



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 17 september 2015¹

Mål C-205/14

**Europeiska kommissionen
mot**

Republiken Portugal

”Fördragsbrott — Luftfart — Förordning (EEG) nr 95/93 — Fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser — Artikel 4.2 b — Samordnarens oberoende — Begreppet berörd part — Ledningsorgan vid en flygplats — Funktionell åtskillnad — System för finansieringen”

1. Kommissionen har i förevarande mål med stöd av artikel 258 andra stycket FEUF yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i rådets förordning (EEG) nr 95/93 den 18 januari 1993 om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser² (nedan kallad förordning nr 95/93), genom att inte säkerställa att samordnanden för ankomst- och avgångstiderna är funktionellt och finansiellt oberoende.

2. När en flygplats i en medlemsstat är överbelastad, det vill säga när flygplatsens kapacitet är otillräcklig till den grad att det är oundvikligt med kraftiga förseningar, ska medlemsstaten enligt förordning nr 95/93 ge denna flygplats status som ”samordnad” flygplats. En samordnad flygplats är en flygplats där lufttrafikföretag inte får starta eller landa om de inte har tilldelats en ankomst- eller avgångstid. Ankomst- och avgångstid utgör nämligen ett tillstånd att använda hela flygplatsens infrastruktur som är nödvändig för start eller landning, på bestämd dag och tidpunkt.

3. Den medlemsstat som är ansvarig för en samordnad flygplats utser en fysisk eller juridisk person till ”samordnare”. Samordnaren tilldelar ankomst- och avgångstider till lufttrafikföretagen och övervakar i samarbete med ledningsorganet vid flygplatsen att lufttrafikföretagen iakttar de ankomst- och avgångstider som de tilldelats. Enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 ska medlemsstaten se till att samordnaren är funktionellt och finansiellt oberoende.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 14, s. 1.

4. I förevarande mål har kommissionen gjort gällande att Republiken Portugal inte har säkerställt samordnarens oberoende. Domstolen har förvisso redan uttalat sig om oberoendet hos andra nationella myndigheter som har i uppdrag att genomföra unionsrätten i medlemsstaterna, såsom den myndighet som ansvarar för förvaltningen av järnvägsinfrastrukturen³ eller tillsynsmyndigheten för behandlingen av personuppgifter⁴. Domstolen har däremot aldrig yttrat sig om en flygplatssamordnarens oberoende. Detta innebär därmed att domstolen ges tillfälle att yttra sig över vilka förutsättningar som krävs för att en samordnare vid en flygplats kan anses som oberoende.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

5. I andra skälet i förordning nr 95/93 anges att "[f]ördelningen av ankomst- och avgångstider vid överbelastade flygplatser bör baseras på neutrala, genomblickbara och ickediskriminerande regler".

6. I femte skälet i förordning nr 95/93 preciseras att "[d]en medlemsstat som är ansvarig för den samordnade flygplatsen skall säkerställa att en samordnare utses, vars neutralitet är oomstridd".

7. I dess originalversion föreskrevs i artikel 4.2 i förordning nr 95/93 att "[m]edlemsstaten [skulle] se till att samordnaren [fullgjorde] sitt uppdrag enligt denna förordning på ett oberoende sätt".

8. Förordning nr 95/93 ändrades genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 793/2004 av den 21 april 2004 om ändring av rådets förordning (EEG) nr 95/93⁵. För att öka läsbarheten hänvisar jag i fortsättningen till förordning nr 95/93, i dess lydelse enligt förordning nr 793/2004 som förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.

9. Artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse att "[e]n medlemsstat som ansvarar för en tidtabellsanpassad eller samordnad flygplats skall se till att ... b) samordnaren är oberoende vid samordnade flygplatser genom att samordnaren är funktionellt åtskild från enskilda berörda parter. Systemet för finansiering av samordnarens verksamhet skall vara så inrättat att samordnarens oberoende ställning tryggas, ..." I skäl 6 i förordning nr 739/2004 motiveras ändringen på följande sätt:

"Samordnaren vid samordnade flygplatser har en central betydelse för samordningen. Samordnarna bör därför vara helt oberoende, och deras ansvarsområden bör anges i detalj."

3 — Dom kommissionen/Österrike, C-555/10, EU:C:2013:115, dom kommissionen/Tyskland, C-556/10, EU:C:2013:116, dom kommissionen/Frankrike, C-625/10, EU:C:2013:243, dom kommissionen/Slovenien, C-627/10, EU:C:2013:511, dom kommissionen/Luxemburg, C-412/11, EU:C:2013:462 och dom kommissionen/Italien, C-369/11, EU:C:2013:636.

4 — Dom kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2010:125, dom kommissionen/Österrike, C-614/10, EU:C:2012:631, och dom kommissionen/Ungern, C-288/12, EU:C:2014:237.

5 — EUT L 138, 2004, s. 50.

10. I meddelandet från kommissionen av den 30 april 2008 till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén om tillämpningen av förordning (EEG) 95/93 om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser⁶ (nedan kallat 2008 års meddelande), preciseras innebörden i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93. I punkt 1 tredje och fjärde stycket anges följande:

”Kommissionen anser att funktionell åtskillnad bland annat innebär att samordnaren bör agera oberoende av, inte ta instruktioner från eller ha någon skyldighet att rapportera tillbaka till flygplatsens ledningsenhet, en tillhandahållare av tjänster eller något lufttrafikföretag som bedriver flygtrafik från den berörda flygplatsen.

Kommissionen anser vidare att systemet för finansiering av samordnarens verksamhet bör utformas så att samordnaren är finansiellt oberoende av alla enskilda parter som är direkt berörda av, eller har något intresse av, samordnarens verksamhet. Samordnaren bör därför föra separata räkenskaper och budgetar och inte enbart vara beroende av flygplatsens ledningsenhet, en tillhandahållare av tjänster eller ett enskilt lufttrafikföretag för finansieringen av sin verksamhet.”

B – Portugisisk rätt

11. I artikel 3.1 i lagdekret nr 109/2008 av den 26 juni 2008⁷ (nedan kallat lagdekret nr 109/2008) ges flygplatserna i Lissabon, Porto och Madeira status som samordnade flygplatser. I artikel 3.2 i samma lagdekret ges flygplatsen i Faro (Portugal) status samordnad flygplats, men endast mellan den sista söndagen i mars och den sista lördagen i oktober.

12. I artikel 1.2 i lagdekret nr 109/2008 utses Aeroportos de Portugal, S.A. (nedan kallad ANA) till nationell samordnare.

13. Artikel 5 i lagdekret nr 109/2008 avser samordnarens oberoende. I bestämmelsen föreskrivs följande:

”1. [ANA] ska, i utövandet av sitt uppdrag som tidtabellsanpassare och nationell samordnare av fördelningen av ankomst- och avgångstider, genom en lämplig uppdelning, säkerställa att denna verksamhet är oberoende i förhållande till verksamheten som ledningsorgan.

2. Vid tillämpningen av föregående punkt, ska [ANA] säkerställa detta oberoende, åtminstone det funktionella oberoendet, och ha egna räkenskaper för den verksamhet som hänförs till samordningen av ankomst- och avgångstider, vilka noga ska skiljas från räkenskaperna från annan verksamhet.”

14. I artikel 11 i lagdekret nr 109/2008 föreskrivs att en avgift för tilldelning av ankomst- och avgångstider ska betalas till ANA. I artikel 11 föreskrivs följande:

”1. En avgift ska gälla för tjänsten avseende samordning och tilldelning av ankomst- och avgångstider. Avgiften ska tas ut per gång, samtidigt som den avgift som gäller för start och landning, och den ska fastställas genom förordning meddelad av den minister som ansvarar för civilflyget.

. . . .

3. Den avgift som avses i punkt 2 utgör en intäkt för [ANA].”

6 – KOM(2008) 227 slutlig.

7 – *Diário da República*, första serien, nr 122 av den 26 juni 2008, s. 3965.

II – Det administrativa förfarandet

15. ANA bildades som ett offentligt företag år 1979. ANA omvandlades sedan till ett aktiebolag genom lagdekret nr 404/98 av den 18 december 1998 och tilldelades koncessionen för tillhandahållande av offentliga tjänster till stöd för den civila luftfarten på flygplatserna i Lissabon, Porto, Madeira och Faro, för en period på 40 år. Genom beslut av det portugisiska ministerrådet den 28 december 2012⁸, privatiserades ANA. Staten överlät hela ANA:s kapital till Vinci-Concessions SAS.

16. Efter det att ANA genom lagdekret nr 109/2008 utsågs till samordnare för flygplatserna i Lissabon, Porto, Madeira och Faro, bildade ANA en avdelning inom bolaget som ansvarade för samordningen, *Divisão de Coordenação Nacional de Slots* (nedan kallad DCNS).

17. Kommissionen ifrågasatte om DCNS, som utövar funktionen som samordnare på dessa fyra flygplatser, var oberoende i förhållande till ANA, inom vilken DCNS är en avdelning och som är det organ som förvaltar dessa flygplatser. Kommissionen begärde således den 19 juli 2010, den 4 oktober 2010 och den 14 april 2011 att Republiken Portugal skulle lämna information i detta avseende. Republiken Portugal besvarade dessa kommissionen genom skrivelser den 28 augusti 2010, den 28 oktober 2010 och den 28 april 2011.

18. Genom skrivelse av den 30 april 2012, skickade kommissionen en formell underrättelse till Republiken Portugal. I skrivelsen gjorde kommissionen gällande att Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Enligt kommissionen var inte DCNS och ANA funktionellt åtskilda, i den mening som avses i led b i artikeln, eftersom DCNS utgjorde en avdelning inom ANA. Dessutom vara inte DCNS finansiering inrättat på ett sådant sätt att dess oberoende ställning säkerställdes. En sådan oberoende ställning kunde nämligen endast tryggas genom att DCNS förde sina egna räkenskaper och hade sin egen budget. DCNS finansierades emellertid helt och hållet av ANA, eftersom den avgift för tilldelning av ankomst- och avgångstider som föreskrivs i artikel 11 i lagdekret nr 109/2008 aldrig infördes.

19. Genom skrivelse av den 19 juli 2012 yttrade sig Republiken Portugal över den formella underrättelsen.

20. Den 25 januari 2013 sände kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Portugal för att ha åsidosatt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Kommissionen ansåg att det inte fanns någon funktionell åtskillnad mellan DCNS och ANA, eftersom personalen som arbetade på DCNS kom från ANA och DCNS inte verkade ha några egna lokaler. Vad gäller DCNS finansiella oberoende upprepade kommissionen att i och med att det sänkades avgifter för tilldelning av ankomst- och avgångstider hade ANA hittills stått för DCNS samtliga utgifter.

21. Genom skrivelse av den 27 mars 2013 yttrade sig Republiken Portugal över det motiverade yttrandet.

22. Eftersom kommissionen inte fann Republiken Portugals svar övertygande väckte den förevarande talan.

III – Kommissionens talan

23. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Portugal har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse genom att inte säkerställa samordnarens funktionella och finansiella oberoende.

⁸ — Beslut av det portugisiska ministerrådet nr 111-F/2012, *Diário da República*, första serien, nr 251, av den 28 december 2012.

24. Kommissionen har hävdad att artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse ska ges en vid tolkning med hänsyn till femte skälet i förordning nr 95/93, enligt vilken samordnarens "neutralitet" ska vara "oomstridd", och mot bakgrund av förordningens mål, som definieras i andra skälet i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, nämligen att fördela ankomst- och avgångstider i enlighet med "neutrala, genomblickbara och ickediskriminerande regler". Till stöd för detta har kommissionen hänvisat till den ändring av artikel 4 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse som genomfördes genom förordning nr 793/2004. Enligt denna ändring betonas, i skäl 6 i förordning nr 793/2004, att samordnaren ska vara "helt oberoende" och kravet på att "samordnaren" enbart skulle "fullgör[a] sitt uppdrag" enligt den aktuella lydelsen av artikel 4 "på ett oberoende sätt" ersätts följaktligen.

25. Vad gäller den funktionella åtskillnaden från enskilda berörda parter, vilken föreskrivs i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, har kommissionen hävdad att begreppet "berörda parter" ska ges en vid tolkning och omfatta såväl lufttrafikföretag som tjänsteleverantörer, statliga organ i medlemsstaterna och ledningsorganet vid de aktuella flygplatserna. Kommissionen har särskilt påpekat att ledningsorganet vid flygplatsen kan ha ett kommersiellt intresse av att flygplatsen blir centrum för ett visst lufttrafikföretag och att det således är absolut nödvändigt att förvaltaren är oberoende i förhållande till ledningsorganet. I förevarande fall har emellertid DCNS och ANA samma personal och samma lokaler. DCNS är alltså inte enligt kommissionen funktionellt åtskild från ANA. Genom att Republiken Portugal i sitt svar på den formella underrättelsen uppgav att den, efter privatiseringen av ANA, skulle inrätta en ny enhet med ansvar för samordning av ankomst- eller avgångstiderna och att förevarande enhet skulle göra det möjligt att säkerställa att samordnaren helt och hållet var oberoende, har denna medlemsstat enligt kommissionen själv medgett att samordnaren hittills inte har varit funktionellt oberoende.

26. Kommissionen anser, vad beträffar systemet för finansiering av samordnaren, att samordnaren, på så sätt som krävs enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, endast kan ha en oberoende ställning om samordnaren har separata räkenskaper samt separat budget och inte finansieras av en eller flera berörda parter. I förevarande fall finansieras emellertid DCNS helt och hållet av ANA som även godkänner DCNS budget. Enligt kommissionen är alltså inte DCNS i ett finansiellt hänseende oberoende i förhållande till ANA.

27. Kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att:

- Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse genom att inte säkerställa samordnarens oberoende. Kommissionen har också yrkat att
- Republiken Portugal ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

IV – Förfarandet vid domstolen

28. Republiken Portugal har i sitt svaromål gjort gällande att DCNS uppfyller kraven i artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.

29. Republiken Portugal har hävdad att ANA inte kan anses som en berörd part från vilken DCNS ska vara åtskild. Eftersom begreppet berörd part nämligen inte definieras i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, är det endast i en bedömning från fall till fall som det är möjligt att avgöra om en part ska kvalificeras som berörd part. Kommissionen har emellertid, enbart med hänsyn till ANA:s ställning som ledningsorgan vid flygplatserna, dragit slutsatsen att ANA var en berörd part och därigenom underlåtit att göra en sådan bedömning. ANA:s intresse är dessutom att få in så mycket flygplatsavgifter som möjligt. Bolagets intresse är således att så många lufttrafikföretag som möjligt tilldelas ankomst- eller avgångstider, och inte att DCNS favoriserar ett särskilt lufttrafikföretag. Det vore annorlunda om ANA ägde en andel i ett lufttrafikföretags kapital, vilket inte är fallet.

30. Även om ANA anses utgöra en berörd part, har inte Republiken Portugal åsidosatt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Det krävs nämligen inte enligt den bestämmelsen att samordnaren är en egen juridisk person i förhållande till ledningsorganet vid flygplatsen, utan endast att de är funktionellt åtskilda från varandra. DCNS och ANA är faktiskt funktionellt åtskilda, eftersom DCNS själv sköter samordningen av ankomst- eller avgångstider, utan instruktioner från ANA och utan att DCNS beslut måste godkännas av ANA:s styrelse, DCNS har en separat budget och förfogar över sin egen personal.

31. Vad gäller systemet för finansiering som ska vara inrättat på så sätt att samordnarens oberoende ställning säkerställs, vilket föreskrivs i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, har Republiken Portugal gjort gällande att det inte är fråga om ett villkor vars icke-iakttagande automatiskt leder till att bestämmelsen åsidosätts. Det ska endast ses som en av de omständigheter, för övrigt en sekundär omständighet, som ska beaktas för att avgöra om samordnaren är oberoende. Det går inte att dra slutsatsen att DCNS inte är oberoende på grund av den omständigheten att avgiften för tilldelning av ankomst- och avgångstider inte har införts.

32. Republiken Portugal har yrkat att domstolen ska fastställa att:

- samordnaren uppfyller kravet på funktionellt oberoende i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse,
- fastställa att Republiken Portugal uppfyller sina skyldigheter enligt tillämplig unionsrätt,
- ogilla talan och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

33. Kommissionen har i sin replik hävdad att det är i egenskap av ledningsorgan vid flygplatsen som ANA ska anses som berörd part, i den mening som avses i artikel 4.2 b i förordningen nr 95/93 i ändrad lydelse, utan att det är nödvändigt att avgöra huruvida bolaget i förevarande fall har ett intresse av att ett visst lufttrafikföretag istället för ett annat tilldelas ankomst- och avgångstider. Ledningsorganet vid en flygplats kan nämligen, enligt kommissionen, ha ett intresse av att ankomst- och avgångstider tilldelas dess avtalspartner, till exempel hyresgäster som hyr lokaler på flygplatsen eller vissa lufttrafikföretag. Kommissionen har i detta avseende påpekat att det är märkligt att DCNS fortsätter att bedriva verksamheten som samordnare efter det att ANA privatiserades, eftersom ANA inte tilldelades förevarande verksamhet inom ramen för koncessionen på offentliga tjänster och ANA således utövar verksamheten gratis.

34. Enligt kommissionen är inte DCNS och ANA funktionellt åtskilda från varandra. I och med att DCNS är en avdelning inom ANA, ska DCNS årsrapport och årsbokslut, i enlighet med artiklarna 405 och 406 i den portugisiska bolagslagen, granskas av ANA:s styrelse. Endast en "kinesisk mur" mellan DCNS och ANA skulle kunna säkerställa DCNS oberoende.

35. Den omständigheten att DCNS för sina separata räkenskaper innebär, enligt kommissionen, inte att finansieringen är så inrättad att DCNS oberoende ställning säkerställs. Alla avdelningar i ett bolag kan nämligen ha sådana separata räkenskaper som sedan omfattas av bolagets räkenskaper. Enligt kommissionen är det i förevarande fall ANA som betalar DCNS utgifter och uppbär dess fodringar, och ANA:s resultaträkning omfattar resultatet från DCNS räkenskapsår.

36. Kommissionen har slutligen framhållit att Republiken Portugals yrkanden att domstolen ska fastställa att DCNS uppfyller kravet på funktionellt oberoende och att Republiken Portugal uppfyller sina skyldigheter enligt unionsrätten, utgör ett genkärsmål som inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt inte föreskrivs något förfarande genom vilket domstolen konstaterar förenligheten med unionsrätten.

37. Republiken Portugal har i sin duplik understrukit att 2008 års meddelade, enligt vilken det bland annat krävs att samordnaren inte helt och hållet ska finansieras av ledningsorganet vid en flygplats, kompletterar texten i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Kommissionens meddelanden är emellertid inte bindande för medlemsstaterna. Vad gäller begreppet berörd part har Republiken Portugal vidhållit att i och med att kommissionen inte har gjort en bedömning i förevarande fall, har kommissionen endast visat att ANA i egenskap av ledningsorgan vid flygplatsen kan vara en berörd part, och inte att ANA faktiskt är det. Republiken Portugal har framhållit att fördelning av ankomst- och avgångstider är en teknisk verksamhet som inte är underställd ANA:s styrelse. Republiken Portugal har vidhållit sina två yrkanden som enligt kommissionen inte kan tas upp till sakprövning.

V – Bedömning

38. Innan jag tar ställning till målet i sak, ska jag pröva Republiken Portugals två första yrkanden, som enligt kommissionen inte kunde tas upp till sakprövning.

A – Huruvida Republiken Portugals två första yrkanden kan tas upp till sakprövning

39. Republiken Portugal har inte endast yrkat att talan ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, utan även att domstolen ska fastställa att ”den aktuella samordnaren i Portugal säkerställer att kraven på funktionellt oberoende i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse iakttas” och att ”Republiken Portugal uppfyller sina skyldigheter enligt tillämplig unionsrätt”. Republiken Portugal har i sin duplik preciserat att avsikten med det sista yrkandet är att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal uppfyller sina skyldigheter enligt förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.

40. Kommissionen har hävdats att dessa genkärsmål inte kan tas upp till sakprövning.

41. Enligt artikel 259 FEUF får en medlemsstat väcka talan om att domstolen ska konstatera att en annan medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt unionsrätten, men denna bestämmelse innebär inte att en medlemsstat får väcka talan om att domstolen ska konstatera att medlemsstaten *själv* inte har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter.

42. Det finns inte heller någon bestämmelse i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt som ger domstolen befogenhet att ta ställning genom positiv fastställelse. Om domstolen skulle ogilla förevarande talan, erkänner den att Republiken Portugal har uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, men Republiken Portugal kan inte framställa ett sådant yrkande.

43. Det spelar för övrigt ingen roll om Republiken Portugals genom sitt yrkande avser att visa att det är samordnarens eller Republiken Portugals handlande som är förenligt med förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Det är nämligen medlemsstaten som är ansvarig för underlåtenheten, även om det är ett statligt organ som ursprungligen är ansvarigt⁹, oavsett om det rör sig om en nationell lagstiftare, en nationell domstol eller, som i förevarande fall, en samordnare som ansvarar för ett uppdrag som är föreskrivet i lag (fördela ankomst- och avgångstider).

44. Följaktligen ska Republiken Portugals första och andra yrkande avvisas.

⁹ — Dom kommissionen/Belgien, 77/69, EU:C:1970:34, punkt 15.

B – Prövning i sak

45. I artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse föreskrivs att "samordnaren [ska vara] funktionellt åtskild från enskilda berörda parter". För att fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, ankommer det på kommissionen att dels visa att ANA är en berörd part, dels att DCNS inte är funktionellt åtskild från ANA. Jag ska behandla dessa två punkter i tur och ordning. Vid prövningen av den funktionella åtskillnaden ska det bedömas huruvida kravet på att "[s]ystemet för finansiering av samordnarens verksamhet skall vara så inrättat att samordnarens oberoende ställning tryggas", vilket föreskrivs i den andra meningen i artikel 4.2 b, ska ses som eget krav som är distinkt i förhållande till kravet på funktionell åtskillnad eller om finansiellt oberoende endast är en indikation på funktionell åtskillnad.

1. Begreppet berörda parter

46. Jag anser att det är svårt att bestrida att ledningsorganet vid en flygplats kan anses vara en berörd part.

47. I artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse föreskrivs nämligen att samordnaren ska vara funktionellt åtskild från "enskilda" berörda parter. Jag anser således att det inte endast är de parter som har ett direkt intresse av att tilldelas ankomst- och avgångstider, det vill säga de lufttrafikföretag som tilldelas dessa ankomst- och avgångstider, som kan anses som en berörd part, utan även de parter som har ett indirekt intresse av detta, som till exempel ledningsorganet vid en samordnad flygplats.

48. Artikel 4.8 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse ger stöd till denna ståndpunkt. I artikeln föreskrivs nämligen att samordnaren ska "se till att berörda parter, särskilt samordningskommitténs ledamöter ... får möjlighet ... att granska" information om begärda, fördelade och återstående tillgängliga ankomst- och avgångstider. Ledningsorganet¹⁰ ingår i samordningskommittén och ska därför ses som en berörd part.

49. För övrigt vill jag påpeka att Republiken Portugal inte har bestritt att ledningsorganet *kan* anses som en berörd part.

50. Svårigheten här är att avgöra vilken bevisbörda som åvilar kommissionen. Kommissionen har hävdatt att kvalificeringen som berörd part enbart är en följd av ställningen som ledningsorgan vid flygplatsen, medan Republiken Portugal har påstått att det inte går att dra slutsatsen att ett ledningsorgan är en berörd part enbart på grund av dess ställning som ledningsorgan och att ledningsorganets intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider ska bedömas från fall till fall.

51. För att avgöra om ledningsorganet ska antas vara en berörd part eller om det ankommer på kommissionen att visa att ledningsorganet i förevarande fall har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider, kommer jag först att undersöka vilket ekonomiskt intresse ett ledningsorgan kan ha i fördelningen av ankomst- och avgångstider, och därefter vilka slutsatser som kan dras vad gäller bevisningen av ett sådant intresse.

a) Ledningsorganets intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider

52. För det första anser jag att ledningsorganet kan ha ett intresse av att ett visst lufttrafikföretag gynnas vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider, om ledningsorganet äger en andel av lufttrafikföretagets kapital.

¹⁰ — Se artikel 5.1 i förordning nr 95/93.

53. För det andra kan ledningsorganet ha ett intresse av att de lufttrafikföretag som betalar de högsta flygplatsavgifterna gynnas vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider. De flygplatsavgifter, som Republiken Portugal syftade på men utan att närmare precisera deras syfte, är, enligt definitionen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/12/EG av den 11 mars 2009 om flygplatsavgifter¹¹ (nedan kallat direktiv 2009/12), en avgift som lufttrafikföretag betalar till ledningsorganet för utnyttjandet av tjänster som endast ledningsorganet kan tillhandahålla, nämligen tillhandahållande av flygplatsanläggningar och tjänster som bland annat avser flygplanens start och landning.¹² Enligt direktivet är det emellertid förbjudet att tillämpa diskriminerande avgifter, men det är tillåtet att variera kvaliteten på och omfattningen av enskilda flygplatstjänster och att differentiera nivån på flygplatsavgifterna utifrån kvaliteten på och omfattningen av dessa tjänster.¹³ Ledningsorganet skulle således kunna ha ett intresse av att det lufttrafikföretag till vilket det tillhandahåller den bästa tjänsten, till exempel genom att tillhandahålla en hel terminal¹⁴, och från vilken ledningsorganet följaktligen erhåller den högsta avgiften, gynnas vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider.

54. Jag är inte övertygad av Republiken Portugals argument att ledningsorganets intresse är att så många lufttrafikföretag som möjligt tilldelas ankomst- och avgångstider, eftersom ledningsorganet på så sätt erhåller mer flygplatsavgifter. Genom detta argument beaktas inte differentiering av tjänsterna, och således inte heller flygplatsavgifterna, såsom ovan angetts.

55. För det tredje är det möjligt att ett ledningsorgan inte nöjer sig med att sköta flygplatsens infrastruktur, utan även bedriver annan verksamhet. Ledningsorganet kan till exempel vara närvarande på marknaden i efterföljande led för tillhandahållande av marktjänster. Marktjänster, som skiljer sig från de tjänster för vilka flygplatsavgifter ska erläggas, utgörs, såsom ovan påpekats i punkt 53,¹⁵ enligt definitionen i rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996 om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatserna inom gemenskapen¹⁶ (nedan kallat direktiv 96/67), bland annat av kontroll av passagerarnas biljetter och pass, lastning och transport av bagage, rengöring och påfyllning av bränsle.¹⁷ Lufttrafikföretagen kan antingen tillhandahållas marktjänster av ledningsorganet eller av självständiga tjänsteleverantörer. Lufttrafikföretagen kan även själva förse sig med sådana tjänster. Om ledningsorganet är närvarande på marknaden för marktjänster har det följaktligen lufttrafikföretag som

11 — EUT L 70, s. 11.

12 — Se artikel 2.4 i direktiv 2009/12.

13 — Se artikel 10.1 i direktiv 2009/12.

14 — I artikel 10 i direktiv 2009/12 nämns tillhandahållande av terminaler eller delar av terminaler bland de tjänster som ledningsorganet kan variera kvaliteten på och omfattningen av.

15 — Se artikel 1.4 i direktiv 2009/12.

16 — EGT L 272, s. 36.

17 — Se bilagan till direktiv 96/67.

kunder eller som konkurrenter.¹⁸ Ledningsorganet kan således ha ett intresse av att ett lufttrafikföretag som är en viktig kund gynnas vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider eller det motsatta, att ett lufttrafikföretag som konkurrerar om tillhandahållandet av marktjänster missgynnas vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider.¹⁹

56. För det fjärde kan ett ledningsorgan, om det rör sig om ett statligt företag eller ett företag som ägs av staten, lockas att gynna ett nationellt lufttrafikföretag vid tilldelningen av ankomst- och avgångstider.²⁰ I ett sådant fall är det inte ledningsorganets eget intresse som eftersträvas, utan en tredje parts, det nationella lufttrafikföretaget. Ledningsorganet kan likväl påverka samordnaren.²¹

57. Såsom framgår ovan kan ledningsorganet ha ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider. Ska det antas att ledningsorganet i egenskap därav har ett sådant intresse eller ankommer det på kommissionen att, inom ramen för en fördragsbrottstalan, visa att ledningsorganet har detta intresse?

b) Bevisning av ledningsorganets intresse

58. Jag anser att frågan som ställdes i föregående punkt ska så, att ledningsorganet som sådant ska anses vara en berörd part, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida ledningsorganet i det aktuella fallet har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider.

59. Jag anser nämligen att det kan bli svårt att bevisa att ledningsorganet har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider. För att fastställa att ledningsorganet i förevarande fall har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider ska kommissionen visa att ledningsorganet faktiskt äger en andel i ett lufttrafikföretag som använder den samordnade flygplatsen, hyr ut en hel terminal till ett lufttrafikföretag eller att ledningsorganet är verksamt på marknaden för marktjänster. Om ett

18 — Se Romain Papy, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, punkt 646: "Sedan marktjänsterna liberaliserades [genom direktiv 96/97], har inte antalet flygplatsförvaltare som är involverade i marktjänsterna förändrats på något markant sätt (i de 15 medlemsstaterna år 1996). Marknadsandelarna för de marktjänstleverantörer som är dotterbolag till flygplatsförvaltare har minskat, men de ligger fortfarande på en hög nivå. Denna situation medför potentiella intressekonflikter, vilka inte alltid är förutsedda i direktivet och det kan krävas att konkurrensrätten kompletterar direktivet. Konkurrensbegränsningarna avser såväl tillträdet till själva marknaden (oberättigad vägran att ge tillträde till tjänstleverantörer), kvaliteten på villkoren för verksamheten på marknaden (diskriminerande tilldelning av platser eller ytor för verksamheten), som kostnaderna för att ges tillträde till marknaden (diskriminerande avgifter)."

Se även rapporten från kommissionen av den 24 januari 2007 om tillämpningen av rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996, KOM(2006) 821 slutlig, punkt 16: "I en rad medlemsstater ([t.ex.] Portugal) är flygplatsoperatören aktiv på marknaden för marktjänster genom att tillhandahålla marktjänster och är därför en direkt konkurrent till leverantörer av marktjänster och lufttrafikföretag som tillhandahåller dessa tjänster åt tredje part. ... [L]edningen vid många större flygplatser, där ett tillräckligt antal tjänstleverantörer är intresserade av att erbjuda sina tjänster eller där flygplatsanvändarna också tillhandahåller tredjepartshantering, är aktiva på marknaden genom att tillhandahålla marktjänster. Vid många sådana flygplatser har de en stark ställning, vilket gör det svårt för en konkurrent eller en ny aktör på marknaden att vinna (ytterligare) marknadsandelar."

19 — Se den franska konkurrensmyndighetens beslut nr 98-D-34 av den 2 juni 1998 om konkurrenssituationen på marknaden för marktjänster på flygplatsen Orly och på marknaden för de lokaler och utrymmen som är nödvändiga för lufttrafikföretagens verksamhet, vilka Aéroports de Paris tillhandahåller på flygplatsen Orly (beslut som Romain Papy hänvisar till i *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, omnämnd i fotnoten ovan). I förevarande beslut konstaterade konkurrensmyndigheten att ledningsorganet vid flygplatsen Orly, Aéroports de Paris, hade missbrukat sin dominerande ställning (ett monopol) på marknaden för flygplatsen Orlys infrastruktur, genom att neka lufttrafikföretaget TAT att starta nya linjer från Orly Ouest-terminalen för att istället låta lufttrafikföretaget öppna dem från Orly Sud-terminalen. Konkurrensmyndigheten stödde sig bland annat på den omständigheten att TAT tillämpade egenhantering på Orlys Ouest-terminalen, vilket inte var fallet på Orlys Sud-terminalen där TAT således var tvungen att använda sig av de marktjänster som ledningsorganet tillhandahöll: "Efter det att bolaget TAT hade flyttats till Orly Suds flygterminal, tvingade [Aéroports de Paris] bolaget, som vid sin användning av Orly Ouests flygterminal ombesörjde marktjänsten för sina flygningar med egen särskilt utbildad personal, att endast använda Aéroports de Paris arbetsgrupps tjänster för att köra ombordstigningsbryggan ... Aéroports de Paris har behandlat bolaget TAT diskriminerade genom att hindra bolaget från att använda sin egen personal och tvinga bolaget att använda de marktjänster som [Aéroports de Paris] erbjuder på Orly Suds flygterminal."

20 — Ledningsorganet kan på samma sätt lockas att låta de nationella transportörerna gynnas av diskriminerande rabatt på flygplatsavgiften. Se dom Portugal/kommissionen, C-163/99, EU:C:2001:189, punkt 56: "[R]abattsystemet är förmånligare för vissa lufttrafikföretag, nämligen i föreliggande fall de facto de nationella lufttrafikföretagen".

21 — Se kommissionens beslut av den 28 juni 1995 i ärende enligt artikel 90.3 i Romfördraget, Régie des Voies Aériennes (*EGT L 216*, s. 8), punkt 17: "Det är i detta fall inte så ... att [Régie des Voies Aériennes, ledningsorganet vid flygplatsen Bruxelles-Zaventem] försöker skapa lojala kunder eller locka till sig nya kunder ... utan i stället så, att staten genom sin mellanhand gynnar ett visst företag, i detta fall det nationella bolaget Sabena."

ledningsorgan äger ett lufttrafikföretags samtliga aktier är det emellertid uppenbart att ledningsorganet ska anses som en berörd part. Ska ledningsorganet däremot anses som en berörd part om det till exempel endast äger en femtedel av lufttrafikföretagets kapital? Om ledningsorganet hyr ut en hel terminal till ett lufttrafikföretag förefaller det uppenbart att ledningsorganet ska anses som en berörd part. Ska ledningsorganet däremot anses som en berörd part om det endast hyr ut vissa delar av en terminal till ett lufttrafikföretag eller om ledningsorganet, trots att det är verksamt på marknaden för marktjänster, har en liten marknadsandel? För att visa att ledningsorganet har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider måste man genomföra en analys av marknaden för flygplatsinfrastruktur och av marknaderna i efterföljande led.

60. I en situation där ledningsorganet själv inte har någon vinning av tilldelningen av ankomst- och avgångstider, utan detta endast gynnar ett nationellt lufttrafikföretag som ledningsorganet inte är knuten till²², har jag vidare svårt att se hur kommissionen skulle kunna visa att ledningsorganet har ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider. En sådan situation ska således inte omfattas av tillämpningsområdet för tillämpningen artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, trots att detta skulle kunna leda till missbruk.

61. Om det krävdes att kommissionen visade att ledningsorganet var en berörd part, skulle det följaktligen kunna leda till att situationer där ledningsorganets intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider var ringa (om ledningsorganet till exempel har en liten andel av marknaden för marktjänster) eller enbart framtida (om ledningsorganet exempelvis planerar att hyra ut en hel terminal till ett lufttrafikföretag) faller utanför vid prövningen av den funktionella åtskillnaden från samordnaren. Jag anser emellertid att syftet med förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, nämligen att fördela ankomst- och avgångstider i enlighet med ”neutrala, genomblickbara och ickediskriminerande regler”²³ vilket ska leda till att samordnarens ”neutralitet [blir] oomstridd”²⁴, endast kan uppfyllas med en systematisk kontroll av den funktionella åtskillnaden mellan samordnaren och ledningsorganet. En systematisk kontroll kan i ännu högre grad uppfylla målet med förordning nr 793/2004, vilket är att samordnaren ska vara ”helt oberoende”²⁵.

62. Jag skulle vilja nämna domen i målet kommissionen/Tyskland²⁶ som enligt min mening är relevant trots att den meddelades inom ett annat område, nämligen området för behandling av personuppgifter. I artikel 28.1 i Europaparlamentet och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter²⁷ (nedan kallat direktiv 95/46), föreskrivs att medlemsstaterna ska inrätta myndigheter som har till uppgift att inom dess territorium övervaka tillämpningen av de bestämmelser med vilka direktivet införlivades och att dessa myndigheter ”fullständigt oberoende [ska] utöva de uppgifter som åläggs dem”. I målet kommissionen/Tyskland uttalade sig domstolen angående den tyska lagstiftningen enligt vilken tillsynsmyndigheten ställdes under statlig kontroll, närmare bestämt under den berörda delstatens kontroll. Domstolen bedömde att delstatsregeringen ”kan ... ha ett intresse av att inte följa bestämmelserna om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter”, antingen för att den själv behandlar sådana uppgifter, den har ett intresse, särskilt av skattemässiga eller repressiva ändamål, av att få tillgång till personuppgifter som innehas av en tredje

22 — Se punkt 56 ovan.

23 — Se andra skälet och artikel 4.2 c i förordning nr 95/93.

24 — Se femte skälet i förordning nr 95/93.

25 — Se skäl 6 i förordning nr 793/2004.

26 — Dom kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2010:125.

27 — EGT L 281, s.31.

part, eller för att den har ett intresse av att bolag med en stor ekonomisk betydelse för delstaten eller regionen inte ska besvärmas av tillsynsmyndigheterna.²⁸ Domstolen drog därav slutsatsen att med anledning av delstatens kontroll, var inte tillsynsmyndigheten fullständigt oberoende i sin tjänsteutövning, vilket krävs enligt artikel 28.1 i direktiv 95/46.²⁹

63. Domstolen har med andra ord, i en situation som liknar den förevarande, bedömt att tillsynsmyndigheternas oberoende skadas om delstaten inte har ett intresse att påverka tillsynsmyndigheten, men kan ha ett sådant intresse, eftersom de berörda parterna inte definieras i direktiv nr 95/93 i ändrad lydelse och det i direktiv nr 95/46 inte heller preciseras närmre i förhållande till vilka parter tillsynsmyndigheterna ska vara oberoende. Denna bedömning är desto mer anmärkningsvärd, eftersom generaladvokaten Mazák ansåg det motsatta. Generaladvokaten ansåg att kommissionen borde ha bevisat att kontrollsystemet misslyckats eller att delstatsregeringen hade en fast praxis som utgjorde en störning i tillsynsmyndighetens utövande av sina uppgifter.³⁰

64. Jag föreslår att det i förevarande mål ska föras ett resonemang som liknar det resonemang som domstolen förde i domen i målet kommissionen/Tyskland. Det ska vara tillräckligt att en part kan ha ett intresse i tilldelningen av ankomst- och avgångstider för att den berörda medlemsstaten ska bli tvungen att säkerställa att parten och samordnaren är funktionellt åtskilda från varandra. När det gäller ledningsorganet framgår det emellertid ovan att det kan ha olika intressen i tilldelningen av ankomst- och avgångstider. Dessa intressen är en följd av ledningsorganets ställning på samma sätt som delstatens intressen – vilket domstolen nämnde i domen kommissionen/Tyskland³¹ – är en följd av delstatens ställning som ekonomisk aktör och som skattemyndighet och repressiv myndighet.

65. Följaktligen ska ledningsorganet vid en samordnad flygplats, enligt min mening, anses vara en berörd part enbart på grund av sin ställning som ledningsorgan.

66. I förevarande fall utses ANA till ledningsorgan vid de fyra aktuella samordnade flygplatserna enligt artikel 5.1 i lagdekret nr 109/2008. Det är alltså utan betydelse att kommissionens argument generellt avser kvalificeringen som berörd part och inte huruvida det aktuella ledningsorganet, ANA, kan kvalificeras som berörd part.³² ANA ska anses som en berörd part i den mening som avses i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse enbart i egenskap av ledningsorgan.

67. Kommissionen ska således visa att Republiken Portugal inte har säkerställt att DCNS och ANA är funktionellt åtskilda från varandra för att det ska kunna fastställas att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.

28 — Dom kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2010:125, punkt 35: "[D]en berörda delstatsregeringen [kan] nämligen ha ett intresse av att inte följa bestämmelserna om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter, när det är inom den icke-offentliga sektorn som sådana uppgifter behandlas. Delstatsregeringen kan själv utgöra en part som berörs av behandlingen, om den deltar eller skulle kunna delta i denna, exempelvis vid ett offentligt-privat partnerskap eller vid en offentlig upphandling med enheter inom den privata sektorn. Delstatsregeringen kan även ha ett särskilt intresse, om det är nödvändigt, eller helt enkelt till nytta, för den att få tillgång till databaser för att fullgöra vissa av sina uppgifter, särskilt för skattemässiga eller repressiva ändamål. Samma delstatsregering kan dessutom ha en tendens att främja ekonomiska intressen vid tillämpningen av nämnda bestämmelser med avseende på vissa bolag som, i ekonomiskt hänseende, är betydelsefulla för delstaten eller regionen."

29 — Dom kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2010:125, punkt 36: "[R]isken att kontrollmyndigheterna kan påverka tillsynsmyndigheternas beslut i politiskt hänseende i sig är tillräcklig för att hindra tillsynsmyndigheterna från att utöva sina uppgifter oberoende".

30 — Generaladvokaten Mazák:s förslag till avgörande i målet kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2009:694, punkt 34: "Jag anser att kommissionen inte har uppfyllt den bevisbörda som åligger den. Den har varken bevisat att kontrollsystemet misslyckats eller att det föreligger någon fast praxis hos kontrollmyndigheterna som utgör missbruk av deras behörighet, vilket skulle medföra en störning i utövandet av de uppgifter som har anförtrots tillsynsmyndigheterna inom området skydd av personuppgifter."

31 — Dom kommissionen/Tyskland, C-518/07, EU:C:2010:125.

32 — Med undantag för det argument som avsåg privatiseringen av ANA, som nämndes i punkt 33 ovan, vilket dock inte förklarar varför ANA fortsätter att ansvara för samordningen efter privatiseringen.

2. Den funktionella åtskillnaden av samordnarens verksamhet

68. Enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse krävs det att en medlemsstat som ansvarar för en samordnad flygplats ska se till att samordnaren är oberoende genom att vara funktionellt åtskild från enskilda berörda parter och att systemet för finansiering av samordnarens verksamhet ska vara så inrättat att samordnarens oberoende ställning tryggas.

69. Jag anser att den funktionella åtskillnaden mellan samordnaren och enskilda berörda parter, som avses i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, ska förstås så att det är arbetsuppgifterna som ska vara åtskilda, det vill säga verksamheten. I den andra meningen i artikel 4.2 b i förordningen nr 95/93 i ändrad lydelse hänvisas det för övrigt uttryckligen till "samordnarens verksamhet" i samband med kravet på ett system för finansiering av samordnarens verksamhet som ska vara så inrättat att samordnarens oberoende ställning tryggas. Före ändringen genom förordning nr 793/2004, hänvisades det på samma sätt i artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse till samordnarens "uppdrag". Där föreskrevs att samordnaren "[skulle] fullgör[a] sitt uppdrag enligt denna förordning på ett oberoende sätt". Följaktligen ska medlemsstaterna enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse se till att samordnarens verksamhet, såsom den definieras i förordningen, nämligen att bland annat tilldela ankomst- och avgångstider till lufttrafikföretag och att kontrollera att lufttrafikföretagen iakttar dessa ankomst- och avgångstider,³³ är åtskilda från de berörda parternas verksamhet. Samordnarens verksamhet ska i synnerhet vara åtskild från den verksamhet som ledningsorganet vid den samordnade flygplatsen bedriver, oavsett om det är fråga om förvaltning av flygplatsinfrastrukturen eller om ledningsorganet kan utföra andra uppdrag, exempelvis tillhandahålla marktjänster.

70. I förordning nr 95/93 i ändrad lydelse saknas uppgifter om kriterierna på funktionell åtskillnad.

71. Kommissionen anser att, trots att det inte enligt artikel 4.2 b i förordningen krävs att samordnaren är en egen juridisk person i förhållande till de berörda parterna, ska det dock vid bedömningen av den funktionella åtskillnaden beaktas om medlemsstaten har inrättat en sådan juridisk person. I förevarande fall är emellertid DCNS en avdelning inom ANA och DCNS personal samt kontor tillhör ANA. Eftersom ANA dessutom är ett aktiebolag, leder ANA:s styrelse, enligt artiklarna 405 och 406 i den portugisiska bolagslagen, bolagets verksamhet, inklusive DCNS verksamhet. Enligt kommissionen kan således inte DCNS och ANA vara funktionellt åtskilda.

72. Jag anser inte att det i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse uppställs några krav på juridisk åtskillnad, eftersom det endast krävs att verksamheten ska vara åtskild, det vill säga att det ankommer på medlemsstaterna att besluta om de vill bilda en egen juridisk person för uppgiften som samordnare. Jag kommer kort att pröva denna fråga nedan, innan jag, genom att analogt hänvisa till domstolens praxis inom andra områden, föreslår kriterier för att bedöma den funktionella åtskillnaden. Jag kommer sedan att granska det oberoende systemet för finansiering som uttryckligen föreskrivs i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse för att avgöra om det ska anses som ett kriterium för den funktionella åtskillnaden eller som ett eget krav.

a) Bildandet av en egen juridisk person

73. Jag anser att det är obestridligt att medlemsstaterna genom artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 inte åläggs en skyldighet att bilda en egen juridisk person med ansvar för tilldelningen av ankomst- eller avgångstider.

³³ — Se artikel 4.5–4.8 i förordning nr 95/93.

74. Om unionslagstiftarens mening hade varit att ålägga medlemsstaterna att bilda en egen juridisk person, skulle lagstiftaren nämligen ha angett detta uttryckligen, såsom har gjorts inom andra områden³⁴. Dessutom antogs inte det förslag som kommissionen gjorde i samband med förarbetena till förordning nr 793/2004 på att samordnaren skulle vara "organisationsmässigt" "åtskiljd" från de berörda parterna³⁵.

75. Såsom ovan framgår har för övrigt inte kommissionen hävdats att samordnaren ska vara en egen juridisk person. Detta är även kommissionens ståndpunkt i 2008 års meddelande.³⁶

76. Det har således ingen betydelse att Republiken Portugal inte omvandlade DCNS till en juridisk person för att avgöra om staten har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.³⁷

b) Kriterierna på funktionell åtskillnad

77. För att fastställa kriterierna på funktionell åtskillnad kan den rättspraxis som gäller artikel 28.1 i direktiv 95/46³⁸, enligt min mening, ge vissa upplysningar som är användbara i förevarande mål. Bland de kriterier som domstolen beaktade för att fastställa om den nationella tillsynsmyndigheten handlade fullständigt oberoende, i den mening som avses i artikel 28.1 i direktiv 95/46, angavs instruktioner från en tredjepart (staten) som den nationella tillsynsmyndigheten är bundna av³⁹, hierarkiskt förhållande mellan tillsynsmyndighetens personal och staten vilket möjliggör för staten att kontrollera personalens

34 — Se, till exempel, Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg (EGT L 75, s. 29). I artikel 14.2 krävs det att infrastrukturförvaltaren ska vara "oberoende i förhållande till samtliga järnvägsföretag, i *juridisk* mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande" (min kursivering). I ett mål där oberoendet hos den organism som ansvarade för tilldelning av tåglägen, Direction des Circulations Ferroviaires, var aktuellt, slog domstolen fast att organismens oberoende i juridisk mening inte säkerställdes i den franska lagstiftningen, eftersom organismen var en avdelning inom ett järnvägsföretag, Société nationale des chemins de fer français. Domstolen angav bland annat att organismen "inte [utgjorde] en annan juridisk person än SNCF" (dom kommissionen/Frankrike, C-625/10, EU:C:2013:243, punkt 52).

Se även Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33). I artikel 3.2 föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall garantera sina respektive nationella regleringsmyndigheters oberoende genom att säkerställa att de är *rättsligt åtskilda* från och verksamhetsmässigt oberoende av alla organisationer som tillhandahåller nät, utrustning eller tjänster för elektronisk kommunikation" (min kursivering).

Se slutligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37). I Artikel 10.1 föreskrivs att "[o]m den systemansvarige för överföringssystemet utgör en del av ett vertikalt integrerat företag skall denne åtminstone *vad avser juridisk form*, organisation och beslutsfattande vara oberoende av annan verksamhet utan samband med överföring" (min kursivering).

35 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EEG) nr 95/93 av den 18 januari 1993 om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser, framlagt av kommissionen den 22 juni 2001, KOM(2001) 335 slutlig, EGT C 270, s. 131. Se artikel 4.2: "En medlemsstat ... skall se till att: ... b) samordnarens faktiska oberoende vid samordnade flygplatser garanteras genom att samordnaren är *organisationsmässigt* och ekonomiskt åtskiljd från enskilda berörda parter ..." (min kursivering).

36 — Se ovan punkt 9. I 2008 års meddelande definieras "funktionell åtskillnad" som att denna bland annat innebär att samordnaren "bör agera oberoende" av, "inte ta instruktioner från eller ha någon skyldighet att rapportera tillbaka till" ledningsorganet, ett lufttrafikföretag eller någon tillhandahållare av tjänster som är närvarande på den berörda flygplatsen, men det sägs inget om bildandet av en egen juridisk person.

37 — Det är riktigt att domstolen tolkade artikel 6 i kommissionens direktiv 88/301/EEG av den 16 maj 1988 om konkurrens på marknaderna för teleterminalutrustning (EGT L 131, s. 73; *svensk specialutgåva, område 8, volym 1*, s. 99), i vilken det föreskrevs att beviljade av typgodkännande för teleterminalutrustningar anfördes ett "organ som [var] oberoende" av offentliga eller privata företag, som erbjöd varor och tjänster för telekommunikation, som ett förbud mot att anförtro ett statligt verk vid post- och telekommunikationsministeriet att utfärda sådana godkännanden, eftersom detta statliga verk även var ansvarigt för driften av nätet (dom Taillandier, C-92/91, EU:C:1993:854, punkt 15). Utöver att det i bestämmelsen angavs att ett "organ" ska vara oberoende medan det i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 endast krävdes att samordnaren är "oberoende", skulle en sådan tolkning strida mot de förarbeten till förordning nr 793/2004 som nämns i punkt 74 ovan.

38 — Se ovan i punkt 62. Det är riktigt att denna bestämmelse i motsats till artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 inte innehåller några krav på att tillsynsmyndigheterna för behandling av personuppgifter ska vara funktionellt åtskilda. Det föreskrivs dock att dessa myndigheter ska utöva sina uppgifter "fullständigt oberoende" och denna bestämmelse återspeglas således i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 enligt vilken samordnarens funktionella åtskillnad endast är ett sätt att säkerställa oberoendet. Medlemsstaten ska nämligen se till att "samordnaren är oberoende ... *genom att samordnaren är funktionellt åtskiljd från enskilda berörda parter*" (min kursivering).

39 — Dom kommissionen/Österrike, C-614/10, EU:C:2012:631, punkt 42 och dom kommissionen/Ungern, C-288/12, EU:C:2014:237, punkt 52.

aktiviteter och i förekommande fall förhindra befordran⁴⁰, att personalen vid den nationella tillsynsmyndigheten endast består av federala tjänstemän, det vill säga att tillsynsmyndigheten till viss del hör ihop med den federala förvaltningen⁴¹ samt möjligheten att i förtid avsluta den nationella tillsynsmyndighetens mandattid⁴².

78. Domstolen har tillämpat liknande kriterier vid bedömningen av huruvida organet som ansvarade för typgodkännande för teleterminalutrustningar var ”oberoende”⁴³ (personalen utgjordes av medlemmar i den tredje berörda parten)⁴⁴, vilket krävdes enligt artikel 6 i direktiv 88/301, och vid bedömningen av om den myndighet som ansvarar för att yttra sig om en plans miljöpåverkan uppfyllde kraven på funktionell åtskillnad (myndighetens egna förvaltnings- och personalresurser)⁴⁵.

79. Jag anser att kriterierna i punkterna 77 och 78 kan överföras till bedömningen av om samordnaren är funktionellt åtskild, vilket föreskrivs i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93. Jag har nämligen svårt att se hur en samordnare kan hävda att den är oberoende om den får bindande instruktioner från en berörd part, om den inte har en egen personal eller om det finns ett hierarkiskt förhållande mellan personalen och en berörd part. Andra kriterier ska beaktas, bland annat den omständigheten att samordnaren i förekommande fall är en juridisk person. Även om det inte enligt förordning nr 95/93 i ändrad lydelse krävs att en egen juridisk person ska bildas, är inte en sådan omständighet, såsom kommissionen har hävdad, mindre relevant i bedömningen av samordnarens oberoende.

c) Oberoende system för finansiering

80. Vad gäller det oberoende system för finansiering som uttryckligen föreskrivs i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, utgör detta ett kriterium för att bedöma samordnarens funktionella åtskillnad eller är det ett självständigt krav, som tillkommer utöver kravet på funktionell åtskillnad?

81. Om systemet för finansiering borde anses som ett självständigt krav, skulle det konstateras att artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse hade åsidosatts så fort samordnaren inte var finansiellt oberoende, även om samordnaren uppfyllde det krav på funktionell åtskillnad från berörda parter, som definierades genom kriterierna i punkterna 77–79. Om däremot finansiellt oberoende endast var ett av kriterierna på funktionell åtskillnad, skulle det inte kunna konstateras att artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse hade åsidosatts endast av den anledningen att samordnaren inte var finansiellt oberoende.

82. Jag anser att förekomsten av ett oberoende system för finansiering enbart ska anses som ett kriterium på samordnarens funktionella åtskillnad.

40 — Dom kommissionen/Österrike, C-614/10, EU:C:2012:631, punkterna 48–51.

41 — Dom kommissionen/Österrike, C-614/10, EU:C:2012:631, punkt 61.

42 — Dom kommissionen/Ungern, C-288/12, EU:C:2014:237, punkt 55.

43 — Se ovan fotnot 37.

44 — Dom Tranchant, C-91/94, EU:C:1995:374, punkt 21. Chefen för det laboratorium som utförde de provtagningar som föregick typgodkännandet för teleterminalutrustningar, var anställd av France Télécom som skötte driften av telekommunikationsnätet.

45 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan (*EGT L 197, s. 30*). I artikel 6.3 föreskrivs att medlemsstaterna ska utse de myndigheter med vilka samråd ska äga rum avseende vissa planers och programs miljöpåverkan. Trots att det i denna bestämmelse varken uppställs krav på att myndigheterna ska vara oberoende eller funktionellt åtskilda från de parter som utarbetar dessa planer, har domstolen infört ett sådant krav. Domstolen har bedömt att om en och samma myndighet, enligt lagstiftningen i en medlemsstat, både är ansvarig för att utarbeta en plan och att yttra sig över dessa planers miljöpåverkan, ska myndigheten delas upp ”i funktionshänseende”. Domstolen fastställde att en uppdelning i funktionshänseende ”bland annat [innebar] att denna enhet [skulle] ges egna förvaltnings- och personalresurser” (dom Seaport (NI) m.fl., C-474/10, EU:C:2011:681, punkt 42).

83. Det finns nämligen ingen samordnad konjunktion mellan de två meningarna i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse. Det finns således ingen antydning i bestämmelsens ordalydelse om att den andra meningen, i vilken kravet på ett oberoende finansiellt system uppställs, tillkommer utöver den första meningen, enligt vilken medlemsstaterna ska se till att samordnaren är funktionellt åtskild från berörda parter.

84. I förarbetena till förordning nr 793/2004 föreslog kommissionen vidare att artikel 4.2 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse skulle ändras så att det i denna föreskrevs att "samordnarens faktiska oberoende ... garanteras genom att samordnaren är organisationsmässigt och *ekonomiskt* åtskild från enskilda berörda parter" och att medlemsstaterna skulle se till att "medel ställs till förfogande i en sådan utsträckning att finansieringen av samordningen inte påverkar samordnarens oberoende".⁴⁶ Ekonomiska och sociala kommittén underströk att "[m]edlemsstaterna bör ge samordnarna kostnadsersättning så att de obehindrat kan utföra sina uppgifter och följa sina principer".⁴⁷ Dessa förslag antogs emellertid inte. I artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse föreskrivs inte att samordnarens kostnader ska ersättas (att samordnaren ges "kostnadsersättning" enligt Ekonomiska och sociala kommitténs formulering) och inte heller att samordnaren ska ha en egen budget.

85. Det framgår således av förarbetena att medlemsstaterna inte är skyldiga att ställa tillräckliga medel till samordnarens förfogande för att täcka verksamhetskostnaderna. Jag anser att de inte heller är skyldiga att ge dem en *separat* budget, eftersom unionslagstiftaren vägrade att kräva att samordnaren skulle vara ekonomiskt *åtskild*. Under dessa förutsättningar anser jag att det vore inkonsekvent att anse att det oberoende systemet för finansiering är ett självständigt krav, eftersom medlemsstaterna har ett betydande utrymme för skönmässig bedömning för hur de vill säkerställa en sådan finansiering. Inom detta utrymme för skönmässig bedömning är det tillåtet för medlemsstaterna att inte ge samordnaren tillräckliga medel för att täcka kostnaderna för sin verksamhet, vilket dock verkar vara en nödvändig förutsättning för samordnarens finansiella oberoende.

86. I detta avseende ska det understrykas att 2008 års meddelande, i vilken det anges att samordnaren ska föra separata räkenskaper och budgetar och att det ska finnas olika finansieringskällor,⁴⁸ inte i något fall kan anses ålägga medlemsstaterna sådana skyldigheter. Den rättsliga grunden för förordning nr 95/93 i ändrad lydelse var nämligen artikel 84.2 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, som gav rådet behörighet att, med kvalificerad majoritet, besluta om bestämmelser på luftfartsområde. Det var således endast rådet som var behörig att ålägga medlemsstaterna skyldigheter som inte var föreskrivna i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse och inte kommissionen genom ett meddelande.

87. För övrigt verkar det inte vara kommissionens avsikt, eftersom det i inledningen till 2008 års meddelande preciseras att syftet endast var att "redogöra för kommissionens synpunkter"⁴⁹ och kommissionen använder "bör" när den hänvisar till samordnarens separata räkenskaper och budgetar samt till finansieringen av flera parter.⁵⁰

46 — Se fotnot 35 ovan (min kursivering).

47 — Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén av den 20 mars 2002 om "Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av rådets förordning (EEG) nr 95/93 av den 18 januari 1993 om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser" (EGT C 125, s. 8), punkterna 4.5.2.1 och 5.2.

48 — Se punkt 9 ovan.

49 — Se 2008 års meddelande, Inledning, s. 3. Se även slutsatserna i 2008 års meddelande, s. 8, där det anges att "[m]ot bakgrund av övervakningen kommer kommissionen att överväga om det är nödvändigt att lägga fram ett förslag till ändring av förordningen".

50 — Se 2008 års meddelande, punkt 1, s. 4: "Samordnaren bör därför föra separata räkenskaper och budgetar och inte enbart vara beroende av flygplatsens ledningsenhet, en tillhandahållare av tjänster eller ett enskilt lufttrafikföretag för finansieringen av sin verksamhet" (min kursivering).

88. Jag noterar slutligen att 2008 års meddelande inte offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*. Detta meddelande antogs fyra år efter förordning nr 793/2004 och trots att kommissionen den 1 december 2011 lade fram ett förslag i vilket innehållet i 2008 års meddelande delvis återgavs, har det ännu inte lett till någon ändring av förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.⁵¹

89. Kommissionen kan således inte med framgång stödja sig på 2008 års meddelande för att visa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter.⁵²

d) Tillämpning i förevarande fall

90. Jag anser inte att kommissionen har visat att DCNS och ANA inte är funktionellt åtskilda.

91. Den omständigheten att DCNS snarare är en avdelning inom ANA, än en separat enhet som är en juridisk person, talar förvisso inte för DCNS oberoende. Samma sak gäller den omständigheten att DCNS helt och hållet finansieras av ANA, eftersom avgiften för tilldelning av ankomst- och avgångstider, som föreskrivs i artikel 11 i lagdekret nr 109/2008, inte har införts och DCNS budget ska godkännas av ANA.

92. Dessa två omständigheter ska dock vägas mot att DCNS har sin egen personal och att kommissionen inte har visat att ANA har möjlighet att blanda sig i tilldelningen av ankomst- och avgångstider.

93. För det första har inte kommissionen bestritt att DCNS har en egen personal som endast ägnar sig åt verksamheten kring fördelningen av ankomst- och avgångstider. Kommissionen har inte anfört någon omständighet som visar att det finns ett hierarkiskt förhållande mellan DCNS personal ANA:s personal, till exempel att ANA:s ledning beslutar om DCNS personals befordran eller kan vidta sanktioner mot personalen. Det enda argument som kommissionen anförde i detta hänseende var att det saknades en "kinesisk mur" mellan DCNS och ANA, det vill säga att det saknades en intern organisation inom ANA som hindrade att sekretessbelagda uppgifter spreds mellan DCNS och de andra avdelningarna inom ANA. Ett sådant argument är inte övertygande och jag har svårt att se hur kravet på en "kinesisk mur" skulle kunna härledas ur artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, där samordnarens personal inte alls nämns.

94. För det andra har inte kommissionen visat att ANA kan ge instruktioner till DCNS. Kommissionen kan inte i detta syfte enbart anföra allmänna överväganden avseende portugisiska bolagsrätt, enligt vilka styrelsen för ett aktiebolag, som ANA, leder bolagets verksamhet, inklusive avdelningarna, samt granskar bolagets årsrapport och årsredovisning, inklusive DCNS separata räkenskaper. Att hävda att DCNS och ANA inte är funktionellt åtskilda från varandra på grund av att ANA:s styrelse leder bolagets verksamhet, är nämligen, enligt min mening, i själva verket att hävda att det inte finns någon funktionell åtskillnad därför att DCNS är en avdelning inom det aktiebolag som är ANA. Eftersom det inte enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse krävs av medlemsstaterna att samordnaren och de berörda parterna ska vara juridiskt åtskilda, utan endast funktionellt åtskilda, kan inte kommissionens argument godtas.⁵³

51 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid Europeiska unionens flygplatser (omarbetning), av den 1 december 2011, KOM(2011) 827 slutlig. I kommissionens förslag införs ett nytt stycke till artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 (här artikel 5.3 c): "Den finansiering som föreskrivs i led c säkerställs av de lufttrafikföretag som bedriver verksamhet vid de samordnade flygplatserna och av flygplatserna, för att garantera en rättvis fördelning av den finansiella bördan bland alla berörda parter och för att undvika att finansieringen huvudsakligen blir beroende av en enda berörd part. Medlemsstaterna ska se till att samordnaren ständigt förfogar över erforderliga resurser, i fråga om finansiering, personal, teknik och materiel samt expertis, så att samordnaren kan fullgöra sina uppgifter."

52 — Se dom kommissionen/Tyskland, C-556/10, EU:C:2013:116, punkt 62, och generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i målet kommissionen/Tyskland, C-556/10, EU:C:2012:528, punkt 60.

53 — Se dom kommissionen/Frankrike, C-625/10, EU:C:2013:243, punkt 67.

95. Det ska påpekas att kommissionen inte nämnde DCNS beslutsförfarande. Kommissionen försökte inte heller klargöra huruvida ledningsorganen för denna avdelning hade informerat och rådfrågat ANA:s ledningsorgan innan den fattade beslut, om DCNS i enskilda fall kunde ta emot instruktioner från ANA, om DCNS kunde ta emot allmänna riktlinjer eller inte några anvisningar alls. En sådan granskning hade varit än mer nödvändig, eftersom Republiken Portugal i sitt svaromål och i dupliken har hävdats att DCNS beslut varken granskas eller godkänns av ANA:s styrelse.

96. För det tredje har det inte bestritts att DCNS för separata räkenskaper. Detta föreskrivs uttryckligen i artikel 5.2 i lagdekret nr 109/2008.⁵⁴

97. Vad gäller den omständigheten att Republiken Portugal meddelade, när ANA privatiserades, att en oberoende enhet med ansvar för fördelningen av ankomst- eller avgångstider skulle bildas, vill jag framhålla dels att beslutet att privatisera ANA endast fattades en månad före det motiverade yttrandet⁵⁵ och att privatiseringen genomfördes en månad efter detta yttrandet⁵⁶, dels att om Republiken Portugal inte vill överlåta samordningsverksamheten till ett privat företag, vilket inte är förbjudet enligt förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, är den skyldig att bilda en ny enhet för detta ändamål när den privatiserar det ledningsorgan inom vilket samordnaren var en avdelning.

98. Det är visserligen riktigt att Republiken Portugal, som hördes under förhandlingen, inte kunde precisera enligt vilket förfarande och hur samordnaren utses. Utöver att kommissionen varken tog upp detta i ansökan eller i repliken, vill jag dock understryka att förevarande omständigheter snarare omfattas av artikel 4.1 i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse, enligt vilken medlemsstaterna ska se till att en kvalificerad person utses till samordnare, än artikel 4.2 i förordningen. Kommissionen har emellertid endast gjort gällande att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4.2 utan att över huvud taget nämna artikel 4.1 någonstans.

99. Kommissionen har följaktligen inte visat att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sin skyldighet att se till att samordnaren är oberoende i förhållande till ledningsorganet vid de samordnade flygplatserna, enligt artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 i ändrad lydelse.

VI – Förslag till avgörande

100. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen ska:

- 1) avvisa Republiken Portugals yrkande att domstolen ska fastställa att den aktuella portugisiska samordnaren iakttar kravet på funktionell åtskillnad i artikel 4.2 b i förordning nr 95/93 och att Republiken Portugal uppfyller sina skyldigheter enligt unionsrätten,
- 2) ogilla talan och
- 3) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

54 — Se punkt 13 ovan.

55 — Beslutet att privatisera ANA fattades den 28 december 2012 och det motiverade yttrandet utfärdades den 25 januari 2013. Se punkterna 15 och 20 ovan.

56 — Enligt kommissionen ägde överlåtelsen rum den 21 februari 2013.