmålet om immunitet, fører heller ikke til nogen anden vurdering. Som Eurocontrol selv indrømmer¹⁹, findes der ingen holdepunkter herfor i Domstolens praksis. Derudover er Eurocontrols fremstilling vedrørende omfanget af organisationens immunitet irrelevant for den foreliggende appelsag, der alene angår spørgsmålet om, hvorvidt appellen skal tages til følge eller forkastes²⁰.

33. Da Eurocontrol i sin egenskab af interventient til støtte for Kommissionen ændrer sagens rammer ved at anfægte Domstolens kompetence til at afgøre tvisten på grund af Eurocontrols immunitet og ikke understøtter Kommissionen, skal dette anbringende afvises.

19 — Se punkt 56 i Eurocontrols svarskrift.

20 — Denne konstatering stemmer i øvrigt overens med Domstolens konklusioner i SAT Fluggesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 10 og 11, hvori Domstolen afviste Eurocontrols anbringende om, at Domstolen var inkompetent (som følge af Eurocontrols immunitet), idet den fastslog, at der inden for rammerne af en præjudiciel sag i henhold til artikel 234 EF var blevet forelagt Domstolen et spørgsmål om fortolkning af konkurrencebestemmelserne og ikke om Eurocontrolkonventionen. I lighed hermed henhører spørgsmålet om, hvorvidt fællesskabsrettens bestemmelser kan påberåbes over for Eurocontrol, under sagens materielle problemstilling, og er uden betydning for Domstolens kompetence. Internationale organisations immunitet forklares først og fremmest funktionelt: Immuniteten tjener til at sikre den uafhængighed, der er nødvendig, for at de kan opfylde deres opgaver og nå deres mål, jf. M. Wenckstern, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Die Immunität internationaler Organisationen*, bind II/1, Tübingen, 1994, afsnit 44, s. 13. I øvrigt er den foreliggende appelsag skal Domstolen udelukkende træffe afgørelse om, hvorvidt en appel, der er anlagt til prøvelse af en af Retten afsagt dom, skal tages følge eller forkastes, således at det ligesom i den ovenfor anførte sag udelukkende kommer an på fortolkningen af EF-konkurrencebestemmelserne. I den sammenhæng hindres Eurocontrol ikke som international organisation i at opfylde sine opgaver.

16 — Jf. SAT Fluggesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 41.

17 — Kommissionen henviser til dommen i sagen Höfner og Elser, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 24. Heri fastslår Domstolen, at et offentligt arbejdsformidlingskontor, som i henhold til en medlemsstats lovgivning har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som f.eks. de i § 3 i den tyske lov om fremme af beskæftigelsen (Arbeitsförderungsgesetz) omhandlede ydelser, i henhold til EØF-traktatens artikel 90, stk. 2, er omfattet af konkurrence reglerne, når det ikke er påvist, at anvendelsen af disse bestemmelser er uforenelig med udøvelsen af dets opgave.

18 — Se punkt 3 i Kommissionens duplik.

C — *Vurdering af anbringenderne*

- at der er sket en tilsidesættelse af artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement, idet der ikke er afsagt en kendelse vedrørende bevisoptagelse.

1. Anbringender vedrørende formaliteten

34. Med hensyn til den urigtige retsanvendelse, som Retten har foretaget i forbindelse med sagens behandling, har appellanten gjort gældende,

- at der er sket en tilsidesættelse af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, idet Eurocontrol fik tilstillet sagsakterne og fik tilladelse til at indlevere et skriftligt indlæg
- at der er sket en tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, idet de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for at afvise appellants nye anbringender, er urigtigt gengivet

- a) Tilsidesættelse af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, idet Eurocontrol fik tilladelse til at intervenere

Appellanten har for det første gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, idet Eurocontrol fik tilstillet sagsakterne og fik tilladelse til at indlevere et skriftligt indlæg, selv om organisationens begæring om tilladelse til at intervenere først blev indleveret efter udløbet af seksugersfristen i procesreglementets artikel 115, stk. 1. Appellanten minder om, at procedurereglerne har præceptiv karakter, og gør endvidere gældende, at Retten ikke kan påberåbe sig procesreglementets artikel 64 for at omgå præklusjonsfristen i de processuelle regler.

- at der er sket en tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, idet der i de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for at afvise appellants nye anbringender, ikke er taget hensyn til Kommissionens adfærd

35. Hertil bemærkes, at Retten på baggrund af de formål, der er anført i artikel 64, stk. 2, i Rettens procesreglement om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, nødvendigvis råder over et vidt skøn ved udøvelsen af sine beføjelser i henhold til procesreglementets artikel 64, stk. 2. For at det kan sluttes, at der var tale om en tilsidesættelse af de processuelle regler, skulle appellanten have godtgjort, at Retten

havde udøvet sine beføjelser udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål²¹. Men appellanten har ikke gjort noget sådant gældende.

36. Desuagtet påhvilede det appellanten at bevise, hvorfor en eventuel tilsidesættelse af Rettens procesreglement som følge af den forsinkede tilladelse til Eurocontrol til at intervenere havde krænket appellants interesser. I henhold til artikel 58 i statuten for Domstolen kan en appel nemlig kun støttes på, at der er begået rettergangsfejl, som krænker appellants interesser. Appellanten har imidlertid ikke ført et sådant bevis. Det ses navnlig ikke, om Eurocontrols deltagelse som intervenient på nogen måde kunne have ændret sagens udfald, eftersom Retten ikke realitetsbehandlede Eurocontrols begæring om, at Retten fastslog organisationens immunitet, men afviste den af formalitetsgrunde.

37. Dette anbringende skal følgelig forkastes.

21 — Ifølge Domstolens praksis foreligger der magtfordrejning, når en fællesskabsinstitution udøver sine beføjelser udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet, eller for at omgå en fremgangsmåde, der særligt er fastsat ved traktaten for at imødegå konkret foreliggende vanskeligheder. Jf. dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 99, af 10.3.2005, sag C-342/03, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1975, præmis 64, og af 14.5.1998, sag C-48/96 P, Windpark Groothusen mod Kommissionen, Sml. I, s. 2873, præmis 52.

b) Tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement på grund af urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for at afvise appellants nye anbringender

38. Appellanten har endvidere gjort gældende, at der er sket tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, henset til at Retten afviste appellants nye anbringender, som støttedes på skrivelsen af 3. november 1998, som Kommissionen havde fremlagt under sagen. Retten gengav indholdet af en skrivelse fra Kommissionen til appellanten urigtigt.

39. Det bemærkes, at appellants anbringende tydeligvis refererer til en omstændighed, som allerede er blevet vurderet af Retten under sagens behandling ved Retten i Første Instans. Henset til appellants omfangsrige og detaljerede fremstilling af den nøjagtige korrespondance mellem appellanten og Kommissionen før og under den skriftlige forhandling ved Retten i Første Instans, anser jeg det for nødvendigt at minde om, at en appel til Domstolen i henhold til artikel 225, stk. 1, andet afsnit, EF er begrænset til retsspørgsmål. Artikel 58 i statuten for Domstolen præciserer, at en appel kun kan støttes på, at Retten savner kompetence, at der er begået rettergangsfejl, som krænker appellants interesser, eller at Retten har overtrådt fællesskabsretten.

40. Ved bedømmelsen af, om et anbringende lovligt kan gøres gældende under en appelsag, skal det derfor tages i betragtning, at formålet

med en appelsag er at kontrollere den retsanvendelse, Retten har foretaget, men under ingen omstændigheder at gentage sagen for Retten i Første Instans. Dertil kommer, at vurderingen af de faktiske omstændigheder principielt tilkommer Retten²² og kun kan efterprøves af Domstolen, for så vidt som det fremgår af sagsakterne, at Rettens konstateringer faktisk er forkerte²³. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt²⁴.

41. Det ses dog ikke, hvori den urigtige retsanvendelse skulle bestå i den konkrete sag. Som anført af Retten i præmis 36 i den appellerede dom, indeholder skrivelsen af 2. juli 1999 fra Eurocontrols direktør ikke flere oplysninger end Kommissionens skrivelse af 12. november 1998. Af denne grund kunne appellanten ikke påberåbe sig denne skrivelse af 2. juli 1999 som en faktisk omstændighed, der først var fremkommet

22 — Dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl., Sml. I, s. 123, præmis 48, og af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 33. K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, London, 2006, s. 453, punkt 16-003, henviser til, at Domstolen ikke har kompetence til at fastslå faktiske forhold. Den omstændighed, at appelsager er begrænset til retlige spørgsmål, betyder, at det kun er Retten, der har kompetence med hensyn hertil. Deraf følger, at en appellant hverken kan anfægte Rettens faktiske konstateringer eller må påberåbe sig faktiske omstændigheder, som ikke er blevet fastslået af Retten under sagen i første instans.

23 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 48. Jf. mit forslag til afgørelse af 13.3.2008 i den verserende sag C-204/07 P, CAS SpA mod Kommissionen, punkt 84.

24 — Se generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 11.2.2003 i sagen Aalborg Portland m.fl., dom nævnt ovenfor i fodnote 22, punkt 38; dom af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P — C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78, og af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewerbe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 24.

under retssagen. Derfor afviste Retten med rette de fremførte anbringender, da de blev fremsat for sent.

42. Derfor skal også dette anbringende forkastes.

c) Tilsidesættelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, idet Retten ikke tog hensyn til Kommissionens adfærd med hensyn til de faktiske omstændigheder, som dannede grundlaget for afvisningen af appellants nye anbringender

43. Med dette anbringende kritiserer appellanten, at Retten afviste de netop nævnte nye anbringender uden at tage hensyn til Kommissionens adfærd under den administrative procedure og under retssagen. Appellanten har nemlig gjort gældende, at fremsættelsen af de pågældende anbringender skyldes, at Kommissionen nægtede at fremlægge de pågældende dokumenter, først og fremmest skrivelsen af 3. november 1998. Disse dokumenter var først til rådighed på et fremskredent stadie af sagen, således at appellanten også først på det tidspunkt blev i stand til at få indsigt i dem og fremføre en række nye anbringender.

44. Hertil bemærkes, at appellanten under sagen for Retten i Første Instans åbenbart på

intet tidspunkt har gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af en mulig forpligtelse til at fremlægge sådanne dokumenter. Det må her være tale om et nyt anbringende, der imidlertid skal afvises, da artikel 48, stk. 2, første afsnit, i Rettens procesreglement udtrykkeligt bestemmer, at nye anbringender ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.

45. Da denne processuelle betingelse ikke er opfyldt i den foreliggende sag, skal også dette anbringende forkastes.

d) Tilsidesættelse af artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement, da Retten har undladt at afsige en kendelse vedrørende begæringen om bevisførelse

46. Appellanten har desuden gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement, som efter appellants opfattelse er en følge af Rettens beslutning om at afvise de begæringer om bevisoptagelse, som appellanten havde fremsat i sin stævning og i det skriftlige indlæg indleveret den 27. april 2005, ved dom i stedet for ved kendelse. Ifølge appellants fremstilling medfører en afvisning af begæringer om bevisoptagelse ved en dom, der afslutter sagen, at parterne får frataget

muligheden for at benytte instrumenter, som de processuelle regler giver dem adgang til, nemlig at underbygge deres begæringer med nye og mere overbevisende argumenter.

47. Som Kommissionen med rette bemærker, er appellants argumentation selvmodsigende, idet sidstnævnte i punkt 56 i sit appelskrift udtrykkeligt og med henvisning til Fællesskabets retsinstansers praksis anerkender, at Retten har et vidt skøn ved anvendelsen af sit procesreglements artikel 66, stk. 1. Som appellanten selv anfører, fremgår det nemlig af Domstolens kendelse af 12. januar 2006 i sag C-162/05 P, Entorn mod Kommissionen²⁵, at det hverken kræves, at der træffes afgørelse ved en kendelse, eller at parterne høres, når Retten ikke anser en parts begæring om bevisoptagelse for nødvendig.

48. Dette var tilfældet ved behandlingen ved Retten i Første Instans, som det fremgår af præmis 132 og 133 i den appellerede dom. Retten fastslog her, at begæringerne om bevisoptagelse skulle afvises, da det var muligt at træffe en materielt korrekt afgørelse på grundlag af påstandene, de skriftlige og mundtlige anbringender samt de fremlagte dokumenter. Med andre ord anså Retten ikke appellants begæring om bevisoptagelse for nødvendige.

25 — Domstolens kendelse af 12.1.2006, sag C-162/05 P, Entorn mod Kommissionen, Sml. I, s. 12, præmis 54 og 55.

49. I øvrigt bemærkes, at appellanten ikke har anfægtet rigtigheden af indholdet, men udelukkende den form, i hvilken afgørelsen blev truffet. Tilsvarende ses det ikke, hvorledes appellansens egne rettigheder skulle være blevet krænket.

— at begrundelsen for dommen er selvmodsigende, idet den anfægtede beslutning ikke er blevet annulleret på trods af, at det første anbringende i stævningen blev taget til følge

50. Derfor skal også dette anbringende forkastes.

— at begrundelsen for dommen er selvmodsigende, idet Retten erstattede Kommissionens begrundelse i den anfægtede beslutning med sin egen begrundelse

2. Anbringender vedrørende de faktiske forhold

— at der er sket en tilsidesættelse af Fællesskabets retsinstitansers faste praksis vedrørende grænserne for domstolskontrol

a) Eurocontrols aktiviteter i form af hjælp til nationale myndigheder

51. Hvad angår urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendeligheden af artikel 82 EF på Eurocontrols hjælp til de nationale myndigheder har appellanten gjort gældende,

— at der er udøvet et åbenbart urigtigt skøn hvad angår tilsidesættelsen af artikel 82 EF.

— at indholdet af den anfægtede beslutning er urigtigt gengivet

52. Kommissionen har kritiseret begrundelsen i den appellerede dom og derfor nedlagt påstand om, at begrundelsen ændres.

i) Kommissionens påstand om ændring af begrundelsen

undersøges ved hjælp af ordlyden, formålet og sammenhængen i den omhandlede passage i Kommissionens svarskrift²⁶.

53. Hvis Kommissionens påstand om ændring af begrundelsen viser sig at være begrundet, kan det ikke udelukkes, at dette får indflydelse på bedømmelsen af de øvrige anbringender. Af systematiske grunde skal Kommissionens påstand derfor behandles først, inden de af appellanten fremsatte anbringender undersøges.

55. Det understreges i denne forbindelse, at udtrykket »kontraappel« ikke anvendes noget sted i Kommissionens svarskrift. Kommissionen opfatter åbenbart selv sin fremgangsmåde på dette punkt udelukkende som en henvisning til retsanvendelse *ex officio*²⁷. På baggrund heraf må man lægge til grund, at Kommissionens »påstand« ikke skal forstås som kontraappel, og at Domstolen derfor ikke behøver at træffe en særskilt afgørelse herom.

— Betydningen af Kommissionens påstand

54. Det bemærkes for det første, at påstanden om ændring af begrundelsen vedrører selve grundlaget for den appellerede dom. Dermed rejser der sig det spørgsmål, om denne påstand ud fra en processuel betragtning skal opfattes som Kommissionens kontraappel. For at et anbringende kan kvalificeres som kontraappel, kræves det i henhold til artikel 117, stk. 2, i procesreglementet, at det går ud på hel eller delvis ophævelse af Rettens afgørelse ud fra et synspunkt, som ikke er omfattet af appel-skriftet. Om dette er tilfældet her, skal

56. Det er derfor efter min opfattelse ikke nødvendigt at træffe afgørelse om formaliteten vedrørende en sådan »påstand«. Den skal nemlig blot forstås som Kommissionens opfordring til Domstolen om at ændre domsbegrundelsen i retning af Kommissionens forslag²⁸.

26 — I samme retning allerede generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 13.12.2007 i den verserende sag C-413/06 P, Bertelsmann AG og Sony Corporation of America, punkt 283.

27 — Jf. herom generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 8.4.2008 i den verserende sag C-71/07 P, Campoli mod Kommissionen, punkt 41.

28 — Jf. herom generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America, nævnt ovenfor i fodnote 26, punkt 286, hvor generaladvokaten ikke opfattede Kommissionens »yderligere bemærkninger« om ændring i domsbegrundelsen som en kontraappel, men som supplerende betragtninger, der alene havde til formål at tilvejebringe en bedre forståelse af Kommissionens egentlige anbringender som svar på den iværksatte appel.

— Undersøgelse af Kommissionens opfordring

som Kommissionen. Eurocontrol har gjort gældende, at organisationens aktiviteter i form af hjælp til nationale myndigheder udelukkende er af ikke-økonomisk art, selv om de er fakultative.

Parternes anbringender

57. Kommissionen finder, at Retten med urette har betegnet Eurocontrol som en virksomhed i artikel 82 EF's forstand på grund af dens aktiviteter i form af hjælp til de nationale myndigheder. Kommissionen har gjort gældende, at disse aktiviteter ikke kan adskilles fra de opgaver af myndigheds-karakter, som Eurocontrol har ansvaret for. Lige så lidt kan disse aktiviteter isoleret betragtet anses for økonomiske. Retten bygger her på en opfattelse, som ikke er forenelig med dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, idet den i præmis 86 i den appellerede dom fastslår, at der på ingen måde er tale om en aktivitet, der »er grundlæggende eller endog uundværlig for sikringen af luftfartssikkerheden«. Endvidere har Retten overset det forhold, at disse aktiviteter står i umiddelbar sammenhæng med de typiske privilegier, som offentlige myndigheder har, og er en del af Eurocontrols formål. Og når Retten fastslår, at der ved disse hjælpeaktiviteter er tale om et udbud af tjenesteydelser på markedet for rådgivning, hvor private virksomheder med speciale inden for området lige så vel kunne virke, ser den desuden bort såvel fra den sammenhæng, der består mellem disse aktiviteter og opgaver af generel interesse, som den særlige karakter, Eurocontrols rådgivning har.

59. Appellanten bestrider Kommissionens argumentation og gør i det væsentlige gældende, at Retten har truffet en afgørelse i overensstemmelse med principperne i dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol.

Retlig bedømmelse

60. Som appellanten korrekt har fremført i sin replik, har Retten ved bedømmelsen af spørgsmålet om, hvorvidt Eurocontrol er en virksomhed i artikel 82 EF's forstand, støttet sig på Domstolens dom i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, for så vidt som den først søgte afklaret, om de omhandlede aktiviteter, i den foreliggende sag hjælpen til de nationale myndigheder, navnlig i udbuds-procedurer om erhvervelsen af ATM-systemer og -udstyr, kan adskilles fra Eurocontrols opgave med kontrol af luftrummet og varetagelse af luftfartssikkerheden.

58. Eurocontrol anfægter ligeledes Rettens udtalelser med hensyn til karakteren af disse aktiviteter og kommer til samme konklusion

61. Denne betragtning findes nemlig i præmis 28 i den nævnte dom, hvor Domstolen fastslog, at Eurocontrols aktiviteter med

opkrævning af en route-afgifter ikke lader sig adskille fra organisationens øvrige aktiviteter. I øvrigt fremgår det af Fællesskabets retsinstansers faste praksis, at traktatens bestemmelser om konkurrence også finder anvendelse på den virksomhed, et organ driver, som kan udskilles fra de opgaver, organet udøver i sin egenskab af offentlig myndighed, således at et organs forskellige aktiviteter skal undersøges hver for sig²⁹. Rettens betragtning kan derfor ikke anfægtes ud fra et retligt synspunkt.

62. Alligevel kan der efter min opfattelse rejses tvivl om Rettens konklusioner i præmis 86-92 i den appellerede dom, idet de af Retten anførte argumenter alt i alt snarere taler imod end for at kvalificere Eurocontrols hjælpeaktiviteter som økonomisk virksomhed. Man må give Eurocontrol ret i, at den eneste argumentation, der virkelig kan understøtte Rettens konklusion, findes i begrundelsen i den appellerede doms præmis 87. Deri fastslår Retten vedrørende Eurocontrols aktiviteter vedrørende hjælp til nationale myndigheder i form af rådgivning, at der er tale »om et udbud af tjenesteydelser på markedet for rådgivning — et marked, hvor private virksomheder med speciale inden for området lige så vel kunne virke«. Det forbliver dog uklart, hvad Retten støtter denne konstatering på, når der ikke anføres nogen beviser for denne antagelse.

29 — Domstolens dom af 11.7.1985, sag 107/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 2655, præmis 14 og 15, og Rettens dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. II, s. 3929, præmis 108.

63. Endvidere relativiserer Retten sine egne konklusioner, idet den i præmis 89 i den appellerede dom selv indrømmer, at »de pågældende tjenesteydelser ikke for nærværende udbydes af private virksomheder«. Som Eurocontrol med rette har fremført, kan det i betragtning af den meget specialiserede natur og det høje tekniske niveau af den rådgivning, som denne organisation leverer til de nationale myndigheder, ikke alene på grundlag af en generel viden uden videre afgøres, om også private virksomheder kan levere disse tjenesteydelser.

64. Desuden har Retten ikke i tilstrækkelig grad taget hensyn til, at Eurocontrol er en international organisation, som finansieres af bidrag fra medlemsstaterne³⁰, og at dens hjælpeaktiviteter samtidig tjener et formål af almen interesse. Ganske vist henviste Retten for det første til dommen i sagen Höfner og Elser³¹, og fastslog, idet den som eksempel brugte den arbejdsformidlingsvirksomhed, den tyske Bundesanstalt für Arbeit udfører, at det ikke er afgørende for, om en aktivitet er af økonomisk karakter, at finansieringen sker ved bidrag. For det andet drog den paralleller til de organer, der forvalter lovbestemte sociale sikringsordninger³², for at godtgøre, at det heller ikke er afgørende, om en aktivitet er af social art. Alligevel undlod Retten at bedømme de ovennævnte karakteristika ud

30 — Eurocontrol finansieres i det væsentlige gennem bidrag fra medlemsstaterne. Bidragene følger af et budget udarbejdet af forretningsudvalget for Eurocontrols Agentur og godkendt af dens kommission, hvilket indeholder en bidragsnøgle for de enkelte medlemsstater. Nøglen afhænger af det bruttonationalprodukt, der er fastsat i OECD's tilsvarende statistikker for de enkelte medlemsstater. Det årlige budget udarbejdes af Eurocontrols forretningsudvalg og godkendes af dens kommission, jf. W. Schwenk/E. Giemulla, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*, 3. udg., Köln/Berlin/München, 2005, s. 96.

31 — Dommen i sagen Höfner og Elser, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 22.

32 — Dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., Sml. I, s. 4013, præmis 22, og af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 84-87.

fra en helhedsbetragtning³³. Den undersøgelsesmåde, Retten anvendte, svarer således til en udelukkelsesmetode, som ikke tillader en entydig positiv konstatering af, om den omtvistede aktivitet kan anses for økonomisk virksomhed.

65. Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 86 af, at aktiviteterne bestående i hjælp til de nationale myndigheder kun har en meget indirekte forbindelse med luftfartssikkerheden, kan ikke tiltrædes. Retten begrundede denne opfattelse med, at den hjælp, Eurocontrol leverer, kun omfatter de tekniske specifikationer ved iværksættelsen af udbudsprocedurer for ATM-udstyr og således kun får indvirkning på luftfartssikkerheden gennem de nævnte udbudsprocedurer.

66. Hertil bemærkes imidlertid, at i henhold til artikel 1, stk. 1, litra h), i Eurocontrolkonventionen aftaler de kontraherende parter »at fremme fælles tilvejebringelse af lufttrafiksystemer og -anlæg«. Endvidere præciserer

artikel 2, stk. 2, litra a), udtrykkeligt: »På anmodning fra en eller flere af de kontraherende parter og på grundlag af en eller flere særlige aftaler indgået mellem organisationen og de berørte kontraherende parter, kan organisationen pålægges følgende hverv: at hjælpe sådanne kontraherende parter med planlægning, specifikation og oprettelse af lufttrafiksystemer og lufttrafiktjenester.« Heraf følger, som Kommissionen med rette har anført, at den hjælp, som Eurocontrol leverer til de nationale myndigheder inden for rammerne af offentligt indkøb, så afgjort henhører under denne organisations institutionelle opgaver og yder et væsentligt bidrag til at opfylde målsætningen om integration, harmonisering og konvergens af de nationale systemer til varetagelse af luftfartssikkerheden³⁴.

67. I modsætning til Rettens opfattelse forekommer det mig ikke afgørende, at det udelukkende er på de nationale myndigheders anmodning, at Eurocontrol tilbyder at udøve sin virksomhed, idet det for det første kan tænkes, at nogle myndigheder bedre er i stand til at forberede udbudsprocedurer svarende til Eurocontrols tekniske specifikationer uden at behøve hjælp fra Eurocontrol. For det andet har Retten overset det forhold, at det ikke kan afhænge af, om en bestemt aktivitet har en optional karakter, da det, som fastslået af Domstolen i dommen i sagen SAT Flugge-

33 — Ifølge Mestmäcker/Schweitzer, *Wettbewerbsrecht*, udgivet af Ulrich Immeng og Ernst-Joachim Mestmäcker, 4. oplag, München, 2007, afsnit 86, punkt 18, afhænger bedømmelsen af, om en aktivitet skal anses for offentlig myndighed, af en samlet vurdering. Således lagde Domstolen i SAT Fluggesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 30, vægt på aktivitetens art, formål og de regler, den er undergivet.

34 — W. Prompl, *Luftverkehr — Eine ökonomische und politische Einführung*, 5. udg., Berlin/Heidelberg, 2007, s. 23, henviser overbevisende til omfanget af behovet for at harmonisere flyvekontrollsystemer i Europa. Således skal mangfoldigheden af de forskellige flyvekontrollsystemer harmoniseres (49 lufttrafiktjenesteheder benytter 31 forskellige computersystemer med 22 forskellige betjeningssystemer og 30 programmeringssprog) og gøres indbyrdes kompatible ved hjælp af »European Air Traffic Control Harmonisation and Integration Program«, EATCHIP.

sellschaft mod Eurocontrol³⁵, også er på medlemsstaternes anmodning, at Eurocontrol udfører opgaver, der typisk henregnes til offentlig myndighed, såsom den operationelle del af flyvekontrolltjenesten.

68. Det følger heraf, at begrundelserne i præmis 86-93 i den appellerede dom fremtræder som en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Den omstændighed, at den appellerede dom bygger på en begrundelse, der er behæftet med en retlig fejl, bevirker imidlertid ikke, at den ophæves, idet dens konklusion er berettiget af andre grunde³⁶. Selv om Retten betegnede Eurocontrols hjælpeaktiviteter som økonomisk virksomhed og dermed for så vidt accepterede Eurocontrols status som erhvervsdrivende, endte den nemlig alligevel med at forkaste det første anbringende. Som begrundelse herfor anførte Retten i præmis 94 i den appellerede dom, at konstateringen af, at Eurocontrol er erhvervsdrivende, ikke medfører, at den anfægtede beslutning annulleres, eftersom beslutningen også var støttet på, at Kommissionen havde fastslået, at Eurocontrols aktiviteter ikke er i modstrid med artikel 82 EF, selv om de skulle anses for økonomisk virksomhed.

69. Jeg foreslår derfor Domstolen at modificere domsbegrundelsen i overensstemmelse hermed.

35 — SAT Fluggesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 24.

36 — Således fastslog Domstolen i dom af 19.1.1994, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 120, og af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, at selv om præmisserne til en dom afsagt af Retten er udtryk for en fejlagtig anvendelse af fællesskabsretten, må appellen forkastes, hvis det fremgår, at dommens konklusion er berettiget af andre grunde.

ii) Urigtig gengivelse af indholdet i den anfægtede beslutning

70. Appellanten har gjort gældende, at indholdet i den anfægtede beslutning er urigtigt gengivet i den appellerede doms præmis 15 og 48. Retten bemærkede dér, at Kommissionen støttede sin beslutning på den dobbelte konstatering, at Eurocontrol ikke er en virksomhed, og dernæst, at den påtalte adfærd i hvert fald ikke var i strid med artikel 82 EF. Efter appellansens opfattelse undersøgte Kommissionen ikke, om Eurocontrols aktiviteter var i strid med artikel 82 EF, men begrænsede sig blot til at fastslå, om de omhandlede aktiviteter kunne kvalificeres som økonomisk virksomhed.

71. Hertil bemærkes, at det klart fremgår af punkt 28 og 29 i den anfægtede beslutning, at Kommissionen for det første har fastslået, at Eurocontrols omtvistede aktiviteter ikke var af økonomisk art, og for det andet har udtalt, »at selv om disse aktiviteter skulle kvalificeres som hørende til en virksomhed, strider de i hvert fald ikke mod artikel 82«³⁷. Det ses heraf, at Kommissionen faktisk har taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Eurocontrols aktiviteter er i strid med artikel 82 EF.

72. Retten har følgelig ikke gengivet indholdet af den anfægtede beslutning urigtigt. Derfor skal dette anbringende forkastes.

37 — Jf. punkt 51 i Kommissionens svarskrift.

iii) Dommens præmisser er selvmodsigende, idet den anfægtede beslutning ikke blev annulleret, selv om det første anbringende blev taget til følge

73. Appellanten har gjort gældende, at den appellerede dom som følge af den urigtige gengivelse af indholdet i den anfægtede beslutning er behæftet med en åbenbar selvmodsigelse, da beslutningen ikke blev annulleret, selv om appellanten fik medhold i sit første anbringende.

74. Som appellanten anførte i sit appelskrift, er dette kritikpunkt »den logiske følge af Rettens urigtige gengivelse af de faktiske forhold«³⁸. Med andre ord beror den foreliggende appel på den antagelse, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder urigtigt ved i præmis 15 og 48 i den appellerede dom at lægge til grund, at Kommissionen i den anfægtede beslutning i hvert fald ikke har konstateret nogen aktivitet fra Eurocontrols side, som er i strid med artikel 82 EF, herunder hjælpen til de nationale myndigheder.

75. Som allerede anført³⁹ begrænser Retten sig imidlertid i sin domsbegrundelse til at give indholdet af den anfægtede beslutning, således at der ikke kan være tale om en urigtig gengivelse af faktiske forhold.

38 — Jf. punkt 73 i appelskriftet.

39 — Jf. punkt 71 i nærværende forslag til afgørelse.

76. Derfor skal også dette anbringende forkastes.

iv) Dommens præmisser er selvmodsigende, idet Retten erstattede Kommissionens begrundelse i den anfægtede beslutning med sin egen begrundelse

77. Efter appellants opfattelse er dommens præmisser behæftet med en yderligere selvmodsigelse, idet Retten på den ene side afviste appellants påstand om ændring af den anfægtede beslutning med den begrundelse, at det ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanter under udøvelsen af deres kompetence til at prøve retsakters lovlighed at give institutionerne pålæg eller at træffe afgørelser på deres vegne, men på den anden side under behandlingen af andet anbringende satte sig i Kommissionens sted og i præmis 108 i den appellerede dom foretog komplicerede økonomiske vurderinger af, om Eurocontrols adfærd eventuelt udgjorde et misbrug, hvilke ikke findes i den anfægtede beslutning.

78. Som Kommissionen korrekt bemærker, undlader appellanten i sin fremstilling at henvise til den appellerede doms præmis 104, hvoraf det fremgår, at Retten i sin retlige vurdering først og fremmest støttede sig på de betragtninger, Kommissionen havde anlagt i den anfægtede beslutning (»skal det for det første anføres, som Kommis-

sionen med rette har gjort»). Kommissionen var dér nået til den konklusion, at Eurocontrols aktiviteter i forbindelse med hjælpen til de nationale myndigheder ikke var i modstrid med 82 EF.

79. I præmis 106-108 henviser Retten blot til, at på baggrund af de i præmis 104 nævnte forhold, som bevirkede, at Kommissionen konkluderede, at der ikke forelå et misbrug af en dominerende stilling på markedet, skulle appellanten have godtgjort, at der var tale om en dominerende stilling på markedet og et misbrug af denne. Retten har således ikke angivet nogen egen begrundelse.

80. Det følger heraf, at selv om betragtningerne i præmis 105-108 i den appellerede dom ikke står i den anfægtede beslutning, ville dette ikke begrunde en ophævelse af dommen, da Retten har gjort sig disse overvejelser *ad abundantiam* (»det skal for det andet påpeges«) angående netop de betragtninger, der ubestridt genfindes i den anfægtede beslutning. Desuden gengiver Retten i sin afsluttende bemærkning i dommens præmis 109 udelukkende konklusionen af sin vurdering i præmis 104 (»sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har gjort sig skyldig i et åbenbart urigtigt skøn hvad angår tilstedeværelsen af Eurocontrols tilsidesættelse af artikel 82 EF«). Dette viser, at de anfægtede betragtninger i præmis 108 ikke udgør den væsentligste begrundelse for

dommen. Det er fast retspraksis, at Domstolen uden videre forkaster klagepunkter rettet mod præmisser, der til overflod er anført i en dom afsagt af Retten, fordi disse ikke kan føre til dens ophævelse⁴⁰.

81. Derfor skal dette anbringende forkastes.

v) Tilsidesættelse af fast praksis ved Fællesskabets retsinstanser vedrørende grænserne for domstolskontrol

82. Endvidere har appellanten gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af fast praksis ved Fællesskabets retsinstanser vedrørende grænserne for domstolskontrol. Appellanten henviser først og fremmest til dommen i sagen Haladjian Frères mod Kommissionen⁴¹, hvori Retten fastslog, at »domstolskontrollen af de af Kommissionens retsakter, der vedrører komplicerede økonomiske vurderinger, som det er tilfældet med påståede overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, må begrænses til en efterprøvelse af, om

40 — Inden for den efterhånden omfangsrige retspraksis skal der her henvises til Domstolens dom af 18.3.1993, sag C-35/92 P, Parlamentet mod Frederiksen, Sml. I, s. 991, præmis 31, af 16.9.1997, sag C-362/95 P, Blackspur mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4775, præmis 18-23, og af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries mod Kommissionen, Sml. I, s. 729, præmis 106, samt Domstolens kendelse af 13.9.2001, sag C-467/00 P, Comité du personnel de la Banque centrale européenne m.fl. mod Den Europæiske Centralbank, Sml. I, s. 6041, præmis 34-36.

41 — Rettens dom af 27.9.2006, sag T-204/03, Haladjian Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3779, præmis 30.

formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning«.

83. Appellanten begrundet dette anbringende med, at Retten i præmis 109 i den appellerede dom ikke har begrænset sig til at undersøge, om Kommissionen har foretaget et fejlskøn, men har sat sig i Kommissionens sted og foretaget en kompliceret vurdering af Eurocontrols adfærd.

84. Det konstateres, at appellanten med dette anbringende blot gentager de kritikpunkter, virksomheden gjorde gældende angående Rettens fremstilling i præmis 108 i den appellerede dom, og ikke fremfører nye argumenter. Bortset fra, at det ikke fremgår, hvorvidt Retten har overskredet grænserne for domstolskontrollen, når den nøjes med at fastslå, at appellanten skulle have godtgjort, at der forelå en dominerende stilling på markedet og en misbrug af denne for at tilbagebevise Kommissionens vurdering⁴², skal det igen påpeges, at appellants kritikpunkt ikke er rettet mod den væsentligste begrundelse for denne dom.

85. Derfor skal dette anbringende forkastes.

42 — Jf. punkt 79 i nærværende forslag til afgørelse.

vi) Fejlskøn vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF

86. Med dette anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have begået et fejlskøn, da den stadfæstede gyldigheden af beslutningen og udelukkede, at den af appellanten anfægtede adfærd, som blev udvist af Eurocontrol, kunne udgøre et misbrug.

87. Appellanten har i det væsentlige gjort gældende, at det forhold, at Eurocontrol ikke har nogen mulighed for at påvirke de nationale myndigheders beslutninger, og at hjælpeaktiviteten er fakultativ — kriterier, som Retten har lagt til grund i præmis 104 i den appellerede dom for at afvise, at Eurocontrols adfærd udgør et misbrug — er uden relevans. For det første forudsætter artikel 82 EF ikke, at adfærden udgør et systematisk misbrug, for det andet udlignes den manglende beslutningskompetence af den faktiske indflydelse, som organisationer udøver gennem sine tjenesteydelser.

88. I betragtning af appellants meget omfattende fremstilling bemærkes atter, at formålet med en appelsag er at kontrollere den retsanvendelse, Retten har foretaget, men under ingen omstændigheder at gentage sagen for første instans i anden instans. Appellants fremstilling kan derfor ikke gøres til genstand for en ny bedømmelse og

kan kun efterprøves af Domstolen, i det omfang det drejer sig om en prøvelse af den retlige kvalifikation, Retten har foretaget, og de retlige følger, den har draget heraf⁴³.

89. Det bemærkes i denne forbindelse, at appellanten delvis støtter sig på et anbringende, som må afvises, idet betragtningerne ikke kun angår en retlig efterprøvelse af Rettens præmisser, men at de faktiske omstændigheder skal fastslås på ny, hvilket ikke henhører under Domstolens kompetence som appelinstans. Dette gælder f.eks. med hensyn til Rettens konstatering i præmis 104 i den appellerede dom, hvorefter appellanten ikke har godtgjort, at Eurocontrol i en konkret sag reelt har påvirket en beslutning om at tildele en tilbudsgiver en kontrakt gennem andre overvejelser end dem, der følger af ønsket om den bedste tekniske løsning til den mest fordelagtige pris.

90. Som Kommissionen med rette har bemærket, fremgår det ikke, hvordan denne vurdering kan udgøre et fejlskøn. Appellanten har heller ikke været i stand til at fremføre argumenter, der støtter virksomhedens opfattelse. Tværtimod må man give Kommissionen ret i, at ren rådgivning næppe kan betegnes

som misbrug af en dominerende stilling på markedet, for i sidste instans tilkommer det de nationale myndigheder at afgøre, om de vil følge rådet. Som Retten korrekt har fastslået i præmis 104 i den appellerede dom, er Eurocontrols deltagelse som rådgiver hverken obligatorisk eller systematisk. I henhold til artikel 2, stk. 2, litra a), i konventionen forekommer den derimod kun efter de pågældende myndigheders udtrykkelig anmodning. Et eventuelt misbrug må i sidste instans tilregnes de nationale myndigheder, og ikke Eurocontrol.

91. I modsætning til appellansens opfattelse⁴⁴ ses der heller ikke at være nogen modstrid mellem fremstillingen i præmis 104 og Rettens nedenstående udtalelse i præmis 108 i den appellerede dom:

»Navnlig ses det ikke, at Eurocontrol har kunnet uddrage nogen som helst konkurrencefordel af at kunne have påvirket disse myndigheders valg af deres leverandører af ATM-udstyr til fordel for bestemte virksomheder gennem sine rådgivningstjenesteydelser, der udbydes til nationale myndigheder.«

92. Konstateringen i præmis 108 af, at Eurocontrol har mulighed for at påvirke de nationale myndigheders valg ved tildeling af

43 — Hvis Retten har fastslået eller bedømt faktiske omstændigheder, kan Domstolen i henhold til artikel 225 EF foretage en prøvelse af den retlige kvalifikation af disse omstændigheder og de retlige følger, som Retten har draget heraf (jf. i denne retning K. Lenaerts/D. Arts/I. Maselis., nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 457, punkt 16-007). Som Domstolen flere gange har fastslået, er en sådan retlig kvalifikation et retsspørgsmål, der som sådant kan undergives Domstolens prøvelse under en appelsag. Jf. dom af 3.3.2005, sag C-499/03 P, Biegi, Sml. I, s. 1751, præmis 41, af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 26, og af 29.4.2004, sag C-470/00 P, Parlamentet mod Ripa di Meana m.fl., Sml. I, s. 4167, præmis 41.

44 — Jf. punkt 92 og 93 i appelskriftet.

ordrer, er på ingen måde i modstrid med konstateringen i præmis 104, hvorefter sagsøgeren ikke har godtgjort, at Eurocontrol i en konkret sag reelt har påvirket en beslutning om at tildele en tilbudsgiver en kontrakt. For så vidt skal anbringendet forkastes.

måde giver grundlag for at slutte, at Kommissionen selv var overbevist om ulovligheden af Eurocontrols adfærd i relation til konkurrencereglerne. For så vidt kan der ikke være tale om en urigtig gengivelse af beviser.

93. Endelig har appellanten gjort gældende, at der er sket en urigtig gengivelse af beviser i forbindelse med Kommissionens skrivelse af 3. november 2008. Appellanten henviser her til Rettens overvejelser i præmis 110-112 i den appellerede dom.

96. Følgelig skal dette anbringende forkastes.

94. Dertil bemærkes for det første, at Retten ikke var forpligtet til at bedømme de af appellans argumenter, der bygger på denne skrivelse, idet de var blevet fremsat i forbindelse med nye anbringender, som imidlertid blev afvist af Retten⁴⁵.

b) Eurocontrols standardiseringsvirksomhed

97. Med hensyn til retlige fejl i forbindelse med anvendeligheden af artikel 82 EF på Eurocontrols standardiseringsvirksomhed har appellanten gjort gældende,

— at indholdet af den anfægtede beslutning er gengivet urigtigt

95. I øvrigt har Retten bedømt appellans argumenter i tilstrækkelig grad. I præmis 112 i den appellerede dom fastslog den korrekt, at det forhold, at Kommissionen havde fremsat en række kritiske bemærkninger vedrørende visse af Eurocontrols aktiviteter, på ingen

— at der er lagt en forståelse af begrebet økonomisk virksomhed til grund, som strider mod det begreb, der er blevet udviklet i praksis ved Fællesskabets retsinstanser

45 — Dommen i sagen SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 33-40.

- at praksis ved Fællesskabets retsinstanser vedrørende sociale ydelser er fortolket og anvendt fejlagtigt
- Parternes anbringender

- at begrundelsespligten er tilsidesat.

98. Kommissionen finder ikke, at den appellerede dom er behørigt begrundet og opfordrer derfor til en yderligere ændring af begrundelsen.

i) Kommissionens påstand om ændring af begrundelsen

99. I overensstemmelse med de tidligere anførte betragtninger⁴⁶ skal også denne »påstand« fra Kommissionens side forstås som en ren opfordring til Domstolen om at ændre domsbegrundelsen som foreslået af Kommissionen.

46 — Jf. punkt 54-56 i nærværende forslag til afgørelse.

100. Kommissionen har nedlagt påstand om, at domsbegrundelsen ændres med hensyn til den sondring, som Retten har foretaget i præmis 59 og 60 i den appellerede dom mellem på den ene side forberedelsen og udarbejdelsen af standarder og tekniske specifikationer, hvilket er en opgave, der udføres af Eurocontrols agentur som udøvende organ, og på den anden side Eurocontrol-Rådets vedtagelse af standarderne. Kommissionen anser denne sondring for kunstig. Ifølge Kommissionen har Retten ligesom ved hjælpeaktiviteterne til de nationale myndigheder anvendt urigtige kriterier, der ikke er i overensstemmelse med kriterierne i dommen i sagen SAT Fluggesellschaft mod Eurocontrol, for at fastslå, at det er muligt at skelne mellem de førstnævnte aktiviteter og andre offentlige opgaver. Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at Retten har bedømt karakteren af disse aktiviteter forkert.

101. Eurocontrol har ligeledes kritiseret den sondring, som Retten har foretaget i den appellerede dom.

102. Appellanten er derimod af den opfattelse, at Retten på dette punkt har fulgt principperne i SAT Fluggesellschaftdommen.

— Retlig bedømmelse

103. I præmis 59 og 60 i den appellerede dom har Retten begrundet denne sontring med, at Eurocontrol-Rådets vedtagelse af standarder hører under lovgivningsområdet. Eurocontrol-Rådet består nemlig af de enkelte luftfartsdirektører i Eurocontrol-medlemsstaterne, som af deres respektive stater har fået bemyndigelse til at vedtage tekniske specifikationer, der får bindende virkning i alle medlemsstaterne. Denne aktivitet hører direkte under disse staters udøvelse af deres beføjelser som offentlig myndighed. Eurocontrols rolle ligner således en ministers, som på nationalt niveau forbereder lovgivende foranstaltninger, der senere vedtages af regeringen. Der er således efter Rettens opfattelse tale om en aktivitet, som hører ind under Eurocontrols offentlige opgaver.

104. Dette gælder ifølge Retten imidlertid ikke for Eurocontrols forberedelse og udarbejdelse af tekniske standarder. Kommissionens argumenter for at godtgøre, at Eurocontrols aktivitet med standardisering er knyttet til denne organisations public service-opgaver⁴⁷, henviser rent faktisk kun til vedtagelsen af de nævnte standarder, og ikke til deres udarbejdelse. Nødvendigheden af at vedtage standarder på internationalt plan betyder ikke, at det organ, der udarbejder disse standarder, nødvendigvis også skal være det organ, der senere vedtager dem. Retten slutter heraf, at denne aktivitet kan adskilles

fra opgaven med kontrol med luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden.

105. Denne argumentation indebærer efter min opfattelse en kvalifikation af faktiske omstændigheder, der må bedømmes som urigtig retsanvendelse.

106. Det fremgår nemlig entydigt af artikel 2, stk. 1, litra f), i Eurocontrol-konventionen, at det hører med til Eurocontrols opgaver »at udarbejde, antage, undersøge og vurdere fælles standarder, specifikationer og praksis for lufttrafikstyringssystemer og lufttrafiktjenester«. I denne forbindelse bemærkes, at konventionen i modsætning til Rettens opfattelse ikke skelner mellem forberedelse eller udarbejdelse af standarder og vedtagelsen af dem. Der er altså ingen støtte at hente i ordlyden af denne bestemmelse for den af Retten foretagne sontring.

107. Rettens fortolkning er heller ikke forenelig med hensigten og formålet med denne bestemmelse, eftersom forberedelse og

47 — Den tyske sprogversion af den appellerede dom taler om »der Aufgabe dieser Organisation als öffentliche Anstalt«. Den italienske version taler derimod om »missione di servizio pubblico di tale organizzazione«. Den franske version lyder i lighed hermed: »mission de service public de cette organisation«. Den engelske version taler om »that organisation's public service mission«.

udarbejdelse af standarder og tekniske specifikationer er vigtige hjælpemidler for Eurocontrol til at virkeliggøre den i artikel 1, stk. 1, i konventionen nedfældede målsætning om »at opnå den harmonisering og integrering, der er nødvendig for at oprette et ensartet europæisk lufttrafikstyringsystem«⁴⁸.

108. Det forbliver endvidere uklart, hvilke faktiske omstændigheder Retten har lagt til grund for sin konklusion om, at den opgave, Eurocontrol har fået overdraget af medlemsstaterne, og som består i at forberede og udarbejde standarder og tekniske specifikationer, også kan løses af et andet organ eller en anden virksomhed. Retten burde positivt have konstateret, om dette aktuelt er tilfældet. I stedet nøjes Retten med blot at fastslå i præmis 60 i den appellerede dom, at Kommissionen »i den forbindelse ikke [har] godtgjort, at disse to aktiviteter her nødvendigvis skal udøves af ét og samme organ i stedet for to forskellige organer«.

109. Desuden relativterer Retten sin egen konklusion, når den i præmis 61 afviser, at disse aktiviteter er af økonomisk karakter og begrunder dette med, at det ikke er godtgjort, at der fandtes et marked for »tjenesteydelser i

form af standardisering inden for sektoren for ATM-udstyr«. Dermed indrømmer Retten selv, at grunden til, at der ikke findes et marked for teknisk standardisering på dette område, er, at de eneste potentielle aftagere af sådanne tjenesteydelser er staterne i deres egenskab af luftfartsmyndigheder. Disse har dog valgt selv at udarbejde disse standarder gennem Eurocontrol som led i et internationalt samarbejde. Eurocontrol udgør for sine medlemsstater inden for standardiseringsområdet således kun et aftaleforum, som de har skabt for at samordne deres ATM-systemers tekniske standarder.

110. Rettens udtalelser, som delvis er indbyrdes modstridende, viser efter min opfattelse tydeligt, at også forberedelsen og udarbejdelsen af standarder og tekniske specifikationer - i det mindste med hensyn til den foreliggende sag - skal vurderes som udtryk for, at der løses en offentlig opgave⁴⁹, som ikke kan adskilles fra Eurocontrols lovgivningsvirksomhed forstået som udøvelse af et statsligt prerogativ⁵⁰. De standarder, der udarbejdes af Eurocontrol-agenturet og vedtages

48 — Den forhenværende generalsekretær for Organisationen for International Civil Luftfart (1976-1988) og forhenværende generaldirektør for Eurocontrol (1994-2000), Yves Lambert, henviser i sit bidrag »Eurocontrol et l'OCACI«, *Annals of air and space law/Annales de droit aérien et spatial*, bind 19, 1994, s. 360, til, at forberedelsen og udarbejdelsen af standarder og tekniske specifikationer anses for væsentlige hjælpemidler til at opnå de mål om harmonisering og integration, som agenturet forfølger.

49 — Begrebet »offentlig opgave« er et vidt begreb, der som videnskabeligt begreb refererer til den samfundsmæssige vigtighed af et anliggende, men som af og til også findes som juridisk begreb. Når man om et anliggende siger, at det er en offentlig opgave, udtrykker man dermed ikke samtidig, at det drejer sig om en statslig opgave. Som B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien/New York, 1998, s. 358, afsnit 722, med rette anfører, kan offentlige opgaver også varetages af private, f.eks. de aktiviteter, som udføres af foreninger, der yder resocialiseringshjælp eller hjælp til AIDS-ramte og dermed aflaster det offentlige.

50 — Offentlig myndighed omfatter ethvert område, hvor det særligt statslige kommer til udtryk, øvrigheden, det ensidigt anordnende og befalende: staten som bærer af sit særegne »imperium«, jf. B. Raschauer, nævnt ovenfor i fodnote 49, s. 357, punkt 720. Et eksempel på offentlig myndighed eller »imperium« er statsorganers lovgivning. Denne er dog ikke kun forbeholdt stater som oprindelige folkeretssubjekter, men kan også overdrages til internationale organisationer og udøves af disse, jf. U. Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen, 2004, s. 336, som nævner Det Europæiske Fællesskab som eksempel på en overnational lovgivning, der afløser den nationale lovgivning.

af Eurocontrol-Rådet, bliver bindende for medlemsstaterne. Som folkeretssubjekt *sui generis* udøver Eurocontrol derfor disse beføjelser på sine medlemsstats vegne på grundlag af kompetencer, Eurocontrol har fået overdraget⁵¹. Når en international organisation af sine medlemmer får overdraget en aktivitet, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, udgør dette en fortsættelse af denne statslige myndighedsudøvelse i en multilateral folkeretlig ramme. Dermed bliver sammenligningen med private standardiseringsorganisationer forkert. Hvis medlemsstaterne havde ønsket at lade private standardiseringsorganisationer deltage i udarbejdelsen af normer og tekniske specifikationer inden for luftfartssikkerhed, skulle de have indføjet en undtagelsesordning herom i Eurocontrol-konventionen.

111. Som Retten da også korrekt har fastslået, kan Eurocontrols aktivitet med udarbejdelse af standarder ikke betegnes som økonomisk virksomhed.

51 — Det er i dag længe siden, at staterne var de eneste aktører på den internationale scene. Fra begyndelsen af det 20. århundrede er internationale organisationer i steds stigende antal trådt i deres sted. Grunden til de internationale organisationers voksende betydning ligger i, at det bliver sværere og sværere at forestille sig internationalt samkvem uden en institutionaliseret form for samarbejde. De internationale organisationer er derfor de afgørende elementer i denne institutionalisering, fordi de kan oprettes til et næsten hvilket som helst formål af de medlemmer, de er baseret på, og udstyres med de kompetencer, der passer til deres funktioner. Den faste indre struktur og selvstændige beslutningstagning kan i vidt omfang sikre en kontinuerlig effektivitet, jf. E. Klein, »Die Internationalen und Supranationalen Organisationen als Völkerrechtssubjekte«, *Völkerrecht*, udgivet af Wolfgang Graf Vitzthum, Berlin/New York, 1997, s. 273, punkt 1.

112. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at modificere domsbegrundelsen i overensstemmelse hermed.

ii) Urigtig gengivelse af indholdet i den anfægtede beslutning

113. Med dette anbringende har appellanten⁵² på ny gjort gældende, at indholdet i den anfægtede beslutning er urigtigt gengivet i den appellerede doms præmis 15 og 48. Appellanten kritiserer Kommissionen for ikke at have taget stilling til, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling på markedet. Det var derimod Retten, og ikke Kommissionen, der foretog denne konstatering og følgelig gengav Kommissionens beslutning urigtigt.

114. Som allerede anført⁵³ har Kommissionen afvist, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling på markedet. Derfor skal dette anbringende forkastes.

52 — Jf. punkt 104 og 105 i appelskriftet.

53 — Jf. punkt 71 og 72 i nærværende forslag til afgørelse.

iii) En forståelse af begrebet økonomisk virksomhed lagt til grund, som strider mod det begreb, der er blevet udviklet i praksis ved Fællesskabets retsinstanser

115. Efter appellansens opfattelse er Rettens konklusion om, at appellanten ikke har godtgjort, at der fandtes et marked for tjenesteydelser inden for teknisk standardisering, irrelevant for bedømmelsen af spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede aktivitet er af økonomisk art, eller i det mindste upræcis. I modsætning til Rettens antagelse leverer Eurocontrol så absolut egne tjenesteydelser, der består i at udarbejde tekniske standarder. I alle tilfælde er den omstændighed, at den omhandlede aktivitet ikke består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, uden betydning, set i lyset af retspraksis og Kommissionens praksis. Derimod er det afgørende, om den omhandlede aktivitet kan betegnes som økonomisk virksomhed.

116. Som allerede anført⁵⁴ er begrebet virksomhed i artikel 82 EF's forstand et selvstændigt begreb inden for fællesskabsretten. Dermed forstås enhver enhed, som udøver erhvervmæssig virksomhed, uanset denne enheds retlige status og finansieringsmåde. Med kriteriet erhvervmæssig virksomhed menes en aktivitet, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet⁵⁵.

54 — Jf. punkt 20 i nærværende forslag til afgørelse.

55 — Domstolens dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, og af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Cali & Figli, Sml. I, s. 1547, præmis 16, dommen i sagen Pavlov m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 75, i sagen Cassa di Risparmio di Firenze, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 108, i Enirisorse-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 29, og Rettens dom i sagen Aéroports de Paris mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 107.

117. Som Kommissionen med rette har anført, forudsætter erhvervmæssig virksomhed nødvendigvis, at der overhovedet findes et »marked« i den forstand, at der er tale om udbud og efterspørgsel efter bestemte varer og tjenesteydelser⁵⁶. Det er det, Retten refererer til i præmis 61 og 62 i den appellerede dom, og ikke f.eks. det pågældende »relevante marked«, som appellanten åbenbart opfatter det.

118. Retten fastslog således retligt korrekt, at det ikke var blevet godtgjort, at der fandtes et marked for tjenesteydelser bestående i teknisk standardisering inden for ATM-udstyr. Retten undersøgte her, om der eksisterede udbud og efterspørgsel på dette område og benægtede dette i mangel af konkrete holdpunkter. Følgelig kunne Retten med rette lægge til grund, at Eurocontrols standardiseringsvirksomhed ikke var af økonomisk art.

119. Derfor skal også dette anbringende forkastes.

56 — L. Arcelin, »Être ou (et?) ne pas être une entreprise. C'est la question...«, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, punkt 11, s. 22, henviser til, at »markedet« traditionelt defineres som et samspil af udbud og efterspørgsel. I henhold hertil findes der intet udbud uden en efterspørgsel.

iv) Fejlagtig fortolkning og anvendelse af fællesskabsretspraksis vedrørende sociale ydelser

120. Appellanten har gjort gældende, at Retten med urette har forkastet appellants argumentation om, at principperne i dommen i sagen FENIN mod Kommissionen ikke kan overføres på den foreliggende sag.

121. Som Kommissionen korrekt har anført⁵⁷, bemærkes for det første, at dette kritikpunkt indholdsmæssigt egentlig tager sigte på Rettens udtalelser vedrørende den ikke-økonomiske karakter af Eurocontrols erhvervelse af prototyper og ikke organisationens standardiseringsvirksomhed, som er omtvistet under denne sag. I denne henseende er appellants fremstilling forkert.

122. I øvrigt skal kritikpunktet afvises allerede af formelle grunde. Appellanten benytter Rettens bemærkninger vedrørende dommen i sagen FENIN mod Kommissionen, der indgår i en anden sammenhæng, til at fremsætte kritikpunkter, som appellanten ikke har gjort gældende under sagen i første instans. Under sagen i første instans gjorde appellanten ikke gældende, at det ikke var blevet undersøgt, om ydelsen blev præsteret efter solidaritetsprincippet.

123. Skulle Domstolen alligevel komme til det resultat, at anbringendet kan realitetsbehandles, skal der tages hensyn til følgende betragtninger vedrørende sagens realitet.

124. Det fremgår af appelskriftet, at appellanten åbenbart forstår denne retspraksis således, at de tilgrundliggende principper kun kan overføres på tilfælde, hvor et organ varetager opgaver af udelukkende social karakter⁵⁸.

125. For klarheds skyld bemærkes i denne forbindelse for det første, at Rettens fremstilling i præmis 65-69 i den appellerede dom, som appellanten henviser til, angik spørgsmålet om, hvorvidt Eurocontrols standardiseringsvirksomhed skal betegnes som værende af økonomisk eller ikke-økonomisk karakter.

126. Som Retten har anført i præmis 61 med henvisning til den netop nævnte praksis fra Fællesskabets retsinstanser⁵⁹, forstås der ved

57 — Jf. punkt 101 i Kommissionens svarskrift.

58 — Jf. punkt 122 i appelskriftet.

59 — Jf. punkt 116 i nærværende forslag til afgørelse samt den i fodnote 55 nævnte retspraksis.

økonomisk virksomhed enhver aktivitet, der består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked. Retten understregede desuden med rette, at det fællesskabsretlige begreb økonomisk virksomhed er relateret til udbud, men ikke erhvervelse af varer eller tjenesteydelser. Tilsvarende henviste Retten ligeledes til dommen i sagen FENIN mod Kommissionen⁶⁰, i hvilken den frit gengivet fastslog, at den omstændighed, at et organ blot køber et produkt - selv om det sker i store mængder - for at gøre brug heraf i forbindelse med en anden aktivitet, eksempelvis en aktivitet af rent social karakter, ikke er tilstrækkelig til at betegne organet som en virksomhed. Den omstændighed, at et organ optræder som køber på et marked, er ikke tilstrækkelig til at betegne denne aktivitet som værende af økonomisk karakter, da det afgørende kriterium, nemlig udbud af varer og tjenesteydelser, mangler.

127. Appellanten bestrider ikke rigtigheden af denne retspraksis. Appellantens forståelse af dommen i sagen FENIN mod Kommis-

60 — Rettens dom af 4.3.2003, sag T-319/99, FENIN mod Kommissionen, Sml. II, s. 357, præmis 37. Retten fastslog her følgende: »Når et organ køber et produkt, selv om det sker i store mængder, ikke for at tilbyde varer eller tjenesteydelser i forbindelse med en økonomisk aktivitet, men for at gøre brug heraf i forbindelse med en anden aktivitet, eksempelvis en aktivitet af rent social karakter, handler dette organ følgelig ikke som virksomhed, blot fordi det agerer som køber på et marked. Ganske vist kan et sådant organ udøve en meget væsentlig økonomisk magt, som i givet fald kan give anledning til en monopolstilling, men det forholder sig ikke desto mindre således, at i det omfang den virksomhed, som dette organ udøver, og til hvilket formål organet køber produkter, ikke er af økonomisk art, handler organet ikke som virksomhed i den betydning, hvori dette begreb er anvendt i de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og er således ikke omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF.«

sionen hviler imidlertid på en for snæver, og dermed forkert, fortolkning. Som allerede påvist har Retten i den nævnte dom først og fremmest villet gøre det klart, at kun en aktivitet, der tager sigte på at udbyde varer og tjenesteydelser, kan anses for økonomisk virksomhed⁶¹.

128. Derfor har Retten med rette forkastet appellants argumentation.

129. Følgelig skal også dette anbringende forkastes.

61 — Dette blev bekræftet af Domstolen ved appeldommen i sagen FENIN mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 25. Domstolen fastslog heri, at Retten i den appellerede doms præmis 36 i overensstemmelse med Domstolens praksis havde henvist til, at det er den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet økonomisk virksomhed. Deraf udledte Retten med rette, at den virksomhed, der består i køb af produkter, således ikke kan adskilles fra den brug, der efterfølgende gøres af produkterne, med henblik på at vurdere arten af denne indkøbsvirksomhed, og at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb. Ifølge C. Prieto, »Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes«, *Journal du droit international*, 2007, s. 670, ønskede Domstolen dermed at give udtryk for, at kriteriet udbud af varer og tjenesteydelser altid er afgørende. I samme retning også J.-P. Kovar, »Le Tribunal précise la notion d'activité économique et confirme la jurisprudence Fenin sur la qualification de l'acte d'achat«, *Concurrences*, 2007, punkt 1, s. 168, på s. 170, og L. Arcelin, nævnt ovenfor i fodnote 56, s. 22, som begge finder, at Rettens dom i sagen SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 2, er en bekræftelse af Fællesskabets retsinstitansers praksis i FENIN-dommen.

v) Tilsidesættelse af begrundelsespligten

— at anvendelsen af begrebet økonomisk virksomhed er i strid med det begreb, der er udviklet i Fællesskabets retsinstitutters praksis

130. Jeg finder ikke, at indsigelsen om, at begrundelsespligten er blevet tilsidesat, er tilstrækkeligt underbygget, idet begrundelsen for Rettens konklusion fremgår af den appellerede doms præmis 59 ff., navnlig præmis 61, hvorefter aktiviteten med udarbejdelse af standarder efter Rettens opfattelse ikke kan betegnes som økonomisk virksomhed.

— at de beviser, som appellanten har fremlagt vedrørende den økonomiske karakter af Eurocontrols forvaltning af intellektuelle ejendomsrettigheder, er blevet forvansket og fordrejet.

131. Derfor skal dette anbringende forkastes.

i) Fordrejning af den anfægtede beslutning

c) Eurocontrols forsknings- og udviklingsvirksomhed

133. Appellanten har gjort gældende, at Retten har fordrejet sagens faktiske omstændigheder, idet den har tillagt Kommissionens beslutning en betydning, som den ikke har.

132. Med hensyn til urigtig retsanvendelse i forbindelse med anvendeligheden af artikel 82 EF på Eurocontrols forsknings- og udviklingsvirksomhed (især erhvervelsen af prototyper og forvaltningen af de intellektuelle ejendomsrettigheder) har appellanten gjort gældende,

— at der er sket en fordrejning af den anfægtede beslutning

134. Konkret drejer det sig om konstateringen af, at erhvervelsen af prototyper og forvaltningen af de intellektuelle ejendomsrettigheder ikke udgør økonomisk virksomhed. Appellanten hævder, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har bestridt den økonomiske karakter af denne virksomhed, men blot begrænsede sig til at udelukke et eventuelt misbrug af en dominerende stilling på markedet.

135. Som Retten imidlertid konstaterede i den appellerede doms præmis 74, er en gennemlæsning af den anfægtede beslutning tilstrækkelig til at fastslå, at dette anbringende mangler ethvert grundlag. Kommissionen fastslår således i punkt 28 i beslutningen umiskendeligt, at de omhandlede aktiviteter efter dens opfattelse er af ikke-økonomisk art, en formulering, som den også bekræfter i samme beslutnings punkt 29 og 30.

136. Dette anbringende skal følgelig forkastes.

ii) Anvendelse af begrebet økonomisk virksomhed i strid med det begreb, der er udviklet i praksis ved Fællesskabets retsinstanser

137. Med dette anbringende bestrider appellanten Rettens konklusioner med hensyn til den ikke-økonomiske karakter af Eurocontrols virksomhed i forbindelse med erhvervelse af prototyper og forvaltning af intellektuelle ejendomsrettigheder.

138. Appellanten kritiserer for det første Rettens fremstilling i præmis 76 i den appellerede dom, idet det gøres gældende, at det er irrelevant, at udviklingen af prototyper ikke udføres af Eurocontrol selv, men af virksomheder inden for den pågældende sektor, da det i den foreliggende sag drejer

sig om den aktivitet, der består i erhvervelse af prototyper.

139. Appellantens anbringende bygger tydeligvis på en urigtig forståelse af den appellerede dom. Det skyldes nemlig ikke, at udviklingen af prototyper udføres af tredjemand, at Retten udelukkede den økonomiske karakter ved erhvervelsen af prototyper, men derimod — som det umiskendeligt fremgår af dommens præmis 75 — navnlig, at erhvervelsen af prototyper ikke indebærer et udbud af varer og tjenesteydelser på et bestemt marked. Dermed mangler der et væsentligt kriterium for, at aktiviteten kan karakteriseres som økonomisk.

140. Som Eurocontrol overbevisende har anført, benytter organisationen ikke prototyperne som input for at fremstille et andet handelsprodukt og markedsfører heller ikke de udviklede prototyper. Organisationen satser derimod i forbindelse med erhvervelse prototyper på at skabe et ensartet europæisk system til regulering af lufttrafikken⁶². Jeg finder, at dette bekræfter Rettens opfattelse af, at Eurocontrols virksomhed ikke kan anses for at være af økonomisk karakter.

62 — Jf. punkt 102 i Eurocontrols svarskrift. Ifølge L. Idot, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 25, vedrører de aspekter, der undersøges her, ganske vist ikke så meget spørgsmålet om, hvorvidt der findes et marked, som den politiske beslutning om at give den offentlige forskning forrang frem for den private.

141. Endvidere har appellanten gjort gældende, at Retten tillægger kriteriet om vederlagsfrihed betydning, selv om dette kriterium ikke anerkendes som afgørende i fællesskabsretspraksis. Appellanten betragter det forhold, at Eurocontrol ikke har vinding for øje og stiller de intellektuelle ejendomsrettigheder, som organisationen har erhvervet i forbindelse med udviklingsarbejdet, til rådighed vederlagsfrit, som irrelevant, idet kriteriet uden vederlag under alle omstændigheder er uden betydning.

142. Hertil bemærkes, at praksis ved Fællesskabets retsinstanser afgjort tillægger kriteriet om vederlagsfrihed⁶³, og tillige virksomheders eventuelle profithensigter, betydning ved bedømmelsen af, om en aktivitet har økonomisk karakter. Selv om den omstændighed, at et organ ikke har vinding for øje, ikke i sig selv er afgørende, udgør det dog i hvert fald et indicium, som kan bekræftes af yderligere omstændigheder⁶⁴. Appellantens anbringende skal derfor for så vidt forkastes.

63 — Jf. angående relevansen af kriteriet om vederlagsfrihed ved bedømmelsen af den økonomiske karakter af en aktivitet dom af 17.2.1993, sag C-159/91, Poucet og Pistre, Sml. I, s. 637, præmis 10, om en socialsikringsordnings funktion, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 37, om toldklarerers virksomhed, samt Pavlov-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 76 og 77, om selvstændige speciallægers virksomhed; C. Prieto, nævnt ovenfor i fodnote 61, s. 670, henviser til den ovenfor anførte praksis og bemærker, at deltagelse på et marked mod vederlag altid skal tages i betragtning.

64 — I dommen i sagen FENIN mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 60, præmis 39, tog Retten hensyn til, om det pågældende organ udovede en virksomhed uden vinding for øje. I Enirisorse-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 31, fastslog Domstolen for det første, at det er en virksomheds konkrete aktiviteter — det drejede sig konkret om udvikling af ny teknologi vedrørende anvendelsen af kul og levere særlige tjenesteydelser som støtte til forvaltninger, offentligretlige organer og selskaber, som har interesse i at udvikle denne teknologi — der udgør dens erhvervsmæssige virksomhed. For det andet tog Domstolen hensyn til, at den pågældende virksomhed havde vinding for øje.

143. Desuden anser appellanten Rettens nedenfor anførte konstatering i dommens præmis 77 for urigtig retsanvendelse:

»I denne sag føjes den omstændighed, at tilladelserne [vedrørende de ejendomsrettigheder], som Eurocontrol har erhvervet [vederlagsfrit i forbindelse med udvikling af prototyper], til den omstændighed, at der i dette tilfælde er tale om en tillægsvirksomhed til fremme af den tekniske udvikling, ved at blive en del af Eurocontrols formål af almen interesse, og eftersom organisationen ikke forfølger en egen interesse, der kan adskilles fra det nævnte formål, hvilket udelukker en aktivitets økonomiske karakter.«

144. Som begrundelse gør appellanten gældende, at denne konstatering bygger på en antagelse af, at virksomhed inden for

teknisk udvikling ikke kan være af økonomisk art. Dette er imidlertid i strid med praksis ved Fællesskabets retsinstanser, som for nylig har anerkendt den økonomiske karakter af arbejdet med teknisk udvikling.

145. Man må give appellanten ret i, at udvikling af ny teknologi ifølge praksis ved Fællesskabets retsinstanser⁶⁵ under visse omstændigheder faktisk kan udgøre en økonomisk aktivitet. For det første overser appellanten dog, hvilket Kommissionen med rette har påpeget, at Retten ikke talte om »teknisk udviklingsvirksomhed«, men om »virksomhed til fremme af den tekniske udvikling«. For det andet bemærkes, at dette ikke gælder generelt, men højst kan være et af flere indicier, således at det i hvert enkelt tilfælde skal undersøges, om et organs støtte til teknisk udvikling, når der også tages hensyn til andre aspekter, såsom fraværet af enhver stræben efter profit, eller at det har karakter af en biaktivitet, med rimelighed kan føre til den konklusion, at der herved er tale om økonomisk virksomhed. Dette har Retten gjort retligt upåklageligt.

146. Dette anbringende skal følgelig forkastes.

65 — Jf. Enirisorse-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 31, i forbindelse med teknisk udviklingsvirksomhed.

iii) Forvanskning og fordrejning af de af appellanten fremførte beviser for, at Eurocontrols forvaltning af intellektuelle ejendomsrettigheder er af økonomisk karakter

147. Med dette anbringende gør appellanten gældende, at der er sket en fordrejning af de beviser, som virksomheden gjorde gældende under den mundtlige forhandling for Retten vedrørende de vederlag, som Eurocontrol oppebærer. Appellanten hævder, at virksomheden ikke havde til hensigt at påpege, at der ydes betaling, men henviste til mangfoldigheden af Eurocontrols aktiviteter samt til den modsætning, der består mellem på den ene side Eurocontrols forvaltning af de intellektuelle ejendomsrettigheder og på den anden side indholdet af det interne Eurocontrol-dokument med titlen »ARTAS Intellectual Property Rights and Industrial Policy«.

148. Kommissionen bestrider, at dette dokument indgår i stævningen eller i svarskriftet. Den finder, at selv hvis appellanten skulle have påberåbt sig dette anbringende under den mundtlige forhandling for Retten, er det sket for sent, og anbringendet skal derfor afvises.

149. Det bemærkes vedrørende dette anbringende, at appellansens argumentation tydeligvis tager sigte på efterfølgende at drage Rettens fremstilling af de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 79 i tvivl, uden i tilstrækkelig grad at have godtgjort, hvori en fordrejning af beviser nærmere

bestod. Det må derimod konstateres, at Retten tog tilstrækkeligt hensyn til de beviser, den fik forelagt. Retten undersøgte Eurocontrols forvaltning af intellektuelle ejendomsrettigheder inden for rammerne af ARTAS-systemet og fastslog med rette, at licensen for anvendelse af dette system androg 1 ECU, hvilket var ensbetydende med, at benyttelsen var vederlagsfri.

150. Derfor skal også dette anbringende forkastes.

V — Konklusion af undersøgelsen

151. Henset til de anførte betragtninger er appellen ubegrundet. Den skal derfor forkastes i det hele.

152. Jeg foreslår, at domsbegrundelsen ændres under hensyntagen til den ovenstående fremstilling⁶⁶.

VI — Sagens omkostninger

153. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i henhold til artikel 118 finder tilsvarende anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da appellanten har tabt sagen, bør det pålægges denne i overensstemmelse med Kommissionens påstand at betale sagens omkostninger.

154. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 4, tredje afsnit, der ligeledes finder anvendelse på appelsager i henhold til artikel 118, kan Domstolen træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i første og andet afsnit nævnte skal bære deres egne omkostninger. Ifølge denne bestemmelse bærer Eurocontrol de omkostninger, organisationen har haft som intervenient.

66 — Jf. punkt 53-69 samt punkt 98-110 i nærværende forslag til afgørelse.

VII — Forslag til afgørelse

155. På baggrund af de ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»— Appellen forkastes i det hele.

— Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

— Appellanten pålægges at betale sagens øvrige omkostninger.«