Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 26. maj 2016 [1]

Sag C-482/14

Kommissionen
mod

Forbundsrepublikken Tyskland

»Traktatbrud — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34 af 21. november 2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde — regnskabsmæssig adskillelse mellem infrastrukturforvaltning og transportydelser samt mellem forskellige former for transportydelser — forbud mod overførsel af offentlige midler mellem forskellige aktivitetsområder«

I – Indledning

1. I nærværende sag har Kommissionen foreholdt Tyskland, at denne medlemsstat har tilsidesat de forpligter, der påhviler den i henhold til artikel 6, stk. 1, 3 og 4, samt artikel 31, stk. 1, i direktiv 2012/34/EU [2] og artikel 6, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1370/2007 [3].

2. Kort fortalt vedrører sagen overførslen af overskud fra datterselskaber til moderselskabet, holdingselskabet for de tyske jernbaner, samt datterselskabernes regnskabsførelse. Kommissionen er af den opfattelse, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke overholder forbuddene (eller de regnskabsregler, der følger heraf) mod overførsel af offentlige midler, der ydes til infrastruktur, kompensation for regionale personbefordringstjenester og afgifter for brug af jernbanenettet til andre områder. Derudover opstår visse problemer med tilknytning til skjult støtte (eventuel krydssubsidiering) hos vertikalt integrerede virksomheder, som udbyder jernbanetransportydelser og forvalter den infrastruktur, der er nødvendig for gennemførelsen af disse aktiviteter.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (EUT 2012, L 343, s. 32).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT 2007, L 315, s. 1).

II – Retsforskrifter – EU-retten

A – *Direktiv 2012/34*

3. For at skabe større klarhed ændrede direktiv 2012/34 delvist, omarbejdede og samlede følgende: Rådets direktiv 91/440/EØF af 29. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner[4], Rådets direktiv 95/18/EF af 19. juni 1995 om udstedelse af licenser til jernbanevirksomheder[5] og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/14/EF af 26. februar 2001 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur[6].

4. Artikel 65, stk. 1, i direktiv 2012/34 ophævede direktiv 91/440 og direktiv 2001/14 »med virkning fra den 15. december 2012« (dvs. fra ikrafttrædelsesdatoen for det første af de anførte direktiver), »uden at dette berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til fristerne for gennemførelse i national ret af de direktiver, der er anført i bilag IX, del B«.

5. Den 12. marts 2015 blev der imidlertid offentliggjort en berigtigelse i *Den Europæiske Unions Tidende*[7], hvor datoen for ophævelsen af direktiv 91/440 og direktiv 2001/14 blev ændret til den 17. juni 2015, dvs. én dag efter udløbet af fristen for gennemførelsen i national lovgivning, i overensstemmelse med artikel 64, stk. 1, i direktiv 2012/34.

B – Direktiv 91/440[8]

6. Anden betragtning til direktiv 2001/12 har følgende ordlyd:

»Der bør sikres retfærdig og ikke-diskriminerende adgang til infrastrukturen ved adskillelse af visse væsentlige funktioner og/eller oprettelse af en jernbaneregulerende myndighed, som varetager kontrol- og gennemførelsesfunktionerne, samt ved adskillelse af driftsregnskaberne og balancen.«

7. Artikel 2 i direktiv 91/440 foreskriver:

»1. Dette direktiv gælder for forvaltninger af jernbaneinfrastrukturen og for jernbanetransportaktiviteter, som udøves af jernbanevirksomheder, der er etableret eller etablerer sig i en medlemsstat.

2. Jernbanevirksomheder, hvis aktiviteter kun omfatter byer og forstæder samt regional transport, er udelukket fra direktivets anvendelsesområde.«

8. Direktivets artikel 3, sidste led, har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved

[…]

— »regional transport«: transportydelser til opfyldelse af en regions transportbehov.«

4 — EFT 1991, L 237, s. 25.

5 — EFT 1995, L 143, s. 70.

6 — EFT 2001, L 75, s. 29.

7 — Berigtigelse til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (EUT 2015, L 67, s. 32).

8 — Som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/12/EF af 26.2.2001 om ændring af Rådets direktiv 91/440/EØF om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT 2001, L 75, s. 1).

9. Artikel 6, stk. 1, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at der føres og offentliggøres særskilte driftsregnskaber og balancer for aktiviteter i forbindelse med jernbanevirksomheders udførelse af transport og for aktiviteter i forbindelse med forvaltning af jernbaneinfrastrukturen. Statsstøtte, der ydes til et af disse to aktivitetsområder, må ikke overføres til det andet.

Regnskaberne vedrørende de to aktivitetsområder skal føres således, at dette forbud kommer til udtryk heri.«

10. Artikel 9, stk. 4[9], bestemmer:

»4. For jernbanevirksomheder føres og offentliggøres der driftsregnskaber og enten balancer eller årsopgørelser over aktiver og passiver for aktiviteterne i forbindelse med jernbanegodstransport. Midler, der udbetales til aktiviteter i forbindelse med passagerbefordring som led i offentlig tjeneste, skal figurere særskilt i de relevante regnskaber, og de må ikke overføres til aktiviteter i forbindelse med anden transportform eller anden form for aktivitet.«

C – *Direktiv 2001/14*

11. 38. og 39. betragtning til dette direktiv har følgende ordlyd:

»(38) Det er vigtigt at sikre, at afgifter for international trafik fastsættes således, at jernbanerne fortsat kan imødekomme markedets behov. Følgelig bør infrastrukturafgifterne fastsættes på et niveau svarende til de omkostninger, der påløber direkte som følge af jernbanedriften.

(39) Det samlede niveau for dækningen af omkostningerne gennem infrastrukturafgifter indvirker på behovet for offentlig støtte. Medlemsstaterne kan i varierende omfang kræve dækning af de samlede omkostninger via afgifter, herunder tillæg eller en forrentning, som markedet kan bære, idet de foretager en afvejning af hensynet til omkostningsdækningen med hensynet til jernbanegodstransportens intermodale konkurrenceevne. Enhver infrastrukturafgiftsordning bør dog sikre, at den trafik, der som et mindstemål kan dække de meromkostninger, den medfører, kan benytte jernbanenettet.«

12. Artikel 6, stk. 1, første afsnit (»Infrastrukturomkostninger og -regnskaber«), bestemmer:

»1. Medlemsstaterne fastsætter vilkår, herunder i givet fald krav om forudbetaling, for at sikre, at en infrastrukturforvalters regnskaber under normale forretningsvilkår og over en rimelig periode som et mindstemål udviser balance mellem på den ene side indtægterne fra infrastrukturafgifter, overskud af andre forretningsaktiviteter og statsfinansiering og på den anden side udgifterne til infrastrukturen.«

13. Artikel 7, stk. 1, bestemmer:

»1. Afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur betales til infrastrukturforvalteren og anvendes til at finansiere hans virksomhed.«

9 — Stykket er tilføjet ved artikel 1, nr. 10), i direktiv 2001/12.

14. Artikel 8, stk. 1, har følgende ordlyd:

»1. En medlemsstat kan med henblik på at få infrastrukturforvalterens omkostninger dækket fuldt ud, hvis markedet kan bære det, opkræve tillæg på grundlag af effektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende principper samtidig med at der sikres navnlig den internationale jernbanegodstransport størst mulig konkurrenceevne. Afgiftsordningen skal respektere de produktivitetsstigninger, som jernbanevirksomhederne opnår.

Afgiftsniveauet må dog ikke sættes så højt, at markedssegmenter, der som et minimum kan betale de omkostninger, der er direkte forbundet med jernbanedriften, samt en forrentning, som markedet kan bære, udelukkes fra at bruge infrastrukturerne.

[…]«

D – *Forordning nr. 1370/2007*

15. Ifølge forordningens artikel 1, stk. 1, andet afsnit, er dens formål:

»1. [at fastlægge,] på hvilke vilkår de kompetente myndigheder, når de pålægger eller indgår kontrakter vedrørende offentlige serviceforpligtelser, yder operatører af offentlig trafikbetjening kompensation for deres omkostninger og/eller giver eneret til gengæld for opfyldelsen af de offentlige serviceforpligtelser«.

16. Under overskriften »Kompensation for offentlig trafikbetjening« bestemmer artikel 6, stk. 1:

»1. Kompensation i forbindelse med en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening skal være i overensstemmelse med artikel 4, uanset efter hvilken procedure kontrakten er indgået. Enhver form for kompensation, der ydes ifølge en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening, der er indgået uden forudgående udbud i henhold til artikel 5, stk. 2, 4, 5 eller 6, skal desuden være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget.«

17. Dette bilag indeholder en række regler for kompensation i de i artikel 6, stk. 1, omhandlede tilfælde. Bilagets nr. 5 har følgende ordlyd:

»For at opnå større gennemsigtighed og undgå krydssubsidiering skal der, når en operatør af offentlig trafikbetjening varetager både tjenester underlagt en offentlig serviceforpligtelse, som der ydes kompensation til, og andre aktiviteter, ske en regnskabsmæssig udskilning af den offentlige trafikbetjening, som opfylder mindst følgende betingelser:

— Regnskabet for hver af disse driftsaktiviteter skal føres særskilt, og de dertil svarende andele af aktiverne og de faste omkostninger skal opføres efter gældende regnskabsprincipper og beskatningsregler.

— Alle variable omkostninger, en passende andel af de faste omkostninger og en rimelig fortjeneste i forbindelse med eventuelle andre aktiviteter, som en operatør af offentlig trafikbetjening har, må i intet tilfælde henføres til den pågældende offentlige trafikbetjening.

— I omkostningerne til offentlig trafikbetjening skal driftsindtægter og betalinger fra offentlige myndigheder modregnes; indtægter må ikke overføres til andre af de aktivitetsområder, som operatøren af offentlig trafikbetjening har.«

III – Faktiske omstændigheder

18. Koncernen Deutsche Bahn, som holdingselskabet Deutsche Bahn AG (herefter »DB AG«) står i spidsen for, driver virksomhed inden for national og international personbefordring og godstransport, logistik og levering af accessoriske tjenesteydelser inden for jernbanetransport.

19. AEG's § 9a[10] bestemmer, at forvaltningen af de forskellige elementer af jernbaneinfrastrukturen, som er nævnt i artikel 3, nr. 3), i direktiv 2012/34, sammenholdt med direktivets bilag I, varetages af: a) selskabet DB Netz AG for så vidt angår hovednettet, det sekundære net og disses anlæg, b) DB Station & Service AG, som leverer ydelser i forbindelse med driften af nettet som f.eks. personperroner og læsseramper, herunder på stationerne, og c) DB Energie GmbH, som varetager anlæg til transformering og tilførsel af strøm til den elektriske togfremdrift.

20. Flere virksomheder – som er en del af selskabet DB Mobility Logistics AG (herefter »DB ML AG«), som er et datterselskab i Deustche Bahn-koncernen, hvis selskabskapital fuldt ud kontrolleres af DB AG – varetager personbefordringen og godstransporten. De virksomheder, der udgør DB ML AG, omfatter DB Regio AG, der varetager den regionale jernbanetransport[11] på hele Forbundsrepublikken Tysklands område.

21. DB AG har indgået aftaler om kontrol med og overførsel af overskud (herefter »aftaler om overførsel af overskud«) med datterselskaberne DB Netz AG, DB Station & Service AG og DB Energie GmbH. Ifølge disse aftaler: a) overføres datterselskabernes overskud til moderselskabet uden klausuler, der begrænser DB AG's anvendelse af overskuddene, og b) DB AG forpligter sig til at dække datterselskabernes eventuelle tab.

22. I sit svarskrift har den tyske regering præciseret nogle punkter. Den har især lagt vægt på: a) den ambivalente karakter af aftalerne om overførsel af overskud, eftersom DB AG ligeledes forpligter sig til at dække sine datterselskabers eventuelle driftsunderskud, og b) at de finansielle midler, som DB Netz AG har modtaget fra sit moderselskab, langt overstiger de overskud, der er overført til sidstnævnte, ifølge en kumulativ analyse af de seneste år.

23. Desuden har den tyske regering i duplikken gjort gældende, at den anden aftale om ydelser og finansiering[12] trådte i kraft den 1. januar 2015. I henhold til denne aftale [artikel 2a, nr. 1)] skal datterselskabernes nettoresultater efter skat overføres i deres helhed til forbundsstaten i forbindelse med udlodningen af udbytte og investeres, ligeledes i deres helhed, i infrastruktur.

IV – Den administrative procedure og retsforhandlingerne ved Domstolen

A – *Den administrative procedure*

24. Ved åbningsskrivelse af 22. november 2012 henledte Kommissionen de tyske myndigheders opmærksomhed på en mulig tilsidesættelse af direktiv 91/440 og 2001/14, som var gældende på daværende tidspunkt, og forordning nr. 1370/2007. Kommissionen anklagede Forbundsrepublikken for at have tilladt, at DB AG's regnskabsførelse ikke tog højde for forbuddene mod at overføre følgende til

10 — Allgemeines Eisenbahngesetz (den generelle jernbanelov, herefter »AEG«) af 27.12.1993 indarbejdede (i § 9) forpligtelsen om regnskabsmæssig adskillelse i henhold til artikel 6 i direktiv 91/440 i tysk lovgivning.

11 — Samt bustransport, hvilket ikke er relevant for den foreliggende sag.

12 — Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (herefter »LuFV II«).

andre områder, navnlig til passagerbefordring med jernbane: a) offentlige midler, der ydes til infrastruktur, b) kompensation for regional personbefordring, der ydes som led i offentlig tjeneste, og c) afgifter for brug af jernbanenettet. Denne uretmæssige anvendelse af midler fandt sted gennem aftalerne om overførsel af overskud.

25. Den tyske regering svarede ved skrivelse af 20. marts 2013, hvori den afviste Kommissionens klagepunkter, hvorefter Kommissionen fremsatte en begrundet udtalelse den 21. juni 2013, hvori den gentog sit synspunkt fra åbningsskrivelsen. Kommissionen opfordrede den tyske regering til inden for en frist på to måneder at træffe de foranstaltninger, der var nødvendige for at efterkomme den begrundede udtalelse.

26. Ved skrivelse af 21. august 2013 fastholdt den tyske regering sin afvisning af Kommissionens klagepunkter. På baggrund af dette svar har Kommissionen anlagt nærværende søgsmål.

B – *Retsforhandlingerne ved Domstolen*

27. Stævningen indgik til Domstolen den 31. oktober 2014 og svarskriftet den 4. februar 2015. Kommissionen indgav sin replik den 16. april 2015 og den tyske regering sin duplik den 11. juni 2015.

28. Den 12. marts 2015 anmodede Den Italienske Republik om at intervenere til støtte for den tyske regerings anbringender. Denne anmodning blev imødekommet ved afgørelse af 14. april 2015, og den italienske regering indgav sit skriftlige indlæg den 14. maj 2015.

29. Efter anmodning fra den tyske regering blev der i overensstemmelse med procesreglementets artikel 76 afholdt et retsmøde den 3. marts 2016, hvor repræsentanterne for den tyske regering og Kommissionen gav fremmøde.

V – Parternes påstande

30. Kommissionen har nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440, idet den har tilladt, at statsstøtte, der ydes til jernbaneinfrastrukturen, kan overføres til transportydelser.

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440, idet den har undladt at sikre, at forbuddet mod, at offentlige midler, der ydes til jernbaneinfrastrukturforvaltning, overføres til transportydelser, overholdes ved hjælp af en korrekt regnskabsførelse.

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14, idet den har undladt at sikre, at infrastrukturafgifterne alene kan anvendes til finansiering af infrastrukturforvalterens virksomhed.

— Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440 samt artikel 6, stk. 1, sammenholdt med punkt 5 i bilaget til forordning nr. 1370/2007, idet den har undladt at sikre, at offentlige midler, der ydes til offentlige passagertransporttjenester, figurerer særskilt i de relevante regnskaber.

— Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.

31. Den tyske regering har principalt nedlagt påstand om, at Domstolen afviser søgsmålet, subsidiært påstand om frifindelse samt at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32. Den Italienske Republik har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland frifindes.

VI – Formaliteten

A – *Om påstanden om afvisning af søgsmålet*

1. Spørgsmålet om, hvorvidt søgsmålet kan afvises i sin helhed

33. Forbundsrepublikken Tyskland har rejst to indsigelser mod realitetsbehandlingen af søgsmålet: klagepunkternes manglende klarhed, overordnet set, samt at Kommissionen tager udgangspunkt i direktiv 2012/34, hvis gennemførelsesfrist endnu ikke var udløbet, da sagen blev anlagt.

a) Om klagepunkternes manglende klarhed, overordnet set

34. Ifølge den tyske regering savner søgsmålet og især klagepunkterne den præcision, der er nødvendig for at afgøre, om Kommissionen har foreholdt den en mangelfuld gennemførelse af EU-retten i den nationale lovgivning, en ukorrekt anvendelse eller en ulovlig adfærd.

35. Det er almindeligt kendt, at såvel procesreglementets artikel 120, litra c), som den retspraksis, der fortolker den, stiller visse krav til stævningen, også i forbindelse med traktatbrudssøgsmål. Dvs., at stævningen skal angive søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og at Domstolen kan udøve sin kontrol. De væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som et søgsmål støttes på, skal fremgå af selve stævningen på en sammenhængende og forståelig måde [13].

36. I stævningen har Kommissionen anført såvel de EU-retlige bestemmelser, som Forbundsrepublikken Tyskland angiveligt har overtrådt (stævningens punkt 2-12), som den relevante nationale lovgivning, navnlig AEG's § 9 (stævningens punkt 13), samt visse faktiske omstændigheder (punkt 14-26), således at klagepunkterne er forståelige, både sådan som de fremgår i forbindelse med deres undersøgelse og i stævningens påstande.

37. For så vidt angår sammenhængen mellem klagepunkterne gøres det fra starten (punkt 1) i stævningen samt senere i teksten (f.eks. i punkt 35, 52, 59 og 75-77) klart, at de foreholdte tilsidesættelser ikke består i en mangelfuld gennemførelse af EU-retten i den nationale lovgivning, men derimod i visse enkeltstående handlinger, hvilke der er gjort rede for i stævningens påstande.

38. For så vidt angår formaliteten mangler søgsmålet efter min opfattelse hverken den klarhed eller den nødvendige sammenhæng, som kræves i henhold til førnævnte retspraksis – og gør det muligt for medlemsstaten at varetage sine interesser, hvilket netop er sket. Eftersom Kommissionen ikke foreholder sagsøgte en mangelfuld gennemførelse, er den tyske regerings anbringender vedrørende tilpasningen af den nationale tyske lovgivning til de af nærværende sag omhandlede bestemmelser uden betydning. Dette anbringende til støtte for afvisningspåstanden skal derfor forkastes.

13 — Dom af 16.1.2014, Kommissionen mod Spanien (C-67/12; EU:C:2014:5, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis).

b) Om direktiv 2012/34 som grundlag for søgsmålet

39. Kommissionen gjorde i sit søgsmål, som blev anlagt den 30. oktober 2014, gældende, at der var sket tilsidesættelse af direktiv 2012/34. Det fremgår, at dette direkte var trådt i kraft på dette tidspunkt (artikel 66), og at det med virkning fra den 15. december 2012 bl.a. havde ophævet (artikel 65) direktiv 91/440 og direktiv 2001/14. Den 12. marts 2015 blev der imidlertid offentliggjort en »berigtigelse« i EU-Tidende, hvor datoen for ophævelsen af førnævnte direktiver blev ændret til den 17. juni 2015, dvs. dagen efter udløbet af fristen for gennemførelse i medlemsstaternes nationale lovgivning.

40. Som følge af denne ændring anmodede Kommissionen, hvis søgsmål vedrørende en tilsidesættelse af direktiv 2012/34 var indgået til Domstolen den 30. oktober 2014 (forud for berigtigelsen), i replikken om, at dens påstande skulle anses for at være støttet på de tilsvarende artikler i direktiv 91/440 og direktiv 2001/14, eftersom direktiv 2012/34 blev betragtet som værende irrelevant.

41. Den tyske regering har gjort gældende, at direktiv 2012/34 ikke kan påberåbes, eftersom dets frist for gennemførelse endnu ikke var udløbet, da Kommissionen indgav søgsmålet, og at søgsmålet derfor ikke kan antages til realitetsbehandling.

42. Jeg mener ikke, at dette argument kan antages. På den ene side fremgår det af punkt 4 i stævningen, at selv om Kommissionen henviste til direktiv 2012/34, vedrører klagepunkterne elementer heri, som også var omfattet af direktiv 91/440 og direktiv 2001/14. På den anden side kan Kommissionen ikke kritiseres for dens valg af retsakt, idet den udelukkende kunne støtte søgsmålet på den gældende lovgivning og på det eneste direktiv, der var gældende på tidspunktet for anlæggelsen af søgsmålet, dvs. direktiv 2012/34. Hvis Kommissionen havde henvist til de to ophævede direktiver (direktiv 91/440 og direktiv 2001/14), havde den åbnet døren for en formalitetsindsigelse på grund af henvisningen til bestemmelser, der, ratione temporis, ikke havde retsvirkning. Desuden nævnes, afhængig af de nærmere omstændigheder, de relevante bestemmelser i direktiv 91/440 eller direktiv 2001/14 i de klagepunkter, der i stævningens påstande er anført i parentes, umiddelbart efter henvisningerne til direktiv 2012/34.

43. Kommissionens synes ikke blot at have påberåbt sig lovgivningen til støtte for sine påstande på en korrekt, men samtidig også på den mest passende måde i betragtning af den besynderlige genoplivning med tilbagevirkende kraft af direktiv 91/440 og 2001/14, som Rådet vedtog den 12. marts 2015, ved hjælp af en usædvanlig »berigtigelse«, da ingen af direktiverne var gyldige på daværende tidspunkt [14].

44. En afvisning af sagen på denne baggrund ville være et udtryk for overdreven formalisme og misforstået strenghed.

2. Spørgsmålet om, hvorvidt de enkelte klagepunkter kan afvises

45. Den tyske regering har gjort gældende, at de tre første klagepunkter mangler klarhed, navnlig idet de anvender formuleringen »idet det accepteres, at« (første klagepunkt) og »idet den har undladt at sikre« (andet og tredje klagepunkt).

46. Klarheden og sammenhængen af de fremsatte anbringender i et traktatbrudssøgsmål kan ikke vurderes henset til enkelte ord uden skelen til resten af den sætning og den skrivelse, hvori de indgår. De formuleringer, som den tyske regering har kritiseret, er i virkeligheden samtlige de argumenter, som Kommissionen har anvendt til at underbygge sine klagepunkter [15].

14 — For mig at se er det i denne sag ikke relevant at afgøre, hvorvidt en berigtigelse er hensigtsmæssig i forhold til at udløse den opnåede retsvirkning, altså genetableringen af gyldigheden af ophævede direktiver.

15 — Domstolen anvender disse udtryk i afgørelsen i visse domme, der er afsagt i forbindelse med traktatbrudssøgsmål. Ligeledes vedrørende jernbanelovgivningen, jf. punkt 1 i domskonklusionen i dom af 3.10.2013, Kommissionen mod Italien (C-369/11; EU:C:2013:636).

47. I denne sag henviser de to udtryk til konkret adfærd hos sagsøgte, som Kommissionen klassificerer som uforenelig med de forpligtelser, der påhviler Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til de omhandlede direktiver (og den nævnte forordning). Desuden viser de mange bemærkninger i den tyske regerings svarskrift og duplik, samt indholdet heraf, med al tydelighed, at den har forstået de klagepunkter, der gøres gældende mod den, og at den har formået at forsvare sig uden begrænsninger på grund af den påståede uklarhed. Følgelig må denne formalitetsindsigelse forkastes.

48. Den omstændighed, at Kommissionen ikke har nævnt den konkrete bestemmelse i national ret, der er genstand for det foreholdte traktatbrud i første og fjerde klagepunkt, kan heller ikke medføre, at sagen bør afvises, eftersom den, som jeg tidligere har nævnt, ikke foreholder den tyske regering en mangelfuld gennemførelse.

49. Det er derfor min opfattelse, at formalitetsindsigelserne bør afvises, og at sagen bør antages til realitetsbehandling, som jeg af systematiske grunde vil indlede med det andet klagepunkt.

B – *Det andet klagepunkt, hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440, idet regnskabsførelsen ikke har sikret overholdelsen af forbuddet mod, at offentlige midler, der ydes til jernbaneinfrastrukturforvaltning, overføres til transportydelser*

1. Parternes anbringender

50. Kommissionen har foreholdt Forbundsrepublikken Tyskland at have tilsidesat artikel 6, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 91/440, idet regnskabsførelsen i de virksomheder, der varetager jernbaneinfrastrukturen, ikke gør det muligt at overvåge overholdelsen af forbuddet mod at overføre offentlige midler, der ydes til denne infrastruktur, til transportaktiviteter.

51. Kommissionen har navnlig anført, at aktiver finansieret ved hjælp af offentlige midler ikke er opført i koncernselskabernes regnskaber på aktivsiden, samt at omfanget af overførslen af disse midler heller ikke fremgår af aftalerne om overførsel af overskud, idet det ikke fremgår af holdingselskabets regnskab, om overskuddene stammer fra andre aktiviteter end infrastrukturforvaltning.

52. Den tyske regering har fremført tre anbringender i svarskriftet. For det første har den gjort gældende, at artikel 6, stk. 4, i direktiv 2012/34 er en nyskabelse, der ikke indgik i artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 og dermed ikke finder anvendelse på den foreliggende sag [16].

53. For det andet, og subsidiært, er den tyske regering uenig i den af Kommissionen foreslåede fortolkning af artikel 6, stk. 4, i direktiv 2012/34. Efter den tyske regerings opfattelse kræver denne bestemmelse blot, at der er regnskabsmæssig adskillelse mellem de virksomheder, der varetager jernbanetransport, og dem, der varetager infrastruktur, hvilket koncernen DB AG opfylder takket være den organisatoriske adskillelse af transportområdet (DB ML AG og datterselskaber) og infrastrukturforvaltningen (DB Netz AG, DB Station & Service AG og DB Energie GmbH). Den har gjort gældende, at denne opfattelse stemmer overens med den opfattelse, Kommissionen har givet udtryk for i sit forslag til nyt direktiv i forbindelse med den såkaldte »fjerde jernbanepakke« [17], hvis artikel 7a, stk. 3, kræver fuldstændig adskillelse af finansielle kredsløb mellem infrastrukturforvalteren og transportforvalteren, hvilket modsætningsvis viser, at den gældende lovgivning ikke indebærer en så skarp opdeling.

16 — Den har i denne forbindelse gjort gældende, at fristen for at gennemføre direktiv 2012/34 i national ret ikke var udløbet på tidspunktet for fremsættelsen af den begrundede udtalelse.

17 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde, for så vidt angår åbning af markedet for indenlandsk passagertransport med jernbane og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen (COM(2013) 29 final af 30.1.2013), s. 14.

54. For det tredje, og atter subsidiært, samt for fuldstændighedens skyld, har den tyske regering gjort gældende, at den har foretaget en korrekt gennemførelse af artikel 6, stk. 4, i direktiv 2012/34 i den nationale lovgivning inden udløbet af gennemførelsesfristen. Den har tilføjet, at den manglende henvisning til de offentlige midler på aktivsiden i balancen ikke er ensbetydende med, at de ikke registreres i de interne regnskaber.

55. Kommissionen har anført, at den tyske regering reelt ikke har anfægtet, at de offentlige midler ikke er opført i regnskaberne for de virksomheder, der varetager infrastrukturen. Denne manglende opførelse kræver, at det undersøges, hvorvidt forbuddet mod overførsel af offentlige midler til transportydelserne er overholdt. En overtrædelse af forbuddet ville i sig selv være i strid med artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440. Kommissionen har anerkendt den »nye« karakter af en del af artikel 6, stk. 4, i direktiv 2012/34, men kun for så vidt angår ordlyden, eftersom hverken ånden eller indholdet er ændret, hvilket fremgår af direktivforslaget [18].

56. For så vidt angår regnskabsførelsen af de offentlige midler har Kommissionen fastholdt, at artikel 6, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 91/440 skal fortolkes i betragtning af artiklens stk. 1, første afsnit, som udtrykkeligt nævner driftsregnskaber og balancer, der skal være offentlige. Dermed er det ikke tilstrækkeligt, at oplysningerne fremgår af de »interne« regnskaber.

57. I sit skriftlige indlæg har den italienske regering tilsluttet sig den tyske regerings opfattelse af nyskabelsen i artikel 6, stk. 4, i direktiv 2012/34, samt at den ikke kan gøres gældende over for medlemsstaterne. Den italienske regering har tilføjet, at udtrykket »det er muligt at overvåge« skal fortolkes sammenholdt med direktivets artikel 56, stk. 12, som giver tilsynsorganet beføjelse til at gennemføre revisioner hos infrastrukturforvalterne, netop for at kontrollere, om adskillelsen af regnskaber er overholdt. Den har anført, at artikel 56 henviser til bilag VIII, og understreger det nye element for så vidt angår den detaljeringsgrad, som i det pågældende bilag fastlægges for de regnskabsoplysninger, som infrastrukturforvalterne skal forelægge tilsynsorganet.

58. Som svar på disse bemærkninger har Kommissionen fremhævet, at formålet med artikel 56 ikke er at indskrænke indholdet af den tidligere artikel 6, hvilken der henvises til, men derimod at tildele tilsynsorganet en række beføjelser med henblik på at lette dets arbejde, f.eks. ved at kræve forelæggelse af de i bilag VII anførte dokumenter, som er af særlig interesse for dette organ.

2. Bedømmelse

59. Forudsætningen for Kommissionens klagepunkt mod Forbundsrepublikken Tyskland (tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 i det væsentlige) er, at de offentlige midler, som de tyske myndigheder har ydet til finansiering af formueværdier, hverken fremgår korrekt af infrastrukturforvalterens balance eller driftsregnskab, eller er opført i koncernselskabernes regnskaber på aktivsiden. Denne regnskabsførelse gør det ikke muligt at kontrollere overholdelsen af forbuddet mod overførsel af offentlige midler fra infrastrukturforvaltningen til aktiviteter i forbindelse med jernbanetransport.

18 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde (COM(2010) 475 final af 17.9.2010), s. 6.

60. Den bestemmelse, der påstås at være blevet tilsidesat, indeholder tre grundlæggende krav: a) en regnskabsmæssig adskillelse af virksomhedernes udførelse af transportydelser og forvaltning af jernbaneinfrastruktur, hvilket indebærer, at de fører og offentliggør særskilte driftsregnskaber og balancer (stk. 1, første punktum) [19], b) forbud mod at overføre, ligeledes i regnskabsmæssig forstand, offentlige midler mellem disse to aktivitetsområder, som udspringer af forbuddet mod krydssubsidiering (stk. 1, andet punktum), og c) forpligtelsen til at lade dette forbud komme til udtryk i regnskaberne vedrørende disse to aktivitetsområder (stk. 2).

61. Den tyske regering har principalt anført, at forpligtelsen til at føre regnskab således, at »det er muligt at overvåge forbuddet mod overførsel af […] midler«, udtrykkeligt er blevet indført ved direktiv 2012/34 i den nuværende artikel 6, stk. 4, og dermed gjorde dette krav sig ikke gældende tidligere, eftersom fristen for at gennemføre dette direktiv ikke var udløbet ved denne sags anlæggelse.

62. Jeg mener ikke, at dette argument kan tiltrædes, idet bestemmelsen – således som den var formuleret i det første direktiv fra 1991 – allerede omfattede kontrol med krydssubsidiering og dermed en forpligtelse om regnskabsmæssig gennemsigtighed. Ifølge den oprindelige ordlyd af artikel 6, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 91/440, som direktiv 2001/12 ikke ændrede, »[skal] [r]egnskaberne vedrørende de to aktivitetsområder […] [infrastruktur og transport] føres således, at dette forbud [mod at overføre statsmidler mellem de to områder] kommer til udtryk heri«.

63. Det fremgår af fjerde betragtning til direktiv 91/440, at formålet med direktivet var at fremme en effektiv drift af jernbanenettet ved en adskillelse mellem driften af ydelserne på den ene side og driften af den infrastruktur, der er nødvendig for transportydelserne på den anden side, hvilket under alle omstændigheder bør forudsætte særskilt regnskabsførelse. Direktiv 2001/12 har understreget denne opfattelse ved at udvide kravet om særskilt regnskabsførelse til de to mest centrale dokumenter: driftsregnskabet og balancen. Denne forpligtelse blev desuden udvidet til at gælde for virksomheder inden for passagerbefordring og godstransport, jf. niende betragtning til sidstnævnte direktiv.

64. Baggrunden for denne adskillelse var i begge direktiver at sikre fuld gennemsigtighed og tydeliggøre opførelsen af visse infrastrukturomkostninger, bl.a. omkostninger vedrørende forpligtelser til offentlig tjeneste, tilskud til opførelse af infrastruktur (*sunk costs*), vedligeholdelse samt forvaltning af infrastruktur og tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet [20].

65. Gennemsigtigheden, der sikres ved hjælp af regnskabsførelsen [21] skulle desuden tjene til at afsløre krydssubsidiering, som er forbudt i henhold til artikel 6, stk. 1, andet punktum, i direktiv 91/440 i henhold til den oprindelige ordlyd. På denne baggrund kan formuleringen »kommer til udtryk« [22] kun fortolkes således, at der skal være mulighed for kontrol med forbuddet, hvilket vanskeligt kan lade sig gøre, hvis det ikke kommer til udtryk i regnskabsførelsen. Den nye affattelse i direktiv 2012/34 har desuden ikke medført en specifik forpligtelse til at kontrollere (hvilket ville have været en nyskabelse i forhold til den tidligere udgave), men har derimod muliggjort en eventuel kontrol, når forbuddet »kommer til udtryk« i regnskabsførelsen på en passende måde.

66. Dermed må det argument, som den tyske regering principalt har gjort gældende, afvises.

19 — Dom af 28.2.2013, Kommissionen mod Tyskland (C-556/10, EU:C:2013:116, præmis 55).

20 — L. Di Pietrantonio og J. Pelkmans, *The Economics of EU Railway Reform*, Bruges European Economic Policy Briefings; Briefing nr. 8.9.2008, s. 17.

21 — Kommissionens arbejdspapir – Gennemgang af de enkelte artikler i forslaget til direktiv om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur samt sikkerhedscertificering (KOM(1998) 480 endelig udg.), s. 5 (herefter »dok. KOM(1998) 480 endelig udg.«).

22 — De sprogversioner, jeg har sammenlignet, anvender samme verbum eller udtryk med samme betydning: »reflects« i den engelske, »reflète« i den franske, »Dieses Verbot muss […] zum Ausdruck kommen« i den tyske, »riflettere« i den italienske, »reflectir« i den portugisiske, »Dit verbod moet terug te vinden zijn« i den nederlandske og »återspeglar« i den svenske.

67. Subsidiært har den tyske regering i korte træk gjort gældende, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 kræver adskillelse af regnskaberne for infrastrukturforvaltning og for transportydelser, men ikke, at de modtagne offentlige ydelser fremgår af driftsregnskaberne eller af balancerne. Ligesom for de tyske jernbanevirksomheder er det tilstrækkeligt, at de fremgår af de interne regnskaber.

68. Jeg er enig med Kommissionen i, at denne fortolkning ikke kan anlægges. Forordning (EØF) nr. 2830/77 [23] omfattede allerede en forpligtelse om, at de offentlige midler skulle fremgå af både balancen (»[d]eltagelse i investeringsomkostninger«, som omfatter »[s]tatens deltagelse[…] i gennemførelsen af specificerede investeringsprojekter«) [24] og af driftsregnskabet (konto 74: »[k]ompensation og støtte« og konto 91.5: »[r]egnskabsudlignende tilskud«) [25]. Første betragtning til denne forordning understregede, at reglerne for forholdet mellem staten og jernbanevirksomhederne skulle tage sit udgangspunkt i de principper, der gælder for handelsvirksomheders finansielle og bogføringsmæssige forhold. Desuden havde forordningen til formål at forbedre gennemsigtigheden af disse virksomheders økonomiske resultater og af staternes finansielle interventioner af samme karakter.

69. Selv om det er korrekt, at forordning nr. 2830/77 blev ophævet ved artikel 37 i direktiv 2001/14, har Kommissionen imidlertid – i forbindelse med redegørelsen for baggrunden for reformen af direktiv 91/440, som blev præsenteret sammen med den samme række foranstaltninger som direktiv 2001/12 – udtalt, at det, på trods af gyldigheden af disse forpligtelser for jernbanevirksomhederne i henhold til forordning nr. 2830/77, var hensigtsmæssigt at fastlægge dem *klart og utvetydigt* i direktiv 91/440 (gennem direktiv 2001/12) [26]. Den endelige affattelse af artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 er identisk med affattelsen i forslaget.

70. Det følger af de ovennævnte forklaringer, at henvisningen i artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 til balancen og driftsregnskabet med samme bindende kraft erstattede forpligtelsen til at opføre de offentlige midler på disse konti, som har eksisteret siden 1978 i medfør af forordning nr. 2830/77.

71. Desuden ville det være selvmodsigende, hvis dette ikke var tilfældet, og hvis reformen af direktiv 91/440, som netop havde til formål at sikre større gennemsigtighed i virksomhedernes regnskabsførelse, havde svækket forpligtelsen til at anvende driftsregnskabet og balancen (hvilket ikke er tilfældet) til at indfri målet om større klarhed i det finansielle forhold mellem staten og jernbanevirksomhederne.

72. Således er den omstændighed, at disse midler udelukkende fremgår af jernbanevirksomhedernes interne regnskaber, hvilket den tyske regering har gjort gældende, ikke tilstrækkelig til at opfylde kravene i artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440. Dermed kan dette andet argument heller ikke tiltrædes.

73. Den tyske regerings tredje argument, hvormed den har fastholdt, at den har gennemført EU-rettens bestemmelser korrekt i den nationale lovgivning, er uden betydning, eftersom Kommissionen, som tidligere nævnt, ikke har foreholdt den en mangelfuld gennemførelse.

74. Den italienske regerings tilsvarende argument kan heller ikke tiltrædes, eftersom traktatbruddet ikke skal undersøges i lyset af direktiv 2012/34 (som indeholder artikel 56, der henvises til), men derimod direktiv 91/440, som ikke indeholder en lignende bestemmelse. Den pågældende artikel 56 beskriver de funktioner og beføjelser, som medlemsstaterne skal tildele deres tilsynsorganer på jernbanemarkedet, bl.a. vedrørende de revisioner, som ifølge stk. 12 også omhandler kontrol af, om bestemmelserne i artikel 6 om adskillelse af regnskaber er overholdt.

23 — Rådets forordning af 12.12.1977 om foranstaltninger, der er nødvendige for at gøre jernbanevirksomhedernes bogføring og årsregnskaber sammenlignelige (EFT 1977, L 334, s. 13).

24 — Artikel 4, stk. 1, sammenholdt med bilag I og II til forordning nr. 2830/77.

25 — Artikel 4, stk. 2, sammenholdt med bilag III og IV til forordning nr. 2830/77.

26 — Dok. KOM(1998) 480 endelig udg., s. 9.

75. Af de foregående betragtninger fremgår, at eftersom de offentlige midler, der ydes til infrastruktur, hverken fremgår af datterselskabernes eller moderselskabets offentlige regnskaber, hvilket den tyske regering i det væsentlige ikke har anfægtet, forhindrer forelæggelsen af disse regnskaber på den ene eller anden måde en kontrol med forbuddet mod at overføre disse midler til området for jernbanetransport. Stævningens andet klagepunkt må dermed tages til følge.

C – *Det første klagepunkt, hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440, for så vidt som der – gennem aftaler om overførsel af overskud – tillades finansiering af transportydelser med midler, der er øremærket til jernbaneinfrastrukturen*

1. Parternes anbringender

76. Ifølge Kommissionen accepterer Forbundsrepublikken Tyskland – gennem aftaler om overførsel af overskud (som moderselskabet har indgået med de tre datterselskaber, der varetager infrastrukturen) – at en del af de offentlige midler, der ydes til forvaltning af jernbaneinfrastruktur, overføres til aktiviteter i forbindelse med transportydelser. En sådan adfærd er i strid med artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440.

77. Dette er navnlig tilfældet, når de virksomheder, der varetager jernbaneinfrastrukturen (dvs. DB Netz AG, DB Station & Service AG og DB Energie GmbH), udelukkende genererer overskud takket være de offentlige midler, der er ydet til de pågældende selskaber. Som følge af DB AG's forpligtelse i henhold til aftalerne om overførsel af overskud til at dække datterselskabernes eventuelle tab kan de på denne måde overførte overskud anvendes til at dække over underskud på transportydelserne.

78. Ifølge Kommissionen er det irrelevant, at disse midler ikke kan overføres direkte mellem koncernens virksomheder, samt at overførslen sker indirekte ved hjælp af overførsel af overskud til moderselskabet: Begge former for overførsel er i strid med ordlyden og ånden i artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440.

79. Den tyske regering fortolker denne artikel således, at den ikke er til hinder for, at datterselskaberne opnår overskud, eller at disse efterfølgende overføres til moderselskabet, samt at den udelukkende forbyder overførsel af offentlige midler, der ydes til infrastruktur, men ikke overførsel af de indtægter, som virksomheder, der varetager infrastrukturforvaltningen, opnår gennem den kommercielle drift, og som er omfattet af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14. Under alle omstændigheder er den sondring, som de to bestemmelser foretager mellem offentlige midler (artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440) og indtægter fra afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur (artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14), ikke afhængig af spørgsmålet om, hvorvidt indtægterne er opnået ved hjælp af statsstøttede aktiver.

80. For så vidt angår gennemførelsen i tysk ret af artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 har den tyske regering gjort gældende, at den er sket på korrekt vis i AEG's § 9, stk. 1b.

81. Den tyske regering har afvist, at midlerne skjules, således som Kommissionen har gjort gældende, eftersom de optræder i DB AG's regnskaber, om end årsregnskaberne kun omfatter nettoværdien af de offentlige tilskud, som er blevet anvendt til beregningen af de overskud, som skal overføres til moderselskabet, eller de tab, som moderselskabet skal dække. Desuden skal offentlige midler til virksomheder, der varetager jernbaneinfrastruktur, anvendes i deres helhed til de investeringsprojekter, som de er ydet til, hvilket forhindrer, at de øger overskuddene. Mens sådanne virksomheder afholder omkostninger til vedligeholdelse og reparation af jernbanenettet, tilkommer det forbundsstaten, i

forbindelse med dens forfatningsmæssige opgave [27], at planlægge behovet for investeringsprojekter for så vidt angår jernbanenettet samt finansieringen af disse projekter ved hjælp af støtte [28].

82. Kommissionen har i replikken anfægtet sagsøgtes fortolkning af artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440. Efter Kommissionens opfattelse fremgår det af forslaget til direktiv 2001/12, at denne artikel havde til formål at sikre ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af alle jernbanevirksomheder, hvilket udelukkende kan opnås ved at tage højde for den fulde finansiering af infrastrukturen med alle omkostninger på den ene side og alle indtægter, dvs. offentlige midler og afgifterne for brug af jernbanenettet, på den anden side. Den tyske regerings angiveligt systematiske fortolkning fratager den omtvistede bestemmelse dens effektive virkning.

83. Kommissionen har desuden anfægtet, at formuleringen »[s]tatsstøtte« i artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 udelukkende henviser til offentlige midler ydet af et offentligt budget og på baggrund af et bestemt retsgrundlag. Denne artikel søger at undgå krydssubsidiering, og såvel ordlyden heraf som det forberedende arbejde [29] underbygger, at der er tale om statsstøtte i henhold til ordningen for statsstøtte (artikel 107 TEUF), som anvender samme terminologi.

84. Kommissionen har på den ene side gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke sikrer, at de offentlige midler, der ydes til de af DB AG-koncernens virksomheder, der varetager infrastrukturforvaltning, er begrænset til det finansieringsgab, som skyldes manglende indtægter. På den anden side er den af den opfattelse, at artikel 8 i direktiv 2001/14 i sin helhed ikke giver infrastrukturoperatøren ret til at beregne afgifterne for brug af infrastruktur således, at de systematisk genererer et overskud. Ifølge Kommissionen er den interne kontrol i Forbundsrepublikken Tyskland desuden ikke tilstrækkelig til at forhindre overførsel af offentlige midler.

85. I duplikken har den tyske regering gjort gældende, at Kommissionen ikke har ført bevis for sine anklager, og den har forsvaret den forudgående og efterfølgende kontrol med de offentlige midler, der foretages af Bundesnetzagentur [30] og Bundesrechnungshof [31]. Den har ligeledes fastholdt, at klagepunktet har mistet sin genstand pr. 1. januar 2015 ved ikrafttrædelsen af LuFV II [32].

86. Den italienske regering har gjort gældende, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 tager forekomsten af finansielle strømme mellem staten og jernbanenetforvalteren i betragtning, men blot fastlægger regnskabsregler for at forhindre krydssubsidiering. Den er desuden af den opfattelse, at der ikke er noget til hinder for, at netforvalteren forvalter overskuddene på egen hånd.

87. I denne forbindelse har den italienske regering gjort opmærksom på Domstolens anerkendelse af lovligheden af holdingselskabernes organisatoriske struktur [33] samt af, at Kommissionens fokus indskrænker jernbanekoncernernes forvaltningsmæssige autonomi, hvilket er i strid med artikel 4 og 5 i direktiv 91/440.

88. I sit svar har Kommissionen atter gjort gældende, at den omstændighed, at holdingselskabernes strukturer er lovlige, ikke i sig selv indebærer, at de interne finansielle strømme i koncernen er det.

27 — Den tyske regering henviser til § 87e, stk. 4, i Grundgesetz (den tyske grundlov).

28 — § 8, stk. 1 og 4, i Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz, forbundsloven om udbredelsen af jernbanenettet, BGBl. I. s. 1874).

29 — Jf. Kommissionens arbejdspapir, som er nævnt i fodnote 21 i dette forslag til afgørelse, s. 30.

30 — Forbundsagenturet for regulerede tjenester.

31 — Den tyske føderale revisionsdomstol, i henhold til § 91 i Bundeshaushaltsordnung (forbundsstatens budgetbestemmelser, seneste udgave i BGBl. I, s. 2178 ff., jf. især s. 2182).

32 — Jf. punkt 23.

33 — Med henvisning til dom af 28.2.2013, Kommissionen mod Tyskland (C-556/10, EU:C:2013:116, præmis 55).

2. Bedømmelse

89. Med henblik på undersøgelsen af det første klagepunkt må det først og fremmest præciseres, at artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 – i henhold til Domstolens praksis – kun kræver en regnskabsmæssig adskillelse af jernbanevirksomhedernes udførelse af transportydelserne og forvaltningen af jernbaneinfrastrukturen [34]. Der kan dermed hverken direkte eller indirekte stilles spørgsmål ved lovligheden af de selskabsformer – og virkningerne heraf – som et holdingselskab har vedtaget.

90. Det er ligeledes vigtigt at præcisere, hvilke midler artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 henviser til, eftersom Kommissionen gerne ser, at disse omfatter afgifter for brug af jernbanenettet, hvilket ikke forekommer mig at være korrekt. Disse indtægter betales af brugerne som modydelse for den tjeneste, som de virksomheder, der varetager jernbaneinfrastrukturen, leverer, og har dermed ikke karakter af offentlige midler, som staten stiller til rådighed for disse virksomheder. Udligningsstøtten for disse virksomheders eventuelle underskud har derimod denne karakter, hvis brugsafgifterne ikke dækker vedligeholdelses- og driftsomkostningerne for denne infrastruktur (regnskabsudlignende tilskud), for så vidt som de betales direkte af en offentlig myndighed. Som det fremgår af undersøgelsen af det tredje klagepunkt, har Tyskland vedtaget en ordning med satser på grundlag af de gennemsnitlige omkostninger, som gør det muligt for den virksomhed, der er ansvarlig for infrastrukturen, at opnå overskud, og derfor bør den ikke modtage yderligere støtte i denne sammenhæng. Dermed skal Kommissionens klagepunkt anses for at være begrænset til de offentlige midler, som den tyske stat (eller et af de organer, som henhører under staten, i bred forstand) yder direkte.

91. For så vidt angår krydssubsidiering kræver artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440, at forbuddet herimod kommer til udtryk i regnskaberne for de to jernbanerelaterede aktivitetsområder (transportydelser og infrastrukturforvaltning). Hvis Kommissionen foreholder en medlemsstat at have tilsidesat denne artikel, må den fremlægge tilstrækkeligt bevis for, at den statsstøtte, der er ydet til ét af disse områder, rent faktisk er blevet overført til det andet område, samt at regnskabsførelsen (for begge områder) ikke har påvist denne uregelmæssighed.

92. Det fremgår af fast retspraksis, at det under et traktatbrudssøgsmål i medfør af artikel 258 TEUF påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger. Kommissionen skal således fremlægge de oplysninger, som er nødvendige for efterprøvelsen af, om der foreligger et traktatbrud, og kan ikke påberåbe sig nogen formodning [35]. For så vidt angår et søgsmål om anvendelse af en national bestemmelse kræves der desuden for at godtgøre, at der foreligger et traktatbrud, fremlæggelse af andre særlige beviser end dem, der normalt tages i betragtning under en sag, som udelukkende drejer sig om indholdet af en national bestemmelse. Under sådanne omstændigheder kan traktatbruddet alene påvises ved at fremlægge tilstrækkeligt dokumenterede og udførlige beviser for den praksis, som den nationale forvaltning foreholdes at anvende, og som tilskrives den pågældende medlemsstat [36].

93. De dokumenter, som Kommissionen har fremlagt til støtte for sin påstand, fremhæver udviklingen i driftsregnskaberne for de datterselskaber, der varetager infrastrukturen (bilag A.2 til søgsmålet). Kommissionen har desuden vedlagt en kopi af et eksempel på en aftale om overførsel af overskud mellem DB AG og DB Netz AG (bilag A.1). Kommissionen ønskede med disse dokumenter at fremhæve – for så vidt som disse overskud, efter Kommissionens opfattelse, udelukkende blev opnået

34 — Ibidem.

35 — Dom af 3.10.2013, Kommissionen mod Italien (C-369/11; EU:C:2013:636, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).

36 — Dom af 27.4.2006, Kommissionen mod Tyskland (C-441/02; EU:C:2006:253, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

på grund af regnskabsførelsen af de offentlige midler på området for infrastruktur – at aftalen om overførsel gjorde det muligt at overføre overskuddene til den tabsgivende drift på transportområdet (der foreligger som nævnt en forpligtelse til at dække disse tab, som fremgår af den pågældende aftale med de virksomheder, der varetager transporten) [37].

94. Kommissionen har etableret en diskurs, som ikke er uden logik, og som har til formål at underbygge dens mistanke om, at overførslen af overskud fra datterselskaber, der varetager infrastruktur, til DB AG i sidste ende finansieres af offentlige midler, der er øremærket til infrastruktur, som i sidste ende ender hos virksomheder på transportområdet. Denne mistanke er imidlertid ikke tilstrækkelig til at underbygge det påståede traktatbrud, når det i praksis ikke er blevet bekræftet, at der er sket overførsel af offentlige midler fra ét område til et andet – hvilket blot formodes.

95. Den omstændighed, at Forbundsrepublikken Tyskland foreholdes, at der ikke er tilstrækkelig garanti for, at denne overførsel af midler undgås, kan heller ikke danne grundlag for en domfældelse. Det anfægtes ikke, at lovgivningen i Forbundsrepublikken Tyskland forbyder disse overførsler på samme måde som direktiv 91/440, og idet der findes interne kontrolinstanser, der kan kontrollere dem, kræver påstanden om tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, i det pågældende direktiv bevis for, at overførslerne har fundet sted i praksis, og ikke blot en påstand om, at der ikke er tilstrækkelig garanti for, at de ikke kan finde sted.

96. Kommissionen kan naturligvis ikke afkræves en *probatio diabolica*, dvs. at den ikke kan pålægges at fremlægge dokumenter, der ikke findes, eller som ikke kan tilvejebringes. På den ene side revideres og offentliggøres datterselskabernes og moderselskabets regnskaber og balancer. På den anden side, og især hvis – således, som jeg har foreslået i forbindelse med undersøgelsen af det andet klagepunkt – de offentlige midler, som Kommissionen har henvist til, ikke forekommer at komme til udtryk i disse regnskaber eller balancer, kan Kommissionen, efter at have konstateret denne mangel, anse sin påstand for at være godtgjort, dvs. at der er konstateret en tilsidesættelse af regnskabsreglerne.

97. Med andre ord: Hvis der mangler oplysninger om de offentlige midler i jernbanevirksomhedernes regnskaber, og denne udeladelse netop vanskeliggør tilvejebringelsen af beviser til støtte for det første klagepunkt, mener jeg, at det er logisk at fastslå dette frem for at insistere på et klagepunkt, som indgår i stævningens påstande, og som Kommissionen ikke er i stand til at føre bevis for.

98. Diskursen vedrørende udlodningen af de overskud, der delvist eller udelukkende opnås ved hjælp af offentlige midler (for så vidt som DB Netz AG's overskud i nogle år kun ville have været mulige takket være støtten), forbliver blot en formodning uden konkrete beviser, der gør det muligt at tage denne del af søgsmålet til følge, hvilket ville kræve tydelige beviser for, at der er tale om ulovlige overførsler i virkeligheden samt i regnskabsmæssig forstand. Hertil kommer, at eksistensen af LuFV II [38] siden 2015 forekommer at have opklaret, hvor infrastrukturvirksomhedernes nettoresultater ender, eftersom de skal overføres til forbundsstaten med henblik på at blive geninvesteret på samme område.

99. Jeg mener derfor ikke, at Kommissionen har fremlagt tilstrækkelige beviser til støtte for det første klagepunkt.

37 — De vedlagte dokumenter og bilag er ikke udelukkende af regnskabsmæssig karakter som omhandlet i artikel 6. De indeholder ikke oplysninger om, hvordan eller under hvilke poster i disse virksomheders regnskaber forbuddet ikke kommer til udtryk.

38 — Jf. atter punkt 23.

D – *Det tredje klagepunkt, hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14, idet den har undladt at sikre, at infrastrukturafgifterne alene kan anvendes til finansiering af infrastrukturforvalterens virksomhed*

1. Parternes anbringender

100. Kommissionen har gjort gældende, at de aftaler om overførsel af overskud, som DB AG har indgået med sine datterselskaber, der varetager jernbaneinfrastrukturen, indebærer, at afgifter for brug af denne infrastruktur overføres til moderselskabet. En sådan adfærd medfører efter Kommissionens opfattelse, at afgifterne ikke udelukkende anvendes til infrastrukturforvalternes virksomhed, hvilket er i strid med artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14. Dette ville være tilfældet, hvis der ikke var blevet genereret et overskud uden indtægterne fra afgifterne.

101. Den tyske regering har bestridt denne opfattelse og har anført, at systematikken i artikel 6, stk. 1, artikel 7, stk. 1, første afsnit, og artikel 8, stk. 1, i direktiv 2001/14 ud fra et systematisk synspunkt giver mulighed for, at infrastrukturforvalteren som en integrere del af afgifterne opnår en vis forrentning. Der er desuden ingen bestemmelse, der regulerer anvendelsen af de overskud, som forvalteren opnår. Denne kan frit overføre dem til moderselskabet.

102. Dermed er direktiv 2001/14 ifølge den tyske regering ikke til hinder for en overførsel af overskuddene, når disse er blevet genereret takket være afgifterne for brug af infrastruktur, som beregnes på grundlag af en passende forrentning af virksomhedens egenkapital. AEG's § 14, stk. 4, første punktum, bestemmer, at afgifterne skal fastsættes således, at de dækker infrastrukturforvalterens omkostninger (set i lyset af den mulighed, der følger af artikel 8, stk. 1, i direktiv 2001/14), og hertil kan føjes en forrentning, hvis markedet kan bære det. Det overskud, der genereres herved, medfører i modsætning til Kommissionens opfattelse ikke et finansieringsgab for infrastrukturen.

103. Endelig har den tyske regering gjort gældende, at dens fortolkning understøttes af et nyt forslag om ændring, som Kommissionen har udformet inden for rammerne af den fjerde jernbanepakke (artikel 7a), i henhold til hvilket det ikke kræves, at indtægter fra brugen af infrastrukturen nødvendigvis skal anvendes til drift eller vedligeholdelse af jernbanenettet [39].

104. I sin replik har Kommissionen anført, at artikel 6 i direktiv 2001/14 forklares ved metoden til beregning af afgifterne, som normalt foretages i forhold til de direkte omkostninger (artikel 7, stk. 3) og det kroniske underskud, som forvaltningsvirksomhederne står over for, såfremt de offentlige myndigheder ikke, i det mindste delvist, bærer infrastrukturomkostningerne. Således forpligter artikel 6 medlemsstaterne til at være finansielt ansvarlige over for infrastrukturforvalterne og udligne deres budgetter.

39 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/34/EU af 21.11.2012 om oprettelse af et fælles europæisk jernbaneområde for så vidt angår åbning af markedet for indenlandsk passagertransport med jernbane og forvaltning af jernbaneinfrastrukturen (COM(2013) 29 final af 30.1.2013), s. 14.

105. I replikken har Kommissionen citeret en udtalelse fra Bundesrat [40], som understøtter dens synspunkt og fremhæver de negative følger af aftalerne om overførsel af overskud. Kommissionen har gjort gældende, at ikrafttrædelsen af LuFV II den 1. januar 2015 netop havde til formål at tilfredsstille dette »politiske krav« fra Bundesrat, eftersom LuFV II bestemmer, at overskuddene fra infrastrukturforvalterne skal overføres direkte til forbundsstaten med henblik på investering i infrastrukturen.

106. I duplikken har den tyske regering erkendt, at de midler, som DB Netz AG overfører til DB AG, fuldstændig eller delvist stammer fra indtægter fra brugen af »togkanaler«, men har gjort gældende, at disse indtægter senest mister deres klassificering som afgifter for brug af infrastruktur, når DB Netz AG modtager dem på korrekt vis som en modydelse for tilladelsen til at anvende kanalerne, og når de anvendes til finansiering af virksomheden.

107. Den italienske regering har ikke fremsat egne anbringender for så vidt angår det tredje klagepunkt, men har blot valgt at støtte den tyske regerings synspunkt.

2. Bedømmelse

108. Parterne i denne sag er uenige om fortolkningen af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2001/14, i henhold til hvilken afgifterne for brug af infrastrukturen betales til infrastrukturforvalteren og »anvendes til at finansiere hans virksomhed«. Kommissionen har foreslået en restriktiv fortolkning i henhold til bestemmelsens ordlyd, mens bestemmelsen ifølge den tyske regering ikke indeholder en forpligtelse til at anvende overskuddene fra opkrævningen af afgifterne. Efter den tyske regerings opfattelse begrænser formuleringen »virksomhed«, for så vidt som den indebærer et mål om økonomisk vinding, ikke den nærmere anvendelse af afgifterne, som, idet de indeholder en forrentningssats, ganske lovligt kan overføres til moderselskabet.

109. I forbindelse med fortolkningen af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2001/14 har Domstolen – med henvisning til 12. og 20. betragtning til direktivet – anerkendt, at den giver infrastrukturforvalterne en vis fleksibilitet [41]. Disse forvaltere har en skala til beregning af afgiftssatserne med et minimum (som svarer til de omkostninger, som er direkte forbundet med jernbanedriften), som fastsat i dette direktivs artikel 7, stk. 3, og et maksimum (som afspejler infrastrukturforvalterens samlede omkostninger), som fastsat i nævnte direktivs artikel 8, stk. 1 [42].

110. Inden for disse to yderpunkter bestemmer direktiv 2001/14, at afgiften kan variere ud fra en hensyntagen til knaphed på kapacitet (artikel 7, stk. 4), miljøomkostninger (artikel 7, stk. 5), specifikke investeringsprojekter (artikel 8, stk. 2) eller fastsatte nedsættelser (artikel 9) [43].

111. Efter min opfattelse kan hverken artikel 7, stk. 1, dens opbygning, dens formål eller dens systematiske sammenhæng med de andre artikler i direktiv 2001/14 underbygge en fortolkning, som er så gunstig for infrastrukturforvalteren som den af den tyske regering foreslåede.

40 — Bundesrat-Drucksache (dokument fra Bundesrat) nr. 559/2/12, s. 25. Kommissionen har gengivet dette uddrag fra dokumentet: »*I de senere år har DB AG påbegyndt en udvikling af de aktivitetsområder, hvor de havde et naturligt monopol – jernbanenettet, passagerstationer og energi – for at omdanne dem til rentable forretningsområder, der genererer overskud. […] I kraft af en aftale om overførsel af overskud, som DB AG har indgået med sine datterselskaber, der varetager infrastrukturen, overføres overskuddene fra disse infrastrukturvirksomheder automatisk til holdingselskabet, hvor de anvendes på overordnet plan uden at være øremærket til et bestemt formål, f.eks. til at erhverve virksomheder i logistiksektoren […] Når alt kommer til alt, medfører denne politik uforholdsmæssigt høje priser for brug af jernbanenettet og stationer samt for energitransmission* […]«

41 — Dom af 28.2.2013, Kommissionen mod Tyskland (C-556/10, EU:C:2013:116, præmis 82).

42 — Ibidem, præmis 85.

43 — Ibidem, præmis 86.

112. For så vidt angår artiklens indhold er det korrekt, at selv om artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/14 nævner »overskud af andre forretningsaktiviteter«, er det ikke desto mindre formuleringen »virksomhed« i artikel 7, stk. 1, der henviser til den rolle, som kendetegner infrastrukturforvalteren, dvs. den, der giver ham ret til at opkræve og modtage afgiften for brug af jernbanenettet og andre elementer, der er tæt knyttet hertil.

113. For så vidt angår opbygningen er det blevet gjort gældende, at affattelsen af artikel 7, stk. 1 – til forskel fra metoderne til afgiftsfastsættelse (hvor direktiv 2001/14 giver visse muligheder) – er ufravigelig for så vidt angår anvendelsen af de opkrævede afgifter: Forpligtelsen til at anvende dette beløb til finansiering af infrastruktur kan hverken gradbøjes eller fraviges [44]. Denne slutning forekommer logisk, eftersom direktivet er underlagt princippet om, at afgiften kun dækker den omkostning, der påløber direkte som følge af togtjenesten, dvs. den marginale omkostning på kort sigt [45] (artikel 7, stk. 3, sammenholdt med 39. betragtning), samt andre omkostninger, som kan påløbe, i det mindste minimum delvis, men direkte, som følge af togtjenesten, som f.eks. signalgivning, trafikstyring eller vedligeholdelse [46].

114. Eftersom den bruger, der betaler afgiften, kun dækker den marginale omkostning, som dennes brug af infrastrukturen medfører, står de virksomheder, der varetager forvaltningen af jernbanenettet, over for et strukturelt driftsunderskud [47]. Da artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/14 accepterer et princip for afgiftsfastsættelse, der bygger på den marginale omkostning, er det dermed givet, at der er tale om statslig finansiering (udligningsstøtte), der skal afspejles i infrastrukturforvalterens regnskaber.

115. I denne forbindelse søges der med anvendelsen af de ved afgiften genererede indtægter til finansiering af infrastrukturforvalterens virksomhed ikke blot at sikre, at han modtager afgifterne, men også at de anvendes til netop denne virksomhed. Dermed søges der en løftestangseffekt, dvs. at forvalteren tilskyndes til at fremme en stigning i trafikken og anvende nettet på den bedst mulige måde [48], eventuelt med et langsigtet mål om at skabe balance i regnskaberne uden offentlig støtte [49].

116. I direktiv 2001/14 er der ikke grundlag for at give tilladelse til en afgiftsfastsættelsesordning, der fritager forvalteren for den i artikel 7, stk. 1, fastlagte forpligtelse, dvs. at anvende indtægterne fra opkrævningen af afgifterne til at finansiere hans virksomhed. Eftersom lovgiver ikke har givet mulighed for en ændring af beføjelsen til at anvende indtægter, der stammer fra afgifter for brugen af infrastruktur, må dette respekteres. Såfremt en medlemsstats metode til afgiftsfastsættelse genererer en forrentning, der udmønter sig i overskud, ophører disse ikke med at udgøre en del af den indtægt, der er opkrævet som afgift, med alle deraf følgende virkninger.

117. Kommissionen har egentlig ikke anklaget den tyske regering for at have overført overskud, der er genereret via afgifterne, til moderselskabet, men derimod for den manglende garanti for, at de genanvendes til at finansiere infrastrukturforvalterens virksomhed. I denne henseende er de tyske myndigheders anbringender vedrørende lovligheden af den generelle overførsel af overskud til DB AG ikke afgørende for denne tvist, eftersom overførslen som sådan ikke er en del af den påståede tilsidesættelse under dette klagepunkt, hvilket jeg allerede har påpeget.

44 — Ligesom det er tilfældet med de tillæg og afgifter, der udspringer af specifikke omkostninger i artikel 8, stk. 1 og 2.

45 — Dette gjorde Kommissionen gældende i dom af 30.5.2013, Kommissionen mod Polen (C-512/10; EU:C:2013:338, præmis 63). Den møder en vis opbakning i retslitteraturen: jf. M. Amaral/N. Danielowitzova, »(Co)régulation économique des industries de réseau: le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe«, i *L'espace Ferroviaire Unique Européen – Quelle(s) réalité(s)*?, under ledelse af C. Rapoport, (red.) Bruylant, Bruxelles, 2015, s. 245.

46 — Dom af 30.5.2013, Kommissionen mod Polen (C-512/10, EU:C:2013:338, præmis 81).

47 — M. Amaral og N. Danielowitzova, s. 249.

48 — Dok. KOM(1998) 480 endelig udg., s. 76.

49 — Artikel 6, stk. 2, i direktiv 2001/14 forekommer at tilskynde medlemsstaterne til at opnå dette mål.

118. Ud fra disse præmisser er Kommissionens påstand under dette klagepunkt kendetegnet ved samme ringe eller utilstrækkelige bevisførelse, som gjorde sig gældende for det første klagepunkt. Ved denne lejlighed støtter Kommissionen sig atter på en kombination af faktiske omstændigheder, som muliggør (men ikke indeholder tilstrækkeligt bevis for) den konklusion, den gerne vil nå frem til, og der er dermed tale om endnu en formodning.

119. Kommissionen har fremlagt førnævnte dokument fra Bundesrat som bevis [50]. Der er tale om en række betragtninger eller en officiel holdning fra det tyske parlaments øvre kammer vedrørende forslaget til lov om en ny ordning for reguleringen af jernbaneområdet [51]. Det bør bemærkes, at kollektiv persontransport siden den 1. januar 1996 henhører under delstaterne [52], der som kunder, investorer og i hver enkelt region som myndighed, der varetager denne tjeneste, har en logisk interesse i anvendelsen af de midler, der genereres af de af DB AG's datterselskaber, der varetager infrastrukturen.

120. Uden at nedtone værdien af dette dokument (på trods af den politiske karakter, som den tyske regering har henvist til), kan det ikke med den nødvendige sikkerhed på grundlag af heraf konstateres, at det overskud, der overføres fra infrastrukturforvalterne til moderselskabet, ikke er blevet anvendt til denne infrastruktur i løbet af det tidsrum, der anføres i traktatbrudssøgsmålet. I sine betragtninger vedrørende § 25, stk. 3, i lovforslaget om reform understreger Bundesrat sit krav om, at det overskud, der er opnået på området for infrastruktur, »udelukkende« må anvendes på dette område [53], men det ville urimeligt at lade disse betragtninger *pro futuro* tjene som et solidt grundlag for den af Kommissionen påståede kategoriske konstatering af begivenheder, der allerede har fundet sted [54].

121. Således som jeg har bemærket for så vidt angår det første klagepunkt, er det vanskeligt at tage den undersøgte påstand til følge, hvis jernbanevirksomhedernes regnskabsførelse ikke gør det muligt klart at sondre mellem de forskellige begreber (før drejede det sig om offentlige midler, nu om afgifter), således at deres sporbarhed og deres respektive anvendelsesområder ikke fuldt ud kan dokumenteres.

122. Det må derfor konstateres, at der ikke er ført bevis for det tredje klagepunkt.

E – *Det fjerde klagepunkt, hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440 samt artikel 6 stk. 1, sammenholdt med nr. 5 i bilaget til forordning nr. 1370/2007, idet den har undladt at sikre, at offentlige midler til offentlige passagertransporttjenester figurerer særskilt i de relevante regnskaber*

1. Parternes anbringender

123. Kommissionen har foreholdt Forbundsrepublikken Tyskland, at de offentlige midler, der er overført til DB Regio AG's virksomhed (transport som led i offentlig tjeneste), ikke figurerer særskilt i denne virksomheds regnskaber, hvilket er i strid med artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440 og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007, sammenholdt med nr. 5, sidste led, i bilaget til forordningen.

50 — Jf. punkt 105.

51 — Stellungnahme des Bundesrates af 23.11.2012 om »Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich«.

52 — I henhold til § 106a, første punktum, i den tyske grundlov, står delstaterne for finansieringen med støtte fra forbundsstaten, og deres bidrag beløber sig til 60% af omkostningerne ved denne form for personbefordring. Jf. H. Gersdorf, »Finanzierung und Regulierung der Eisenbahninfrastruktur – zwei Seiten einer Medaille«, i *Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergangenheit und Gegenwart*, F. Miram og M. Schmoeckel (udgivere), red. Mohr Siebeck, Tubinga, 2015, s. 110.

53 — Stellungnahme des Bundesrates, s. 27.

54 — Jeg henviser atter til, at overførsel af overskud – i henhold til aftalen mellem DB AG og forbundsstaten, som er fastlagt i LuFV II af 2015 – der genereres af afgifter for brug af jernbanenettet, til staten, kræver, at disse overskud i deres helhed anvendes til finansiering af infrastrukturen. Det centrale formål med traktatbrudssøgsmålet (at de tyske myndigheder tilpasser deres adfærd til Kommissionen synspunkt i denne henseende) synes dermed at være opnået.

124. Ifølge Kommissionen opføres kompensation for forpligtelser til offentlig tjeneste, samt indtægter fra billetsalg, blot overordnet set eller som et samlet beløb for alle de leverede tjenester, og derfor er det ikke muligt at kontrollere, om denne kompensation, der er aftalt i hvert enkelt tilfælde, er uforholdsmæssig stor med henblik på at afsløre eventuel krydssubsidiering.

125. Kommissionen har gjort gældende, at virksomheder som DB Regio AG ikke kan påberåbe sig at være udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 91/440 i henhold til direktivets artikel 2, stk. 2. Den har gjort gældende, at dette direktiv finder anvendelse på de virksomheder, der kan drage fordel af kompensation gennem moderselskabet, eftersom de i modsat fald ganske enkelt ville kunne se stort på de gældende bestemmelser.

126. Ifølge den tyske regering tager det fjerde klagepunkt udgangspunkt i den nye affattelse, som artikel 6, stk. 3, i direktiv 2012/34 har givet artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440, idet den ændrer anvendelsesområdet til også at omfatte regionale transportvirksomheder, dog med undtagelse af regionale transportvirksomheder, der leverer tjenester på særskilte net[55]. Denne nye affattelse finder ikke anvendelse på den foreliggende sag ratione temporis.

127. For så vidt angår artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440 har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at DB Regio AG i sin egenskab af operatør af regionale transporttjenester var udelukket fra direktivets anvendelsesområde i henhold til artikel 2, stk. 2. Modsat Kommissionens fortolkning har den henvist til definitionen i artikel 3 i direktiv 91/440 af »regional transport«, som omfatter »transportydelser til opfyldelse af en regions transportbehov«. I denne henseende har den tyske regering gjort gældende, at den formulering, der endelig blev vedtaget i direktivet (1991-udgaven), indeholdt Europa-Parlamentets ændringsforslag, som udvidede Kommissionens mere restriktive forslag, som henviste til forordning (EØF) nr. 1191/69[56]. Europa-Parlamentet fjernede også denne henvisning.

128. For så vidt angår tilsidesættelsen af artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 fortolker den tyske regering bilagets punkt 5 (som denne artikel henviser til) således, at det udelukkende kræver særskilt angivelse af aftalerne i regnskaberne, når en operatør driver virksomhed, der kompenseres af ordningen vedrørende forpligtelser til offentlig tjeneste, samtidig med anden virksomhed. Dette er ikke tilfældet for DB Regio AG, som udelukkende leverer transporttjenester som led i offentlig tjeneste.

129. For så vidt angår realiteten har Kommissionen gjort gældende, at klagepunktet vedrører materielle bestemmelser, der allerede indgik i artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440, hvorved der skal tages hensyn til ordlyden af artikel 2, hvorefter DB Regio AG ikke skal betragtes særskilt, men derimod inden for rammerne af dens tilknytning til DB AG-koncernen, og dermed kan artikel 2, stk. 2, i dette direktiv ikke påberåbes.

130. For så vidt angår artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 anerkender Kommissionen, at bilagets punkt 5 ikke udtrykkeligt nævner adskillelse af de enkelte aftaler i regnskaberne, men er dog af den opfattelse, at en sådan forpligtelse kan udledes af forordningen som helhed samt af formålet hermed, navnlig af en sammenholdelse af bilagets punkt 2 og 5 (det første fastlægger en grænse for kompensationerne, og den anden opstiller en række regnskabsmæssige betingelser).

55 — Som de mest relevante ændringer har den tyske regering fremhævet: a) henvisningen til artikel 7 i forordning nr. 1370/2007, som ikke optræder i den foregående udgave, b) indskrænkningen af referencen til offentlige midler til persontransport som led i offentlig tjeneste, idet denne reference tidligere var mere vidtgående og henviste til alle transporttjenester, og c) udelukkelsen af jernbanevirksomheder, »som kun forestår […] regional transport på lokale og regionale særskilte banenet til befordring på jernbaneinfrastrukturer eller på net, der kun er beregnet til jernbanetransport i byer og forstæder«, fra anvendelsesområdet for kapitel II i direktiv 91/440.

56 — Rådets forordning af 26.6.1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1969, L 156, s. 1; den danske specialudgave: serie I, bind 1969 (I), s. 258).

131. I duplikken har den tyske regering gentaget, at direktiv 2012/34 i væsentlig grad har ændret anvendelsesområdet for regionale transportvirksomheder, og at den nye ordning først gør sig gældende for medlemsstaterne fra den 17. juni 2015. I forbindelse med den påståede tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, forordning nr. 1370/2007 har den fastholdt, at målet med bilagets nr. 5 ikke er at forhindre krydssubsidiering mellem de forskellige former for aftaler om offentlig tjeneste, men derimod mellem aftaler, der giver anledning til betaling af kompensation, og aftaler, der ikke gør.

132. Den italienske regering deler den tyske regeringsopfattelse: Ingen af de omtvistede bestemmelser kræver, at de enkelte aftaler om levering af transporttjenester som led i offentlig tjeneste offentliggøres særskilt. Ifølge den italienske regering understreger det forberedende arbejde til direktivet, at EU-lovgiver forkastede Kommissionens oprindelige forslag, der indebar adskillelse af de enkelte aftaler om offentlig tjeneste, og Rådet foretrak at indføre den generelle henvisning til artikel 7 i forordning nr. 1370/2007.

133. Kommissionen har anfægtet sidstnævnte opfattelse, idet den, ifølge Kommissionen, bygger på en fejlagtig forudsætning om, at henvisningen i artikel 6, stk. 3, i direktiv 2012/34 til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 har nedtonet de forpligtelser, der følger af artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440.

2. Bedømmelse

a) Indledende bemærkning: klagepunktets genstand og anvendelsesområdet for direktiv 91/440

134. Selv om Kommissionen i stævningens punkt 76 også forekommer at fokusere på det fjerde klagepunkt på baggrund af aftalen om overførsel af overskud, fremgår det, at den derefter ikke uddyber denne argumentation, hvilket heller ikke sker i replikken. Kommissionen har koncentreret sin kritik om kompensationen for forpligtelser til offentlig tjeneste og indtægterne fra billetsalg, hvis overordnede fremstilling i regnskaberne ikke gør det muligt i hver enkelt sag at kontrollere, om den aftalte kompensation er uforholdsmæssig stor. Klagepunktet skal dermed behandles på baggrund af disse oplysninger og ikke afvises, således som den tyske regering har anført.

135. For så vidt angår de gældende bestemmelser i forbindelse med dette specifikke klagepunkt er den tyske og italienske regering ikke opmærksomme på, at klagepunktet er begrænset til de bestemmelser, der var gældende på tidspunktet for stævningens udarbejdelse, dvs. at de er begrænset til bestemmelserne i direktiv 91/440 (for så vidt angår dette klagepunkt især artikel 9, stk. 4).

136. Når tvisten er beskrevet således, er det afgørende at undersøge den tyske regerings indsigelse, i henhold til hvilken DB Regio AG udelukkende varetager regional transport, hvilket bevirker, at den ikke er omfattet af direktiv 91/440 (artikel 2, stk. 2).

137. Ændringen af artikel 2, stk. 2, i direktiv 91/440 pr. automatik indebærer efter min opfattelse ikke uden videre, at DB Regio AG hverken er omfattet af eller udelukket fra dette direktivs anvendelsesområde. Affattelsen af denne bestemmelse skal sammenholdes med definitionen af »regional transport« i samme direktivs artikel 3, sidste led, som knytter denne form for transport til transportydelser til opfyldelse af en regions transportbehov[57]. Det fremgår af disse bestemmelser, at det kun er jernbanevirksomheder, hvis virksomhed er begrænset til at levere transportydelser til én region, der er undtaget fra forpligtelserne i henhold til direktivet.

57 — Jf. punkt 7 og 8.

138. DB Regio AG kan ikke påberåbe sig denne undtagelse. Ifølge DB Regio AG's egen årsrapport for 2013 [58] er virksomheden et datterselskab, hvis selskabskapital fuldt ud kontrolleres af DB AG, og som er omfattet af moderselskabets (»DB Bahn Regio«) forretningsområde (*Geschäftsfeld*). Det fremgår ligeledes af årsrapporten, at »*DB Bahn Regios forretningsområde omfatter alle regionale (tog- og bus)transportydelser under DB-koncernen i Tyskland samt transportydelser mellem Tyskland og nabolandene*« [59]. Ifølge årsrapporten er »*DB Regio-centralen ansvarlig for forretningsudvikling, varetager horisontale opgaver og leverer ydelser til de regionale enheder*«.

139. På denne baggrund er DB Regio AG blot en del af en sammenslutning af virksomheder med højt specialiserede funktioner og aktiviteter, og de regionale transportydelser, den leverer – selv om den gør det som et juridisk uafhængigt aktieselskab – er ikke begrænset til én region, men udbydes derimod til flere delstater. Desuden varetager datterselskabet ikke alle elementer af forvaltningen af disse ydelser, eftersom nogle varetages af moderselskabet (DB ML AG) eller endda af holdingselskabet DB AG [60].

140. Dermed kan undtagelsen i artikel 2, stk. 2, i direktiv 91/440 ikke påberåbes til fordel for DB Regio AG.

b) Vedrørende i klagepunktets realitet

141. Kommissionens synspunkt kunne tages til følge, hvis forpligtelsen til særskilt at opføre hver enkel aftale om offentlig tjeneste i de pågældende regnskaber klart fremgik af de artikler, der påstås tilsidesat. Jeg mener ikke, at dette er tilfældet, hvilket jeg i det efterfølgende vil gøre rede for.

i) Fortolkning af artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440

142. Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål er det relevant at se nærmere på den lovgivningsmæssige udvikling [61] og ikke blot undersøge artikel 9, men også artikel 6, eftersom indføjelsen (ved direktiv 2001/12) af artikel 9, stk. 4, ikke forekom at være logisk ud fra et systematisk synspunkt, og derfor blev den ved reformen af 2012 flyttet til artikel 6, hvor den nu udgør stk. 3.

143. Den oprindelige udgave af artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440 omfattede en regnskabsmæssig adskillelse af aktiviteter med tilknytning til driften af transportydelser (godstransport og personbefordring) og aktiviteter vedrørende infrastrukturforvaltning. Ifølge fjerde betragtning til dette direktiv skal disse aktiviteter (ydelser og infrastruktur) forvaltes særskilt og have »hver sit regnskab«. For så vidt angår denne første udgave springer det i øjnene, at der udelukkende blev foretaget en sondring mellem drift af transportydelser og infrastrukturforvaltning, og at der blev fremsat forslag om, at disse kategorier skulle adskilles i både administrativ og regnskabsmæssig henseende.

58 — Dokument tilvejebragt af Kommissionen som bilag C.7 til replikken, s. 6.

59 — Ibidem.

60 — Det »historiske« argument forekommer mig heller ikke at være overbevisende. I henhold til dette argument bevarede lovgiver udelukkelsen af regional transport fra direktiv 91/440 velvidende, at hovedparten af disse transportydelser leveres af vertikalt integrerede jernbanevirksomheder. Eftersom kun ganske få virksomheder havde begrænset denne form for transportydelser til én region, kan det derimod udledes, at disse virksomheder alene faldt uden for anvendelsesområdet, og at regionale transportydelser leveret af vertikalt integrerede koncerner er omfattet af direktivet.

61 — Domstolen har bekræftet, at tilblivelseshistorien bag EU-rettens bestemmelser kan inddrages som fortolkningskriterium. Jf. bl.a. dom af 11.9.2014, Kommissionen mod Tyskland (C-525/12, EU:C:2014:2202, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

144. Direktiv 2001/12 gik et skridt videre i forhold til denne adskillelse, idet det også krævede adskillelse af regnskaberne for passagerbefordring på den ene side og godstransport på den anden side. Dette følger af niende betragtning til direktivet. Dette direktiv ændrer dog kun artikel 6, i det omfang det indfører et krav om at føre og offentliggøre driftsregnskaber og balancer vedrørende de to kategorier, der er fastlagt i det foregående punkt (dvs. drift af transportydelser og infrastrukturforvaltning).

145. Det følger af de foregående forklaringer, at adskillelsen af regnskabsførelsen altid har gjort sig gældende for aktivitetsområder, og at der kun gradvist er sket en sondring mellem infrastrukturforvaltning, passagerbefordring og godstransport. Idéen om »adskillelse« (eller »særskilt«) er blevet knyttet til de enkelte aktivitetstyper og også de offentlige midler, men ikke til hver enkelt aftale om offentlig tjeneste.

146. I modsætning til Kommissionens anbringender indeholder de bestemmelser, den har gjort gældende, hverken eksplicitte eller implicitte henvisninger til de aftaler, der er led i offentlig tjeneste, som heller ikke fremgår af de betragtninger, der anvendes i forbindelse med fortolkningen heraf. På disse betingelser er det vanskeligt at identificere det formål med lovgivningen, som Kommissionen anvender i dets helhed til at underbygge sit synspunkt. I forarbejderne til direktiv 2001/12 forklarede Kommissionen, at finansieringen af passagerbefordring og godstransport burde tilrettelægges på en gennemsigtig måde, og den foreslog derfor at ændre direktiv 91/440 med henblik på, at der fremover blev foretaget særskilt regnskabsførelse for de to aktiviteter[62]. Den henviste imidlertid hverken til aftalerne om offentlig tjeneste eller behovet for at offentliggøre dem særskilt i jernbanevirksomhedernes regnskaber.

147. Artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440 kan efter min opfattelse derfor ikke påberåbes til støtte for at aftaler, der er led i offentlig tjeneste, skal præsenteres enkeltvis i DB Regio AG's regnskaber.

ii) Vedrørende artikel 6, stk. 1, sammenholdt med punkt 5 i bilaget til forordning nr. 1370/2007

148. Jeg har allerede sammenfattet parternes holdninger til denne bestemmelse: Kommissionen har støttet sig på dens effektive virkning og har lagt vægt på punkt 5 i bilaget[63], mens den tyske regering ikke har anfægtet den af Kommissionen foreslåede opdeling.

149. I forarbejderne, der udmøntede sig i forordning nr. 1370/2007, påpegede Kommissionen i forklaringen til artikel 6, stk. 1, at den henviser til bilaget hvad angår betingelserne for og beregningen af kompensationen i tilfælde af underhåndsaftale[64]. Den tilføjede en kort, men betydningsfuld, bemærkning om bilaget, som »er enklere end det tidligere og […] kun [indeholder] de *strengt nødvendige regler for situationer uden udbud*«[65].

150. Det fremgår ikke af disse regler, at adskillelsen gør sig gældende for hver enkelt aftale, eller at disse skal opføres enkeltvis i regnskaberne for de virksomheder, der har ansvaret for varetagelsen af de offentlige tjenester. Desuden følger de tre led i punkt 5 i bilaget en tilgang, der er næsten identisk med tilgangen i artikel 9, stk. 4, i direktiv 91/440, dvs. særskilt regnskabsførelse for aktivitetsområderne. Forskellen i forhold til denne bestemmelse består i, at bilaget sondrer mellem aktiviteter vedrørende tjenester underlagt en offentlig serviceforpligtelse, hvilke der ydes kompensation til, og andre aktiviteter (udelukkende i forbindelse med kontrakter uden forudgående udbud).

62 — Dok. KOM(1998) 480 endelig udg. (tilvejebragt af Kommissionen som bilag C.2 til replikken), punkt 4, s. 9.

63 — Ifølge bestemmelsens tilblivelseshistorie taler henvisningen til »omkostningerne til offentlig trafikbetjening«, »driftsindtægter« og »betalinger fra offentlige myndigheder« for en adskillelse af de enkelte aftaler i DB Regio AG's regnskab.

64 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej af 20.7.2005 (KOM(2005) 319 endelig udg.), s. 14.

65 — Ibidem, s. 15. Min fremhævelse.

151. Ifølge 25. betragtning til forordning nr. 1370/2007 er formålet med forordningen at etablere en retlig ramme for kompensation og/eller enerettigheder med henblik på kontrakter om offentlig trafikbetjening, og ved hjælp af beregningsskemaet i bilaget kan de offentlige myndigheder og de virksomheder, der leverer ydelser som led i offentlig tjeneste, bevise, at overkompensation er undgået (28. betragtning).

152. I 30. betragtning fremhæves, at kontrakter om offentlige tjenesteydelser, der er indgået uden forudgående udbud, bør omfattes af en øget gennemskuelighed. Ud over den regnskabsmæssige adskillelse, der allerede er nævnt, foreligger der imidlertid ikke andre regler om den kompensation, der præciserer dette krav. De fleste henvisninger til gennemsigtighed findes i bestemmelserne om indgåelse af kontrakter og især udbud [66].

153. Under alle omstændigheder kan henvisningerne til »større gennemsigtighed« og »undgå krydssubsidiering« – om end de stemmer overens med hovedlinjerne i lovgivningen på dette område (og naturligvis indikerer, hvordan bilaget skal fortolkes) – ikke føre til, at indholdet af lovgivningen ændres, eller at der kræves regnskabsmæssige specifikationer, der hverken fremgår af ordlyden, eller som kan læses mellem linjerne. De lege ferenda kunne en adskillelse af de enkelte aftaler være hensigtsmæssig, således som Kommissionen har foreslået, men her gentager jeg, at jeg i bilagets nuværende ordlyd ikke kan finde grundlag for en sådan forpligtelse.

154. Eftersom det ikke er nødvendigt at diskutere resten af de af parterne anførte argumenter, kan artikel 6, sammenholdt med punkt 5 i bilaget til forordning nr. 1307/2007, ikke påberåbes til støtte for, at aftaler, der er led i offentlig tjeneste, skal opføres enkeltvis i DB Regio AG's regnskaber.

155. Det må derfor konstateres, at det fjerde klagepunkt ikke er begrundet.

VII – Spørgsmålet om sagens omkostninger

156. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Eftersom ikke alle sagsøgerens påstande er blevet taget til følge, og Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om, at Kommissionen dømmes til at bære sagsomkostningerne, bør sagens parter efter min opfattelse bære hver deres egne omkostninger.

VIII – Forslag til afgørelse

157. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 91/440/EØF, idet den har undladt at sikre, at forbuddet mod, at offentlige midler, der ydes til jernbaneinfrastrukturforvaltning, overføres til transportydelser, overholdes ved hjælp af en korrekt regnskabsførelse.

2) Forbundsrepublikken Tyskland frifindes i øvrigt.

3) Europa-Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Italienske Republik bærer hver deres egne omkostninger.«

66 — Jf. artikel 4, stk. 1, litra b), og artikel 4, stk. 4, tredje afsnit, samt artikel 5, stk. 3, i forordning nr. 1307/2007.