



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 17 september 2015¹

Zaak C-205/14

**Europese Commissie
tegen**

Portugese Republiek

„Niet-nakoming — Luchtvervoer — Verordening (EEG) nr. 95/93 — Toewijzing van ‚slots‘ op communautaire luchthavens — Artikel 4, lid 2, onder b) — Onafhankelijkheid van de coördinator — Begrip ‚belanghebbende partij‘ — Luchthavenbeheerder — Functionele scheiding — Financieringssysteem”

1. In de onderhavige zaak heeft de Europese Commissie op grondslag van artikel 258, tweede alinea, VWEU bij het Hof beroep ingesteld strekkende tot vaststelling dat de Portugese Republiek, door niet te hebben gewaarborgd dat de slotscoördinator functioneel en financieel onafhankelijk is, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 4, lid 2, van verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens².
2. Wanneer een luchthaven op het grondgebied van een lidstaat overbelast is, dat wil zeggen wanneer zijn capaciteit dermate ontoereikend is dat grote vertragingen niet kunnen worden vermeden, verplicht artikel 3, lid 5, van verordening nr. 95/93 die staat die luchthaven aan te wijzen als „gecoördineerde” luchthaven. Volgens artikel 2, onder g), van verordening nr. 95/93 is een gecoördineerde luchthaven een luchthaven waarop luchtvaartmaatschappijen alleen kunnen landen of opstijgen indien hun een slot is toegewezen. Het slot is in artikel 2, onder a), van die verordening omschreven als de toestemming om op een welbepaalde datum en tijd de gehele voor het landen en opstijgen noodzakelijke luchthaveninfrastructuur te gebruiken.
3. De voor een gecoördineerde luchthaven verantwoordelijke lidstaat wijst een natuurlijke of rechtspersoon aan die de functie van „coördinator” vervult. Volgens artikel 4, leden 5 en 6, van verordening nr. 95/93 wijst de coördinator slots toe aan de luchtvaartmaatschappijen en vergewist zich ervan, in samenwerking met de luchthavenbeheerder, dat de activiteiten van de luchtvaartmaatschappijen in overeenstemming zijn met de hun toegewezen slots. Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93 verplicht de lidstaat ervoor te zorgen dat de coördinator onafhankelijk is.

1 — Procestaal: Frans.

2 — PB L 14, blz. 1.

4. In de onderhavige zaak verwijt de Commissie de Portugese Republiek dat zij er niet voor heeft gezorgd dat de coördinator onafhankelijk is. Hoewel het Hof reeds de onafhankelijkheid heeft onderzocht van andere nationale autoriteiten die belast zijn met de uitvoering van het Unierecht in de lidstaten, zoals de autoriteit die belast is met het beheer van spoorweginfrastructuur³ of de toezichthoudende autoriteit voor de verwerking van persoonsgegevens⁴, is het nog niet eerder ingegaan op de onafhankelijkheid van de coördinator van een luchthaven. Het Hof zal in deze zaak dus nader moeten bepalen onder welke voorwaarden de luchthavencoördinator kan worden geacht onafhankelijk te zijn.

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

5. De tweede overweging van verordening nr. 95/93 vermeldt dat „de toewijzing van ‚slots‘ op overbelaste luchthavens moet zijn gebaseerd op onpartijdige, doorzichtige en niet-discriminerende regels”.

6. De vijfde overweging van verordening nr. 95/93 preciseert dat „de voor de gecoördineerde luchthaven verantwoordelijke lidstaat een coördinator moet aanstellen wiens onpartijdigheid boven alle twijfel verheven is”.

7. Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, in de oorspronkelijke versie ervan, bepaalde dat „een lidstaat garandeert dat de coördinator zijn taken krachtens deze verordening onafhankelijk kan uitvoeren”.

8. Verordening nr. 95/93 is gewijzigd bij verordening (EG) nr. 793/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 houdende wijziging van verordening (EEG) nr. 95/93⁵. Gemakshalve verwijs ik hierna naar verordening nr. 95/93 in de versie zoals voortvloeit uit de wijziging ervan bij verordening nr. 793/2004, als „verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd”.

9. Artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, bepaalt dat de lidstaat die verantwoordelijk is voor een luchthaven met bemiddeling inzake de dienstregelingen of een gecoördineerde luchthaven, ervoor zorgt dat „de coördinator op een gecoördineerde luchthaven onafhankelijk is, doordat deze functioneel losstaat van elke belanghebbende partij. Het systeem voor de financiering van de activiteiten van de coördinator is zodanig dat de onafhankelijke status van de coördinator wordt gewaarborgd”. In overweging 6 van verordening nr. 793/2004 wordt deze wijziging op de volgende wijze gerechtvaardigd:

„[...] op gecoördineerde luchthavens speelt de coördinator een centrale rol in het coördinatieproces. De coördinatoren moeten zich derhalve in een volledig onafhankelijke positie bevinden en hun verantwoordelijkheden moeten in detail worden beschreven.”

3 — Arresten Commissie/Oostenrijk, C-555/10, EU:C:2013:115; Commissie/Duitsland, C-556/10, EU:C:2013:116; Commissie/Frankrijk, C-625/10, EU:C:2013:243; Commissie/Slovenië, C-627/10, EU:C:2013:511; Commissie/Luxemburg, C-412/11, EU:C:2013:462; Commissie/Italië, C-369/11, EU:C:2013:636.

4 — Arresten Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125; Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631; Commissie/Hongarije, C-288/12, EU:C:2014:237.

5 — PB L 138, blz. 50.

10. De mededeling van de Commissie van 30 april 2008 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over de toepassing van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd⁶ (hierna: „mededeling van 2008”) geeft een nadere bepaling van de strekking van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd. Punt 1, vierde en vijfde alinea, van de mededeling van 2008 luidt:

„De Commissie is van mening dat functionele scheiding onder meer betekent dat de coördinator autonoom moet optreden en geen instructies mag krijgen van het beheersorgaan van de luchthaven, een dienstverlener of een luchtvaartmaatschappij die op de luchthaven actief is, noch aan deze partijen dient te rapporteren.

Voorts vindt de Commissie dat het systeem van financiering van de activiteiten van de coördinator zodanig moet worden opgezet dat de coördinator financieel onafhankelijk is van alle partijen die rechtstreeks betrokken zijn bij of een belang hebben in de activiteiten van de coördinator. De coördinator moet daarom een afzonderlijke boekhouding en begroting voeren en mag voor de financiering van zijn activiteiten niet afhankelijk zijn van enkel het beheersorgaan van de luchthaven, een dienstverlener of één luchtvaartmaatschappij.”

B – *Portugees recht*

11. Artikel 3, lid 1, van wetsdecreet nr. 109/2008 van 26 juni 2008⁷ wijst de luchthavens van Lissabon, Porto en Madeira (Portugal) aan als gecoördineerde luchthavens. Artikel 3, lid 2, van dat wetsdecreet wijst de luchthaven van Faro (Portugal) aan als gecoördineerde luchthaven, maar uitsluitend voor de periode van de laatste zondag van maart tot en met de laatste zaterdag van oktober.

12. Bij artikel 1, lid 2, van dat wetsdecreet ANA, Aeroportos de Portugal, S.A. (hierna: „ANA”) aangewezen als nationale coördinator.

13. Artikel 5 van dat wetsdecreet regelt de onafhankelijkheid van de coördinator. Die bepaling luidt als volgt:

„1. In de uitoefening van haar functies van nationale bemiddelaar en coördinator voor de toewijzing van ‚slots’, zorgt [ANA] ervoor dat deze activiteit, middels een passende scheiding, onafhankelijk is van haar activiteit van luchthavenbeheerder.

2. Voor de toepassing van het voorgaande lid waarborgt [ANA] deze onafhankelijkheid, althans op functioneel vlak, en voert zij een aparte boekhouding voor de activiteiten die verband houden met de coördinatie van de ‚slots’, die strikt is gescheiden van die van haar andere activiteiten.”

14. Artikel 11 van wetsdecreet nr. 109/2008 regelt de instelling van een heffing, ten gunste van ANA, voor de toewijzing van „slots”. Dit artikel luidt als volgt:

„1. Voor de dienstverlening van coördinatie en toewijzing van ‚slots’ moet als tegenprestatie voor het gebruik ervan een heffing voor slotstoewijzing worden betaald, die tegelijk met het landings- en startgeld wordt geïnd, per beweging, en die wordt vastgesteld bij besluit van de met de burgerluchtvaart belaste minister.

[...]

3. De in lid 1 bedoelde heffing vormt inkomsten van [ANA]”.

6 — COM(2008) 227 definitief.

7 — *Diário da República*, 1e reeks, nr.122, van 26 juni 2008, blz. 3965.

II – Precontentieuze procedure

15. ANA is in 1979 opgericht als een overheidsbedrijf. Zij is vervolgens bij wetsdecreet nr. 404/98 van 18 december 1998 omgezet in een naamloze vennootschap en aan haar is voor de duur van 40 jaar de concessie verleend voor de openbare luchthavendiensten ter ondersteuning van de burgerluchtvaart op de luchthavens van Lissabon, Porto, Madeira en Faro. Bij resolutie van de ministerraad van 28 december 2012⁸ is ANA geprivatiseerd: de staat heeft het gehele kapitaal van ANA aan Vinci-Concessions SAS overgedragen.

16. Na haar aanwijzing als coördinator van de luchthavens van Lissabon, Porto, Madeira en Faro, bij wetsdecreet nr. 109/2008, is binnen die onderneming een afdeling gecreëerd die werd belast met de coördinatie van deze luchthavens, de Divisão de Coordenação Nacional de *Slots* (afdeling voor nationale coördinatie van slots; hierna: „DCNS”).

17. De Commissie betwijfelt of de DCNS, die haar functie van coördinator op die vier luchthavens uitoefent, onafhankelijk is ten opzichte van ANA, waarvan zij een afdeling is en die de luchthavenbeheerder van diezelfde luchthavens is. Zij heeft de Portugese Republiek derhalve op 19 juli 2010, 4 oktober 2010 en 14 april 2011 om inlichtingen daarover verzocht. De Portugese Republiek heeft op die verzoeken geantwoord op respectievelijk 28 augustus 2010, 28 oktober 2010 en 28 april 2011.

18. Bij brief van 30 april 2012 heeft de Commissie de Portugese Republiek een aanmaningsbrief gezonden waarin zij haar verweet dat zij haar verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, niet nakwam. Volgens de Commissie stond de DCNS niet functioneel los van ANA in de zin van die bepaling, onder b), daar eerstgenoemde een afdeling van laatstgenoemde is. Voorst was de financiering van de DCNS niet geschikt om haar onafhankelijkheid te waarborgen. Een dergelijke onafhankelijkheid kan immers enkel worden verzekerd middels een eigen boekhouding en begroting van de DCNS. De DCNS werd echter volledig door ANA gefinancierd, daar de heffing voor de toewijzing van slots als bedoeld in artikel 11 van wetsdecreet nr. 109/2008 nooit tot stand was gekomen.

19. Bij brief van 19 juli 2012 heeft de Portugese Republiek haar opmerkingen over die aanmaningsbrief ingediend.

20. Op 25 januari 2013 heeft de Commissie de Portugese Republiek een met redenen omkleed advies gezonden wegens schending van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd. Daar het bij de DCNS tewerkgestelde personeel afkomstig was van ANA en de DCNS niet over eigen kantoren leek te beschikken, was er volgens de Commissie geen sprake van een functionele scheiding tussen de DCNS en ANA. Met betrekking tot de financiële onafhankelijkheid van de DCNS herhaalde de Commissie dat bij gebreke van een heffing voor de toewijzing van slots ANA tot nog toe alle kosten van de DCNS had gedragen.

21. Bij brief van 27 maart 2013 heeft de Portugese Republiek haar opmerkingen over het met redenen omklede advies ingediend.

22. Aangezien de argumenten van de Portugese Republiek haar niet konden overtuigen, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

8 — Resolutie van de ministerraad nr. 111-F/2012 (*Diário da República*, 1e reeks, nr. 251, van 28 december 2012).

III – Beroep van de Commissie

23. De Commissie verwijt de Portugese Republiek dat zij de krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen doordat zij niet heeft gewaarborgd dat de coördinator functioneel en financieel onafhankelijk is.

24. De Commissie betoogt dat artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, ruim moet worden uitgelegd, in het licht van de vijfde overweging van die verordening, volgens welke de „onpartijdigheid” van de coördinator „boven alle twijfel verheven” moet zijn, en van het doel ervan, als omschreven in de tweede overweging van die verordening, te weten de toewijzing van slots op basis van „onpartijdige, doorzichtige en niet-discriminerende regels”. De Commissie steunt daarbij op de wijziging van dat artikel 4, lid 2, bij verordening nr. 793/2004. Deze wijziging legt blijkens overweging 6 van verordening nr. 793/2004 de nadruk op de „volledig onafhankelijke positie” van de coördinator en vervangt bijgevolg het eenvoudige vereiste dat de „coördinator [de] taken [waarmee de huidige tekst van dat artikel 4 hem belast] onafhankelijk kan uitvoeren”.

25. Wat de functionele scheiding ten opzichte van elke belanghebbende partij betreft, als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, betoogt de Commissie dat het begrip „belanghebbende partij” ruim moet worden uitgelegd en zowel de luchtvaartmaatschappijen als de dienstverleners, de overheidsinstanties van de lidstaten en de beheerder van de betrokken luchthavens omvat. Zij beklemtoont met name dat de luchthavenbeheerder er een commercieel belang bij kan hebben dat hij het knooppunt wordt van een gegeven luchtvaartmaatschappij, en dat het dus noodzakelijk is dat de coördinator onafhankelijk is van die beheerder. In casu heeft de DCNS hetzelfde personeel en dezelfde kantoren als ANA. Volgens de Commissie is er dus geen functionele scheiding tussen de DCNS en ANA. De Portugese Republiek heeft overigens, door in haar antwoord op de aanmaningsbrief te verklaren dat zij na de privatisering van ANA een nieuwe entiteit in het leven zou roepen die belast zou worden met de coördinatie van de slots, en dat met de oprichting van die entiteit de volledige onafhankelijkheid van de coördinator kon worden verzekerd, zelf erkend dat de coördinator momenteel niet functioneel onafhankelijk is.

26. Wat het stelsel voor de financiering van de coördinator betreft, dit kan, zoals artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, vereist, slechts onafhankelijk zijn indien de coördinator een afzonderlijke boekhouding voert, een afzonderlijke begroting beheert en niet wordt gefinancierd door een of meer belanghebbende partijen. In casu wordt de DCNS echter volledig gefinancierd door ANA, die tevens de begroting van de DCNS goedkeurt. De DCNS is volgens de Commissie op financieel vlak dus niet onafhankelijk van ANA.

27. De Commissie verzoekt het Hof:

- vast te stellen dat de Portugese Republiek, door niet de onafhankelijkheid van de coördinator te hebben gewaarborgd, de krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en
- de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten.

IV – Procedure voor het Hof

28. In haar verweerschrift betoogt de Portugese Republiek dat de DCNS voldoet aan de vereisten van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

29. De Portugese Republiek stelt dat ANA niet kan worden aangemerkt als een belanghebbende partij waarvan de DCNS los moet staan. Aangezien verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, geen definitie geeft van „belanghebbende partijen”, kan een belanghebbende partij immers alleen op basis van een onderzoek per geval als zodanig worden gekwalificeerd. Door uit het enkele feit dat ANA de hoedanigheid van luchthavenbeheerder heeft, af te leiden dat zij als belanghebbende partij moet worden aangemerkt, heeft de Commissie verzuimd een dergelijk onderzoek te verrichten. Bovendien is het in het belang van ANA om een maximum aan luchthavengelden te ontvangen: zij heeft er dus belang bij dat zo veel mogelijk luchtvaartmaatschappijen slots toegewezen krijgen, en niet dat een bepaalde luchtvaartmaatschappij door de DCNS wordt bevoordeeld. Dit zou anders liggen indien ANA een aandeel in het kapitaal van een luchtvaartmaatschappij zou bezitten, hetgeen in casu niet het geval is.

30. Gesteld al dat ANA als belanghebbende partij wordt aangemerkt, dan nog heeft de Portugese Republiek artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, in acht genomen. Die bepaling gebiedt immers niet dat de coördinator een juridische entiteit is die losstaat van de luchthavenbeheerder. Zij vereist enkel een functionele scheiding, en de DCNS en ANA staan wel functioneel los van elkaar aangezien de DCNS de coördinatie van de slots alleen beheert, zonder instructies van ANA te ontvangen en zonder dat haar besluiten door de raad van bestuur van ANA moeten worden goedgekeurd, en omdat zij een afzonderlijke boekhouding voert en over haar eigen personeel beschikt.

31. Wat het financieringssysteem betreft dat geschikt moet zijn om de onafhankelijkheid van de coördinator te waarborgen, als bepaald in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, dit is geen voorwaarde waarvan de niet-inachtneming automatisch tot schending van die bepaling leidt. Het moet worden opgevat als een van de gegevens, overigens van ondergeschikt belang, waarmee rekening wordt gehouden om vast te stellen of de coördinator onafhankelijk is. Dat er geen heffing op de toewijzing van slots is ingesteld, rechtvaardigt dus niet de slotsom dat de DCNS niet onafhankelijk is.

32. De Portugese Republiek verzoekt het Hof:

- te verklaren dat de coördinator voldoet aan het vereiste van functionele onafhankelijkheid in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd;
- te verklaren dat de Portugese Republiek voldoet aan de krachtens het toepasselijke Unierecht op haar rustende verplichtingen;
- het beroep ongegrond te verklaren, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

33. In repliek stelt de Commissie dat het feit dat ANA de hoedanigheid van luchthavenbeheerder heeft, meebrengt dat zij moet worden aangemerkt als belanghebbende partij in de zin van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat zij er in casu een belang bij heeft dat eerder slots worden toegewezen aan de ene luchtvaartmaatschappij dan aan de andere. De luchthavenbeheerder kan er volgens de Commissie immers belang bij hebben dat slots worden toegewezen aan zijn contractpartners, bijvoorbeeld aan huurders van ruimten op de luchthaven, of aan bepaalde luchtvaartmaatschappijen. Zij merkt in dit verband op dat het vreemd is dat de DCNS de activiteit van coördinator blijft uitoefenen na de privatisering van ANA, terwijl deze activiteit niet aan ANA is opgedragen in het kader van een concessie voor openbare dienstverlening en ANA deze activiteit dus gratis verricht.

34. Volgens de Commissie staan de DCNS en ANA functioneel niet los van elkaar. Daar de DCNS een afdeling van ANA is, worden haar jaarverslag en haar jaarrekeningen onderzocht door de raad van bestuur van ANA, overeenkomstig de artikelen 405 en 406 van het Portugese wetboek inzake handelsvennootschappen. Alleen een „Chinese muur” tussen de DCNS en ANA kan de onafhankelijkheid van de DCNS waarborgen.

35. Dat de DCNS een afzonderlijke boekhouding voert, toont niet aan dat er sprake is van een financiering die geschikt is om haar onafhankelijkheid te waarborgen. Elke afdeling van een handelsvennootschap kan een dergelijke boekhouding voeren, die vervolgens wordt opgenomen in die van die vennootschap. Volgens de Commissie is het in casu ANA die de kosten van de DCNS betaalt en die de schulden van de DCNS voldoet, en de resultaatrekening van het boekjaar van ANA neemt het saldo van het boekjaar van de DCNS op.

36. Ten slotte beklemtoont de Commissie dat de conclusies van de Portugese Republiek, die ertoe strekken dat het Hof verklaart dat de DCNS voldoet aan het vereiste van functionele onafhankelijkheid en dat de Portugese Republiek voldoet aan de krachtens het Unierecht op haar rustende verplichtingen, vorderingen in reconventie vormen die niet-ontvankelijk zijn omdat, met name, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie niet voorziet in een beroep waarbij het Hof de overeenstemming met het Unierecht vaststelt.

37. In dupliek beklemtoont de Portugese Republiek dat de mededeling van 2008, die met name vereist dat de coördinator niet volledig door de luchthavenbeheerder wordt gefinancierd, een toevoeging aan de tekst van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, inhoudt. Mededelingen van de Commissie binden de lidstaten echter niet. Wat het begrip „belanghebbende partij” betreft, herhaalt de Portugese Republiek dat, bij gebreke van een onderzoek van het concrete geval, de Commissie zich ertoe heeft beperkt te bewijzen dat ANA, als luchthavenbeheerder, een belanghebbende partij zou kunnen zijn, niet dat zij dat daadwerkelijk is. De Portugese Republiek beklemtoont dat de toewijzing van slots een technische activiteit is die niet aan de raad van bestuur van ANA wordt voorgelegd. Zij handhaaft de twee vorderingen waarvan de Commissie de niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen.

V – Beoordeling

38. Alvorens in te gaan op het beroep ten gronde, zal ik eerst de twee vorderingen van de Portugese Republiek, waarvan de Commissie de niet-ontvankelijkheid opwerpt, onderzoeken.

A – Ontvankelijkheid van de eerste twee vorderingen van de Portugese Republiek

39. De Portugese Republiek vordert niet alleen verwerping van het beroep en verwijzing van de Commissie in de kosten, maar zij verzoekt het Hof tevens, ten eerste, te verklaren dat „in Portugal, de huidige coördinator voldoet aan de vereisten voor functionele onafhankelijkheid als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93”, zoals gewijzigd, en, ten tweede, te verklaren dat „de Portugese Republiek voldoet aan de krachtens het toepasselijke Unierecht op haar rustende verplichtingen”. In dupliek preciseert de Portugese Republiek dat zij met deze laatste vordering bedoelt het Hof te verzoeken om te verklaren dat de Portugese Republiek haar verplichtingen uit hoofde van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, nakomt.

40. De Commissie betoogt dat deze vorderingen in reconventie niet-ontvankelijk zijn.

41. Ik breng in dit verband in herinnering dat artikel 259 VWEU een lidstaat toestaat zich tot het Hof te wenden met een vordering die ertoe strekt dat het Hof vaststelt dat een andere lidstaat zijn verplichtingen uit hoofde van het Unierecht niet is nagekomen. Het staat een lidstaat niet toe zich tot het Hof te wenden met een beroep ertoe strekkende dat het Hof vaststelt dat *die lidstaat zelf* niet tekort is geschoten in zijn verplichtingen.

42. Bovendien merk ik op dat geen enkele bepaling van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het Hof de bevoegdheid verleent om middels een positieve verklaring een standpunt in te nemen. Indien het Hof het onderhavige beroep zou verwerpen, zou het erkennen dat de Portugese Republiek heeft voldaan aan haar verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, maar de Portugese Republiek kan niet een verzoek met een dergelijk voorwerp indienen.

43. Het doet overigens niet ter zake dat het door de Portugese Republiek ingediende verzoek betrekking heeft op overeenstemming met verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, van het optreden van de coördinator dan wel van dat van de Portugese Republiek. De niet-nakoming wordt immers verweten aan de lidstaat, ook al heeft een van zijn organen die veroorzaakt⁹, ongeacht of het de nationale wetgever, de nationale rechter of, zoals in casu, de coördinator is, die is belast met een regelgevende taak (te weten de toewijzing van slots).

44. Bijgevolg dienen de eerste en de tweede vordering van de Portugese Republiek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

B – *Ten gronde*

45. Artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, bepaalt dat de coördinator „functioneel los [moet staan] van elke belanghebbende partij”. Bijgevolg dient de Commissie voor het bewijs dat de Portugese Republiek haar verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, niet is nagekomen, aan te tonen, ten eerste, dat ANA een belanghebbende partij is en, ten tweede, dat de DCNS niet functioneel losstaat van ANA. Ik zal deze twee punten achtereenvolgens behandelen. Bij de analyse van de functionele scheiding zal ik onderzoeken of het in de tweede volzin van dat artikel 4, lid 2, onder b), genoemde vereiste dat „het systeem voor de financiering van de activiteiten van de coördinator zodanig [is] dat de onafhankelijke status van de coördinator wordt gewaarborgd”, moet worden gezien als een zelfstandige voorwaarde, los van de voorwaarde van de functionele scheiding, dan wel of de onafhankelijke financiering slechts een aanwijzing vormt voor de functionele scheiding.

1. Begrip „belanghebbende partij”

46. Mijns inziens valt moeilijk te betwisten dat de luchthavenbeheerder als belanghebbende partij kan worden aangemerkt.

47. Artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, bepaalt immers dat de coördinator functioneel los moet staan van „elke” belanghebbende partij. Het komt mij dus voor dat niet alleen partijen die een rechtstreeks belang hebben bij de toewijzing van slots, dat wil zeggen de luchtvaartmaatschappijen, maar ook partijen die daar een indirect belang bij hebben, zoals de beheerder van de gecoördineerde luchthaven, als belanghebbende partijen kunnen worden aangemerkt.

⁹ — Arrest Commissie/België, 77/69, EU:C:1970:34, punt 15.

48. Artikel 4, lid 8, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, biedt steun voor dit standpunt. Daarin is immers bepaald dat de coördinator „aan belanghebbenden, in het bijzonder aan leden [...] van het coördinatiecomité”, informatie over de aangevraagde, de toegewezen en de nog beschikbare „slots” ter beschikking stelt. Daar de beheerder deel uitmaakt van het coördinatiecomité¹⁰, moet hij worden aangemerkt als belanghebbende partij.

49. Ik merk overigens op dat de Portugese Republiek niet betwist dat de beheerder als belanghebbende partij *kan* worden aangemerkt.

50. De moeilijkheid ligt in de vaststelling van de op de Commissie rustende bewijslast. Zij betoogt dat de kwalificatie als belanghebbende partij louter voortvloeit uit hoedanigheid van luchthavenbeheerder, terwijl de Portugese Republiek stelt dat de kwalificatie van belanghebbende partij niet uit de hoedanigheid van beheerder kan worden afgeleid en dat het belang van de beheerder bij de toewijzing van slots per geval moet worden aangetoond.

51. Teneinde te bepalen of de beheerder wordt verondersteld een belanghebbende partij te zijn dan wel of het aan de Commissie staat te bewijzen dat de beheerder in casu een belang bij de toewijzing van slots heeft, zal ik om te beginnen onderzoeken welk economisch belang een beheerder kan hebben bij de toewijzing van slots, en vervolgens welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken voor het bewijs van een dergelijk belang.

a) Belang van de beheerder bij de toewijzing van slots

52. Ten eerste kan de beheerder er mijns inziens belang bij hebben dat een bepaalde luchtvaartmaatschappij bij de toewijzing van slots wordt bevoorrecht omdat zij een aandeel in het kapitaal van die maatschappij bezit.

53. Ten tweede kan de beheerder er belang bij hebben dat de luchtvaartmaatschappijen die de hoogste luchthavengelden betalen worden bevoorrecht bij de toewijzing van slots. De luchthavengelden waarop de Portugese Republiek zinspeelt zonder het voorwerp ervan nader te bepalen, zijn, volgens de definitie ervan in richtlijn 2009/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2009 inzake luchthavengelden¹¹, gelden die door de luchtvaartmaatschappijen aan de luchthavenbeheerder worden betaald als tegenprestatie voor diensten die alleen hij kan aanbieden, te weten het ter beschikking stellen van de luchthaveninstallaties en het verrichten van diensten die verband houden met het landen en het opstijgen van vliegtuigen.¹² Hoewel richtlijn 2009/12 de beheerder verbiedt discriminerende heffingen toe te passen, staat zij hem wel toe variatie aan te brengen in de kwaliteit en het toepassingsgebied van bepaalde diensten en het niveau van de luchthavengelden te differentiëren op basis van de kwaliteit en het toepassingsgebied van die diensten.¹³ De beheerder zou er dus belang bij kunnen hebben dat de luchtvaartmaatschappij waaraan zij de beste dienst verleent, bijvoorbeeld de terbeschikkingstelling van een volledige terminal¹⁴, en waarvan zij dienovereenkomstig de meeste luchthavengelden ontvangt, wordt bevoorrecht bij de toewijzing van slots.

54. In dit verband kan het argument van de Portugese Republiek, dat het belang van de beheerder erin bestaat dat aan het grootst mogelijke aantal luchtvaartmaatschappijen slots worden toegewezen omdat hij aldus meer luchthavengelden zou ontvangen, mij niet overtuigen. Dit argument houdt geen rekening met de in het vorige punt omschreven differentiatie van de diensten, en dus van de heffingen.

10 — Zie artikel 5, lid 1, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

11 — PB L 70, blz. 11.

12 — Zie artikel 2, punt 4, van richtlijn 2009/12.

13 — Zie artikel 10, lid 1, van richtlijn 2009/12.

14 — Artikel 10 van richtlijn 2009/12 noemt onder de diensten waarin de beheerder variaties kan aanbrengen in de kwaliteit en het toepassingsgebied, de terbeschikkingstelling van terminals of delen van terminals.

55. Ten derde is het mogelijk dat de beheerder zich niet beperkt tot het beheer van de luchthaveninfrastructuur, maar tevens andere activiteiten verricht, bijvoorbeeld dat hij aanwezig is op de downstreammarkt van het verrichten van grondafhandelingsdiensten. Grondafhandelingsdiensten, die zich onderscheiden van de in punt 53 van deze conclusie genoemde uit de luchthavengelden betaalde diensten¹⁵, bestaan volgens de definitie ervan in richtlijn 96/67/EG van de Raad van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap¹⁶, met name in controle van de tickets en de paspoorten van de passagiers, het laden en het vervoer van de bagage, het schoonmaken van het vliegtuig of het voltanken met brandstof.¹⁷ Grondafhandelingsdiensten zijn diensten die hetzij door de beheerder hetzij door onafhankelijke dienstverrichters aan de luchtvaartmaatschappijen kunnen worden aangeboden. Een luchtvaartmaatschappij kan dergelijke diensten ook aan zichzelf leveren. Indien de beheerder actief is op de markt van grondafhandelingsdiensten, dan heeft hij dus luchtvaartmaatschappijen als klant of als concurrent.¹⁸ Hij kan er dus belang bij hebben dat de luchtvaartmaatschappij die een belangrijke klant is, bij de toewijzing van slots wordt bevoorrecht of, omgekeerd, dat de luchtvaartmaatschappij waarmee hij in een concurrentieverhouding staat voor het verrichten van grondafhandelingsdiensten, wordt benadeeld bij de toewijzing van slots.¹⁹

56. Ten vierde kan de beheerder, indien hij een overheidsbedrijf is of in staatshanden is, in de verleiding komen om de nationale luchtvaartmaatschappij bij de toewijzing van slots te begunstigen.²⁰ In dat geval streeft de beheerder niet zijn eigen belang na maar dat van een derde, te weten de nationale vervoersmaatschappij; dat neemt niet weg dat hij invloed kan uitoefenen op de coördinator.²¹

15 — Zie artikel 1, lid 4, van richtlijn 2009/12.

16 — PB L 272, blz. 36.

17 — Zie de bijlage bij richtlijn 96/67.

18 — Zie in dat verband Papy, R., *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, waarvan paragraaf 646 luidt: „sinds de instelling van de liberalisering van de grondafhandeling [bij richtlijn 96/67] is het aantal behorende luchthavens niet beduidend veranderd (binnen de in 1996 bestaande 15 lidstaten). De marktaandeelen van de aanbieders van grondafhandeling van de luchthavenbeheerders zijn verkleind maar blijven omvangrijk. Deze situatie creëert potentiële belangenconflicten die niet steeds in de richtlijn zijn voorzien en waarvoor ter aanvulling dus ingrijpen van het mededingingsrecht nodig is. De mededingingsbeperkingen betreffen zowel de toegang tot de markt zelf (ongerechtvaardigde weigering om dienstverleners toegang te geven), als de kwaliteit van de exploitatievoorwaarden op de markt (toewijzing van discriminerende exploitatieplekken en -oppervlakten) en de kosten van de toegang tot de markt (discriminerende heffingen).”

Zie tevens verslag COM(2006) 821 definitief, van de Commissie van 24 januari 2007 over de toepassing van richtlijn 96/67, waarvan punt 16 vermeldt: „In een behoorlijk aantal lidstaten (...) Portugal verleent de luchthavenexploitant afhandelingsdiensten en is hij dus actief op de grondafhandelingsmarkt; dit betekent dat hij een rechtstreekse concurrent is van aanbieders van grondafhandelingsdiensten en luchtvaartmaatschappijen die deze diensten voor derden verzorgen. (...) Het is hoe dan ook een feit dat op vele grotere luchthavens waar een voldoende aantal leveranciers van grondafhandelingsdiensten hun diensten willen aanbieden of waar luchthavengebruikers ook in afhandeling voor derden voorzien, de luchthavenbeheerders op de grondafhandelingsmarkt actief zijn en afhandelingsdiensten verlenen. Zij hebben vaak een sterke positie op dergelijke luchthavens, waardoor het voor een concurrent of een nieuwkomer moeilijk is om een (extra) marktaandeel te verwerven.”

19 — Zie daarover besluit nr. 98-D-34 van de Franse raad voor de mededinging van 2 juni 1998 betreffende de mededingingssituatie op de markt voor grondafhandelingsdiensten op de luchthaven Orly en op de markt van de voor de activiteiten van de luchtvaartmaatschappijen benodigde ruimtes en oppervlakten die hun door Aéroports de Paris ter beschikking worden gesteld op de luchthaven Orly (geciteerd door Papy, R., op. cit.). In dat besluit constateert de raad voor de mededinging dat de beheerder van de luchthaven Orly, Aéroports de Paris, door te weigeren dat de luchtvaartmaatschappij TAT nieuwe lijnen opent vanaf terminal west van Orly en haar toe te staan die lijnen te openen vanaf terminal zuid van Orly, misbruik heeft gemaakt van de dominante positie (een monopolie) die hij bezit op de markt van de luchthaveninfrastructuur van de vluchthaven Orly. De raad baseert zich met name op de omstandigheid dat terwijl TAT haar eigen grondafhandeling verzorgde op terminal west van Orly, dat niet het geval was voor terminal zuid van Orly, waar TAT dus genoopt was gebruik te maken van de grondafhandelingsdiensten van de beheerder: „overwegende (...) dat TAT die, wanneer zij terminal west van Orly gebruikte, de grondafhandelingsdiensten verzorgde met haar eigen personeel, dat zij daartoe speciaal had opgeleid, door [Aéroports de Paris] werd gedwongen uitsluitend de teams van [Aéroports de Paris] te gebruiken voor de bediening van de vliegtuigslurven na haar verplaatsing naar terminal zuid van Orly (...); dat [Aéroports de Paris], door aldus TAT te verplichten niet van haar eigen personeel gebruik te maken, maar de door [Aéroports de Paris] aangeboden grondafhandelingsdiensten te gebruiken, TAT discriminerend heeft behandeld.”

20 — Ook kan de beheerder in de verleiding komen nationale vervoerders discriminerende kortingen op de heffingen te geven (zie arrest Portugal/Commissie, C-163/99, EU:C:2001:189, punt 56: „het kortingsstelsel [lijkt] gunstiger voor bepaalde luchtvaartmaatschappijen, in casu de facto de nationale luchtvaartmaatschappijen”).

21 — Zie in dat verband beschikking 95/364/EG van de Commissie van 28 juni 1995 op grond van artikel 90, lid 3, van het EG-Verdrag, Regie der Luchtwegen (PB L 216, blz. 8), waarvan punt 17 luidt: „de [Regie der Luchtwegen, de luchthavenbeheerder van Brussel-Zaventem] [probeert] in de onderhavige zaak haar klanten niet aan zich te binden of nieuwe klanten te werven, (...), maar de overheid [bevoordeelt] via de [Regie der Luchtwegen] een welbepaalde onderneming, in casu de nationale maatschappij Sabena”.

57. Hierboven is uiteengezet dat de beheerder belang kan hebben bij de toewijzing van slots. Moet hij als beheerder worden vermoed een dergelijk belang te hebben of staat het aan de Commissie om dat belang in het kader van een beroep wegens niet-nakoming aan te tonen?

b) Bewijs van het belang van de beheerder

58. Op de in het voorgaande punt gestelde vraag dient mijns inziens te worden beantwoord dat de beheerder als zodanig als belanghebbende partij moet worden aangemerkt, zonder dat hoeft te worden onderzocht of hij in het concrete geval een belang heeft bij de toewijzing van slots.

59. Het bewijs van een belang van de beheerder bij de toewijzing van slots kan immers zeer moeilijk te leveren blijken. Om aan te tonen dat de beheerder in casu een belang heeft bij de toewijzing van slots, zou de Commissie moeten bewijzen dat hij inderdaad een aandeel bezit in het kapitaal van een luchtvaartmaatschappij die de gecoördineerde luchthaven gebruikt, dat hij een volledige terminal verhuurt aan een luchtvaartmaatschappij of dat hij actief is op markt van grondafhandelingsdiensten. Indien het volledige kapitaal van een luchtvaartmaatschappij in handen is van de beheerder, lijkt het vanzelfsprekend dat hij moet worden aangemerkt als belanghebbende partij. Maar geldt dat ook wanneer hij bijvoorbeeld slechts een vijfde van het kapitaal van die maatschappij in handen heeft? Indien de beheerder een terminal aan een luchtvaartmaatschappij verhuurt, lijkt het vanzelfsprekend dat hij als belanghebbende partij moet worden aangemerkt. Maar geldt dat ook wanneer hij enkel bepaalde onderdelen van een terminal aan die maatschappij verhuurt, of wanneer hij weliswaar actief is op de markt van grondafhandelingsdiensten, maar slechts een bescheiden marktaandeel heeft? Het bewijs van een belang van de beheerder bij de toewijzing van slots brengt mee dat er een analyse van de markt van luchthaveninfrastructuur en van de downstreammarkten moet worden gemaakt.

60. Bovendien zie ik niet goed in hoe de Commissie in een situatie waarin de beheerder zelf geen enkel baat heeft bij de toewijzing van slots maar enkel een nationale luchtvaartmaatschappij bevoorrecht waaraan hij niet is gebonden²², zou kunnen bewijzen dat de beheerder zelf een belang heeft bij de toewijzing van slots. Een dergelijke situatie dreigt dus te ontkomen aan toepassing van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, terwijl deze, zoals gezien, wel tot misbruik kan leiden.

61. Het vereiste dat de Commissie aantoont dat de beheerder een belanghebbende partij is, zou er dus toe kunnen leiden dat situaties waarin het belang van de beheerder bij de toewijzing van slots gering is (bijvoorbeeld wanneer hij een gering aandeel van de markt van grondafhandelingsdiensten bezit) of zuiver toekomstig is (wanneer hij voornemens is een volledige terminal te verhuren aan een luchtvaartmaatschappij), ontkomen aan het onderzoek of hij functioneel losstaat van de coördinator. Alleen met een systematische controle of de coördinator functioneel losstaat van de beheerder lijkt mij te kunnen worden voldaan aan de doelstelling van verordening nr. 95/93, te weten de toewijzing van slots volgens „onpartijdige, doorzichtige en niet-discriminerende regels”²³, wat impliceert dat de „onpartijdigheid [van de coördinator] boven alle twijfel verheven is”²⁴. A fortiori voldoet alleen die systematische controle aan het doel van verordening nr. 793/2004, te weten de onafhankelijkheid van de coördinator versterken door hem in „een volledig onafhankelijke positie” te plaatsen²⁵.

22 — Zie punt 56 van deze conclusie.

23 — Zie de tweede overweging en artikel 4, lid 2, onder c), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

24 — Zie de vijfde overweging van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

25 — Zie overweging 6 van verordening nr. 793/2004.

62. In dit verband wil ik het arrest Commissie/Duitsland²⁶ noemen, dat weliswaar is geweest op een ander gebied – dat van de verwerking van persoonsgegevens – doch mij relevant lijkt. In artikel 28, lid 1, van richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens²⁷ is bepaald dat de lidstaten autoriteiten oprichten die worden belast met het toezicht op de toepassing op hun grondgebied van de bepalingen ter uitvoering van de richtlijn en dat deze autoriteiten „de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid [vervullen]”. In de het arrest Commissie/Duitsland sprak het Hof zich uit over de Duitse regeling, die de toezichthoudende autoriteit aan overheidstoezicht onderwerpt, meer in het bijzonder aan dat van het betrokken Land. Het Hof merkt op dat die regering er „belang bij [kan] hebben dat de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens niet worden nageleefd”, hetzij omdat zij zelf dergelijke gegevens verwerkt, hetzij omdat zij er belang bij heeft om, met name voor fiscale of strafrechtelijke doeleinden, toegang te hebben tot door derden bewaarde persoonsgegevens, hetzij omdat zij er belang bij heeft dat voor het Land economisch belangrijke ondernemingen niet lastig worden gevallen door de toezichthoudende autoriteiten.²⁸ Het Hof trekt daaruit de conclusie dat aangezien de toezichthoudende autoriteit onder toezicht van het Land staat, zij haar taak niet in volledige onafhankelijkheid kan vervullen, zoals artikel 28, lid 1, van richtlijn 95/46 vereist.²⁹

63. Anders gezegd, in een situatie die sterk lijkt op die welke in casu aan de orde is – omdat verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, weliswaar niet de belanghebbende partijen omschrijft, maar richtlijn 95/46 evenmin preciseert van welke partijen de toezichthoudende autoriteiten onafhankelijk moeten zijn –, is het Hof van oordeel dat er afbreuk wordt gedaan aan de onafhankelijkheid van de toezichthoudende autoriteit, niet wanneer het Land er belang bij heeft om deze autoriteit te beïnvloeden maar reeds wanneer het Land een dergelijk belang kan hebben. Een dergelijke oplossing is des te meer opmerkelijk daar advocaat-generaal Mazák tot de tegengestelde slotsom was gekomen. Hij meende dat de Commissie het bewijs had moeten leveren dat het systeem van overheidstoezicht faalde of dat er sprake was van een vaste praktijk van het Land die erin bestond te verhinderen dat de toezichthoudende autoriteit haar taak in onafhankelijkheid vervulde.³⁰

64. Ik stel voor om in de onderhavige zaak een soortgelijke redenering te volgen als die van het Hof in het arrest Commissie/Duitsland. Het zou volstaan dat een partij een belang kan hebben bij de toewijzing van slots, opdat de betrokken lidstaat gehouden zou zijn te verzekeren dat die partij en de coördinator functioneel los van elkaar staan. Wat de luchthavenbeheerder betreft, heb ik eerder aangetoond dat hij verscheidene belangen kan hebben bij de toewijzing van slots. Deze belangen vloeien voort uit zijn hoedanigheid van beheerder, zoals de door het Hof in het arrest Commissie/Duitsland³¹ opgesomde belangen van het Land voortvloeien uit diens hoedanigheid van marktdeelnemer en van fiscale en strafrechtelijke autoriteit.

26 — Arrest Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125.

27 — PB L 281, blz. 31.

28 — Cursivering van mij. Arrest Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125, waarvan punt 35 luidt: „de regering van het betrokken Land [kan] er immers belang bij hebben dat de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens niet worden nageleefd wanneer het om de verwerking van deze gegevens door de niet-publieke sector gaat. Deze regering kan zelf bij deze verwerking betrokken zijn indien zij daaraan deelneemt of zou kunnen deelnemen, bijvoorbeeld bij een publiek-private samenwerking of in het kader van overheidsopdrachten met de particuliere sector. Deze regering kan ook een bijzonder belang hebben indien toegang tot gegevensbestanden voor haar noodzakelijk of zelfs gewoon nuttig is om bepaalde van haar taken te vervullen, onder meer om fiscale of strafrechtelijke doeleinden. Deze regering kan overigens ook geneigd zijn om voorrang te geven aan economische belangen bij de toepassing van deze bepalingen door bepaalde ondernemingen die uit economisch oogpunt belangrijk zijn voor het Land of de regio.”

29 — Arrest Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125, waarvan punt 36 luidt: „het loutere gevaar dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht, een politieke invloed kunnen uitoefenen op de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten, volstaat om de onafhankelijke vervulling van de taken van deze autoriteiten te hinderen”.

30 — Conclusie van advocaat-generaal Mazák in de zaak Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2009:694, waarvan punt 34 luidt: „Ik ben van mening dat de Commissie [niet heeft voldaan de op haar rustende bewijslast]. Zij heeft niet aangetoond dat het systeem van overheidstoezicht faalt en evenmin dat de instanties die het overheidstoezicht uitoefenen, hun bevoegdheden voortdurend misbruiken en zo de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van persoonsgegevens, verhinderen hun taken in volledige onafhankelijkheid te vervullen.”

31 — Arrest Commissie/Duitsland, C-518/07, EU:C:2010:125.

65. Bijgevolg moet de kwalificatie als belanghebbende partij mijns inziens louter worden afgeleid uit de hoedanigheid van beheerder van de gecoördineerde luchthaven.

66. In casu wijst artikel 5, lid 1, van wetsdecreet nr.109/2008 ANA aan als beheerder van de vier betrokken gecoördineerde luchthavens. Het is dus niet van belang dat de argumenten van de Commissie betrekking hebben op de kwalificatie van de beheerder als belanghebbende partij in het algemeen en niet op de kwalificatie van de in casu aan de orde zijnde beheerder, te weten ANA, als belanghebbende partij.³² Deze moet in haar hoedanigheid van beheerder worden aangemerkt als belanghebbende partij in de zin van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

67. Om vast te stellen dat de Portugese Republiek haar verplichtingen uit hoofde van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, niet is nagekomen, moet de Commissie bijgevolg aantonen dat die lidstaat niet heeft verzekerd dat de DCNS en ANA functioneel los van elkaar staan.

2. Functionele scheiding van de activiteiten van de coördinator

68. Artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, vereist, ik herhaal, dat de lidstaat die verantwoordelijk is voor een gecoördineerde luchthaven ervoor zorgt dat de coördinator onafhankelijk is, doordat deze functioneel losstaat van elke belanghebbende partij, en dat het systeem voor de financiering van de activiteiten van de coördinator zodanig is dat de onafhankelijke status van de coördinator wordt gewaarborgd.

69. Dat de coördinator functioneel losstaat van de belanghebbende partijen, als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, moet volgens mij worden begrepen als een scheiding van de functies, dat wil zeggen de activiteiten. De tweede volzin van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, verwijst overigens uitdrukkelijk naar de „activiteiten” van de coördinator, waar die zin een systeem voor de financiering „van de activiteiten van de coördinator” vereist dat zodanig is dat het diens onafhankelijke status waarborgt. Ook verwees artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93, vóór de wijziging ervan bij verordening nr. 793/2004, naar de „taken” van de coördinator: dat artikel bepaalde dat de coördinator „zijn taken krachtens deze verordening onafhankelijk [...] uitvoer[t]”. Bijgevolg legt artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, de lidstaten de verplichting op ervoor te zorgen dat de activiteiten van de coördinator, zoals omschreven in die verordening, te weten met name de toewijzing van slots aan de luchtvaartmaatschappijen en het toezicht op de eerbiediging van deze slots door die luchtvaartmaatschappijen³³, losstaan van de activiteiten van de belanghebbende partijen. In het bijzonder moeten de activiteiten van de coördinator losstaan van die van de beheerder van de gecoördineerde luchthaven, ongeacht of het gaat om het beheer van luchthaveninfrastructuur of om andere eventueel door hem te verrichten taken, bijvoorbeeld het verrichten van grondafhandelingsdiensten.

70. Verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, bevat geen enkele aanwijzing over de criteria voor de functionele afscheiding.

71. Volgens de Commissie vereist artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, weliswaar niet dat de coördinator een aparte juridische entiteit is ten opzichte van de belanghebbende partijen, doch moet niettemin, indien de betrokken lidstaat een dergelijke entiteit heeft ingesteld, daarmee rekening worden gehouden bij de beoordeling van de functionele scheiding. In casu is de DCNS een afdeling van ANA en zijn het personeel en de bureaus van ANA. Bovendien beheert,

32 — Met uitzondering van het argument betreffende de privatisering van ANA, genoemd in punt 33 van deze conclusie, dat evenwel niet verklaart waarom ANA de coördinatie na haar privatisering blijft verzekeren.

33 — Zie artikel 4, leden 5 tot en met 8, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd.

overeenkomstig de artikelen 405 en 406 van de Portugese wet op de handelsvennootschappen, de raad van bestuur van ANA, daar deze een naamloze vennootschap is, de activiteiten van de vennootschap, met inbegrip van die van de DCNS. De DCNS en ANA kunnen volgens de Commissie dus niet functioneel los van elkaar staan.

72. Door enkel een functionele scheiding van de activiteiten te vereisen, vereist verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, volgens mij geen juridische scheiding, dat wil zeggen dat die verordening het aan de lidstaten laat om te beslissen of zij voor de coördinatorfunctie een aparte juridische entiteit in het leven willen roepen. Ik zal hieronder kort op dit punt ingaan, alvorens, naar analogie met de rechtspraak van het Hof op andere gebieden, beoordelingscriteria voor de functionele afscheiding voor te stellen. Vervolgens zal ik het onafhankelijke financieringssysteem onderzoeken, dat uitdrukkelijk is voorzien in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, teneinde te bepalen of het moet worden gezien als een criterium voor de functionele scheiding dan wel als een zelfstandig vereiste.

a) Oprichting van een aparte juridische entiteit

73. Het lijkt mij niet betwistbaar dat artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, de lidstaten niet verplicht een aparte juridische entiteit op te richten die belast wordt met de toewijzing van slots.

74. Indien het de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest de oprichting van een aparte juridische entiteit verplicht te stellen, dan had hij dat uitdrukkelijk vermeld, zoals hij dit op andere gebieden heeft gedaan.³⁴ Bovendien is het door de Commissie in het kader van voorbereidende werkzaamheden voor verordening nr. 793/2004 geformuleerde voorstel van een „institutionele scheiding” tussen de coördinator en de belanghebbende partijen³⁵, niet aanvaard.

75. Voor het overige betoogt de Commissie niet, zoals gezien, dat de coördinator een aparte juridische entiteit moet zijn. Dat is ook haar standpunt in de mededeling van 2008.³⁶

34 — Zie met name richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering (PB L 75, blz. 29), waarvan artikel 14, lid 2, vereist dat de infrastructuurbeheerder „in *juridisch* of organisatorisch opzicht, of wat de besluitvorming betreft, onafhankelijk is van een spoorwegonderneming” (cursivering van mij). In een zaak waarin het ging om de onafhankelijkheid van de instantie belast met infrastructuurcapaciteitstoeiwijzing voor spoorwegtrajecten, de Direction des circulations ferroviaires, heeft het Hof geoordeeld dat de Franse regeling niet verzekerde dat deze instantie juridisch en organisatorisch onafhankelijk was, omdat zij een afdeling van een spoorwegonderneming was, de Société nationale des chemins de fer français. Het Hof heeft tevens opgemerkt dat deze instantie „geen eigen rechtspersoonlijkheid, los van [de Société nationale des chemins de fer français]” had (arrest Commissie/Frankrijk, C-625/10, EU:C:2013:243, punt 52).

Zie tevens richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), waarin artikel 3, lid 2, bepaalt dat „de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties [waarborgen] door ervoor te zorgen dat zij *juridisch* gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden” (cursivering van mij).

Zie tevens richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37), waarvan artikel 10, lid 1, bepaalt: „Wanneer de transmissiebeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd elektriciteitsbedrijf moet hij *althans met betrekking tot zijn rechtsvorm*, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk zijn van andere, niet met transmissie verband houdende activiteiten” (cursivering van mij).

35 — Voorstel voor een verordening COM(2001) 335 definitief van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2001 houdende wijziging van verordening nr. 95/93, ingediend door de Commissie op 22 juni 2001 (PB C 270, blz. 131). Zie artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, dat bepaalt dat de lidstaat ervoor zorgt dat „op een gecoördineerde luchthaven de de facto onafhankelijkheid van de coördinator bovendien gewaarborgd is doordat de coördinator *institutioneel* en financieel losstaat van elke belanghebbende partij” (cursivering van mij).

36 — Zie punt 9 van deze conclusie. De mededeling van 2008 omschrijft de functionele scheiding aldus dat deze „onder meer” betekent dat de coördinator „autonoom moet optreden” ten opzichte van de beheerder, van de luchtvaartmaatschappijen of van de op de betrokken luchthaven actieve dienstverleners, dat hij „geen instructies mag krijgen [van hen], noch aan deze partijen dient te rapporteren”, maar nergens is sprake van de oprichting van een afzonderlijke juridische entiteit.

76. Voor de vaststelling of de Portugese Republiek de krachtens artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, doet het dus niet ter zake dat zij de DCNS geen rechtspersoonlijkheid heeft gegeven.³⁷

b) Criteria voor de functionele scheiding

77. Om te bepalen wat de criteria voor de functionele scheiding zijn, lijkt mij de rechtspraak over artikel 28, lid 1, van richtlijn 95/46³⁸ enkele nuttige aanwijzingen te kunnen bieden voor de onderhavige zaak. Tot de criteria die het Hof in aanmerking heeft genomen om te bepalen of de nationale toezichthoudende autoriteit volledig onafhankelijk functioneert in de zin van artikel 28, lid 1, van richtlijn 95/46, behoren instructies van een derde (de Staat) die de nationale toezichthoudende autoriteit binden³⁹, de hiërarchische band tussen het personeel van de toezichthoudende autoriteit en de Staat, waardoor de Staat de activiteiten van dat personeel kan controleren en in voorkomend geval bevordering kan belemmeren⁴⁰, de omstandigheid dat het personeel van de nationale toezichthoudende autoriteit volledig bestaat uit federale ambtenaren, dat wil zeggen dat zij verstrengeld is met de federale overheid⁴¹ en de mogelijkheid om voortijdig een einde te maken aan het mandaat van de nationale toezichthoudende autoriteit⁴².

78. Het Hof heeft soortgelijke criteria aanvaard om te beoordelen of de eenheid die was belast met de goedkeuring van telecommunicatie-eindapparatuur, „onafhankelijk” was, zoals artikel 6 van richtlijn 88/301 vereist⁴³ (personeel dat bestaat uit leden van de belanghebbende derde)⁴⁴, of om te beoordelen of de autoriteit die is belast met het geven van een mening over de milieugevolgen van een plan, voldeed aan het vereiste van een „functionele scheiding” (eigen administratieve middelen en personeel van de autoriteit)⁴⁵.

79. De in de punten 77 en 78 van deze conclusie genoemde criteria lijken me te kunnen worden toegepast op de beoordeling van de functionele scheiding van de coördinator, als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd. Ik zie niet goed in hoe immers de coördinator onafhankelijk zou kunnen zijn indien hij van een belanghebbende partij instructies

37 — Het is waar dat het Hof artikel 6 van richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur (hierna: „richtlijn 88/301”) (PB L 131, blz. 73), waarin was bepaald dat de goedkeuring van telecommunicatie-eindapparatuur wordt uitgevoerd „door een eenheid die onafhankelijk is” van de particuliere en overheidsondernemingen die goederen en/of diensten op telecommunicatiegebied aanbieden, aldus heeft uitgelegd dat het verbod dat de afgifte van een dergelijke goedkeuring werd opgedragen aan een directie van het ministerie post en telecommunicatie, omdat dit ministerie tevens is belast, met name, met de exploitatie van het net (arrest Taillandier, C-92/91, EU:C:1993:854, punt 15). Naast het feit dat deze bepaling verwijst naar een „eenheid” die onafhankelijk is, daar waar artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, enkel bepaalt dat de coördinator „onafhankelijk is”, zou een dergelijke uitlegging echter indruisen tegen de in punt 74 van deze conclusie genoemde voorbereidende werkzaamheden voor verordening nr. 793/2004.

38 — Zie punt 62 van deze conclusie. Deze bepaling vereist weliswaar niet, anders dan artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, dat de autoriteiten die toezicht houden op de verwerking van persoonsgegevens functioneel gescheiden zijn, doch zij verwijst naar de vervulling „in volledige onafhankelijkheid” van de hun opgedragen taken door deze autoriteiten en is dus vergelijkbaar met artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, volgens hetwelk de functionele scheiding van de coördinator slechts een middel is om zijn onafhankelijkheid te verzekeren. De lidstaat moet er immers voor zorgen dat de coördinator „onafhankelijk is *doordat* deze functioneel losstaat van elke belanghebbende partij” (cursivering van mij).

39 — Arresten Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631, punt 42, en Commissie/Hongarije, C-288/12, EU:C:2014:237, punt 52.

40 — Arrest Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631, punten 48-51.

41 — Arrest Commissie/Oostenrijk, C-614/10, EU:C:2012:631, punt 61.

42 — Arrest Commissie/Hongarije, C-288/12, EU:C:2014:237, punt 55.

43 — Zie voetnoot 37 van deze conclusie.

44 — Arrest Tranchant, C-91/94, EU:C:1995:374, waarin in punt 21 is vastgesteld dat de directeur van het laboratorium dat was belast met het verrichten van tests voorafgaande aan de goedkeuring van telecommunicatie-eindapparatuur, een personeelslid van France Télécom was.

45 — Artikel 6, lid 3, van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (PB L 197, blz. 30) bepaalt dat de lidstaten de instanties aanwijzen die moeten worden geraadpleegd over de milieueffecten van bepaalde plannen en programma's. Hoewel deze bepaling niet vereist dat deze autoriteiten onafhankelijk zijn of dat zij functioneel losstaan van de partijen die deze plannen opstellen, heeft het Hof een dergelijk vereiste in het leven geroepen. Het heeft geoordeeld dat indien volgens de nationale regeling van een lidstaat eenzelfde autoriteit is belast zowel met het opstellen van een plan als met het geven van haar mening over de milieugevolgen ervan, binnen die autoriteit een „functionele scheiding” moet worden gecreëerd. Het Hof heeft deze functionele scheiding aldus omschreven dat deze „met name inhoudt dat [de betrokken entiteit] beschikt over eigen administratieve middelen en personeel” (arrest Seaport (NI) e.a., C-474/10, EU:C:2011:681, punt 42).

ontvangt die hem binden, indien hij niet over eigen personeel beschikt, of indien er een hiërarchische verhouding tussen dat personeel en een belanghebbende partij bestaat. Andere criteria dienen in aanmerking te worden genomen, met name de omstandigheid, in voorkomend geval, dat de coördinator rechtspersoonlijkheid bezit. Zoals de Commissie betoogt stelt verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, het in het leven roepen van een afzonderlijke juridische entiteit weliswaar niet verplicht, maar is een dergelijk gegeven wel relevant voor de beoordeling van de onafhankelijkheid van de coördinator.

c) Onafhankelijk financieringsstelsel

80. Wat het onafhankelijke financieringsstelsel betreft, dat uitdrukkelijk is voorzien in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, rijst de vraag of dit een criterium is voor de beoordeling of de coördinator functioneel losstaat, dan wel een zelfstandige voorwaarde die bovenop die van de functionele scheiding komt.

81. Indien het onafhankelijke financieringsstelsel zou moeten worden gezien als een zelfstandige voorwaarde, dan zou moeten worden vastgesteld dat artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, is geschonden zodra de coördinator niet financieel onafhankelijk is, ook al voldoet hij aan het vereiste dat hij functioneel losstaat van de belanghebbende partijen, als omschreven aan de hand van de in de punten 77 tot en met 79 van deze conclusie samengevatte criteria. Indien de onafhankelijke financiering daarentegen enkel een van de criteria voor de functionele scheiding is, dan kan schending van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, niet worden aangetoond louter op grond dat de coördinator niet financieel onafhankelijk is.

82. Naar mijn mening moet het bestaan van een onafhankelijk financieringssysteem worden gezien als enkel een criterium voor de functionele scheiding van de coördinator.

83. De twee zinnen van artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, zijn immers door geen enkel nevenschikkend voegwoord verbonden. Niets in de letterlijke bewoordingen van dit artikel suggereert dus dat de tweede zin, waarin het vereiste van een onafhankelijk financieringssysteem is geformuleerd, bovenop de eerste komt, waarin aan de lidstaten de verplichting wordt opgelegd ervoor te zorgen dat de coördinator losstaat van de belanghebbende partijen.

84. Voorts merk ik op dat de Commissie in het kader van de voorbereidende werkzaamheden voor verordening nr. 793/2004 had voorgesteld artikel 4, lid 2, van verordening nr. 95/93 aldus te wijzigen dat daarin werd bepaald dat „de de facto onafhankelijkheid van de coördinator bovendien gewaarborgd is doordat de coördinator institutioneel *en financieel* losstaat van elke belanghebbende partij” en dat de lidstaat ervoor zorgt „dat er voldoende middelen beschikbaar worden gesteld op zodanige wijze dat de financiering van de coördinatieactiviteiten geen afbreuk kan doen aan de onafhankelijkheid van de coördinator”.⁴⁶ Het Economisch en Sociaal Comité had beklemtoond dat de „lidstaten de coördinatoren een vergoeding [moeten] bieden zodat dezen hun taken ongehinderd volgens de coördinatieprincipes kunnen vervullen”.⁴⁷ Deze voorstellen zijn echter niet aanvaard. Artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, bepaalt immers niet dat de onkosten van de coördinator aan hem worden vergoed („een vergoeding wordt geboden”, volgens de uitdrukking van het Economisch en Sociaal Comité) en nog minder dat hij over een eigen budget beschikt.

46 — Zie voetnoot 35 van deze conclusie. (Cursivering van mij).

47 — Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het „Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad houdende wijziging van verordening [nr. 95/93]” (PB C 125, blz. 8), punten 4.5.2.1 en 5.2.

85. Uit de voorbereidende werkzaamheden blijkt dus dat de lidstaten niet verplicht zijn om aan de coördinator voldoende middelen ter beschikking te stellen om zijn functioneringskosten te dekken. Zij zijn naar het mij voorkomt evenmin verplicht hem een *afzonderlijk* budget te geven omdat de Uniewetgever heeft geweigerd te vereisen dat de coördinator financieel *losstaat*. In die omstandigheden zou het mijns inziens incoherent zijn te menen dat het onafhankelijke financieringssysteem een zelfstandige voorwaarde is, omdat de lidstaten een aanzienlijke speelruimte behouden met betrekking tot de middelen om een dergelijke financiering te verzekeren. Deze speelruimte gaat met name zo ver dat het hun is toegestaan de coördinator geen toereikende middelen te geven om zijn functioneringskosten te dekken, hoewel dit een *conditio sine qua non* voor zijn financiële onafhankelijkheid lijkt.

86. Ik beklemtoon hierbij dat de mededeling van 2008, waarin wordt verwezen naar het voeren van een afzonderlijke boekhouding door de coördinator alsmede naar een afzonderlijke begroting en naar de diversificatie van de financieringsbronnen⁴⁸, beslist niet kan worden geacht dergelijke verplichtingen op te leggen aan de lidstaten. Verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, heeft als rechtsgrondslag immers artikel 84, lid 2, van het Verdrag tot oprichting van de van de Europese Economische Gemeenschap, dat de Raad de bevoegdheid verleende om bij gekwalificeerde meerderheid van stemmen bepalingen op het gebied van de luchtvaart vast te stellen. Alleen de Raad was dus bevoegd om de lidstaten verplichtingen op te leggen die niet in verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, waren vervat, en niet de Commissie middels een mededeling.

87. Overigens lijkt me dit niet de bedoeling te zijn geweest van de Commissie. De mededeling van 2008 preciseert in de inleiding immers dat het doel ervan enkel is „het standpunt van de Commissie [...] toe te lichten”⁴⁹. Bovendien verwijst de Commissie [bijvoorbeeld in de Franse taalversie van die mededeling] in de voorwaardelijke wijs naar het voeren van een afzonderlijke boekhouding door de coördinator alsmede naar een afzonderlijke begroting en naar financiering door verscheidene partijen.⁵⁰

88. Ten slotte merk ik op dat de mededeling van 2008 niet in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend is gemaakt, dat zij vier jaar na verordening nr. 793/2004 is vastgesteld en dat, hoewel de Commissie op 1 december 2011 een voorstel heeft ingediend waarin de inhoud van de mededeling van 2008 gedeeltelijk is overgenomen, dit voorstel tot op heden niet tot een wijziging van verordening nr. 95/93 heeft geleid.⁵¹

89. De Commissie kan dus niet zinnig steunen op de mededeling van 2008 om aan te tonen dat de Portugese Republiek de op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.⁵²

48 — Zie punt 9 van deze conclusie.

49 — Zie de inleiding van de mededeling van 2008, blz. 3. Zie tevens de conclusies van de mededeling van 2008, blz. 8, die vermelden dat de Commissie „in het licht van dit toezicht zal [...] nagaan of het nodig is een voorstel tot wijziging van de verordening in te dienen”.

50 — Zie de mededeling van 2008, punt 1, blz. 4: „[...] *il conviendrait* donc que le coördinator tienne des comptabilités séparées et gère des budgets distincts, et que le financement de ses activités ne dépende pas uniquement du gestionnaire de l’aéroport, d’un prestataire de services ou d’un seul transporteur aérien” (cursivering van mij) [NvdV: in het Nederlands wordt hier geen voorwaardelijke wijs gebruikt:] „De coördinator moet daarom een afzonderlijke boekhouding en begroting voeren en mag voor de financiering van zijn activiteiten niet afhankelijk zijn van enkel het beheersorgaan van de luchthaven, een dienstverlener of één luchtvaartmaatschappij”.

51 — Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van slots op luchthavens in de Europese Unie (Herschikking), van 1 december 2011 [COM(2011) 827 definitief]. Het voorstel van de Commissie voegt een nieuwe alinea in in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd [nadien artikel 5, lid 3, onder c)]:

„De bij punt c) voorziene financiering wordt gewaarborgd door de luchtvervoerder[s] die actief zijn op de gecoördineerde luchthavens en door de luchthaven[s], zodat de financiële last evenredig wordt verdeeld over alle belanghebbende partijen en vermeden wordt dat de financiering hoofdzakelijk afhankelijk is van één belanghebbende partij. De lidstaten zien erop toe dat de coördinator permanent beschikt over de nodige financiële, personele, technische en materiële middelen en over de deskundigheid om zijn activiteiten uit te voeren.”

52 — Zie in dat verband de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Commissie/Duitsland, C-556/10, EU:C:2012:528, punt 60, en arrest Commissie/Duitsland, C-556/10, EU:C:2013:116, punt 62.

d) Toepassing op het onderhavige geval

90. Mijns inziens heeft de Commissie niet bewezen dat de DCNS functioneel losstaat van ANA.

91. De omstandigheid dat de DCNS een afdeling van ANA is, en niet een afzonderlijke entiteit met rechtspersoonlijkheid, pleit inderdaad niet voor haar onafhankelijkheid. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat de DCNS volledig door ANA wordt gefinancierd, omdat de heffing voor de toewijzing van slots, als bedoeld in artikel 11 van wetsdecreet nr. 109/2008, niet is ingesteld, en voor de omstandigheid dat haar begroting wordt goedgekeurd door ANA.

92. Deze twee elementen moeten evenwel worden afgewogen tegen de omstandigheid dat de DCNS over eigen personeel beschikt en dat de Commissie niet heeft aangetoond dat ANA de mogelijkheid heeft zich in de toewijzing van de slots te mengen.

93. Ten eerste betwist de Commissie niet dat de DCNS eigen personeel heeft, dat zich uitsluitend bezighoudt met de activiteiten in verband met de toewijzing van slots. Zij voert geen enkel gegeven aan ten bewijze dat er een hiërarchisch verband zou bestaan tussen het personeel van de DCNS en dat van ANA, bijvoorbeeld dat het bestuur van ANA zou beslissen over de bevordering van het personeel van de DCNS of daaraan sancties zou kunnen opleggen. Het enige argument dat de Commissie in dit verband formuleert, betreft het ontbreken van een „Chinese muur” tussen de DCNS en ANA, dat wil zeggen een interne organisatie binnen ANA waardoor wordt belet dat vertrouwelijke informatie tussen de DCNS en de andere afdelingen van ANA circuleert. Dat argument is niet overtuigend; ik zie niet goed in hoe het vereiste van een „Chinese muur” zou kunnen worden afgeleid uit artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, dat geen enkele verwijzing naar het personeel van de coördinator bevat.

94. Ten tweede heeft de Commissie niet aangetoond dat ANA instructies kan geven aan de DCNS. Zij kan zich daartoe niet beperken tot algemene overwegingen betreffende het Portugese vennootschapsrecht, volgens welke de raad van bestuur van een naamloze vennootschap, zoals ANA, de activiteiten van de vennootschap beheert, de afdelingen daaronder begrepen, en het jaarverslag en de jaarrekeningen van de vennootschap onderzoekt, met inbegrip van de afzonderlijke boekhouding van de DCNS. Het betoog dat er geen functionele scheiding is tussen de DCNS en ANA omdat de raad van bestuur van ANA de activiteiten van de vennootschap beheert, komt volgens mij in werkelijkheid neer op het betoog dat er geen functionele scheiding is omdat de DCNS een afdeling van de naamloze vennootschap ANA is. Aangezien evenwel artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, de lidstaten niet verplicht een juridische scheiding tussen de coördinator en de belanghebbende partijen tot stand te brengen, maar enkel een functionele scheiding, kan de redenering van de Commissie niet slagen.⁵³

95. Ik merk in dit verband op dat de Commissie zich niet over het besluitvormingsproces van de DCNS heeft gebogen, en niet heeft getracht te achterhalen of de bestuursorganen van die afdeling vóór de vaststelling van besluiten de bestuursorganen van ANA informeerden en raadpleegden, en of zij van ANA over individuele gevallen instructies, louter algemene aanwijzingen dan wel in het geheel geen richtsnoeren van haar ontvingen. Een dergelijk onderzoek was des te meer noodzakelijk nu de Portugese Republiek in haar verweerschrift en in dupliek stelt dat de besluiten van de DCNS niet zijn onderworpen aan beoordeling of goedkeuring van de raad van bestuur van ANA.

96. Ten derde is niet betwist dat de DCNS een gescheiden boekhouding voert. Artikel 5, lid 2, van wetsdecreet nr. 109/2008 bepaalt dit uitdrukkelijk.⁵⁴

53 — Zie in dat verband arrest Commissie/Frankrijk, C-625/10, EU:C:2013:243, punt 67.

54 — Zie punt 13 van deze conclusie.

97. Wat de omstandigheid betreft dat de Portugese Republiek bij de privatisering van ANA had aangekondigd dat een onafhankelijke entiteit in het leven zou worden geroepen die belast zou zijn met de toewijzing van slots, merk ik op, in de eerste plaats, dat het besluit om ANA te privatiseren slechts één maand vóór het met redenen omklede advies was genomen⁵⁵ en dat de privatisering één maand na dat met redenen omklede advies tot stand lijkt te zijn gekomen⁵⁶, en, in de tweede plaats, dat indien de Portugese Staat de coördinatie-activiteit niet wenst te delegeren aan een particuliere onderneming, hetgeen verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, hem niet verbiedt, hij genoopt is daartoe een nieuwe entiteit in het leven te roepen wanneer hij de beheerder, waarvan de coördinator een afdeling is, privatiseert.

98. Ten slotte kon de Portugese Republiek, toen haar ter terechtzitting daarover vragen werden gesteld, weliswaar niet preciseren volgens welke procedure en op welke wijze de coördinator wordt benoemd, doch – naast het feit dat de Commissie noch in haar verzoekschrift noch in replek op dit punt is ingegaan – beklemtoon ik dat deze elementen onder artikel 4, lid 1, van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, vallen, dat de lidstaten verplicht erop toe te zien dat een gekwalificeerde persoon als coördinator wordt benoemd, en niet onder artikel 4, lid 2, ervan. De Commissie verwijt de Portugese Republiek echter alleen de krachtens lid 2 op haar rustende verplichtingen niet te zijn nagekomen; zij noemt nergens lid 1.

99. Bijgevolg heeft de Commissie niet bewezen dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 4, lid 2, onder b), van verordening nr. 95/93, zoals gewijzigd, op haar rustende verplichting om ervoor te zorgen dat de coördinator onafhankelijk is van de beheerder van de gecoördineerde luchthavens, niet is nagekomen.

VI – Conclusie

100. Op basis van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- 1) de verzoeken van de Portugese Republiek dat het Hof verklaart dat de huidige coördinator voldoet aan de vereisten voor functionele onafhankelijkheid als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder b), van verordening (EEG) nr. 95/93 van de Raad van 18 januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 793/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, en dat de Portugese Republiek de krachtens het Unierecht op haar rustende verplichtingen nakomt, niet-ontvankelijk te verklaren;
- 2) het beroep te verwerpen, en
- 3) de Europese Commissie te verwijzen in de kosten.

55 — Het besluit om ANA te privatiseren is vastgesteld op 28 december 2012, en het met redenen omklede advies op 25 januari 2013. Zie de punten 15 en 20 van deze conclusie.

56 — Volgens de Commissie heeft de overdracht plaatsgevonden op 21 februari 2013.