DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

26. marts 2009 *

I sag C-113/07 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, iværksat den 23. februar 2007,

SELEX Sistemi Integrati SpA, Rom (Italien), ved avvocati F. Sciaudone, R. Sciaudone og D. Fioretti,

appellant,

de andre parter i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved V. Di Bucci og F. Amato, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: italiensk.

Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol) ved Rechtsanwälte F. Montag og T. Wessely,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.W.A. Timmermans, og dommerne K. Schiemann, P. Kūris (refererende dommer), L. Bay Larsen og C. Toader,

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. maj 2008,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 3. juli 2008,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har SELEX Sistemi Integrati SpA (herefter »Selex«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 12. december 2006, SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen (sag T-155/04, Sml. II, s. 4797, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen for en påstand om annullation eller ændring af Kommissionens beslutning af 12. februar 2004 om afslag på Selex Sistemi Integratis klage over, at Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerheds (Eurocontrol) angiveligt tilsidesatte konkurrencebestemmelserne i EF-traktaten (herefter »den anfægtede beslutning«).

I — Sagens baggrund

2 Selex har siden 1961 virket i sektoren for systemer til lufttrafikregulering. Selskabet indgav den 28. oktober 1997 en klage til Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [81] (EFT 1959-1962, s. 81), hvori selskabet anmeldte Eurocontrol for misbrug af en dominerende stilling og konkurrenceforvridning.

3 I klagen var det anført, at ordningen med intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende kontrakter indgået af Eurocontrol om udvikling og erhvervelse af prototyper af nye systemer og udstyr til anlæg på området for luftfartsregulering kan skabe faktiske monopoler i fremstillingen af systemer, der siden bliver genstand for Eurocontrols standardisering. I klagen var det anført, at denne situation var yderligere alvorlig, da Eurocontrol ikke overholdt principperne om gennemsigtighed, åbenhed og forbud mod forskelsbehandling som led i erhvervelsen af disse prototyper. Desuden

fremgik det af klagen, at som følge af Eurocontrols aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder på disses anmodning befinder de virksomheder, som leverer prototyper, sig i en særligt fordelagtig situation i forhold deres konkurrenter i forbindelse med de offentlige udbud, som de nationale myndigheder afholder med henblik på erhvervelsen af udstyr.

4 Kommissionen gav med den anfægtede beslutning afslag på klagen. Efter at have fastslået, at de fællesskabsretlige konkurrenceregler i princippet finder anvendelse på internationale organisationer på betingelse af, at de berørte aktiviteter kan anses for økonomiske aktiviteter, bekræftede den først, at de aktiviteter, som dannede grundlag for klagen, ikke var af en sådan art, at Eurocontrol kunne anses for at være en virksomhed i artikel 82 EF's forstand, og at disse aktiviteter under alle omstændigheder ikke var i strid med denne bestemmelse. Den præciserede dernæst, at Eurocontrols aktiviteter med regulering, standardisering og godkendelse ikke udgør »virksomheds-aktiviteter«, at det ikke var godtgjort, at der havde fundet en overtrædelse af konkurrencereglerne sted for så vidt angår denne organisations aktiviteter med erhvervelsen af prototyper og administration af intellektuelle ejendomsrettigheder, og endelig, at aktiviteten med at hjælpe de nationale myndigheder ikke var af økonomisk art.

II — Retsforhandlinger ved Retten og den appellerede dom

A — *Retsforhandlinger ved Retten*

5 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. april 2004 anlagde Selex et søgsmål med påstand om annullation eller ændring af den anfægtede beslutning.

6 Ved kendelse af 25. oktober 2004 fik Eurocontrol i henhold til artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande ved at fremsætte bemærkninger under den mundtlige forhandling.

7 Den 5. april 2005 blev Eurocontrol i henhold til procesreglementets artikel 64 opfordret til at indgive et interventionsindlæg. Den 4. maj 2005 fik organisationen desuden tilladelse til at få tilstillet genparter af procesdokumenterne.

8 Efter en begæring fremsat af appellanten med henblik på, at Kommissionen som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse blev pålagt at fremlægge bl.a. en skrivelse af 3. november 1998, hvori Kommissionen opfordrede Eurocontrol til at indgive sine bemærkninger til klagen (herefter »skrivelsen af 3. november 1998«), fremlagde Kommissionen skrivelsen og anførte, at den ikke rådede over yderligere relevante dokumenter. Sagsøgeren fremsatte dernæst, ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 27. april 2005, dels en begæring om bevisoptagelse med henblik på vidneafhøring og Kommissionens fremlæggelse af dokumenter, dels tre nye anbringender.

B — *Den appellerede dom*

9 I den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen.

10 Retten afviste først, i den appellerede doms præmis 28 og 29, Selex' påstand om en ændring af den anfægtede beslutning. I denne doms præmis 33-40 afviste Retten desuden på grundlag af artikel 48, stk. 2, første afsnit, i Rettens procesreglement de nye anbringender, Selex havde fremsat, og forkastede i denne forbindelse selskabets

argument om, at skrivelsen af 3. november 1998 udgjorde en ny omstændighed, der blev fremført under den verserende sag i form af en skrivelse fra direktøren for Eurocontrol af 2. juli 1999, vedlagt som bilag til svarskriftet.

11 Retten forkastede desuden i den appellerede doms præmis 41-44 Eurocontrols anbringende om, at Den Europæiske Unions bestemmelser ikke finder anvendelse på Eurocontrol som følge af Eurocontrols immunitet i henhold til international offentlig ret, med den begrundelse, at intervenienten i henhold til artikel 40, stk. 4, i statutten for Domstolen, der finder anvendelse på Retten, og artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement ikke kunne fremsætte dette anbringende, som ikke allerede var fremsat for Kommissionen.

12 I forbindelse med realiteten forkastede Retten dernæst, med henblik på at frifinde Kommissionen, de tre anbringender, Selex havde fremsat, om henholdsvis et åbenbart urigtigt skøn over, om de fællesskabsretlige konkurrenceregler kunne anvendes på Eurocontrol, et åbenbart urigtigt skøn over, om der var sket en tilsidesættelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, og en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Begrundelsen herfor er gengivet nedenfor.

13 Indledningsvis udtalte Retten, at annullationen af den anfægtede beslutning forudsatte, at appellantens to første anbringender blev taget til følge. I denne forbindelse anførte den i den appellerede doms præmis 47-49 dels, at »dersom konklusionen i en kommissionsbeslutning støttes på flere begrundelser, som hver især udgør et tilstrækkeligt grundlag for denne konklusion, skal beslutningen principielt kun annulleres, såfremt hver enkelt af disse begrundelser er ulovlig«, dels at den anfægtede beslutning var baseret på den dobbelte erklæring, at Eurocontrol ikke er en virksomhed, og at den anfægtede adfærd ikke var i strid med artikel 82 EF.

14 I forbindelse med behandlingen af det første anbringende gjorde Retten i den appellerede doms præmis 50-55 opmærksom på Domstolens praksis vedrørende virksomhedsbegrebet og økonomisk aktivitet, og forkastede argumentationen fremsat af Kommissionen, som under henvisning til Domstolens dom af 19. januar 1994, SAT Fluggesellschaft (sag C-364/92, Sml. I, s. 43), havde gjort gældende, at Eurocontrol

under ingen omstændigheder kan anses for en virksomhed i henhold til de fællesskabsretlige konkurrenceregler. Retten udtalte nemlig, at da traktatens bestemmelser på dette område finder anvendelse på de af et organs aktiviteter, som kan udskilles fra de aktiviteter, organet udøver i sin egenskab af offentlig myndighed, skal et organs forskellige aktiviteter undersøges individuelt, og at den dom, der blev gjort gældende, følgelig ikke udelukkede, at Eurocontrol for så vidt angår de aktiviteter, som ikke er omfattet af denne dom, anses for en virksomhed i henhold til artikel 82 EF.

15 Følgelig sondrede Retten i forbindelse med behandlingen af dette anbringende mellem de forskellige omhandlede aktiviteter i den foreliggende sag, dvs. teknisk standardisering, forskning og udvikling samt hjælp til nationale myndigheder.

16 Hvad for det første angår den tekniske standardisering fastslog Retten i den appellerede doms præmis 59-62, at mens Rådet for Eurocontrols vedtagelse af standarderne henhører under lovgivningsområdet, og derved under organisationens beføjelser som offentlig myndighed, kan forberedelsen og udarbejdelsen af tekniske standarder adskilles fra opgaven med regulering af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden, men kan imidlertid ikke anses for en økonomisk aktivitet, da appellanten ikke havde godtgjort, at denne aktivitet bestod i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked.

17 I denne sammenhæng blev appellantens argumentation dels om, at den økonomiske art af aktiviteten med teknisk standardisering følger af den økonomiske art af erhvervelsen af prototyper, dels at Rettens argumentation i dom af 4. marts 2003, FENIN mod Kommissionen (sag T-319/99, Sml. II, s. 357), ikke kan overføres på den foreliggende sag, i den appellerede doms præmis 63-68 ikke taget til følge. Under henvisning til denne dom anførte Retten i det væsentlige, at spørgsmålet, om købsaktiviteten er af økonomisk art eller ej, afhænger af den efterfølgende anvendelse af den erhvervede vare, hvorfor den ikke-økonomiske karakter af aktiviteten med teknisk standardisering medfører, at aktiviteten med erhvervelse af prototyper som led i den nævnte standardisering er af ikke-økonomisk art.

18 Hvad for det andet angår forsknings- og udviklingsaktiviteten har Retten i den appellerede doms præmis 74 for det første anført, at appellantens påstand om, at Kommissionen ikke har bestridt denne aktivitets økonomiske art, ikke fremgår af den anfægtede beslutning. Dernæst fandt Retten i den appellerede doms præmis 75-77 bl.a., at erhvervelsen af prototyper som led i administrationen af intellektuelle ejendomsrettigheder desangående ikke kan give denne aktivitet en økonomisk karakter, eftersom den nævnte erhvervelse ikke medfører noget udbud af varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked. I denne forbindelse bemærkede Retten, at denne aktivitet består i at fordele offentlige midler til virksomheder i den berørte erhvervsgren og at erhverve ejendomsretten til prototyper og de ejendomsrettigheder, der følger af den finansierede forskning, med henblik på vederlagsfrit at stille forskningsresultaterne til rådighed for den berørte erhvervsgren, og den fastslog, at det drejede sig om »en tillægsvirksomhed til fremme af den tekniske udvikling, [der] ved at blive en del af Eurocontrols formål af almen interesse, og eftersom organisationen ikke forfølger en egen interesse, […] kan adskilles fra det nævnte formål«.

19 Hvad for det tredje angår aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder fandt Retten derimod i den appellerede doms præmis 86, at denne aktivitet kan adskilles fra Eurocontrols opgave med regulering af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden, da den kun indgår i et meget indirekte forhold til luftfartssikkerheden, og anførte i denne forbindelse, at den hjælp, som Eurocontrol tilbyder, kun omfatter de tekniske specifikationer ved iværksættelsen af udbudsprocedurer, at Eurocontrol kun tilbyder sin hjælp inden for dette område på de nationale myndigheders anmodning, og at der på ingen måde er tale om en aktivitet, der er grundlæggende eller uundværlig for sikringen af luftfartssikkerheden.

20 Desuden fastslog Retten i den appellerede doms præmis 87 vedrørende denne aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder, at det drejer sig om udbud af tjenesteydelser på markedet for rådgivning — et marked, hvor private virksomheder med speciale inden for området lige så vel kunne virke. I denne sammenhæng udtalte Retten i den appellerede doms præmis 88-91, at den omstændighed, at en aktivitet kan udøves af en privat virksomhed, udgør et yderligere indicium for, at den pågældende aktivitet skal anses for at være udført i en egenskab af virksomhed, at det forhold, at aktiviteter normalt måtte være overdraget offentlige organer, ikke nødvendigvis kan påvirke disses økonomiske karakter, at den omstændighed, at aktiviteterne med hjælp til de nationale myndigheder er vederlagsfrie, hvilket kan udgøre et indicium for, at der er tale om en ikke-økonomisk aktivitet, ikke i sig selv er afgørende, samt at denne aktivitet udøves

med et formål af almen interesse. Retten fastslog følgelig, at denne aktivitet er en økonomisk aktivitet, og at Eurocontrol under udøvelsen af denne aktivitet følgelig er en virksomhed i henhold til artikel 82 EF.

21 Retten forkastede imidlertid i forbindelse med denne aktivitet det andet anbringende, som appellanten havde fremført, og den udtalte i den appellerede doms præmis 104, at alene de nationale myndigheder er de ordregivende myndigheder og således bemyndiget til at træffe beslutninger, hvorfor de er ansvarlige for overholdelsen af de relevante bestemmelser om udbudsprocedurer, og Eurocontrols deltagelse som rådgiver er hverken obligatorisk eller systematisk. Dernæst anførte Retten i den appellerede doms præmis 105-108, at appellanten ikke havde fremlagt dokumentation vedrørende definitionen af det relevante marked og den dominerende stilling eller fremført beviser for, at der forelå en adfærd, som opfylder kriterierne for misbrug af en sådan stilling. Endelig forkastede Retten i den appellerede doms præmis 111 og 112 appellantens påstande om, at skrivelsen af 3. november 1998 udgjorde bevis for, at Kommissionen selv var overbevist om, at Eurocontrol havde misbrugt sin dominerende stilling.

22 Efter i den appellerede doms præmis 177-120 og 124-127 at have afvist klagepunkterne vedrørende manglende begrundelse og tilsidesættelse af retten til forsvar, som appellanten havde fremsat i forbindelse med det tredje anbringende, afviste Retten endvidere i dommens præmis 132 og 133 appellantens begæringer om bevisoptagelse.

III — Parternes påstande

23 Selex har nedlagt følgende påstande:

— Eurocontrols immunitetsindsigelse afvises.

— Kommissionens påstande om en ændring af begrundelsen efterkommes ikke.

— Den appellerede dom ophæves, og sagen hjemvises til Retten.

— Kommissionen tilpligtes at betale denne sags omkostninger samt omkostningerne i forbindelse med sagens behandling i første instans.

24 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes, og der foretages eventuelt en delvis ændring af Rettens begrundelse.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Eurocontrol har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med interventionen.

IV — Om appellen

26 Til støtte for appellen har Selex fremsat fire anbringender vedrørende retsforhandlingerne for Retten samt tolv anbringender vedrørende realiteten. De sidstnævnte vedrører den urigtige retsanvendelse, som Retten har foretaget for så vidt angår dels anvendelsen af artikel 82 EF på de af Europols aktiviteter, som berøres i denne sag, dvs. hjælp til nationale myndigheder, teknisk standardisering og forskning og udvikling, dels denne organisations tilsidesættelse af denne bestemmelse.

27 Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, men har anmodet om en ændring af den appellerede doms begrundelse for ikke at tiltræde appellantens anbringender om aktiviteterne med hjælp til de nationale myndigheder og teknisk standardisering.

28 Eurocontrol har ligeledes nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og har samtidig fremsat et klagepunkt vedrørende den appellerede dom, idet anbringendet vedrørende organisationens immunitet i henhold til international offentlig ret heri blev afvist. Eurocontrol har desuden gjort gældende, at denne immunitet, som udelukker anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler på de omhandlede aktiviteter, udgør en undtagelse, som skal behandles ex officio af Fællesskabets retsinstanser, og som skal stadfæstes af Domstolen med henblik på at forkaste appellen.

A — *Om anbringenderne vedrørende retsforhandlingerne for Retten*

29 De fire anbringender vedrørende proceduren for Retten, som Selex har fremsat, omhandler tilsidesættelsen af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, tilsidesættelsen af procesreglementets artikel 48, stk. 2 (andet og tredje anbringende), og af procesreglementets artikel 66, stk. 1.

1. Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement

30 Med dette anbringende har Selex gjort gældende, at Retten, ved at give Eurocontrol tilladelse til at indlevere et skriftligt indlæg og til at få tilstillet sagsakterne, selv om det blev konstateret, at interventionsbegæringen var blevet fremsat efter udløbet af fristen på seks uger i artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement, har tilsidesat dette reglements artikel 116, stk. 6. Selex har gjort gældende, at Retten ikke kunne anvende bestemmelserne i procesreglementets artikel 64 for at »omgå den præklusion, der er forbundet med udløbet af procesfristerne«.

31 Kommissionen og Eurocontrol har som svar herpå gjort gældende, at Retten råder over et vidt skøn i forbindelse med udøvelsen af den kompetence, den er tillagt ved procesreglementets artikel 64, hvis bestemmelser er uafhængige af bestemmelserne i den artikel, der påstås at være tilsidesat, og at appellanten ikke har godtgjort, at denne beføjelse i den foreliggende sag blev udøvet med et formål, som adskiller sig fra det, der er angivet i artikel 64, stk. 2, eller på grundlag af artikel 58 i statutten for Domstolen, at den påståede uregelmæssige procedure havde skadet selskabets interesser. De har understreget, at det navnlig ikke er godtgjort, at denne uregelmæssighed, i lighed med de andre påståede uregelmæssigheder, har kunnet påvirke sagens udfald.

32 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at interventionsbegæringen ifølge artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement enten skal fremsættes inden udløbet af en frist på seks uger, som løber fra offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* af en meddelelse vedrørende indgivelsen af stævningen, eller inden Retten, med forbehold af procesreglementets artikel 116, stk. 6, beslutter, at den mundtlige forhandling skal indledes.

33 Artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement bestemmer, at såfremt der gives tilladelse til intervention på grundlag af en begæring, som er fremsat inden for den i procesreglementets artikel 115, stk. 1, fastsatte frist på seks uger, tilstilles intervenienten alle procesdokumenter, der er forkyndt for parterne.

34 Artikel 116, stk. 4, i Rettens procesreglement præciserer, at i de i denne bestemmelses stk. 2 omhandlede tilfælde fastsætter retsformanden en tidsfrist, inden for hvilken intervenienten kan indgive et skriftligt indlæg, som indeholder intervenientens påstande, hvorved denne helt eller delvis støtter en af parternes påstande eller helt eller delvis påstår disse forkastet, de af intervenienten fremførte anbringender og argumenter og i påkommende tilfælde en angivelse af de beviser, der påberåbes.

35 I henhold til denne bestemmelses stk. 6 gælder, at såfremt interventionsbegæringen er fremsat efter udløbet af den i procesreglementets artikel 115, stk. 1, fastsatte frist på seks uger, kan intervenienten fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling på grundlag af retsmøderapporten, der tilstilles ham.

36 Det følger af disse bestemmelser, at intervenientens processuelle rettigheder er forskellige, alt efter om intervenienten har fremsat sin interventionsbegæring inden udløbet af fristen på seks uger i henhold til artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement eller efter udløbet af denne frist, men inden beslutningen om at indlede den mundtlige forhandling. Når intervenienten har fremsat sin begæring inden udløbet af denne frist, har han nemlig ret til at deltage både i den skriftlige og i den mundtlige forhandling, at få tilstillet procesdokumenter og at fremlægge interventionsindlæg. Når intervenienten derimod har fremsat sin begæring efter udløbet af denne frist, har han kun ret til at deltage i den mundtlige forhandling, at få tilstillet retsmøderapporten og fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling på grundlag af retsmøderapporten.

37 I den foreliggende sag fremgår det af formuleringen af den appellerede dom og af sagsakterne, at selv om Eurocontrol ikke ved kendelsen af 25. oktober 2004 havde fået tilladelse til at intervenere for Retten til støtte for Kommissionens påstande i henhold til artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, og organisationen således kun havde fået tilladelse til at fremsætte sine bemærkninger under den mundtlige forhandling på grundlag af retsmøderapporten, blev den efterfølgende ved afgørelse af 5. april 2005, som blev truffet på grundlag af procesreglementets artikel 49 og 64, opfordret til at indgive et interventionsindlæg. Ved afgørelse af 4. maj 2005 fik organisationen desuden tilladelse til at få tilstillet stævningen, svarskriftet, replikken og duplikken. Heraf følger således, at Eurocontrol, uagtet at organisationen intervenerede i sagen for Retten efter

udløbet af fristen på seks uger som fastsat i procesreglementets artikel 115, stk. 1, fik endelig tilladelse til at deltage i både den skriftlige og den mundtlige forhandling.

38 Selv om Retten i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement bl.a. som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse kan opfordre parterne, herunder intervenienten, til at udtale sig skriftligt om visse aspekter af tvisten, giver denne bestemmelse på ingen måde mulighed for at opfordre en intervenient, som indtræder efter den nævnte frist, til at indgive et interventionsindlæg og for at give denne adgang til procesdokumenter, hvilket desuden ikke opfylder formålet med foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse som anført i artikel 64, stk. 2.

39 Heraf følger, at Retten ved at opfordre Eurocontrol til at indgive et interventionsindlæg og ved at give selskabet tilladelse til at få tilstillet procesdokumenter, ikke har iagttaget bestemmelserne i procesreglementets artikel 116, stk. 6, og at den appellerede dom derfor er behæftet med en uregelmæssighed.

40 Imidlertid kan der i henhold til artikel 58 i statutten for Domstolen kun gives medhold i appellen, såfremt den rettergangsfejl, som Retten har begået, har skadet appellantens interesser. I den foreliggende sag har Selex dog ikke godtgjort, at den påståede uregelmæssighed har skadet selskabets interesser. Det fremgår i øvrigt ikke, at denne uregelmæssighed på nogen måde har kunnet påvirke udfaldet af sagen.

41 Følgelig kan der ikke gives medhold i dette anbringende.

2. Om det andet og tredje anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement

42 Med det andet anbringende har Selex gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, idet den groft og åbenbart har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, som blev lagt til grund for afvisningen af de nye anbringender, som selskabet havde fremført vedrørende indholdet af den skrivelse af 3. november 1998, som Kommissionen indgav under retsforhandlingerne. Retten har nemlig i præmis 12, 35 og 38 i den appellerede dom foretaget en urigtig gengivelse af indholdet af en skrivelse af 12. november 1998 fra Kommissionen til appellanten, som på ingen måde henviser til skrivelsen af 3. november 1998, med henblik på at fastslå, at selskabet ugrundet havde gjort gældende, at kun gennemlæsningen af skrivelsen af 2. juli 1999 fra Eurocontrols direktør, der var bilagt svarskriftet, gav appellanten mulighed for at vide, at skrivelsen af 3. november 1998 ikke blot var en oversendelse af klagen, men ligeledes indeholdt en analyse heraf, som var underskrevet af to generaldirektører.

43 Med det tredje anbringende har Selex kritiseret Retten for at have forkastet de nye anbringender uden at tage Kommissionens adfærd under den administrative procedure og retssagen i betragtning, selv om fremsættelsen af nye anbringender var et resultat af Kommissionens afslag på loyalt at fremlægge alle de relevante dokumenter, navnlig skrivelsen af 3. november 1998. Retten har således foretaget en indskrænkende fortolkning og anvendelse af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement.

44 Imidlertid fremgår det af ordlyden af den nævnte skrivelse af 12. november 1998, at Kommissionen hermed underrettede appellanten om, at Kommissionens tjenestegrene efter klagen og en skrivelse af 29. september 1998 havde gennemgået de retlige og økonomiske forhold, der var gjort gældende i klagen, og med forbehold af anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler havde henvendt sig til Eurocontrol med opfordring om, at denne fremsatte sine bemærkninger til de faktiske omstændigheder og påstandene i klagen. I skrivelsen var det præciseret, at Kommissionen ved skrivelsen undertegnet af to generaldirektører, henholdsvis for Generaldirektoratet for Konkurrence og Generaldirektoratet for Transport, havde henledt Eurocontrols opmærksomhed på visse forhold i dennes politik om standardisering, og opfordrede særligt

Eurocontrol til sammen med Kommissionens tjenestegrene at fastsætte en neutral og passende tilgang til sit forhold til virksomhederne.

45 Selv om skrivelsen af 12. november 1998 ikke præciserer datoen for skrivelsen til Eurocontrol og for henvendelsen til denne, hvorfor appellanten ikke ud fra skrivelsens ordlyd kunne vide, at der var tale om skrivelsen af 3. november 1998, og selv om skrivelsen af 12. november 1998 kun vedrører Eurocontrols aktiviteter med teknisk standardisering, fremgår det imidlertid klart af den sidste skrivelse, at Kommissionen efter at have gennemgået klagen havde opfordret Eurocontrol til at fremsætte sine bemærkninger til alle elementerne i klagen, og Kommissionen underrettede den ved skrivelsen om visse elementer i analysen.

46 Følgelig var det uden at foretage en urigtig gengivelse af indholdet af skrivelsen af 12. november 1998 eller nogen andre faktiske omstændigheder, at Retten, efter bl.a. at have henvist til de forskellige elementer i den appellerede doms præmis 35-37, fastslog, at appellanten ubegrundet havde gjort gældende, at kun gennemlæsningen af skrivelsen af 2. juli 1999 gav appellanten mulighed for at vide, at skrivelsen fra Kommissionen til Eurocontrol ikke blot var en oversendelse af klagen, men ligeledes indeholdt en analyse heraf, som var underskrevet af to generaldirektører.

47 Da der ikke foreligger retlige eller faktiske omstændigheder, som kom frem under retsforhandlingerne, kunne Retten med føje i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement forkaste appellantens anbringender, der blev fremført i processkrift indgivet til Rettens Justitskontor den 27. april 2005, dvs. efter afslutningen af den skriftlige forhandling.

48 Desuden kan det i mangel af sådanne elementer ikke med føje gøres gældende, at fremlæggelsen af nye anbringender under retssagen var et resultat af Kommissionens afslag på eller undladelse af tidligere at videregive skrivelserne af 2. juli 1999 og 3. november 1998 eller noget andet dokument. Retten kan desuden heller ikke kritiseres for at have foretaget en indskrænkende fortolkning af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, da de processuelle bestemmelser er ufravigelige.

49 Følgelig kan andet og tredje anbringende ikke lægges til grund.

3. Om det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement

50 Selex har inden for rammerne af det fjerde anbringende gjort gældende, at Retten tilsidesatte artikel 66, stk. 1, i Rettens procesreglement, idet den ikke traf afgørelse ved kendelse, men blot ved den appellerede dom vedrørende de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, appellanten havde fremsat begæring om ved dokument indleveret den 27. april 2005.

51 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne bestemmelse kræver, at der afsiges en kendelse for at træffe de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten finder nyttige. Dette kræves ikke for at afvise begæringer om sådanne foranstaltninger, i hvilket tilfælde Retten kan træffe afgørelse i den dom, som afgør sagen (jf. i denne retning kendelse af 12.1.2006, sag C-162/05 P, Entorn mod Kommissionen, præmis 54 og 55).

52 Heraf følger, at det fjerde og sidste anbringende vedrørende retsforhandlingerne for Retten heller ikke kan tiltrædes.

B — *Om Eurocontrols immunitetsindsigelse*

1. Om afvisningen af immunitetsindsigelsen

53 Eurocontrol har gjort gældende, at den immunitetsindsigelse, organisationen har gjort gældende, i modsætning til Rettens bedømmelse ikke udgør et nyt anbringende, som ændrer sagens rammer, og den overholder således artikel 40, stk. 4, i statutten for Domstolen, og artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement. Organisationen har for det første anført, at den allerede havde rejst denne indsigelse i bemærkningerne af 2. juli 1999 til klagen, og at Kommissionen selv henviste til immunitetsprincippet i den anfægtede beslutning. Dernæst har Eurocontrol i det væsentlige gjort gældende, at immunitetsindsigelsen og drøftelserne vedrørende dens status som virksomhed har samme formål og lægger de samme faktiske og retlige omstændigheder til grund, da immuniteten blot er et retligt argument, som slutter sig til de argumenter, Kommissionen fremsatte til støtte for, at artikel 82 EF ikke finder anvendelse på de omhandlede aktiviteter, og for at blive frifundet.

54 Som Retten imidlertid udtalte i den appellerede dom, skal intervenienterne i henhold til artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement indtræde i sagen, som den foreligger ved deres intervention, og påstandene i deres begæring om intervention kan i henhold til artikel 40, stk. 4, i statutten for Domstolen kun gå ud på at støtte en påstand fremsat af en af parterne. Således følger det af fast retspraksis, at disse bestemmelser ikke er til hinder for, at en intervenient påberåber sig nye eller andre argumenter end dem, der er fremsat af den part, der støttes, forudsat at intervenienten støtter den pågældende parts påstande (jf. dom af 23.2.1961, sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 37, og af 8.7.1999, sag C-245/92 P, Chemie Linz mod Kommissionen, Sml. I, s. 4643, præmis 32).

55 I denne forbindelse bemærkes, dels at Kommissionens påstande for Retten vedrørte frifindelse i sagen anlagt af Selex, dels støttede den anfægtede beslutning i betragtning 21-24 anvendelsen af fællesskabsretten på Eurocontrol og afviste klagen med den begrundelse, for det første, at de aktiviteter, som dannede grundlag for klagen, ikke var af økonomisk art, hvorfor Eurocontrol ikke kunne anses for at være en virksomhed i artikel 82 EF's forstand. Anbringenderne, som Kommissionen fremsatte

for Retten til støtte for frifindelse i sagen anlagt af Selex til anfægtelse af denne beslutning, var støttet på samme overvejelser.

56 På denne baggrund må det fastslås, at immunitetsindsigelsen rejst af Eurocontrol ikke kan anses for at støtte Kommissionens påstande, eftersom en sådan indsigelse reelt har til hensigt at få fastslået, at Eurocontrols aktiviteter ikke er omfattet af fællesskabsretten, og at denne internationale organisation bl.a. er omfattet af immunitet med hensyn til undersøgelser udført af Kommissionen på konkurrenceområdet. Som generaladvokaten har anført i punkt 30 i forslaget til afgørelse, måtte man nemlig, hvis indsigelsen blev taget til følge, konkludere, at den anfægtede beslutning er ulovlig, hvilket kan medføre annullation heraf, men ikke frifindelse i sagen, som Kommissionen påstod for Retten.

57 Den ovenfor anførte begrundelse er tilstrækkelig berettigelse for Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 44, hvorved Eurocontrols anbringende blev afvist på grundlag af artikel 40, stk. 4, i statutten for Domstolen, og artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement.

2. Om Eurocontrols påstande, hvorefter organisationens immunitet udgør en undtagelse, som skal behandles ex officio af Fællesskabets retsinstanser, og som skal stadfæstes af Domstolen med henblik på at forkaste appellen

58 Eurocontrol er af den opfattelse, at appellantens klage under alle omstændigheder skulle afvises, da organisationens aktiviteter i henhold til international offentlig ret ikke er omfattet af fællesskabsretten og navnlig nyder immunitet med hensyn til undersøgelser udført af en kontraherende part på konkurrenceområdet. Den har understreget, at De Europæiske Fællesskaber og Eurocontrol begge er internationale organisationer, hvis medlemmer er stater, som til dels er forskellige, og de opererer inden for to uafhængige og forskellige retsordener, hvorfor det i henhold til det

almindelige princip par in parem non habet imperium ikke er muligt for at Fællesskabet at undergive Eurocontrol Fællesskabets regler.

59 Fællesskabet, som godkendte tiltrædelsesprotokollen for Eurocontrol ved Rådets afgørelse 2004/636/EF af 29. april 2004 om Det Europæiske Fællesskabs indgåelse af protokollen om Det Europæiske Fællesskabs tiltrædelse af Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (EUT L 304, s. 209) og blev enig med de øvrige kontraherende parter om midlertidigt at anvende artikel 1-7 i tiltrædelsesprotokollen, skal i henhold til det princip om god tro, der er knæsat i artikel 18 i Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969, afholde sig fra enhver handling, der ville berøve den internationale konvention vedrørende samarbejde om luftfartens sikkerhed »Eurocontrol«, undertegnet i Bruxelles den 13. december 1960, som er blevet ændret og omarbejdet ved protokol af 27. juni 1997 (herefter »konventionen om luftfartssikkerhed«), dens genstand og formål. Fællesskabet kan desuden kun udøve sine beføjelser inden for de begrænsninger, der følger af international offentlig ret.

60 Den samme konklusion følger af reglerne i international offentlig sædvaneret, hvorefter immuniteten for mellemstatslige organisationer yder organisationen en absolut beskyttelse, som i det mindste beskytter de i den foreliggende sag omhandlede aktiviteter, da disse aktiviteter udgør væsentlige elementer i Eurocontrols institutionelle målsætninger og under alle omstændigheder ikke er handelsmæssige aktiviteter. Eurocontrol har understreget, at hvis Fællesskabet havde kompetence til at udføre undersøgelser på konkurrenceområdet på grundlag af Eurocontrols udførelse af offentlige funktioner, kan Kommissionen reelt ensidigt bestemme, hvordan Eurocontrol skal udføre sine institutionelle aktiviteter og omgå principperne i konventionen om luftfartssikkerhed med hensyn til at træffe afgørelser, samt tilsidesætte de øvrige kontraherende parters rettigheder.

61 Eurocontrol er af den opfattelse, at det således beskrevne spørgsmål om immunitet henhører under samme kategori som spørgsmål om grundlæggende retsprincipper, som Fællesskabets retsinstanser skal tage under påkendelse af egen drift. Under retsmødet fremførte Eurocontrol udtrykkeligt dette spørgsmål i forbindelse med Kommissionens manglende kompetence til at udtale sig om realiteten vedrørende de af appellanten begærede foranstaltninger.

62 I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen i dommen i sagen SAT Fluggesellschaft i henhold til artikel 234 EF erklærede sig kompetent til at træffe afgørelse om fortolkningen af traktatbestemmelser i en sag for en national ret mellem et privat selskab og Eurocontrol, som bl.a. vedrørte anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler. I denne dom fastslog Domstolen, at spørgsmålet, om fællesskabsreglerne kan gøres gældende over for Eurocontrol, vedrører realiteten og er uden betydning for Domstolens kompetence.

63 Da Kommissionen i medfør af artikel 211 EF skal drage omsorg for gennemførelsen af traktatens bestemmelser, er det også inden for rammerne af denne kompetence, at Kommissionen undersøgte klagen fra Selex og gav afslag herpå, idet den antog, at artikel 82 EF ikke fandt anvendelse på Eurocontrol.

64 Under disse omstændigheder finder Domstolen, at det ikke er fornødent, at den af egen drift behandler Eurocontrols påstande om immunitet.

C — *Om anbringenderne vedrørende realiteten*

65 Selex har vedrørende realiteten fremført en række anbringender vedrørende den urigtige retsanvendelse, som Retten har foretaget i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF på Eurocontrols aktiviteter, dvs. aktiviteterne med at hjælpe nationale myndigheder, den tekniske standardisering samt forskning og udvikling, eller tilsidesættelsen af denne bestemmelse. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, men har anmodet om en ændring af begrundelsen for den appellerede dom for så vidt angår de to førstnævnte aktiviteter.

1. Om anbringenderne vedrørende anvendelsen af artikel 82 EF på aktiviteten med at hjælpe nationale myndigheder og tilsidesættelsen af denne bestemmelse

66 Selex har vedrørende Eurocontrols aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder fremført fem anbringender til støtte for appellen, det første vedrørende urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning, det andet og tredje vedrørende det forhold, at begrundelsen er selvmodsigende, det fjerde vedrørende tilsidesættelsen af Fællesskabets retspraksis på området for grænserne for domstolskontrol og det femte vedrørende et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med tilsidesættelsen af artikel 82 EF. Da Kommissionen er af den opfattelse, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse ved at kvalificere denne aktivitet som en økonomisk aktivitet, har den principalt anmodet om en ændring af begrundelsen for den appellerede dom, hvilket indebærer, at det er unødvendigt at undersøge appelanbringenderne, hvorfor den subsidiært har nedlagt påstand om, at disse anbringender ikke lægges til grund.

67 Det skal fastslås, at såfremt en sådan fejl konstateres, er det selve grundlaget for argumentationen i den appellerede dom, som er anført i forbindelse med de nævnte fem anbringender, som ophæves. I et sådant tilfælde ville denne argumentation ikke have noget grundlag, og de fem nævnte anbringender ville blive uden genstand.

68 Under disse omstændigheder kan Domstolen ikke træffe afgørelse om de fem nævnte anbringender uden at tage hensyn til eventuelle fejl i begrundelsen, i hvilken Retten udtalte, at Eurocontrols aktivitet med at hjælpe nationale myndigheder skal kvalificeres som en økonomisk aktivitet.

69 Det skal i den forbindelse bemærkes, at enhver aktivitet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked, er en økonomisk aktivitet (jf. dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 75, og af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, Sml. I, s. 4863, præmis 22).

70 Det skal endvidere bemærkes, at der ifølge Domstolens praksis ikke foreligger en økonomisk karakter, der begrunder anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, i forbindelse med aktiviteter, der henhører under udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer (jf. i denne retning dom af 11.7.1985, sag 107/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 2655, præmis 14 og 15, samt SAT Fluggesellschaft-dommen, præmis 30, og MOTOE-dommen, præmis 24).

71 I SAT Fluggesellschaft-dommen udtalte Domstolen i præmis 30, uden særligt at nævne Eurocontrols aktivitet med hjælp til nationale myndigheder, at Eurocontrols aktiviteter ud fra en helhedsbetragtning som følge af deres art, formål og de regler, de er undergivet, er knyttet til udøvelsen af prærogativer vedrørende reguleringen af og de politimæssige opgaver i luftrummet, som typisk er offentlige myndigheders prærogativer af ikke-økonomisk art. Følgelig fastslog Domstolen, at traktatens artikel 86 og 90 (nu artikel 82 EF og 86 EF) skal fortolkes således, at en international organisation som Eurocontrol ikke er en virksomhed i disse artiklers forstand.

72 I modsætning til det af Selex hævdede, gælder denne konklusion ligeledes Eurocontrols aktivitet med hjælp til administrative myndigheder på disses anmodning i forbindelse med offentlige udbud, som de nationale myndigheder afholder med henblik på erhvervelsen af bl.a. udstyr og systemer på området for luftfartsregulering.

73 Det fremgår nemlig af artikel 1 i konventionen om luftfartssikkerhed, at Eurocontrol, for at opnå den harmonisering og integrering, der er nødvendig for at oprette et ensartet europæisk lufttrafikstyringssystem, har til formål at styrke samarbejdet mellem de kontraherende parter og udvikle fælles aktiviteter inden for luftfart, idet der herved tages tilbørligt hensyn til forsvarsmæssige behov, og idet der sørges for den for alle luftrumsbrugere størst mulige frihed, der er forenelig med det krævede sikkerhedsniveau.

74 Med dette formål har Eurocontrol bl.a. ifølge denne artikel 1, litra e), f) og h), til opgave at vedtage og anvende fælles normer og specifikationer, at harmonisere bestemmelser for lufttrafiktjenester og at fremme fælles tilvejebringelse af lufttrafiksystemer og -anlæg.

75 Artikel 2, stk. 2, litra a), i konventionen om luftfartssikkerhed bestemmer, at Eurocontrol på anmodning fra en eller flere af de kontraherende parter og på grundlag af en eller flere særlige aftaler indgået mellem organisationen og de berørte kontraherende parter kan hjælpe sådanne kontraherende parter med planlægning, specifikation og oprettelse af lufttrafiksystemer og lufttrafiktjenester.

76 Det følger af konventionen om luftfartssikkerhed, at denne aktivitet, der består i hjælp, er et af de samarbejdsinstrumenter, som konventionen har tildelt Eurocontrol, og den bidrager direkte til gennemførelsen af formålet om harmonisering og teknisk integration på området for luftfart, hvilket formål forfølges med henblik på opretholdelsen og forbedringen af luftfartssikkerheden. Denne aktivitet, som bl.a. består i hjælp til nationale myndigheder ved gennemførelsen af offentlige udbud til erhvervelse af udstyr eller systemer til administration af luftfarten, har til formål at integrere de fælles standarder og tekniske specifikationer, som er udarbejdet og vedtaget af Eurocontrol i udbudsmaterialet, med henblik på gennemførelsen af et europæisk harmoniseret system til regulering af luftfarten. Den er således tæt knyttet til opgaven med teknisk standardisering, som er betroet de kontraherende parter i Eurocontrol inden for rammerne af et samarbejde mellem stater, som har til formål at opretholde og udvikle luftfartssikkerheden, hvorfor den er knyttet til de offentlige myndigheders prærogativer.

77 Retten fastslog følgelig, på grundlag af en urigtig retlig bedømmelse, at aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder kan adskilles fra Eurocontrols opgave med regulering af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden, da denne aktivitet med hjælp kun indgår i et meget indirekte forhold til luftfartssikkerheden, og at den hjælp,

som Eurocontrol tilbyder, kun omfatter de tekniske specifikationer ved iværksættelsen af udbudsprocedurer, og således kun får indvirkning på luftfartssikkerheden gennem de nævnte udbudsprocedurer.

78 Den øvrige del af begrundelsen for den appellerede dom i denne forbindelse, hvorefter Eurocontrol kun tilbyder sin hjælp inden for dette område på de nationale myndigheders anmodning, og der således ikke er tale om en aktivitet, der er grundlæggende eller endog uundværlig for sikringen af luftfartssikkerheden, godtgør ikke, at den omhandlede aktivitet ikke er knyttet til de offentlige myndigheders prærogativer.

79 Den omstændighed, at Eurocontrols hjælp er fakultativ, og at det i givet fald kun er visse medlemsstater, der benytter sig heraf, udelukker ikke en sådan tilknytning eller ændrer aktivitetens art. Desuden kræver en tilknytning til udøvelsen af de offentlige myndigheders prærogativer ikke, at den pågældende aktivitet er grundlæggende eller uundværlig for sikringen af luftfartssikkerheden. Det væsentlige er, at aktiviteten er knyttet til opretholdelsen og udviklingen af luftfartssikkerheden, som udgør de offentlige myndigheders prærogativer.

80 Det følger af alle de ovenstående overvejelser, at Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse, da den kvalificerede Eurocontrols aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder som en økonomisk aktivitet, og som følge heraf, med en retligt urigtig begrundelse, fastslog, at Eurocontrol ved udøvelsen af denne aktivitet var en virksomhed som omhandlet i artikel 82 EF. Følgelig tiltrådte Retten på dette punkt fejlagtigt det første anbringende, som appellanten fremsatte for Retten vedrørende et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår anvendelse af artikel 82 EF på Eurocontrol.

81 Det skal imidlertid bemærkes, at selv om det fremgår af en doms præmisser, at Retten tilsidesatte fællesskabsretten, men konklusionen er baseret på andre retlige grunde, må appellen forkastes (jf. dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 58, og af 10.12.2002, sag C-312/00, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 57).

82 I det foreliggende tilfælde fremgår det af begrundelsen i denne doms præmis 72-79, at Eurocontrols aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder er knyttet til udøvelsen af de offentlige myndigheders prærogativer, og at den under alle omstændigheder ikke i sig selv er af økonomisk art, hvorfor denne organisation ved udøvelsen af denne aktivitet ikke er en virksomhed i artikel 82 EF's forstand. Den anfægtede beslutning er derfor ikke behæftet med nogen fejl i denne henseende.

83 Heraf følger, at konklusionen i den appellerede dom, som frifinder Kommissionen, stadig er retligt begrundet, og dermed at den urigtige retsanvendelse, som er foretaget i begrundelsen for den appellerede dom, ikke medfører, at denne dom skal ophæves.

84 Hvad angår de fem anbringender, som Selex har fremført, kan det konstateres, at de vedrører begrundelsen for den appellerede dom, hvorved Retten, efter at have fastslået, at Eurcontrols aktivitet med hjælp til de nationale myndigheder er en økonomisk aktivitet, og at Eurocontrol følgelig under udøvelsen heraf er en virksomhed i artikel 82 EF's forstand, forkastede det andet anbringende, som appellanten fremsatte til støtte for sit søgsmål vedrørende Kommissionens åbenbart urigtige skøn for så vidt angår eksistensen af en tilsidesættelse af artikel 82 EF.

85 Det følger dog af den ovenfor anførte begrundelse, at da Eurocontrol ikke under udøvelsen af aktiviteten med hjælp til de nationale myndigheder er en virksomhed i artikel 82 EF's forstand, finder denne bestemmelse ikke anvendelse på denne aktivitet. Følgelig skal de fem anbringender, som Selex har fremført som kritik af begrundelsen i den appellerede dom vedrørende den påståede tilsidesættelse af artikel 82 EF, forkastes, da de er uden genstand.

2. Om anbringenderne vedrørende anvendelsen af artikel 82 EF på den aktivitet, der består i teknisk standardisering

86 Selex har vedrørende Eurocontrols aktivitet, der består i teknisk standardisering, fremført fire anbringender til støtte for appellen, der vedrører urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning, anvendelsen af et begreb vedrørende økonomisk aktivitet, som er i strid med det i fællesskabsretspraksis udviklede begreb, den urigtige anvendelse af retspraksis på området for sociale ydelser og tilsidesættelsen af forpligtelsen til at give en tilstrækkelig begrundelse. Kommissionen, som vurderer, at den sondring, der fremgår af den appellerede dom mellem aktiviteten med vedtagelsen af tekniske standarder, som henhører under opgaven med forvaltning af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerhed, og den aktivitet, der består i forberedelsen og udarbejdelsen af sådanne standarder, som ikke henhører under disse opgaver, er fejlagtig, har anmodet om en ændring af begrundelsen på dette punkt og har i øvrigt nedlagt påstand om, at anbringenderne forkastes.

87 Det skal fastslås, at såfremt en sådan fejl konstateres, er det selve grundlaget for dele af argumentationen i den appellerede dom, som er blevet kritiseret inden for rammerne af anbringendet om anvendelsen af et begreb vedrørende økonomisk aktivitet, som er i strid med det i fællesskabsretspraksis udviklede begreb, som ophæves. I et sådant tilfælde ville denne argumentation ikke have noget grundlag, og anbringendet ville blive uden genstand.

88 På denne baggrund, og som nævnt i denne doms præmis 68, kan Domstolen ikke tage stilling til det ovennævnte anbringende ved at se bort fra den eventuelle fejlagtige begrundelse, hvori Retten i det væsentlige udtalte, at i modsætning til den aktivitet, der består i vedtagelsen af tekniske standarder, kan aktiviteten med forberedelse og udarbejdning af sådanne standarder adskilles fra opgaven med regulering af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden, hvorfor den kan kvalificeres som en økonomisk aktivitet.

89 I denne forbindelse har Retten, med henblik på at foretage den anfægtede sondring, i den appellerede doms præmis 59 anført, at Rådet for Eurocontrols vedtagelse af standarder, udarbejdet af organisationens udøvende organ, henhører under lovgiv-

ningsområdet, da dette råd er sammensat af luftfartsdirektørerne i hver kontraherende stat, som af deres respektive stater har fået bemyndigelse til at vedtage tekniske specifikationer, der får bindende virkning i alle staterne. Denne aktivitet hører ifølge den appellerede doms præmisser direkte under disse staters udøvelse af deres prærogativer som offentlig myndighed. Eurocontrols rolle ligner således en ministers, som på nationalt plan forbereder lovgivende eller regulerende foranstaltninger, der senere vedtages af regeringen. Der er således tale om en aktivitet, som henhører under Eurocontrols offentlige opgaver.

90 Retten anførte dernæst i den appellerede doms præmis 60, at Eurocontrols aktivitet med forberedelse og udarbejdning af tekniske standarder derimod kan adskilles fra opgaven med regulering af luftrummet og udvikling af luftfartssikkerheden. For at begrunde denne bedømmelse fastslog Retten, at Kommissionens argumenter til godtgørelse af, at Eurocontrols aktivitet med standardisering er knyttet til denne organisations offentlige tjenesteopgaver, rent faktisk kun henviser til vedtagelsen af de nævnte standarder, ikke til deres udarbejdelse, og at nødvendigheden af at vedtage standarder på internationalt plan ikke nødvendigvis medfører, at det organ, som udarbejder disse standarder, ligeledes skal være det, der senere vedtager dem.

91 Det skal imidlertid bemærkes, at artikel 2, stk. 1, litra f), i konventionen om luftfartssikkerhed fastsætter, at Eurocontrol har til opgave at udarbejde, vedtage, undersøge og vurdere fælles standarder, specifikationer og praksis for lufttrafikstyringssystemer og lufttrafiktjenester. Det skal følgelig fastslås, at de kontraherende stater har betroet Eurocontrol at varetage både forberedelsen og udarbejdelsen af standarder samt vedtagelsen heraf, uden at adskille disse funktioner.

92 Desuden bidrager forberedelsen og udarbejdelsen af tekniske standarder direkte til gennemførelsen af Eurocontrols formål, som er defineret i artikel 1 i konventionen om luftfartssikkerhed, og gentaget i denne doms præmis 73, dvs. at gennemføre den harmonisering og integrering, der er nødvendig for at oprette et ensartet europæisk lufttrafikstyringssystem. Disse aktiviteter udgør en del af den opgave, der består i teknisk standardisering, som de kontraherende parter har betroet Eurocontrol inden for rammerne af et mellemstatsligt samarbejde, der har til formål at opretholde og udvikle luftfartssikkerheden, og som udgør de offentlige myndigheders prærogativer.

93 Heraf følger, at den appellerede dom er behæftet med en retlig fejl, idet det heri fastslås, at Eurocontrols aktiviteter med forberedelse eller udarbejdelse af tekniske standarder kan adskilles fra opgaven med regulering af luftrummet og udviklingen af luftfartssikkerheden. Denne fejl påvirker imidlertid ikke Rettens konklusion, som er baseret på en anden begrundelse, ifølge hvilken Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fastslog, at Eurocontrols aktiviteter med teknisk standardisering ikke var økonomiske aktiviteter, og at traktatens konkurrenceregler således ikke fandt anvendelse herpå. Det skal derfor atter fastslås, at den urigtige retsanvendelse, der er foretaget i begrundelsen for den appellerede dom, ikke medfører, at den skal ophæves.

a) Om anbringendet vedrørende anvendelsen af et begreb vedrørende økonomisk aktivitet, som er i strid med det i fællesskabsretspraksis udviklede begreb

94 Selex har til støtte for dette anbringende gjort gældende, at Rettens bedømmelse, hvorefter selskabet ikke har godtgjort, at der findes et marked for tjenesteydelser i form af teknisk standardisering, ikke har nogen forbindelse med bedømmelsen af denne aktivitets økonomiske art og ikke er korrekt, da den omhandlede markedsdefinition, som selskabet foreslog, blev tiltrådt af Kommissionen i den anfægtede beslutning. Selex har i modsætning til Rettens bedømmelse anført, at Eurocontrol tilbyder en selvstændig tjenesteydelse til stater, som består i udarbejdelsen af tekniske standarder. Den omstændighed, at den omhandlede aktivitet ikke indebærer udbud af varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, er under alle omstændigheder ikke relevant med hensyn til retspraksis og Kommissionens praksis. Det væsentlige er, om denne aktivitet reelt og objektivt er en økonomisk aktivitet.

95 Desuden er begrundelsen i den appellerede doms præmis 61, hvori Retten udelukkede, at aktiviteten med udarbejdelsen af standarder er af økonomisk art, da disse standarder efterfølgende vedtages af Rådet for Eurocontrol, i strid med begrundelsen i samme doms præmis 59 og 60, hvor Retten har sondret mellem udarbejdelsen af tekniske standarder og vedtagelsen heraf.

96 I denne forbindelse bemærkes, at det følger af begrundelsen i denne doms præmis 91 og 92, at Eurocontrols aktivitet med teknisk standardisering samlet set vedrører udøvelsen af offentlige myndigheders prærogativer og følgelig ikke er af økonomisk art.

97 Heraf følger, at dette anbringende, hvorved Selex har kritiseret den appellerede doms præmisser, der førte Retten til at antage, at appellanten ikke havde godtgjort, at aktiviteten med teknisk standardisering består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, er uden genstand.

b) Om det tredje anbringende vedrørende urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning

98 Selex har med dette anbringende gjort gældende, at Retten, ved i den appellerede doms præmis 15 og 48 at fastslå, at den anfægtede beslutning er støttet på den dobbelte erklæring, at Eurocontrol ikke var en virksomhed, og at den påtalte adfærd under alle omstændigheder ikke var i strid med artikel 82 EF, har foretaget en urigtig gengivelse af indholdet af nævnte beslutning, som udelukkende er baseret på vurderingen af den økonomiske art af den omhandlede aktivitet og ingen bedømmelse indeholder af, om der foreligger misbrug af en dominerende stilling. Retten har reelt gengivet Kommissionens argumentation uden at undersøge, om den var det mindste begrundet, og har erstattet sin egen begrundelse med den begrundelse, Kommissionen egentligt havde formuleret.

99 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at dette anbringende ikke er relevant, eftersom Retten frifandt Kommissionen med den begrundelse, at traktatens konkurrenceregler ikke fandt anvendelse på Eurocontrols aktivitet med teknisk standardisering, og derfor ikke behandlede appellantens andet anbringende vedrørende et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår Eurocontrols tilsidesættelse af artikel 82 EF.

100 Følgelig kan dette anbringende ikke lægges til grund.

c) Om anbringendet vedrørende den fejlagtige anvendelse af fællesskabsretspraksis på området for sociale ydelser

101 Selex har med dette anbringende gjort gældende, at Retten med urette afviste selskabets argumenter om, at argumentationen i dommen i sagen FENIN mod Kommissionen ikke kan overføres på den foreliggende sag, hvor den omhandlede aktivitet ikke er kendetegnet ved solidaritetselementer. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at dette element, ud fra graden af solidaritet, er afgørende for at bekræfte eller benægte, at den berørte aktivitet udføres af en virksomhed.

102 Dels udtalte Retten imidlertid i den appellerede doms præmis 65, uden derved at foretage en urigtig retsanvendelse, under henvisning til dommen i sagen FENIN mod Kommissionen, at der med henblik på at bedømme, hvorvidt en aktivitet er af økonomisk art, ikke er behov for at adskille den aktivitet, der består i køb af varer, fra den senere brug af varerne, og at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af produktet, der nødvendigvis bestemmer karakteren af købsaktiviteten (dom af 11.7.2006, sag C-205/03 P, FENIN mod Kommissionen, Sml. I, s. 6295, præmis 26). Retten har i den foreliggende sag med føje på denne baggrund sluttet, at den ikke-økonomiske art af aktiviteten med teknisk standardisering medfører, at aktiviteten med erhvervelse af prototyper som led i den nævnte standardisering er af ikke-økonomisk art.

103 Dels er det ligeledes med føje, at den appellerede dom forkastede appellantens argument om, at denne argumentation ikke kan overføres på den foreliggende sag. Den samme argumentation finder nemlig selvfølgelig anvendelse på andre aktiviteter end dem, som er af social art, eller som er baseret på solidaritet, da disse elementer ikke udgør en betingelse for, at en aktivitet er ikke-økonomisk, men blot er oplysninger, som skal tages i betragtning, i givet fald for at kvalificere en aktivitet i overensstemmelse med den i denne doms præmis 69 og 70 anførte retspraksis.

104 Heraf følger, at anbringendet ikke kan lægges til grund.

d) Om det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af forpligtelsen til at give en tilstrækkelig begrundelse

105 Selex har kritiseret den appellerede dom for ikke at være tilstrækkeligt begrundet i præmis 59-62 for så vidt angår fastlæggelsen af markedet for standardisering. Selskabet har anført, at Retten på trods af selskabets forslag til en markedsdefinition, som ikke blev bestridt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, undlod at anvende denne definition uden at angive argumenter til støtte for dens modstridende bedømmelse og uden at henvise til de tekniske og retlige elementer, som blev fremført af parterne.

106 I denne forbindelse bemærkes, i modsætning til det af Selex fremførte, at Kommissionen på ingen måde i den anfægtede beslutning har udtalt sig om definitionen af det relevante marked, men i overensstemmelse med det, den efterfølgende gjorde gældende for Retten, fastslog, at aktiviteten med teknisk standardisering ikke var af økonomisk art. Retten, som nåede samme konklusion, anførte i den appellerede doms præmis 59-62 den begrundelse, som udgjorde grundlaget for Rettens konstatering af, at appellanten ikke havde godtgjort, at aktiviteten med teknisk normalisering bestod i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked.

107 Retten har således, uden at det var nødvendigt at gengive alle de tekniske elementer og argumenter fremført af parterne, givet en tilstrækkelig begrundelse for konklusionen, hvorfor parterne kan få kendskab til grundene, og Domstolen kan udøve sin prøvelsesret. Derfor skal dette anbringende ikke tiltrædes.

3. Om anbringenderne vedrørende anvendelsen af artikel 82 EF på aktiviteten med forskning og udvikling

108 Selex har vedrørende Eurocontrols aktivitet med forskning og udvikling fremført tre anbringender til støtte for appellen vedrørende urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning, anvendelsen af et begreb vedrørende økonomisk virksomhed, som er i strid med det i fællesskabsretspraksis udviklede begreb, og urigtig gengivelse af de af selskabet fremlagte beviser vedrørende den økonomiske karakter af administrationen af ordningen med Eurocontrols intellektuelle ejendomsrettigheder.

a) Om anbringendet vedrørende urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning

109 Selex har med dette anbringende gjort gældende, at den appellerede dom indeholder en åbenbar urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning, idet Retten har anført, at påstanden om, at Kommissionen ikke har bestridt, at aktiviteten med erhvervelsen af prototyper og med administrationen af intellektuelle ejendomsrettigheder er af økonomisk art, ikke fremgår af beslutningen. Det fremgår dog af beslutningens ordlyd, at Kommissionen aldrig har bestridt dette punkt, men kun har bestridt, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling. Således har Retten tillagt den anfægtede beslutning et urigtigt indhold og har erstattet sin egen begrundelse med begrundelsen for beslutningen.

110 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at fastslå, at dette anbringende er ugrundet, eftersom Kommissionen udtrykkeligt i punkt 28 og 29 i den anfægtede beslutning anførte, at den var af den opfattelse, at de af Eurocontrols aktiviteter, som var genstand for klagen, ikke var af økonomisk art. Denne bedømmelse fremgår endvidere af punkt 32 i den anfægtede beslutning vedrørende administrationen af de intellektuelle ejendomsrettigheder.

111 Såfremt dette anbringende, som Kommissionen har anført, reelt omhandler en manglende begrundelse for den anfægtede beslutning, må det forkastes, idet det er blevet fremsat for første gang under appellen.

112 Følgelig kan dette anbringende ikke lægges til grund.

b) Om anbringendet vedrørende anvendelsen af begrebet økonomisk virksomhed, som er i strid med det i fællesskabsretspraksis udviklede

113 Med dette anbringende har Selex for det første kritiseret formuleringen i den appellerede doms præmis 76, hvorefter erhvervelsen af prototyper er en tillægsvirksomhed knyttet til udviklingen af disse, som udøves af tredjeparter. Selskabet har understreget, at den omhandlede aktivitet ganske rigtigt består i erhvervelsen af prototyper, som udøves i tilslutning til fastlæggelsen af tekniske specifikationer, og at det derfor er uvæsentligt, at udviklingen af prototyper foretages af tredjeparter.

114 I denne forbindelse må det fastslås, at det ikke er som følge af denne sidstnævnte grund, at Retten fastslog, at Kommissionen ikke havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den antog, at aktiviteten med forskning og udvikling finansieret af Eurocontrol ikke udgjorde en økonomisk aktivitet, og at konkurrencereglerne ikke fandt anvendelse på Eurocontrol. Den fastslog nemlig i den appellerede doms præmis 75, at erhvervelsen af prototyper som led i denne aktivitet og administrationen af de intellektuelle ejendomsrettigheder desangående ikke kan give aktiviteten en økonomisk karakter, eftersom den nævnte erhvervelse ikke indebærer noget udbud af varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked. En sådan analyse er i øvrigt, af de i denne doms præmis 102 nævnte grunde, ikke behæftet med nogen retlig fejl.

115 Selex har dernæst kritiseret den appellerede doms præmis 77, idet det heri anføres, at erhvervelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder ikke har et handelsmæssigt formål, og at licenserne blev udstedt vederlagsfrit. Disse konstateringer er, såfremt de er korrekte, i strid med retspraksis, hvorefter den omstændighed, at et organ ikke har vinding for øje, ikke er et relevant element for at kvalificere det som en virksomhed.

116 I modsætning til det således påståede følger det af retspraksis, at det forhold, at der ikke foreligger vinding for øje, er et relevant, men i sig selv utilstrækkeligt kriterium som led i bedømmelsen af, hvorvidt en aktivitet er af økonomisk art (jf. bl.a. i samme retning dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m.fl., Sml. I, s. 4013, præmis 21, af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 85, og af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 31).

117 Retten tog således — uden derved at foretage en urigtig retsanvendelse, og efter i forbindelse med undersøgelsen af en aktivitets økonomiske karakter at have bemærket, at kriteriet om vederlagsfrihed blot er et blandt andre, som ikke i sig selv kan udelukke aktivitetens økonomiske karakter — den omstændighed i betragtning, at Eurocontrol vederlagsfrit udstedte licenser for prototyper, som et indicium for, at aktiviteten med administration af intellektuelle ejendomsrettigheder ikke var af økonomisk art, hvilket indicium var et blandt andre elementer.

118 Endelig er formuleringen i den appellerede doms præmis 77 ifølge Selex i strid med retspraksis, idet det i nævnte præmis udtales, at administrationen af intellektuelle ejendomsrettigheder er en tillægsvirksomhed til fremme af den tekniske udvikling, som er en del af Eurocontrols formål af almen interesse, der ikke forfølges i organisationens egen interesse, og som kan adskilles fra det nævnte formål, hvilket udelukker en aktivitets økonomiske karakter. Selex har dels under henvisning til Enirisorse-dommen gjort gældende, at det allerede er fastslået, at opgaven med at udvikle ny teknologi kan være af økonomisk art, dels under henvisning til denne dom og dom af 25. oktober 2001, Ambulanz Glöckner (sag C-475/99, Sml. I, s. 8089, præmis 21), gjort gældende, at det forhold, at forpligtelsen til offentlige tjenesteydelser hviler på en erhvervsdrivende, ikke er til hinder for, at den omhandlede aktivitet kan anses for en økonomisk aktivitet.

119 På dette punkt bemærkes, at de kritiserede præmisser i den appellerede dom på ingen måde udelukker, at en aktivitet, der består i teknologisk udvikling, kan være af økonomisk art, ligesom den ikke udelukker, at et organ, som er undergivet forpligtelsen til offentlige tjenesteydelser, kan udøve en aktivitet af denne art. Retten har kun foretaget en bedømmelse af de elementer, som foreligger i denne sag, og har — uden derved at have foretaget en urigtig retsanvendelse eller at have udtalt sig imod den påberåbte retspraksis — af det forhold, at aktiviteten med administration af intellektuelle ejendomsrettigheder er vederlagsfri, og af det formål af almen interesse, som Eurocontrol udelukkende forfølger, og som denne aktivitet er omfattet af, hvilken

aktivitet udøves som en tillægsvirksomhed til fremme af den tekniske udvikling, udledt, at denne aktivitet ikke er økonomisk.

120 Ingen af disse argumenter er begrundede, og anbringendet kan derfor ikke lægges til grund.

c) Om anbringendet vedrørende urigtig gengivelse af appellantens bevismateriale for så vidt angår den økonomiske karakter af administrationen af ordningen med intellektuelle ejendomsrettigheder

121 Selex har med dette anbringende kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 79 at have foretaget en urigtig gengivelse af selskabets udtalelser under retsmødet vedrørende Eurocontrols vederlag, idet den anførte, at disse udtalelser var baseret på et internt dokument fra Eurocontrol, der har overskriften »ARTAS Intellectual Property Rights and Industrial Policy« (intellektuelle ejendomsrettigheder og industripolitik under ARTAS-systemet) af 23. april 1997, hvilket dokument påviste, at Eurocontrol modtog vederlag for administrationen af licenser. Selskabet har reelt kun påberåbt sig dette dokument i stævningen for at understrege de forskellige opgaver, Eurocontrol påtager sig, samt den selvmodsigelse, der foreligger mellem ordningen om administration af intellektuelle ejendomsrettigheder, som Eurocontrol har udviklet, og indholdet af dette dokument. Derimod fremlagde selskabet under retsmødet kun den seneste offentlige version af dette dokument, der har overskriften »ARTAS Industrial Policy« (industripolitik under ARTAS-systemet), for at understrege, at det var blevet åbenbart, at den omhandlede aktivitet var af økonomisk art. Således har Retten tillagt stævningen et indhold, som den ikke har.

122 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at selv om Retten forstod, at appellantens påstand om, at de af Eurocontrol udstedte licenser ikke var gratis, var baseret på det dokument, der blev gjort gældende i stævningen, og ikke det, som blev nævnt for første gang under retsmødet, anfægter dette på ingen måde Rettens bedømmelse af, at licenserne er vederlagsfrie, eller i sidste ende konklusionen, der blev draget på baggrund af undersøgelsen af alle elementerne vedrørende den aktivitet, der består i forskning og udvikling.

123 Dette anbringende lægges derfor ikke til grund.

124 På baggrund af alle de ovenfor anførte betragtninger skal appellen forkastes.

V — Sagens omkostninger

125 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af procesreglementets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Selex har tabt sagen, bør selskabet i overensstemmelse med Kommissionens påstand pålægges at bære sine egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger.

126 I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit, som ligeledes finder anvendelse i appelsager, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Domstolen beslutter i denne sag, at Selex skal betale halvdelen af Eurocontrols omkostninger, og Eurocontrol bærer således halvdelen af sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) SELEX Sistemi Integrati SpA bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger samt halvdelen af Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerheds (Eurocontrol) omkostninger.

3) Eurocontrol bærer halvdelen af sine egne omkostninger.

Underskrifter