Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 26 mei 2016 [1]

Zaak C-482/14

Europese Commissie
tegen

Bondsrepubliek Duitsland

„Niet-nakoming — Richtlijn 2012/34 van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte — Boekhoudkundige scheiding tussen het beheer van de infrastructuur en de vervoersactiviteit alsook tussen de verschillende soorten vervoersactiviteiten — Verbod op de overdracht van overheidsmiddelen van het ene activiteitengebied naar het andere”

In

I – leiding

1. Met dit beroep verwijt de Commissie Duitsland de krachtens artikel 6, leden 1, 3 en 4, en artikel 31, lid 1, van richtlijn 2012/34/EU [2] en artikel 6, lid 1, van verordening (EG) nr. 1370/2007 [3] op hem rustende verplichtingen niet te zijn nagekomen.

2. Het geding betreft in wezen de overdracht aan de moedermaatschappij, de holding van de Duitse spoorwegen, van de winst van haar dochterondernemingen, en de boekhouding van die dochterondernemingen. De Commissie is van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland zich niet houdt aan het verbod (en evenmin aan de boekhoudregels die eraan ten grondslag liggen) op de overdracht naar andere gebieden van voor de infrastructuur bestemde overheidsmiddelen, compensaties voor regionale reizigersvervoersdiensten en rechten voor het gebruik van het spoorwegnet. Aan het geding liggen bepaalde problemen ten grondslag in verband met verkapte steun (eventuele kruissubsidies) in verticaal geïntegreerde ondernemingen die spoorvervoersdiensten aanbieden en de voor die activiteit noodzakelijke infrastructuur beheren.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (PB 2012, L 343, blz. 32).

3 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1).

II – Toepasselijke bepalingen, Unierecht

A – *Richtlijn 2012/34*

3. Omwille van de duidelijkheid zijn bij richtlijn 2012/34 de volgende richtlijnen gedeeltelijk gewijzigd, herschikt en samengevoegd: richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap [4]; richtlijn 95/18/EG van de Raad van 19 juni 1995 betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen [5], en richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur [6].

4. Bij artikel 65, eerste alinea, van richtlijn 2012/34 zijn „met ingang van 15 december 2012” (dat wil zeggen, vanaf de dag van inwerkingtreding van richtlijn 2012/34) richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14 ingetrokken, „onverminderd de verplichtingen van de lidstaten met betrekking tot de omzetting in nationaal recht van de in bijlage IX, deel B, genoemde richtlijnen”.

5. Niettemin is op 12 maart 2015 in het Publicatieblad een rectificatie [7] bekendgemaakt waarbij de intrekking van richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14 werd uitgesteld tot 17 juni 2015, dat wil zeggen, één dag na de uiterste datum voor de omzetting in nationaal recht volgens artikel 64, lid 1, van richtlijn 2012/34.

B – Richtlijn 91/440

6. Overweging 2 van richtlijn 2001/12/EG [8] luidt:

„Een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur moet worden gewaarborgd door de scheiding van bepaalde essentiële functies en/of de aanstelling van een spoortoezichthouder voor de functies controle en uitvoering, alsook door de scheiding van de winst- en verliesrekeningen en de jaarbalansen.”

7. Artikel 2 van richtlijn 91/440 luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op het beheer van de spoorweginfrastructuur en de vervoersactiviteiten per spoor van spoorwegondernemingen die in een lidstaat zijn of zullen worden gevestigd.

2. Spoorwegondernemingen waarvan de activiteiten zich beperken tot de exploitatie van stads-, voorstads- en regionaal vervoer, zijn van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.”

8. Artikel 3, laatste streepje, van die richtlijn bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

4 — PB 1991, L 237, blz. 25.

5 — PB 1995, L 143, blz. 70.

6 — PB 2001, L 75, blz. 29.

7 — Rectificatie van richtlijn 2012/34 van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (PB 2015, L 67, blz. 32).

8 — Richtlijn 91/440 is gewijzigd bij richtlijn 2001/12 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 tot wijziging van richtlijn 91/440 van de Raad betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (PB 2001, L 75, blz. 1).

— ‚regionale vervoersdiensten': vervoersdiensten die gericht zijn op de vervoerbehoeften van een regio."

9. Artikel 6, lid 1, luidt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat gescheiden verlies- en winstrekeningen en balansen worden opgesteld en gepubliceerd voor de activiteiten met betrekking tot de levering van vervoersdiensten door spoorwegondernemingen enerzijds, en voor de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur anderzijds. Overheidsmiddelen die voor een van deze twee activiteiten worden verstrekt, mogen niet worden overgedragen naar de andere activiteit.

Dit verbod moet terug te vinden zijn in de wijze waarop de boekhoudingen van deze twee activiteiten gevoerd worden."

10. Artikel 9, lid 4[9], luidt:

„4. In het geval van spoorwegondernemingen worden voor de bedrijfsactiviteiten met betrekking tot de exploitatie van hun goederenvervoersdiensten winst- en verliesrekeningen, alsmede balansen of een jaarlijkse staat van activa en passiva opgesteld en gepubliceerd. Financiële middelen voor activiteiten die betrekking hebben op het verrichten van reizigersvervoersdiensten in het kader van een opdracht van openbare dienst, moeten afzonderlijk in de desbetreffende rekeningen worden opgevoerd en mogen niet worden overgedragen naar activiteiten met betrekking tot andere vervoersdiensten of andere bedrijfsactiviteiten."

C – *Richtlijn 2001/14*

11. De overwegingen 38 en 39 van die richtlijn luiden:

„(38) Het is belangrijk ervoor te zorgen dat de rechten voor internationaal verkeer zodanig zijn dat het spoor aan de behoeften van de markt tegemoet kan komen; gebruiksrechten voor infrastructuur moeten derhalve de kosten weerspiegelen die rechtstreeks voortvloeien uit het exploiteren van de treindienst.

(39) Het totale niveau van de kostendekking door infrastructuurrechten is van invloed op de noodzakelijke overheidsbijdrage; het is mogelijk dat de lidstaten behoefte hebben aan verschillende totale kostendekkingsniveaus door middel van extra heffingen of een rendement dat de markt kan verdragen, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen de kostendekking en het intermodale concurrentievermogen van het vrachtvervoer per spoor; het is echter wenselijk dat elke regeling voor infrastructuurrechten verkeer dat ten minste de extra kosten die het veroorzaakt, kan opbrengen, in staat stelt van het spoorwegnet gebruik te maken."

12. Artikel 6 („Infrastructuurkosten en boekhouding"), lid 1, eerste alinea, luidt:

„1. De lidstaten scheppen de voorwaarden, met inbegrip van eventueel noodzakelijke voorschotten, om ervoor te zorgen dat, onder normale zakelijke omstandigheden en over een redelijk tijdsverloop, in de boeken van een infrastructuurbeheerder de inkomsten uit infrastructuurrechten, overschotten uit andere commerciële activiteiten en overheidsfinanciering enerzijds en infrastructuuruitgaven anderzijds, ten minste in evenwicht zijn."

9 — Lid toegevoegd bij artikel 1, punt 10, van richtlijn 2001/12.

13. Artikel 7, lid 1, luidt:

„1. De rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur worden aan de infrastructuurbeheerder betaald, die ze aanwendt om zijn bedrijf van middelen te voorzien."

14. Artikel 8, lid 1, luidt:

„1. Om de volledige dekking van de door de infrastructuurbeheerder gemaakte kosten te verkrijgen, kan een lidstaat, zo de markt dit aankan, extra heffingen toepassen op basis van efficiënte, transparante en niet-discriminerende beginselen, waarbij een optimale concurrentiepositie, met name van het internationale goederenvervoer per spoor, wordt gewaarborgd. De heffingsregeling moet productiviteitsstijgingen die de spoorwegondernemingen hebben verwezenlijkt, respecteren.

Het niveau van de heffingen mag echter niet uitsluiten dat van de infrastructuren gebruik wordt gemaakt door marktsegmenten die op zijn minst de rechtstreeks uit de exploitatie van de spoorwegdiensten voortvloeiende kosten kunnen dekken, plus een rendement dat de markt kan verdragen."

D – *Verordening nr. 1370/2007*

15. Volgens artikel 1, lid 1, tweede alinea, van verordening nr. 1370/2007 is het doel van die verordening:

„1. [D]e voorwaarden [stellen] waaronder de bevoegde instanties, wanneer zij een openbaredienstverplichting opleggen of daartoe een contract afsluiten, aan exploitanten van openbare diensten een compensatie voor de kosten en/of exclusieve rechten verlenen als tegenprestatie voor het vervullen van openbaredienstverplichtingen."

16. Artikel 6, „Compensaties voor de openbare dienst", bepaalt in lid 1:

„1. Ongeacht de gunningwijze van een contract voldoet elke compensatie uit hoofde van een algemene regel of een openbaredienstcontract aan de bepalingen van artikel 4. Ongeacht hun aard voldoen compensaties die worden verleend uit hoofde van een overeenkomstig artikel 5, leden 2, 4, 5 of 6, of uit hoofde van een algemene bepaling onderhands gegund openbaredienstcontract, bovendien aan de bepalingen in de bijlage."

17. Die bijlage bevat een reeks regels die van toepassing zijn op de in artikel 6, lid 1, bedoelde compensaties. Punt 5 ervan luidt:

„Om de transparantie te verhogen en kruissubsidies te vermijden, dient een exploitant van openbare diensten, wanneer hij naast diensten waarvoor hij compensaties voor openbaredienstverlening ontvangt, ook andere activiteiten uitoefent, voor de exploitatie van de openbare vervoersdiensten over een gescheiden boekhouding te beschikken die ten minste aan de volgende voorwaarden voldoet:

— de rekeningen betreffende de verschillende exploitatieactiviteiten zijn gescheiden en het aandeel van de overeenkomstige activa en vaste kosten wordt uitgesplitst overeenkomstig de geldende boekhoudkundige en fiscale regels;

— alle variabele kosten, een evenredige bijdrage in de vaste kosten en een redelijke winst in verband met enige andere activiteit van de exploitant van openbare diensten mogen in geen geval worden toegeschreven aan de betrokken openbare dienst;

— de kosten van de openbare dienst worden in evenwicht gehouden door de exploitatieontvangsten en de overheidsbijdragen, die niet naar andere activiteiten van de exploitant van openbare diensten mogen worden doorgeschoven.”

III – Feitelijk referentiekader

18. Het Deutsche Bahn-concern, aan het hoofd waarvan de holding Deutsche Bahn AG (hierna: „DB AG”) staat, is actief in de sector van het nationale en internationale passagiers- en goederenvervoer, de logistieke sector en de sector van met spoorvervoer samenhangende diensten.

19. § 9a van het Allgemeine Eisenbahngesetz [10] bepaalt dat het beheer van de verschillende elementen van de spoorweginfrastructuur waarnaar wordt verwezen in artikel 3, punt 3, van richtlijn 2012/34 juncto bijlage I bij die richtlijn gebeurt: a) door de vennootschap DB Netz AG, wat het hoofdspoorwegnet, het secundaire spoorwegnet en de installaties ervan betreft; b) door DB Station & Service AG, die diensten verricht in verband met de exploitatie van het net, zoals de reizigers- en goederenperrons, inclusief die in stations; en c) door DB Energie GmbH, die zich bezighoudt met de installaties voor het transformeren en overbrengen van elektrische stroom voor tractiedoeleinden.

20. Het vervoer van passagiers en goederen (en nevendiensten zoals catering) wordt verricht door verschillende ondernemingen die deel uitmaken van de vennootschap DB Mobility Logistics AG (hierna: „DB ML AG”), een dochteronderneming van het Deutsche Bahn-concern waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen is van DB AG. Een van de ondernemingen van DB ML AG is DB Regio AG, die op het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland regionale spoorvervoersdiensten verricht. [11]

21. DB AG heeft met haar dochterondernemingen DB Netz AG, DB Station & Service AG en DB Energie GmbH zeggenschaps- en winstoverdrachtsovereenkomsten (hierna: „winstoverdrachtsovereenkomsten”) gesloten. Volgens deze overeenkomsten: a) wordt de winst van de dochterondernemingen overgedragen aan de moedermaatschappij en wordt het gebruik dat DB AG van deze winst kan maken, niet beperkt door een beding; en b) verbindt DB AG zich ertoe de eventuele verliezen van de dochterondernemingen te dekken.

22. In haar verweerschrift tegen het beroep heeft de Duitse regering enkele verduidelijkingen aangebracht. Zij benadrukt in het bijzonder: a) dat de winstoverdrachtsovereenkomsten in de twee richtingen gaan, aangezien DB AG ook de verplichting op zich neemt om het eventuele exploitatietekort van haar dochterondernemingen te dekken, en b) dat de financiële middelen die DB Netz AG van haar moedermaatschappij heeft ontvangen, volgens een cumulatief onderzoek van de afgelopen jaren veel hoger zijn dan de aan die moedermaatschappij overgedragen winst.

23. Bovendien stelt de Duitse regering in dupliek dat op 1 januari 2015 Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II [12] in werking is getreden, volgens welke (§ 2a, lid 1) de nettoresultaten na belastingen van de dochterondernemingen via dividenduitkeringen volledig moeten worden overgedragen aan de federale Staat en, eveneens volledig, moeten worden geïnvesteerd in infrastructuur.

10 — Bij § 9 van de Duitse algemene spoorwegwet (hierna: „AEG”) van 27 december 1993 is de verplichting tot boekhoudkundige scheiding van artikel 6 van richtlijn 91/440 in Duits recht omgezet.

11 — DB Regio AG verricht ook busvervoersdiensten, maar dat is in casu irrelevant.

12 — Prestatie- en financieringsovereenkomst II (hierna: „LuFV II”).

IV – Voorafgaande administratieve procedure en procedure bij het Hof

A – *Precontentieuze fase*

24. Bij aanmaning van 22 november 2012 heeft de Commissie de Duitse autoriteiten in kennis gesteld van een mogelijke schending van richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14, die op dat moment nog steeds van kracht waren, alsook van verordening nr. 1370/2007. Zij verweet de Bondsrepubliek Duitsland toe te staan dat de boekhouding van DB AG in strijd was met het verbod op de overdracht naar andere gebieden, in het bijzonder naar het reizigersvervoer per spoor, van: a) voor de infrastructuur bestemde overheidsmiddelen; b) compensaties voor als openbare dienst verrichte regionale reizigersvervoersdiensten, en c) rechten voor het gebruik van het spoorwegnet. Die overheveling van middelen zou door middel van de winstoverdrachtsovereenkomsten plaatsvinden.

25. Bij brief van 20 maart 2013 heeft de Duitse regering geantwoord en de grieven van de Commissie weerlegd. Hierop heeft de Commissie haar op 21 juni 2013 een met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij haar reeds in de aanmaning uiteengezette standpunt herhaalde. Zij drong er bij de Duitse regering op aan binnen twee maanden de maatregelen te nemen die noodzakelijk waren om zich naar haar advies te schikken.

26. Bij brief van 21 augustus 2013 heeft de Duitse regering herhaald dat zij de grieven van de Commissie van de hand wees. Naar aanleiding van het antwoord heeft de Commissie dit beroep ingesteld.

B – *Procedure bij het Hof*

27. Het beroep is op 31 oktober 2014 ter griffie van het Hof ingeschreven en het verweerschrift op 4 februari 2015. De Commissie heeft haar repliek op 16 april 2015 ingediend en de Duitse regering haar dupliek op 11 juni 2015.

28. Op 12 maart 2015 heeft de Italiaanse Republiek verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Duitse regering. Bij beschikking van 14 april 2015 is dat verzoek ingewilligd en op 14 mei 2015 heeft de Italiaanse Republiek haar memorie in interventie ingediend.

29. Op 3 maart 2016 is op verzoek van de Duitse regering overeenkomstig artikel 76 van het Reglement voor de procesvoering een zitting gehouden, waaraan de vertegenwoordigers van die regering en van de Commissie hebben deelgenomen.

V – Conclusies van partijen

30. De Commissie verzoekt het Hof:

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door toe te staan dat overheidsmiddelen die voor activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur worden verstrekt, kunnen worden overgedragen naar activiteiten met betrekking tot de exploitatie van diensten, de krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet toe te zien op de naleving, door een naar behoren gevoerde boekhouding, van het verbod op de overdracht van overheidsmiddelen die voor activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur worden verstrekt, naar activiteiten met betrekking tot de exploitatie van de vervoersdiensten, de krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet ervoor te zorgen dat de rechten voor het gebruik van de infrastructuur alleen worden aangewend om het bedrijf van de infrastructuurbeheerder van middelen te voorzien, de krachtens artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet ervoor te zorgen dat overheidsmiddelen die voor het verrichten van openbaar personenvervoer zijn verstrekt, afzonderlijk in de desbetreffende rekeningen worden opgevoerd, de krachtens artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto punt 5 van de bijlage bij die verordening op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.

31. De Duitse regering verzoekt het Hof het beroep primair niet-ontvankelijk en subsidiair ongegrond te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten.

32. De Italiaanse Republiek verzoekt het Hof het beroep ongegrond te verklaren.

VI – Onderzoek van het beroep

A – *Vordering tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep*

1. Niet-ontvankelijkheid van het beroep in zijn geheel

33. De Bondsrepubliek Duitsland werpt twee excepties van niet-ontvankelijkheid van het beroep op: de algemene onduidelijkheid van de grieven en het feit dat de Commissie zich baseert op richtlijn 2012/34, waarvan de omzettingstermijn ten tijde van de instelling van het beroep nog niet was verstreken.

a) Algemene onduidelijkheid van de grieven

34. Volgens de Duitse regering zijn het beroep en vooral de grieven van de Commissie onvoldoende duidelijk om uit te maken of de Commissie haar verwijt het Unierecht gebrekkig in nationaal recht te hebben omgezet, het Unierecht onjuist te hebben toegepast of zelfs zich onrechtmatig te hebben gedragen.

35. Het is algemeen bekend dat zowel artikel 120, onder c), van het Reglement voor de procesvoering als de rechtspraak waarin dat artikel wordt uitgelegd, aan het verzoekschrift bepaalde eisen stelt, ook in een niet-nakomingsprocedure. Zo moet het verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de ter ondersteuning van het beroep aangevoerde middelen bevatten. Die informatie moet zo duidelijk en nauwkeurig zijn dat de verwerende partij haar verweer kan voorbereiden en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen. De wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop een beroep is gebaseerd, moeten coherent en begrijpelijk worden weergegeven in de tekst zelf van het verzoekschrift.[13]

13 — Arrest van 16 januari 2014, Commissie/Spanje (C-67/12, EU:C:2014:5, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. De Commissie heeft in het verzoekschrift van dit beroep zowel de bepalingen van Unierecht die door de Bondsrepubliek Duitsland zouden zijn geschonden (punten 2-12 van dat verzoekschrift) als het relevante nationale recht, in het bijzonder § 9 AEG (punt 13 van het beroep), alsook bepaalde feiten (punten 14-26) vermeld, zodat de grieven, zoals die zijn vermeld bij het onderzoek van elk van die grieven en in het petitum, kunnen worden begrepen.

37. Wat de coherentie van die grieven betreft, blijkt vanaf het begin (punt 1) van het verzoekschrift en in het verdere verloop ervan (bijvoorbeeld in de punten 35, 52, 59 en 75-77) dat de verweten niet-nakomingen niet in een gebrekkige omzetting van het Unierecht in nationaal recht bestaan, maar wel in bepaalde in het petitum gespecificeerde en geconcretiseerde gedragingen.

38. Derhalve vertoont het beroep mijns inziens formeel gezien de door de voornoemde rechtspraak vereiste duidelijkheid en coherentie en stelt het de lidstaat in staat om zijn recht van verdediging uit te oefenen, wat ook inderdaad is gebeurd. Aangezien de Commissie de Duitse regering geen gebrekkige omzetting ten laste legt, zijn de argumenten van die regering betreffende de aanpassing van haar nationale recht aan de litigieuze bepalingen irrelevant. Derhalve moet dit middel van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

b) Richtlijn 2012/34 als grondslag voor het beroep

39. Het beroep is op 30 oktober 2014 door de Commissie ingesteld wegens schending van richtlijn 2012/34. Vast staat dat die richtlijn op dat moment reeds van kracht was (artikel 66) en dat bij die richtlijn (artikel 65) met ingang van 15 december 2012 onder meer richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14 waren ingetrokken. Niettemin is op 12 maart 2015 in het Publicatieblad een „rectificatie" bekendgemaakt waarbij de intrekking van de genoemde richtlijnen werd uitgesteld tot 17 juni 2015, dat wil zeggen de dag na de uiterste datum voor de omzetting in het nationale recht van de lidstaten.

40. Als gevolg van die wijziging heeft de Commissie, waarvan het beroep wegens schending van richtlijn 2012/34 op 30 oktober 2014 (vóór de rectificatie) bij het Hof was binnengekomen, in de memorie van repliek verzocht om, indien richtlijn 2012/34 als irrelevant zou worden aangemerkt, ervan uit te gaan dat haar vorderingen op de overeenkomstige artikelen van richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14 waren gebaseerd.

41. De Duitse regering voert aan dat richtlijn 2012/34 niet tegen haar kan worden ingeroepen, aangezien de omzettingstermijn ervan nog niet was verstreken toen de Commissie het beroep instelde, zodat het beroep kennelijk niet-ontvankelijk is.

42. Dit argument kan mijns inziens niet slagen. Uit punt 4 van het verzoekschrift blijkt dat, ook al verwees de Commissie naar richtlijn 2012/34, de grieven betrekking hadden op de onderdelen van deze laatste richtlijn die reeds in richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14 voorkwamen. Voorts kan de Commissie niet worden verweten die rechtsgrondslag te hebben gekozen, aangezien zij om haar beroep te baseren op het geldende recht geen andere keuze had dan zich te beroepen op de enige richtlijn die ten tijde van de instelling van haar beroep van kracht was, namelijk richtlijn 2012/34. Indien zij haar beroep tot de twee ingetrokken richtlijnen (richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14) zou hebben beperkt, zou haar beroep niet-ontvankelijk zijn geweest, omdat het zou zijn gebaseerd op bepalingen die ratione temporis geen rechtskracht hebben. Bovendien vermelden de in het petitum van het beroep geformuleerde grieven onmiddellijk na de verwijzingen naar richtlijn 2012/34 tussen haakjes de overeenkomstige rechtsregels van, naargelang het geval, richtlijn 91/440 dan wel richtlijn 2001/14.

43. De wijze waarop de Commissie de regels heeft aangevoerd ter ondersteuning van haar conclusies, lijkt niet alleen correct maar ook de meest geschikte wijze, gelet op het vreemde met terugwerkende kracht herleven van richtlijn 91/440 en richtlijn 2001/14, zoals goedgekeurd door de Raad door middel van een abnormale „rectificatie" op 12 maart 2015, toen beide richtlijnen niet meer van kracht waren. [14]

44. Kortom, het zou uiterst formalistisch zijn en blijk geven van een verkeerd begrepen strengheid indien ik het Hof in overweging zou geven het beroep om deze reden niet-ontvankelijk te verklaren.

2. Niet-ontvankelijkheid van elk van de verschillende grieven

45. De Duitse regering voert aan dat de eerste drie grieven onduidelijk zijn, in het bijzonder door het gebruik van de woorden „door toe te staan dat" (eerste grief), „door niet toe te zien op" (tweede grief) en „door niet ervoor te zorgen dat" (derde grief).

46. De duidelijkheid en de samenhang van de in een beroep wegens niet-nakoming geformuleerde grieven kunnen niet worden beoordeeld aan de hand van woorden die los worden gezien van de rest van de zin waar zij deel van uitmaken en de context van de memorie waarin zij voorkomen. De woordgroepen die door de Duitse regering worden bekritiseerd, vormen in feite de samenvatting van de voorgaande reeks argumenten van de Commissie ter ondersteuning van haar grieven. [15]

47. In de context van dit beroep verwijzen de twee uitdrukkingen naar evenveel gedragingen van verweerster die door de Commissie worden aangemerkt als onverenigbaar met de verplichtingen van de Bondsrepubliek Duitsland die voortvloeien uit de in geding zijnde richtlijnen (en verordening). Voorts tonen de uitvoerige opmerkingen in het verweerschrift en de memorie van dupliek van de Duitse regering en de inhoud ervan ruimschoots aan dat die regering de tegen haar aangevoerde grieven heeft begrepen en zich heeft kunnen verdedigen zonder gehinderd te worden door de vermeende onduidelijkheid van die grieven. Bijgevolg moet deze exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

48. Dat de Commissie de concrete nationaalrechtelijke regel die het voorwerp uitmaakt van de in de eerste en de vierde grief verweten niet-nakoming niet heeft vermeld, is evenmin laakbaar uit het oogpunt van de ontvankelijkheid van haar beroep, aangezien zij, zoals ik reeds heb uiteengezet, de Duitse regering geen gebrekkige omzetting verwijt.

49. Kortom, ik ben van mening dat de excepties van niet-ontvankelijkheid moeten worden afgewezen en dat moet worden overgegaan tot het onderzoek ten gronde, dat ik omwille van de systematiek zal beginnen met de tweede grief.

14 — Ik denk niet dat het voor dit beroep belangrijk is te beslissen of de rectificatietechniek geschikt is om het bereikte rechtsgevolg, namelijk het opnieuw van kracht worden van een aantal ingetrokken richtlijnen, teweeg te brengen.

15 — Het Hof gebruikt die uitdrukkingen in het dictum van een aantal arresten die zijn gewezen op beroepen wegens niet-nakoming. Nog met betrekking tot de regels inzake spoorwegen, zie punt 1 van het dictum van het arrest van 3 oktober 2013, Commissie/Italië (C-369/11, EU:C:2013:636).

B – *Tweede grief: schending van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440, doordat de Bondsrepubliek Duitsland niet toeziet op de naleving, door een naar behoren gevoerde boekhouding, van het verbod op de overdracht van overheidsmiddelen die voor activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur worden verstrekt, naar activiteiten met betrekking tot de exploitatie van de vervoersdiensten*

1. Argumenten van partijen

50. De Commissie verwijt de Bondsrepubliek Duitsland schending van artikel 6, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 91/440, omdat aan de hand van de boekhouding van de met de spoorweginfrastructuur belaste ondernemingen niet kan worden nagegaan of het verbod op de overdracht naar de vervoersactiviteit van voor die infrastructuur bestemde overheidsmiddelen is nageleefd.

51. Zij bekritiseert in het bijzonder dat het met overheidsmiddelen gefinancierde vermogen niet is opgenomen onder de activa van de rekeningen van de vennootschappen van het concern en dat evenmin uit de winstoverdrachtsovereenkomsten de omvang van de overdracht van die middelen kan worden afgeleid, aangezien uit de rekeningen van de holding niet blijkt of de winst uit andere activiteiten dan het beheer van de infrastructuur voortkomt.

52. In het verweerschrift voert de Duitse regering drie argumenten aan. In de eerste plaats voert zij aan dat artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/34 een nieuwigheid vormt waarin artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 niet voorzag, en derhalve in casu niet van toepassing is.[16]

53. In de tweede plaats en subsidiair is zij het oneens met de door de Commissie voorgestelde uitlegging van artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/34. Haars inziens vereist die bepaling alleen een boekhoudkundige scheiding tussen de spoorvervoersondernemingen en de met de infrastructuur belaste ondernemingen, en voldoet het DB AG-concern aan dat vereiste door de organisatorische scheiding tussen de vervoersactiviteiten (DB ML AG en haar dochterondernemingen) en de activiteiten betreffende het beheer van de infrastructuur (DB Netz AG, DB Station & Service AG en DB Energie GmbH). Zij stelt dat die benadering overeenkomt met de benadering die de Commissie voorstaat in haar voorstel voor een nieuwe richtlijn in het kader van het zogenoemde „vierde spoorwegpakket”[17], waarvan artikel 7 bis, lid 3, de volledige scheiding tussen de geldstromen van de infrastructuurbeheerders en die van de vervoersondernemingen vereist. Hieruit zou a contrario blijken dat de geldende wettelijke regeling een minder radicale scheiding vereist.

54. In de derde plaats betoogt de Duitse regering, eveneens subsidiair en uit voorzorg, dat zij artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/34 zelfs vóór het verstrijken van de omzettingstermijn correct in nationaal recht heeft omgezet. Zij voegt hieraan toe dat het feit dat de overheidsmiddelen niet aan de actiefzijde van de balans zijn opgenomen, niet betekent dat zij niet in de interne boekhouding zijn opgenomen.

55. De Commissie antwoordt dat de Duitse regering in feite niet heeft weerlegd dat de overheidsmiddelen niet in de rekeningen van de met de infrastructuur belaste ondernemingen voorkomen. Doordat de overheidsmiddelen niet in die rekeningen zijn opgenomen, kan niet worden toegezien op de naleving van het verbod op de overdracht van de overheidsmiddelen naar de

16 — Zij voert daartoe aan dat de termijn voor de omzetting van richtlijn 2012/34 in nationaal recht ten tijde van het met redenen omkleed advies niet was verstreken.

17 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2012/34 van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur [COM(2013) 29 final van 30 januari 2013], blz. 14.

vervoersdiensten, wat op zich in strijd zou zijn met artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440. Zij aanvaardt dat een deel van artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/34 „nieuw" is, maar uitsluitend wat de redactie ervan betreft, aangezien de geest en de inhoud ongewijzigd zijn gebleven, zoals zou blijken uit het voorstel voor een richtlijn. [18]

56. Aangaande de boekhouding van de overheidsmiddelen stelt de Commissie dat artikel 6, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 91/440 moet worden uitgelegd in het licht van de eerste alinea van dat lid, waarin expliciet de balans en de verlies- en winstrekeningen worden vermeld, die openbaar moeten worden gemaakt, zodat het niet volstaat dat de gegevens in de „interne" boekhouding voorkomen.

57. In haar memorie in interventie deelt de Italiaanse regering de mening van de Duitse regering dat artikel 6, lid 4, van richtlijn 2012/34 een innoverend karakter heeft en derhalve niet tegen de lidstaten kan worden ingeroepen. Zij voegt hieraan toe dat de uitdrukking „het mogelijk maken toe te zien op" moet worden gelezen in samenhang met artikel 56, lid 12, van die richtlijn, dat de toezichthoudende instantie machtigt om audits uit te voeren bij een infrastructuurbeheerder, precies om de naleving van de boekhoudkundige scheiding te controleren. Zij voert aan dat in dit artikel 56 naar bijlage VIII wordt verwezen en benadrukt het nieuwe van de mate van precisie waarmee in die bijlage de boekhoudkundige informatie wordt vermeld die de infrastructuurbeheerders ter beschikking moeten stellen van de toezichthoudende instantie.

58. In antwoord op die opmerkingen benadrukt de Commissie dat artikel 56 niet tot doel heeft de inhoud te beperken van het vroegere artikel 6, waarnaar het verwijst, maar wel om de toezichthoudende instantie een reeks bevoegdheden toe te kennen teneinde haar werk te vergemakkelijken, bijvoorbeeld verzoeken om de in bijlage VII vermelde documenten over te leggen die haar in het bijzonder interesseren.

2. Beoordeling

59. Aan het verwijt van de Commissie aan de Bondsrepubliek Duitsland (in hoofdzaak schending van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440) ligt de premisse ten grondslag dat de door de Duitse autoriteiten ter financiering van de vermogensbestanddelen verstrekte overheidsmiddelen niet naar behoren zijn weergegeven in de balans of de winst- en verliesrekening van de infrastructuurbeheerder en evenmin zijn opgenomen onder de activa van de rekeningen van het concern. Door de wijze waarop die rekeningen worden opgesteld, kan niet worden toegezien op de naleving van het verbod op de overdracht van overheidsmiddelen van activiteiten betreffende het beheer van de infrastructuur naar activiteiten die betrekking hebben op het verrichten van spoorvervoersdiensten.

60. De bepaling die zou zijn geschonden, voorziet in drie basisvereisten: a) de boekhoudkundige scheiding tussen de vervoersactiviteiten van de ondernemingen en de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur, wat betekent dat hun respectieve rekeningen gescheiden worden opgesteld en gepubliceerd (eerste volzin van de eerste alinea) [19]; b) het verbod op de overdracht, ook boekhoudkundig, van overheidsmiddelen van een van die twee activiteiten naar de andere, dat het verbod op kruissubsidies belichaamt (tweede volzin van de eerste alinea), en c) de verplichting om ervoor te zorgen dat dit verbod terug te vinden is in de wijze waarop de boekhouding van ieder van deze activiteiten wordt gevoerd (tweede alinea).

18 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot instelling van één Europese spoorwegruimte [COM(2010) 475 definitief van 17 september 2010], blz. 6.

19 — Arrest van 28 februari 2013, Commissie/Duitsland (C-556/10, EU:C:2013:116, punt 55).

61. De Duitse regering heeft primair aangevoerd dat de verplichting om de boekhouding op een wijze te voeren die het „mogelijk maakt toe te zien op het verbod op de overdracht van middelen", uitdrukkelijk is ingevoerd bij richtlijn 2012/34, in het huidige artikel 6, lid 4, en derhalve tevoren voor haar niet gold, aangezien de termijn voor de omzetting van die richtlijn ten tijde van de instelling van dit beroep niet was verstreken.

62. Ik denk niet dat dit argument kan worden aanvaard, omdat met die bepaling in haar oorspronkelijke versie van 1991 reeds werd gestreefd naar toezicht op kruissubsidies en derhalve daarbij boekhoudkundige transparantie werd opgelegd. Volgens de oorspronkelijke formulering van artikel 6, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 91/440, die niet is gewijzigd bij richtlijn 2001/12, moet „[d]it verbod [op de overdracht van overheidsmiddelen van de ene activiteit naar de andere] terug te vinden zijn in de wijze waarop de boekhoudingen van deze twee activiteiten [infrastructuur en vervoer] gevoerd worden".

63. Uit de vierde overweging van richtlijn 91/440 blijkt dat die richtlijn tot doel had een efficiënt beheer van het spoorwegnet te vergemakkelijken door de exploitatie van de dienst te scheiden van het beheer van de voor de vervoersactiviteiten noodzakelijke infrastructuur, wat in ieder geval noodzakelijkerwijs ook een gescheiden boekhouding veronderstelde. Richtlijn 2001/12 heeft dat idee versterkt door de verplichting tot boekhoudkundige scheiding uit te breiden tot de twee belangrijkste soorten documenten, de verlies- en winstrekening en de balans. Volgens overweging 9 van deze laatste richtlijn is die verplichting bovendien ook verruimd tot ondernemingen voor reizigers- en goederenvervoer.

64. In beide richtlijnen was de achterliggende gedachte van die scheiding volledige transparantie te bereiken en de opneming te verduidelijken van bepaalde infrastructuurkosten, zoals die in verband met de openbaredienstverplichtingen, de verzonken kosten van de aanleg van infrastructuur (sunk costs), de kosten voor het onderhoud en de kosten voor het beheer van de infrastructuur en de toewijzing van infrastructuurcapaciteit.[20]

65. De via de boekhouding bereikte transparantie[21] moest bovendien ertoe dienen kruissubsidies te ontdekken, die reeds krachtens de eerste versie van artikel 6, lid 1, eerste alinea, tweede volzin, van richtlijn 91/440 verboden waren. Tegen deze achtergrond kan de uitdrukking „dit verbod moet terug te vinden zijn in"[22] enkel aldus worden begrepen dat de controle op het verbod moet worden vergemakkelijkt, wat moeilijk zou kunnen worden verwezenlijkt indien dat verbod niet in de boekhouding concrete vorm aanneemt. De bij richtlijn 2012/34 gewijzigde versie bevat evenmin een specifieke verplichting tot controle van het verbod (wat een novum zou zijn geweest in vergelijking met de vorige versie), maar werkt de eventuele controle ervan in de hand, zodra het verbod naar behoren „terug te vinden is" in de wijze waarop de boekhouding wordt gevoerd.

66. Derhalve moet het primair aangevoerde argument van de Duitse regering worden afgewezen.

20 — Di Pietrantonio, L./Pelkmans, J., *The Economics of EU Railway Reform*, Bruges European Economic Policy Briefings, briefing nr. 8, september 2008, blz. 17.

21 — Werkdocument van de Commissie – Artikelsgewijze toelichting bij het voorstel voor een richtlijn inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering [COM(1998) 480 def.], blz. 5 [hierna: „document COM(1998) 480 def."].

22 — In de door mij vergeleken taalversies wordt gebruikgemaakt van datzelfde werkwoord of van uitdrukkingen met een vergelijkbare betekenis: „reflects" in de Engelse taalversie; „refléter" in de Franse taalversie; „dieses Verbot muss […] zum Ausdruck kommen" in de Duitse taalversie; „riflettere" in de Italiaanse taalversie; „reflectir" in de Portugese taalversie; „reflejar" in de Spaanse taalversie, en „återspeglar" in de Zweedse taalversie.

67. Subsidiair betoogt die regering in wezen dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 vereist dat de boekhouding van het beheer van de infrastructuur en die van de vervoersdiensten gescheiden worden gevoerd, maar niet dat de ontvangen overheidsmiddelen in de verlies- en winstrekeningen of de balans worden opgenomen. Het zou volstaan dat zij, zoals in het geval van de Duitse spoorwegondernemingen, in de interne boekhouding worden opgenomen.

68. Ik ben het met de Commissie eens dat die uitlegging niet kan worden aanvaard. Verordening (EEG) nr. 2830/77 [23] voorzag reeds in de verplichting om overheidsmiddelen op te nemen in zowel de balans („bijdragen in investeringskosten – die de deelneming van de staat in de uitvoering van bepaalde investeringsprojecten omvatten") [24] als de winst- en verliesrekening (rekening 74, „compensaties en steun" en rekening 91.5, „evenwichtssubsidie") [25]. De eerste overweging van die verordening benadrukte dat de voorschriften voor de betrekkingen tussen de staat en de spoorwegondernemingen moesten worden gebaseerd op de beginselen die voor wat de financiën en de boekhouding betreft gelden voor handelsondernemingen. Bovendien strekte de verordening tot verbetering van de transparantie van de financiële resultaten van deze ondernemingen en van de maatregelen van de staat van diezelfde aard.

69. Verordening nr. 2830/77 is weliswaar ingetrokken bij artikel 37 van richtlijn 2001/14, maar dat neemt niet weg dat de Commissie bij de uiteenzetting van de redenen voor de wijziging van richtlijn 91/440, die in dezelfde reeks maatregelen als richtlijn 2001/12 is voorgesteld, heeft verklaard dat die verplichtingen, ook al waren zij bij verordening nr. 2830/77 aan de spoorwegondernemingen opgelegd, (bij richtlijn 2001/12) *duidelijk en ondubbelzinnig* in richtlijn 91/440 moesten worden opgenomen. [26] De definitieve formulering van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 is identiek met die van het voorstel.

70. Uit de voorgaande verklaringen kan worden afgeleid dat de verwijzing in artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 naar de balans en de verlies- en winstrekening met dezelfde bindende kracht in de plaats is gekomen van de verplichting om de overheidsmiddelen in die rekeningen op te nemen, die al sinds 1978 bestond uit hoofde van verordening nr. 2830/77.

71. Voorts zou het tegenstrijdig zijn indien dit niet het geval was en de wijziging van richtlijn 91/440, die precies tot doel had de boekhouding van ondernemingen transparanter te maken, zou hebben geleid tot de afzwakking van de verplichting om gebruik te maken van de verlies- en winstrekening en de balans ter verwezenlijking – quod non – van de doelstelling om de financiële betrekkingen tussen de staat en de spoorwegmaatschappijen te verduidelijken.

72. Kortom, het enkele feit dat die middelen in de interne boekhouding van de spoorwegondernemingen zijn opgenomen, zoals de Duitse regering heeft aangegeven, volstaat niet om aan de voorwaarden van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 te voldoen. Derhalve kan dit tweede argument ter verdediging evenmin worden aanvaard.

73. Het derde argument van de Duitse regering, voor zover daarin wordt gewezen op de correcte omzetting van de bepalingen van de Unie in Duits recht, is irrelevant, aangezien de Commissie – zoals ik al heb aangegeven – haar niet verwijt dat die omzetting gebrekkig is.

23 — Verordening van de Raad van 12 december 1977 betreffende de maatregelen die nodig zijn om de boekhoudingen en de jaarrekeningen van de spoorwegondernemingen onderling vergelijkbaar te maken (PB 1977, L 334, blz. 13).

24 — Artikel 4, lid 1, van verordening nr. 2830/77 junctis de bijlagen I en II bij die verordening.

25 — Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 2830/77 junctis de bijlagen III en IV bij die verordening.

26 — Document COM(1998) 480 def., blz. 9.

74. Het daarmee samenhangende argument van de Italiaanse regering kan evenmin worden aanvaard, aangezien de niet-nakoming niet moet worden onderzocht in het licht van richtlijn 2012/34 (waarin het door die regering aangevoerde artikel 56 is opgenomen) maar van richtlijn 91/440, die geen soortgelijke bepaling bevat. In het genoemde artikel 56 worden de taken en de bevoegdheden omschreven die de lidstaten aan hun toezichthoudende instanties voor de spoorwegsector moeten toekennen, waaronder de taken en de bevoegdheden inzake de audits die volgens lid 12 ook op de nakoming van de verplichting tot boekhoudkundige scheiding van artikel 6 betrekking hebben.

75. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat, doordat de voor de infrastructuur bestemde overheidsmiddelen niet zijn opgenomen in de publieke boekhoudingen van de dochterondernemingen of de moedermaatschappij, hetgeen de Duitse regering geenszins heeft betwist, de presentatie van die boekhoudingen belet om op enigerlei wijze na te gaan of het verbod op de overdracht van die middelen naar de spoorvervoeractiviteiten is nageleefd. De tweede grief van het beroep moet derhalve worden aanvaard.

C – *Eerste grief: schending van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440, doordat door de winstoverdrachtsovereenkomsten wordt toegestaan dat spoorwegdiensten worden gefinancierd met voor de spoorweginfrastructuur bestemde middelen*

1. Argumenten van partijen

76. Volgens de Commissie staat de Bondsrepubliek Duitsland door de winstoverdrachtsovereenkomsten (die de moedermaatschappij heeft gesloten met de drie dochterondernemingen die belast zijn met de infrastructuur) toe dat een deel van de voor het beheer van de spoorweginfrastructuur verstrekte overheidsmiddelen wordt overgedragen naar activiteiten in verband met de vervoersdiensten. Dat gedrag is in strijd met artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440.

77. Dat is met name het geval wanneer de winst van de met de spoorweginfrastructuur belaste ondernemingen (namelijk DB Netz AG, DB Station & Service AG en DB Energie GmbH) alleen dankzij de aan die vennootschappen toegekende overheidsmiddelen is behaald. Gelet op de door DB AG in de winstoverdrachtsovereenkomsten op zich genomen verplichting om eventuele verliezen van haar dochterondernemingen te dekken, zou de aldus overgedragen winst kunnen worden gebruikt om het tekort van de vervoersdiensten te verminderen.

78. Volgens de Commissie is het irrelevant dat die middelen niet rechtstreeks kunnen worden overgedragen van bepaalde ondernemingen van het concern aan andere en dat de overdracht op indirecte wijze gebeurt door de overdracht van winst aan de moedermaatschappij: beide wijzen van overdracht zijn in strijd met de bewoordingen en de geest van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440.

79. De Duitse regering legt dat artikel aldus uit dat het zich er niet tegen verzet dat de dochterondernemingen winst maken of dat die winst vervolgens aan de moedermaatschappij wordt overgedragen, aangezien het alleen de overdracht van voor de infrastructuur bestemde overheidsmiddelen verbiedt, maar niet de overdracht van de inkomsten van de met het beheer van de infrastructuur belaste ondernemingen uit de commerciële exploitatie ervan, die onder artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14 vallen. In ieder geval staat het in beide bepalingen gemaakte onderscheid tussen overheidsmiddelen (artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440) en inkomsten uit rechten voor het gebruik van de infrastructuur (artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14) los van de vraag of de inkomsten zijn behaald door middel van gesubsidieerde activa.

80. De Duitse regering voert aan dat zij artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 naar behoren in Duits recht heeft omgezet bij § 9, lid 1b, AEG.

81. De Duitse regering ontkent dat de middelen worden verborgen, zoals de Commissie stelt, aangezien zij in de boekhouding van DB AG zijn opgenomen, ook al is de nettowaarde van de overheidssubsidies – welke factor wordt gebruikt voor de berekening van de aan de moedermaatschappij over te dragen winst of de door de moedermaatschappij te compenseren verliezen – alleen in de jaarrekening opgenomen. Bovendien moeten de overheidsmiddelen ten gunste van met de spoorweginfrastructuur belaste ondernemingen volledig worden gebruikt voor de investeringsprojecten waarvoor zij bestemd zijn, zodat zij de winst niet kunnen doen toenemen. Terwijl die ondernemingen de kosten voor het onderhoud en de herstelling van hun spoorwegen dragen, staat het aan de Bund, de federale Staat, overeenkomstig de hem bij de grondwet toegekende taak [27], de behoeften met betrekking tot het spoorwegnet te plannen en de investeringsprojecten door middel van subsidies te financieren [28].

82. In repliek is de Commissie het oneens met verweersters uitlegging van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440. Haars inziens blijkt uit het voorstel voor richtlijn 2001/12 dat dit artikel tot doel had de gelijke behandeling en non-discriminatie van alle spoorwegondernemingen te garanderen. Dat doel kon enkel worden verwezenlijkt door rekening te houden met de volledige financiering van de infrastructuur, namelijk alle kosten en alle inkomsten, dat wil zeggen de overheidsmiddelen en de rechten voor het gebruik van het spoorwegnet. De vermeende systemische uitlegging door de Duitse regering ontneemt de in geding zijnde bepaling haar nuttig effect.

83. De Commissie betwist voorts dat het begrip „overheidsmiddelen” in artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 alleen overheidsmiddelen omvat die ten laste van een overheidsbegroting en op basis van een bepaalde rechtsgrondslag worden toegekend. Dat artikel heeft tot doel kruissubsidies te voorkomen en zowel de bewoordingen ervan als de voorstukken [29] bevestigen dat het gaat om staatsmiddelen in de zin van de regeling inzake staatssteun (artikel 107 VWEU), waarin diezelfde terminologie wordt gebruikt.

84. De Commissie voert aan dat de Bondsrepubliek Duitsland niet garandeert dat de verstrekking van overheidsmiddelen aan de met het beheer van de infrastructuur belaste vennootschappen van het DB AG-concern wordt beperkt tot het financieringstekort ten gevolge van een tekort aan inkomsten. Voorts is zij van mening dat artikel 8 van richtlijn 2001/14, in zijn geheel genomen, de exploitant van de infrastructuur niet het recht geeft om de rechten voor het gebruik ervan op zo'n wijze te berekenen dat zij systematisch winst genereren. Zij is bovendien van mening dat de in de Bondsrepubliek Duitsland ingestelde interne controles niet geschikt zijn om de overdracht van overheidsmiddelen te belemmeren.

85. In dupliek verwijt de Duitse regering de Commissie dat zij haar argumenten niet heeft gestaafd en verdedigt zij de door het Bundesnetzagentur [30] en het Bundesrechnungshof [31] uitgevoerde ex-ante- en ex-postcontroles op de uitgaven van de overheidsmiddelen. Voorts betoogt zij dat de grief sinds 1 januari 2015, de inwerkingtreding van LuFV II [32], zonder voorwerp is.

86. De Italiaanse regering stelt dat artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 rekening houdt met het bestaan van financiële stromen tussen de staat en de beheerder van het spoorwegnet, maar enkel in boekhoudregels voorziet om het risico op kruissubsidies te voorkomen. Zij is voorts van mening dat niets eraan in de weg staat dat de netbeheerder de winst autonoom beheert.

27 — Zij haalt artikel 87e, lid 4, van het Grundgesetz (grondwet) aan.

28 — § 8, leden 1 en 4, van het Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz, federale wet inzake de uitbreiding van het spoorwegnet, BGBl. I., blz. 1874).

29 — Zie het in voetnoot 21 aangehaalde werkdocument, blz. 30.

30 — Federale netbeheerder.

31 — Duitse federale rekenkamer; op grond van § 91 van de Bundeshaushaltsordnung (verordening inzake de federale begroting, laatste wijziging in BGBl. I, blz. 2178 e.v., in het bijzonder blz. 2182).

32 — Zie punt 23.

87. In dit verband benadrukt de Italiaanse regering dat het Hof de geldigheid heeft erkend van holdingstructuren [33], en dat de benadering van de Commissie in strijd met de artikelen 4 en 5 van richtlijn 91/440 de beheersautonomie van de spoorwegconcerns beperkt.

88. In haar antwoord aan de Italiaanse regering heeft de Commissie herhaald dat het feit dat holdingstructuren rechtmatig zijn, op zich niet betekent dat de financiële stromen binnen het concern dat ook zijn.

2. Beoordeling

89. Voor het onderzoek van de eerste grief moet bovenal worden gepreciseerd dat volgens de rechtspraak van het Hof inzake de uitlegging van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 die bepaling slechts een boekhoudkundige scheiding verlangt tussen de vervoersactiviteiten van de spoorwegondernemingen en de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur. [34] Derhalve kan niet rechtstreeks of indirect worden getwijfeld aan de geldigheid van holdingstructuren en de gevolgen daarvan.

90. Voorts moet worden verduidelijkt naar welke middelen artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 verwijst, omdat de Commissie daarin de rechten voor het gebruik van de spoorwegen wenst op te nemen, wat mij niet juist lijkt. Die inkomsten zijn afkomstig uit betalingen door gebruikers als tegenprestatie voor de activiteit van de met de spoorweginfrastructuur belaste ondernemingen en zijn derhalve geen overheidsmiddelen die door de staat ter beschikking van die ondernemingen zijn gesteld. Steun ter compensatie van het tekort dat die ondernemingen kunnen boeken indien de heffingen de kosten voor het onderhoud en de exploitatie van die infrastructuur niet dekken (evenwichtssubsidie), is daarentegen wel van die aard, voor zover hij rechtstreeks door een overheidsinstantie wordt betaald. Zoals wij zullen zien bij het onderzoek van de derde grief, heeft Duitsland een op de gemiddelde kostprijs gebaseerde heffingsregeling vastgesteld, die het voor de met de infrastructuur belaste onderneming mogelijk maakt winst te maken, zodat subsidies uit dien hoofde niet noodzakelijk zouden zijn. Bijgevolg moet de grief van de Commissie worden geacht te zijn beperkt tot de rechtstreeks door de Duitse overheid (of door een van de instanties die daar deel van uitmaken in de ruime betekenis van het woord) verstrekte overheidsmiddelen.

91. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 vereist dat het verbod op kruissubsidies terug te vinden is in de wijze waarop de boekhoudingen van de twee spoorwegactiviteiten (de exploitatie van de vervoersdiensten en het beheer van de infrastructuur) worden gevoerd. Indien de Commissie een lidstaat verwijt dat artikel te hebben geschonden, moet zij voldoende bewijs aanvoeren om aan te tonen dat de voor een van die activiteiten uitgekeerde staatssteun werkelijk naar de andere activiteit is overgedragen en dat die afwijking niet is gebleken uit de wijze waarop de boekhoudingen (van die twee activiteiten) werden gevoerd.

92. Volgens vaste rechtspraak staat het in een op grond van artikel 258 VWEU ingestelde niet-nakomingsprocedure aan de Commissie het bestaan van de gestelde niet-nakoming aan te tonen. Dat wil zeggen dat het aan haar staat om de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn om de waarachtigheid van de grief te controleren, zonder zich op enig vermoeden te kunnen baseren. [35] In geval van een beroep inzake de toepassing van een nationale bepaling dienen voor de vaststelling van een niet-nakoming bovendien bewijzen te worden overgelegd die specifieker zijn dan die welke

33 — Zij verwijst naar het arrest van 28 februari 2013, Commissie/Duitsland (C-556/10, EU:C:2013:116, punt 55).

34 — Ibidem.

35 — Arrest van 3 oktober 2013, Commissie/Italië (C-369/11, EU:C:2013:636, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

gewoonlijk in aanmerking worden genomen in het kader van een beroep dat uitsluitend tegen de inhoud van een nationale bepaling is gericht. In deze omstandigheden kan de niet-nakoming alleen worden aangetoond door een voldoende omstandig en gedocumenteerd bewijs van de aan de nationale administratieve instanties verweten praktijk die aan de lidstaat kan worden toegerekend. [36]

93. Uit de door de Commissie ter ondersteuning van haar stelling overgelegde documenten blijkt de evolutie van de winst en het verlies van de voor de infrastructuur verantwoordelijke dochterondernemingen (bijlage A.2 bij het beroep). De Commissie heeft bovendien een afschrift van een exemplaar van de winstoverdrachtsovereenkomst tussen DB AG en DB Netz AG overgelegd (bijlage A.1). Met al die documenten beoogde zij te benadrukken dat, voor zover de winst – haars inziens – uitsluitend werd behaald dankzij de boeking van de overheidsmiddelen op het gebied van de infrastructuur, de overdrachtsovereenkomst de overdracht ervan naar de verliesgevende exploitatie van de vervoersdiensten toestond (zoals reeds is gezegd, voorziet de desbetreffende overeenkomst met de vervoersondernemingen in de verplichting om die verliezen te dekken). [37]

94. Met haar – niet onlogisch – betoog tracht de Commissie haar vermoeden te staven dat de door de voor de infrastructuur verantwoordelijke dochterondernemingen aan DB AG overgedragen winst uiteindelijk afkomstig is van de voor de infrastructuur bestemde overheidsmiddelen, die vervolgens aan de vervoersondernemingen worden besteed. Dat vermoeden volstaat echter niet om de verweten niet-nakoming te bevestigen wanneer in feite niet is aangetoond dat de overheidsmiddelen werkelijk van de ene naar de andere activiteit zijn overgedragen.

95. Het verwijt dat er onvoldoende garanties zijn dat die middelen niet worden overgedragen, kan evenmin als grondslag voor een veroordeling dienen. Aangezien vaststaat dat die overdrachten naar het recht van de Bondsrepubliek Duitsland verboden zijn, in dezelfde bewoordingen als waarin zij verboden zijn bij richtlijn 91/440, en gelet op het bestaan van nationale toezichthoudende instanties die deze overdrachten kunnen vaststellen, zou voor de grief inzake schending van artikel 6, lid 1, van die richtlijn moeten zijn aangetoond dat de overdrachten werkelijk plaatsvonden. De loutere bewering dat er onvoldoende voorzorgen zijn genomen om die overdrachten te voorkomen, volstaat niet.

96. Van de Commissie kan weliswaar geen probatio diabolica worden verlangd, dat wil zeggen dat haar niet om documenten kan worden gevraagd die niet bestaan of niet kunnen worden overgelegd. De rekeningen en balansen van de dochterondernemingen en de moedermaatschappij worden echter gecontroleerd en gepubliceerd. Anderzijds, en bovenal, indien – zoals ik heb geopperd bij het onderzoek van de tweede grief – de door de Commissie bedoelde overheidsmiddelen niet zijn opgenomen in die rekeningen of balansen, kan bij de constatering daarvan de vordering van de Commissie tot vaststelling van de tekortkoming in de boekhouding worden toegewezen.

97. Met andere woorden, indien in de rekeningen van de spoorwegmaatschappijen gegevens over de overheidsmiddelen ontbreken en juist die weglating het moeilijk maakt om bewijzen aan te voeren waaruit de gegrondheid van de eerste grief blijkt, is het mijns inziens coherenter om zich in die zin uit te spreken, in plaats van te volharden in een in het petitum van het beroep opgenomen tenlastelegging waarvoor de Commissie geen bewijsstukken kan overleggen.

98. Kortom, het betoog over de verdeling van gedeeltelijk of uitsluitend met overheidsmiddelen behaalde winst (voor zover DB Netz AG gedurende een aantal jaren alleen dankzij de subsidies winst zou kunnen hebben behaald) betreft slechts een vermoeden zonder concrete bewijzen op grond waarvan dit onderdeel van het beroep kan worden toegewezen. Voor de toewijzing van dit onderdeel had op onweerlegbare wijze moeten worden aangetoond dat de onwettige overdrachten materieel en

36 — Arrest van 27 april 2006, Commissie/Duitsland (C-441/02, EU:C:2006:253, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 — De bijgevoegde documenten en bijlagen zijn strikt genomen niet van boekhoudkundige aard in de zin van artikel 6. In die documenten en bijlagen wordt niet vermeld hoe en in welke posten van de boekhouding van die ondernemingen de verplichting dat het verbod moet terug te vinden zijn in de wijze waarop de boekhouding wordt gevoerd, wordt omzeild.

boekhoudkundig werkelijk hebben plaatsgevonden. Hieraan moet worden toegevoegd dat het bestaan van LuFV II [38] sinds 2015 klaarheid lijkt te hebben gebracht in het gebruik van de nettoresultaten van de infrastructuurondernemingen. Zij moeten aan de federale Staat worden overgedragen om ze opnieuw op ditzelfde gebied te investeren.

99. Ik ben derhalve van mening dat de Commissie onvoldoende bewijs heeft aangevoerd ter ondersteuning van de eerste grief.

D – *Derde grief: schending van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14 door niet ervoor te zorgen dat de rechten voor het gebruik van de infrastructuur alleen worden aangewend om het bedrijf van de infrastructuurbeheerder van middelen te voorzien*

1. Argumenten van partijen

100. De Commissie stelt dat de winstoverdrachtsovereenkomsten die DB AG met haar voor de spoorweginfrastructuur verantwoordelijke dochterondernemingen heeft gesloten, inhouden dat de voor het gebruik van die infrastructuur geïnde rechten aan de moedermaatschappij worden overgedragen. Die handelwijze houdt volgens haar in dat de rechten in strijd met artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14 niet uitsluitend voor het bedrijf van de infrastructuurbeheerders worden aangewend. Dit zou het geval zijn indien bij ontstentenis van de inkomsten uit rechten, geen winst zou zijn behaald.

101. De Duitse regering bekritiseert die stelling op grond dat, vanuit een systematische benadering, de artikelen 6, lid 1, 7, lid 1, en 8, lid 1, van richtlijn 2001/14 de infrastructuurbeheerder toestaan een bepaald rendement te behalen, dat integraal deel uitmaakt van de verschuldigde rechten. Bovendien regelt geen enkele bepaling het gebruik van de winst die wordt gemaakt door de infrastructuurbeheerder, die ze naar eigen goeddunken kan overdragen aan de moedermaatschappij.

102. Daarom verzet richtlijn 2001/14 zich volgens de Duitse regering niet tegen de overdracht van winst die wordt behaald dankzij de rechten voor het gebruik van de infrastructuur die worden berekend op basis van een passend rendement op het eigen vermogen van de onderneming. § 14, lid 4, eerste volzin, AEG bepaalt dat de rechten zodanig moeten worden vastgesteld dat zij de kosten van de infrastructuurbeheerder dekken (in het licht van de mogelijkheid waarin artikel 8, lid 1, van richtlijn 2001/14 voorziet) en dat hieraan een rendement kan worden toegevoegd, zo de markt dit toestaat. Anders dan de Commissie stelt, heeft het aldus gegenereerde rendement geen tekort voor de financiering van de infrastructuur tot gevolg.

103. Ten slotte stelt die regering dat haar uitlegging wordt bevestigd door een recent voorstel tot wijziging dat door de Commissie is opgesteld in het kader van het vierde spoorwegpakket (artikel 7 bis) en volgens hetwelk niet vereist is dat de voor het gebruik van de infrastructuur ontvangen inkomsten noodzakelijkerwijs voor de exploitatie of het onderhoud van de spoorwegen worden gebruikt. [39]

38 — Zie opnieuw punt 23.

39 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2012/34 van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur [COM(2013) 29 final van 30 januari 2013], blz. 14.

104. In repliek wijst de Commissie erop dat artikel 6 van richtlijn 2001/14 valt te verklaren door de wijze van berekening van de rechten, die normaliter op basis van de directe kosten (artikel 7, lid 3) worden berekend, en het chronische tekort waarmee de met het beheer belaste ondernemingen kampen indien de overheidsinstanties niet althans gedeeltelijk de infrastructuurkosten dragen. Zo bezien, moeten de lidstaten ingevolge artikel 6 de financiële aansprakelijkheid voor de infrastructuurbeheerders op zich nemen en ervoor zorgen dat hun boekhouding sluitend is.

105. In repliek haalt de Commissie een advies van de Bundesrat [40] aan dat haar stelling zou staven en de negatieve gevolgen van de winstoverdrachtsovereenkomsten zou aantonen. Zij wijst erop dat met de inwerkingtreding op 1 januari 2015 van LuFV II precies wordt beoogd tegemoet te komen aan die „politieke eis" van de Bundesrat, aangezien hierin wordt bepaald dat de winst van de infrastructuurbeheerders rechtstreeks aan de federale Staat (Bund) wordt overgedragen om ze in de infrastructuur te investeren.

106. In dupliek erkent de Duitse regering dat de door DB Netz AG aan DB AG overgedragen middelen geheel of gedeeltelijk afkomstig zijn van de voor het gebruik van de „spoorwegtrajecten" ontvangen inkomsten, maar zij voert aan dat die middelen hun kwalificatie als rechten voor het gebruik van de infrastructuur op zijn laatst verliezen wanneer DB Netz AG ze correct ontvangt als tegenprestatie voor de concessie voor het gebruik van de trajecten en ze worden aangewend om het bedrijf van middelen te voorzien.

107. De Italiaanse regering heeft zelf geen opmerkingen gemaakt over de derde grief, maar alleen het standpunt van de Duitse regering gesteund.

2. Beoordeling

108. Partijen bij deze procedure zijn het oneens over de uitlegging van artikel 7, lid 1, van richtlijn 2001/14, volgens hetwelk de rechten voor het gebruik van de infrastructuur aan de infrastructuurbeheerder worden betaald, „die ze aanwendt om zijn bedrijf van middelen te voorzien". De Commissie stelt een restrictieve benadering voor die nauw aansluit bij de bewoordingen van de bepaling, terwijl de Duitse regering van mening is dat die bepaling geen verplichting bevat inzake het gebruik van de met de inning van de rechten behaalde winst. Voor zover het begrip „bedrijf" een winstoogmerk impliceert, beperkt het volgens die regering bovendien niet het gebruik dat van die rechten kan worden gemaakt. Die rechten kunnen op rechtmatige wijze aan de moedermaatschappij worden overgedragen, aangezien zij een rendement omvatten.

109. Bij de uitlegging van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2001/14 heeft het Hof op grond van de overwegingen 12 en 20 van die richtlijn erkend dat die bepaling de spoorweginfrastructuurbeheerders een zekere mate van flexibiliteit toestond. [41] Voor de berekening van de door hen geheven rechten beschikken die beheerders over een marge, gaande van het in artikel 7, lid 3, vastgestelde minimum (dat gelijk is aan de kosten die rechtstreeks terug te voeren zijn op de exploitatie van het net) tot het in artikel 8, lid 1, van die richtlijn bedoelde maximum (dat overeenkomt met de totale door de infrastructuurbeheerder gemaakte kosten). [42]

40 — Document van de Bundesrat (Bundesrat-Drucksache) nr. 559/2/12, blz. 25. De Commissie haalt in het bijzonder de volgende passage van het document aan: „In de afgelopen jaren is DB AG begonnen de activiteiten uit te bouwen waarvoor zij over een natuurlijk monopolie beschikte – verkeersnet, reizigersstations en energie – om er rendabele pijlers van te maken. […] Op grond van een winstoverdrachtsovereenkomst tussen DB AG en haar voor de infrastructuur verantwoordelijke dochterondernemingen wordt de winst van de infrastructuurondernemingen automatisch overgedragen aan de houdstermaatschappij, die ze wereldwijd gebruikt, maar niet voor een bepaald doel, bijvoorbeeld om ondernemingen uit de logistieke sector over te nemen […]. Uiteindelijk leidt dat beleid tot buitensporig hoge prijzen voor het gebruik van het spoorwegnet en de stations alsook de transmissie van energie […]."

41 — Arrest van 28 februari 2013, Commissie/Duitsland (C-556/10, EU:C:2013:116, punt 82).

42 — Ibidem, punt 85.

110. Richtlijn 2001/14 aanvaardt dat de heffing tussen die twee uitersten kan variëren afhankelijk van het capaciteitsgebrek (artikel 7, lid 4), de kosten van milieueffecten (artikel 7, lid 5), specifieke investeringsprojecten (artikel 8, lid 2) of de voorziene kortingen (artikel 9). [43]

111. Ik denk niet dat op grond van zijn bewoordingen, structuur, doel of systemische verhouding met andere artikelen van richtlijn 2001/14 aan artikel 7, lid 1, van die richtlijn een voor de infrastructuurbeheerder zo gunstige uitlegging als de door de Duitse regering voorgestane uitlegging kan worden gegeven.

112. Wat de inhoud ervan betreft, vermeldt artikel 6, lid 1, van richtlijn 2001/14 weliswaar „overschotten uit andere commerciële activiteiten", maar dat neemt niet weg dat het begrip „bedrijf" in artikel 7, lid 1, verwijst naar de taak die kenmerkend is voor de infrastructuurbeheerder, dat wil zeggen de taak die rechtvaardigt dat hij rechten voor het gebruik van het spoorwegnet en andere daarmee nauw samenhangende elementen heft en int.

113. Wat de structuur ervan betreft, zij erop gewezen dat, anders dan de methoden voor de tariefbepaling van de rechten (waarvoor richtlijn 2001/14 bepaalde keuzes laat), artikel 7, lid 1, het gebruik van de geïnde rechten dwingend regelt: de verplichting om het geïnde bedrag te gebruiken voor de financiering van de infrastructuur kent geen nuances of uitzonderingen. [44] Het gaat om een coherente regeling, aangezien de richtlijn uitgaat van het beginsel dat de rechten alleen de kosten dekken die rechtstreeks terug te voeren zijn op de exploitatie van het net, namelijk de marginale kosten op korte termijn [45] (artikel 7, lid 3, juncto overweging 39), alsook andere kosten die althans gedeeltelijk maar rechtstreeks aan de exploitatie van het net moeten worden toegerekend, zoals de kosten voor de signalisatie, het verkeersmanagement of de onderhoudswerkzaamheden. [46]

114. Aangezien het door de gebruiker betaalde recht alleen de marginale kosten van diens gebruik van de infrastructuur dekt, kampen de ondernemingen die het spoorwegnet beheren met een structureel exploitatietekort. [47] Wanneer artikel 6, lid 1, van richtlijn 2001/14 het beginsel van op de marginale kosten gebaseerde heffingen aanvaardt, beschouwt het overheidsfinanciering (de evenwichtssubsidie), die in de boekhouding van de infrastructuurbeheerder moet worden opgenomen, derhalve als een vaststaand feit.

115. In dit verband heeft de bestemming van de inkomsten uit de rechten voor de financiering van het bedrijf van de infrastructuurbeheerder niet alleen tot doel te garanderen dat de rechten worden geïnd, maar ook dat zij precies aan dat bedrijf worden besteed. Het doel was op die manier een hefboomeffect te creëren, namelijk de beheerder aan te moedigen om het verkeer te bevorderen en zo goed mogelijk gebruik te maken van het net [48], wellicht met de langetermijndoelstelling dat de boekhouding zonder overheidsfinanciering sluitend is. [49]

116. Richtlijn 2001/14 biedt geen grondslag voor een tariferingsregeling die de beheerder ontheft van de in artikel 7, lid 1, van die richtlijn vastgestelde verplichting om de inkomsten uit de inning van de rechten aan te wenden om zijn bedrijf van middelen te voorzien. Aangezien de wetgever de verplichting om de inkomsten uit de rechten voor het gebruik van de infrastructuur voor die

43 — Ibidem, punt 86.

44 — Zoals het geval is voor de in artikel 8, leden 1 en 2, bedoelde extra heffingen en rechten die op specifieke kosten zijn gebaseerd.

45 — Dit is door de Commissie bevestigd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 30 mei 2013, Commissie/Polen (C-512/10, EU:C:2013:338, punt 63), en vindt zeker steun in de rechtsleer: zie Amaral, M./Danielowitzova, N., „(Co)régulation économique des industries de réseau: le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe", *L'espace Ferroviaire Unique Européen – Quelle(s) réalité(s)?*, Rapoport, C. (red.), Bruylant, Brussel, 2015, blz. 245.

46 — Arrest van 30 mei 2013, Commissie/Polen (C-512/10, EU:C:2013:338, punt 81).

47 — Amaral, M./Danielowitzova, N., op. cit., blz. 249.

48 — Document COM(1998) 480 def., blz. 76.

49 — De lidstaten lijken bij artikel 6, lid 2, van richtlijn 2001/14 te worden verzocht die doelstelling na te streven.

infrastructuur te gebruiken, niet heeft gewijzigd, moet die verplichting worden nagekomen. In de veronderstelling dat de door een lidstaat vastgestelde tariferingsmethode zo rendabel is dat zij in winst resulteert, blijft die winst deel uitmaken van de inkomsten uit de rechten, met alle gevolgen die daaruit voortvloeien.

117. In feite verwijt de Commissie de Duitse regering niet de overdracht aan de moedermaatschappij van de uit de rechten afkomstige winst, maar wel het ontbreken van een garantie dat die winst opnieuw wordt gebruikt om het bedrijf van de infrastructuurbeheerders van middelen te voorzien. Derhalve zijn de argumenten van de Duitse autoriteiten betreffende de wettigheid van de overdracht, in het algemeen, van winst aan DB AG niet doorslaggevend voor de beslechting van het geding, aangezien, nogmaals, de overdracht als zodanig geen deel uitmaakt van de in deze grief gestelde niet-nakoming.

118. Uit die premissen volgt dat de door de Commissie in die grief geformuleerde vordering tot veroordeling, net als de eerste, onvoldoende is gestaafd. Ook ditmaal is de grief gebaseerd op een geheel van omstandigheden of voorafgaande feiten die de conclusie waartoe de Commissie wil komen, waarschijnlijk maken (maar niet onweerlegbaar bewijzen), dat wil zeggen op een vermoeden.

119. De Commissie heeft het voornoemde document van de Bundesrat als bewijs overgelegd.[50] Het gaat om opmerkingen of een officieel standpunt van de eerste kamer van het Duitse parlement over het wetsontwerp betreffende een nieuwe spoorwegregeling.[51] Sinds 1 januari 1996 behoort het lokale reizigersvervoer tot de bevoegdheid van de deelstaten[52], die als klanten, investeerders en voor het verrichten van die dienst voor elke regio afzonderlijk verantwoordelijke autoriteiten een logisch belang hebben bij de wijze waarop het geld wordt besteed dat door de voor de infrastructuur verantwoordelijke dochterondernemingen van DB AG wordt gegenereerd.

120. Onverminderd de waarde van dit document (ondanks het politieke karakter waarop de Duitse regering zinspeelt) kan daaruit niet met de nodige zekerheid worden afgeleid dat de door de infrastructuurbeheerders aan de moedermaatschappij overgedragen winst gedurende de periode waarop het beroep wegens niet-nakoming betrekking heeft, niet voor die infrastructuur werd bestemd. Uit de opmerkingen van de Bundesrat over § 25, lid 3, van het ontwerp van de hervormingswet blijkt weliswaar duidelijk dat hij eist dat de op het gebied van de infrastructuur behaalde winst „uitsluitend" voor de infrastructuur wordt aangewend[53], maar het zou gewaagd zijn uit die opmerkingen pro futuro een solide grondslag af te leiden voor de categorische veroordeling wegens gebeurtenissen uit het verleden waar de Commissie om verzoekt.[54]

121. Zoals ik heb vermeld naar aanleiding van de eerste grief, is het weliswaar niet mogelijk om aan de hand van de boekhouding van de spoorwegondernemingen een duidelijk onderscheid te maken tussen de verschillende begrippen (daar ging het om overheidsmiddelen, hier om rechten) waardoor de traceerbaarheid van beide en de respectieve bestemming ervan volledig is gewaarborgd, maar kan de thans aan de orde zijnde vordering moeilijk worden toegewezen.

122. Derhalve moet de derde grief niet worden geacht te zijn bewezen.

50 — Zie punt 105.

51 — Standpunt van de Bundesrat van 23 november 2012 over het „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich" (wetsontwerp betreffende een nieuwe spoorwegregeling).

52 — Op grond van artikel 106a, eerste volzin, van het Grundgesetz zijn zij met steun van de Bund verantwoordelijk voor de financiering en hun bijdrage beloopt 60 % van de kosten van dit segment van het reizigersvervoer. Zie Gersdorf, H., „Finanzierung und Regulierung der Eisenbahninfrastruktur – zwei Seiten einer Medaille", *Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergangenheit und Gegenwart*, Miram, F., en Schmoeckel, M. (red.), Mor Siebeck, Tübingen, 2015, blz. 110.

53 — Reeds aangehaald standpunt van de Bundesrat, blz. 27.

54 — Ik herinner er nogmaals aan dat volgens het in LuFV II van 2015 uiteengezette contractuele kader tussen DB AG en de federale Staat de overdracht aan de Staat van de uit de rechten voor het gebruik van het spoorwegnet afkomstige winst vereist dat die winst volledig voor de financiering van de infrastructuur wordt gebruikt. De centrale doelstelling van het beroep wegens niet-nakoming (kort gezegd, dat de Duitse autoriteiten hun handelwijze aanpassen aan de stelling van de Commissie op dit punt) lijkt derhalve te zijn verwezenlijkt.

E – *Vierde grief: schending van artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto punt 5 van de bijlage bij die verordening, door niet ervoor te zorgen dat overheidsmiddelen die voor het verrichten van openbaar personenvervoer zijn verstrekt, in de desbetreffende rekeningen afzonderlijk worden opgevoerd*

1. Argumenten van partijen

123. De Commissie verwijt de Bondsrepubliek Duitsland dat de overheidsmiddelen die voor de activiteiten van DB Regio AG (vervoer in het kader van een opdracht van openbare dienst) zijn verstrekt, in strijd met artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 juncto punt 5, laatste streepje, van de bijlage bij die verordening niet afzonderlijk in de rekeningen van die maatschappij worden opgevoerd.

124. Volgens de Commissie worden compensaties voor openbaredienstverplichtingen en inkomsten uit de verkoop van vervoerbewijzen uitsluitend als globale of voor alle verrichte diensten samengevoegde bedragen vermeld en kan met het oog op de vaststelling van eventuele kruissubsidies derhalve niet worden nagegaan of die per geval verleende compensaties buitensporig zijn.

125. De Commissie voert aan dat ondernemingen zoals DB Regio AG zich niet kunnen beroepen op de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 91/440 bedoelde uitsluiting van de werkingssfeer van die richtlijn. Zij stelt dat die richtlijn van toepassing is op ondernemingen die via de moedermaatschappij in aanmerking kunnen komen voor compensaties, aangezien zij anders de relevante bepalingen gemakkelijk zouden kunnen omzeilen.

126. Volgens de Duitse regering vloeit de vierde grief in feite voort uit de wijziging van artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 bij artikel 6, lid 3, van richtlijn 2012/34, waarbij regionale vervoersondernemingen die diensten verrichten op opzichzelfstaande netten van de werkingssfeer van die bepaling zijn uitgesloten.[55] Die gewijzigde versie zou ratione temporis niet van toepassing zijn op de onderhavige zaak.

127. De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat DB Regio AG als exploitant van regionale vervoersdiensten volgens artikel 2, lid 2, van richtlijn 91/440 buiten de werkingssfeer van artikel 9, lid 4, van die richtlijn viel. Tegen de door de Commissie voorgestane uitlegging werpt zij de definitie op van „regionale vervoersdiensten" in artikel 3 van richtlijn 91/440 als „vervoersdiensten die gericht zijn op de vervoerbehoeften van een regio". In dit verband voert zij aan dat in de uiteindelijk in de richtlijn (versie van 1991) gekozen definitie rekening is gehouden met de amendementen van het Europees Parlement tot uitbreiding van de door de Commissie voorgestelde definitie, die enger was en een verwijzing bevatte naar de definitie in verordening (EEG) nr. 1191/69[56], die het Parlement ook heeft weggelaten.

128. Wat de schending van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 betreft, legt de Duitse regering punt 5 van de bijlage (waarnaar dat artikel verwijst) aldus uit dat het alleen vereist dat de contracten afzonderlijk in de rekeningen worden opgenomen, wanneer een exploitant zowel activiteiten waarvoor een compensatie wordt verleend uit hoofde van de regeling inzake openbaredienstverplichtingen als andere activiteiten uitoefent. Dat zou niet het geval zijn voor DB Regio AG, die alleen vervoersdiensten in het kader van een opdracht van openbare dienst verricht.

55 — Als belangrijkste wijzigingen onderscheidt zij: a) de verwijzing naar artikel 7 van verordening nr. 1370/2007, die niet voorkwam in de vorige versie; b) de beperking van de verwijzing naar overheidsmiddelen tot reizigersvervoersdiensten in het kader van een opdracht van openbare dienst, terwijl die verwijzing voorheen ruimer was en naar alle vervoersdiensten werd verwezen, en c) de uitsluiting van de werkingssfeer van hoofdstuk II van richtlijn 91/440 van spoorwegondernemingen „die enkel […] regionale spoorvervoersdiensten exploiteren op lokale en regionale op zichzelf staande netten voor vervoersdiensten op spoorweginfrastructuur of op netten die slechts voor de exploitatie van spoorvervoersdiensten in de stad of de voorstad zijn bestemd".

56 — Verordening van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1969, L 156, blz. 1).

129. Rekening houdend met de bewoordingen van artikel 2 van richtlijn 91/440, volgens hetwelk DB Regio AG niet afzonderlijk maar in het kader van haar banden met het DB AG-concern moet worden beschouwd, zodat artikel 2, lid 2, van die richtlijn niet kan worden aangevoerd, antwoordt de Commissie ten gronde dat de grief zich toespitst op de materiële bepalingen die reeds in artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 voorkwamen.

130. Aangaande artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 erkent de Commissie weliswaar dat in punt 5 van de bijlage niet uitdrukkelijk een uitsplitsing van de rekeningen per individueel contract wordt vermeld, maar zij is van mening dat die verplichting volgt uit de regeling in haar geheel, alsook uit de doelstelling ervan en in het bijzonder uit punt 2 juncto punt 5 van de bijlage (in punt 2 wordt een grens vastgesteld voor de compensaties en in punt 5 zijn een aantal boekhoudkundige verplichtingen opgenomen).

131. In dupliek herhaalt de Duitse regering dat de werkingssfeer met betrekking tot regionale vervoersondernemingen bij richtlijn 2012/34 wezenlijk is gewijzigd. Het gaat om een nieuwe regeling die pas sinds 17 juni 2015 aan de lidstaten kan worden tegengeworpen. Aangaande de vermeende schending van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 betoogt zij dat punt 5 van de bijlage niet ertoe strekt kruissubsidies te vermijden tussen de verschillende soorten openbaredienstcontracten, maar wel tussen contracten waarvoor een compensatie wordt verleend en die waarvoor geen compensatie wordt verleend.

132. De Italiaanse regering deelt de redenering van de Duitse regering: geen van de in geding zijnde regels vereist dat ieder contract voor het verrichten van vervoersdiensten in het kader van een opdracht van openbare dienst afzonderlijk wordt bekendgemaakt. Haars inziens blijkt uit de voorstukken van de richtlijn de verwerping door de Uniewetgever van het oorspronkelijke voorstel van de Commissie om ieder openbaredienstcontract afzonderlijk bekend te maken, aangezien de Raad verkoos een algemene verwijzing naar artikel 7 van verordening nr. 1370/2007 op te nemen.

133. De Commissie betwist deze laatste stelling, omdat zij volgens haar is gebaseerd op de onjuiste hypothese dat de verwijzing in artikel 6, lid 3, van richtlijn 2012/34 naar artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 de uit artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 voortvloeiende verplichtingen heeft afgezwakt.

2. Beoordeling

a) Voorafgaande beoordeling: voorwerp van de grief en werkingssfeer van richtlijn 91/440

134. In punt 76 van het verzoekschrift van het beroep lijkt de Commissie de vierde grief weliswaar ook vanuit het oogpunt van de winstoverdrachtsovereenkomst te benaderen, maar vaststaat dat zij die redenering in de volgende punten en in de memorie van repliek niet uitwerkt. Zij richt haar kritiek op de compensaties voor openbaredienstverplichtingen en de inkomsten uit de verkoop van vervoerbewijzen, die op globale wijze zijn opgenomen in de rekeningen, zodat niet in ieder geval zou kunnen worden nagegaan of de verleende compensatie buitensporig is. Derhalve moet de grief tot die punten worden beperkt, zonder echter niet-ontvankelijk te worden verklaard zoals de Duitse regering vraagt.

135. Wat de relevante regels om uitspraak te doen over die specifieke niet-nakoming betreft, wordt in het betoog van de Duitse en de Italiaanse regering niet voldoende stilgestaan bij het feit dat de grief beperkt is tot de voorschriften die golden op het ogenblik waarop die grief is opgeworpen, dat wil zeggen de voorschriften van richtlijn 91/440 (wat deze grief betreft, in het bijzonder artikel 9, lid 4).

136. Aangezien het geding aldus is afgebakend, moet het bezwaar van de Duitse regering dat DB Regio AG zich uitsluitend met regionaal vervoer bezighoudt en derhalve niet onder richtlijn 91/440 valt (artikel 2, lid 2), worden onderzocht.

137. Volgens mij laat de wijziging van artikel 2, lid 2, van richtlijn 91/440 de opneming van DB Regio AG in dan wel de uitsluiting van die vennootschap van de werkingssfeer van die richtlijn onverlet. De bewoordingen van de bepaling moeten in samenhang worden gelezen met de definitie van „regionale vervoersdiensten" in artikel 3, laatste streepje, van die richtlijn als vervoersdiensten die gericht zijn op de behoeften van een regio.[57] Uit beide bepalingen kan worden afgeleid dat alleen spoorwegondernemingen waarvan de activiteiten zich beperken tot het verrichten van diensten in een regio, niet onder de in de richtlijn vastgestelde verplichtingen vallen.

138. DB Regio AG kan zich niet op die uitzondering beroepen. Volgens het door haar zelf gepubliceerde jaarverslag van 2013[58] is DB Regio AG een dochteronderneming waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen is van DB AG en die actief is in dezelfde sector (Geschäftsfeld) als de moedermaatschappij, „DB Bahn Regio". Ook wordt vermeld dat „de activiteitensector van DB Bahn Regio alle activiteiten met betrekking tot regionaal verkeer (spoorverkeer en autobusverkeer) van het DB-concern in Duitsland en de activiteiten met betrekking tot het verkeer tussen Duitsland en de buurlanden omvat".[59] Voorts wordt in het jaarverslag gezegd dat „het hoofdkantoor van DB Regio verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van de activiteiten, transversale opdrachten uitvoert en diensten verricht voor de regionale eenheden".

139. Tegen deze achtergrond maakt DB Regio AG slechts onderdeel uit van een consortium, met zeer gespecialiseerde taken en activiteiten, en de regionale vervoersdiensten die zij verricht – ook al doet zij dat als juridisch onafhankelijke vennootschap op aandelen – zijn niet beperkt tot een regio, maar strekken zich uit over verschillende deelstaten. Bovendien komen niet alle onderdelen van het beheer van die diensten voor rekening van de dochteronderneming, aangezien een aantal ervan tot de verantwoordelijkheid van haar moedermaatschappij (DB ML AG) of zelfs van de holding DB AG behoren.[60]

140. Derhalve kan de uitzondering van artikel 2, lid 2, van richtlijn 91/440 niet ten gunste van DB Regio AG worden aangevoerd.

b) Grief ten gronde

141. De stelling van de Commissie zou kunnen worden aanvaard indien de verplichting om ieder openbaredienstcontract afzonderlijk in de desbetreffende rekeningen op te nemen, uitdrukkelijk werd vermeld in de artikelen die zouden zijn geschonden. Hierna zal ik uiteenzetten waarom dit volgens mij niet het geval is.

57 — Zie punten 7 en 8.

58 — Door de Commissie als bijlage C.7 bij haar memorie van repliek, blz. 6, aangevoerd document.

59 — Ibidem.

60 — Evenmin overtuigend vind ik het „historische" argument dat de wetgever de uitsluiting van regionale diensten van de werkingssfeer van richtlijn 91/440 zou hebben behouden, er ten volle van bewust dat de meeste van die diensten door verticaal geïntegreerde spoorwegondernemingen werden verricht. Aangezien er weinig maatschappijen waren die dat soort diensten tot een regio beperkten, zou daarentegen kunnen worden geconcludeerd dat alleen die maatschappijen van de werkingssfeer van die richtlijn waren uitgesloten, terwijl door verticaal geïntegreerde concerns verrichte regionale diensten onder die richtlijn vielen.

i) Uitlegging van artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440

142. Voor de beslechting van deze kwestie is het nuttig te verwijzen naar de wetgevingsprocedure [61] en niet alleen artikel 9 maar ook artikel 6 te onderzoeken, aangezien de toevoeging (bij richtlijn 2001/12) van lid 4 aan artikel 9 uit systematisch oogpunt niet logisch was. Dat is ook de reden waarom dat lid bij de wijziging in 2012 is overgebracht naar artikel 6, waarvan het nu lid 3 is.

143. In de oorspronkelijke versie van artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440 werd immers een boekhoudkundige scheiding tussen de activiteiten met betrekking tot de exploitatie van vervoersdiensten (goederen en reizigers) en de activiteiten betreffende het beheer van de infrastructuur voorgeschreven. Volgens de vierde overweging van die richtlijn moest voor ieder van die activiteiten (diensten en infrastructuur) in een afzonderlijk beheer en „een afzonderlijke boekhouding" worden voorzien. Opvallend is dat in die oorspronkelijke versie alleen een onderscheid werd gemaakt tussen de exploitatie van vervoersdiensten en het beheer van de infrastructuur, voor welke categorieën activiteiten een afzonderlijk beheer en een afzonderlijke boekhouding werd voorgesteld.

144. Met richtlijn 2001/12 is een stap verder gezet in de boekhoudkundige scheiding door te eisen dat ook de boekhouding van reizigersvervoersdiensten en die van goederenvervoersdiensten worden gescheiden. Dat is wat in overweging 9 van die richtlijn staat te lezen. Die richtlijn heeft artikel 6 echter alleen in die zin gewijzigd dat de eis is opgenomen om voor de twee in het vorige punt genoemde groepen (zoals gezegd, de exploitatie van vervoersdiensten en het beheer van de infrastructuur) verlies- en winstrekeningen en balansen op te stellen en te publiceren.

145. Uit de voorgaande toelichtingen blijkt dat de scheiding van boekhoudingen steeds voor groepen activiteiten is vermeld en dat slechts geleidelijk een onderscheid is gemaakt tussen het beheer van de infrastructuur, het reizigersvervoer en het goederenvervoer. Het idee van „scheiding" (of „afzonderlijke" rekeningen) is gekoppeld aan ieder type activiteit en aan overheidsmiddelen, maar niet aan ieder openbaredienstcontract.

146. Anders dan de Commissie stelt, verwijzen de bepalingen waarop zij zich beroept niet expliciet of impliciet naar de openbaredienstcontracten. Die contracten worden evenmin vermeld in de overwegingen die gegevens bevatten voor de uitlegging ervan. Bijgevolg valt moeilijk te begrijpen op welk doel van de wettelijke regeling in haar geheel de Commissie zich beroept ter ondersteuning van haar stelling. Bovendien legde de Commissie zelf in de voorstukken van richtlijn 2001/12 uit dat de financiën van het reizigersvervoer en het goederenvervoer op transparante wijze moesten worden geregeld. Daarom overwoog zij richtlijn 91/440 aldus te wijzigen dat de boekhoudingen van die activiteiten van elkaar gescheiden zouden worden gevoerd [62], maar zij heeft niet verwezen naar de openbaredienstcontracten of de noodzaak om die contracten afzonderlijk op te nemen in de rekeningen van de spoorwegmaatschappijen.

147. Derhalve denk ik niet dat met een beroep op artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440 kan worden verlangd dat de openbaredienstcontracten afzonderlijk worden opgenomen in de rekeningen van DB Regio AG.

61 — Het Hof heeft het gebruik van de ontstaansgeschiedenis van de bepalingen van Unierecht als uitleggingscriterium geldig verklaard. Zie onder meer het arrest van 11 september 2014, Commissie/Duitsland (C-525/12, EU:C:2014:2202, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 — Document COM(1998) 480 def. (door de Commissie overgelegd als bijlage C.2 bij haar memorie van repliek), punt 4, blz. 9.

ii) Artikel 6, lid 1, juncto punt 5 van de bijlage bij verordening nr. 1370/2007

148. Ik heb de standpunten van de partijen over die bepaling reeds samengevat: de Commissie baseert zich op het nuttig effect van die bepaling en legt de nadruk op punt 5 van de bijlage [63], terwijl de Duitse regering stelt dat die bepaling niet verplicht tot de door de Commissie voorgestane uitsplitsing.

149. In de voorstukken van verordening nr. 1370/2007 heeft de Commissie artikel 6, lid 1, toegelicht en erop gewezen dat het voor de regels en de berekeningswijze van de compensaties bij onderhandse gunning naar de bijlage verwees. [64] Met betrekking tot de bijlage voegde zij kort maar niet minder betekenisvol toe dat „[d]e bijlage werd vereenvoudigd en beperkt tot de *regels die strikt noodzakelijk zijn voor onderhandse gunning*". [65]

150. Uit die regels blijkt niet dat de scheiding op ieder contract betrekking heeft en dat die contracten afzonderlijk moeten worden opgenomen in de rekeningen van de met de verrichting van de openbare diensten belaste onderneming. Bovendien wordt in de drie streepjes van punt 5 van de bijlage nagenoeg dezelfde benadering gevolgd als in artikel 9, lid 4, van richtlijn 91/440, namelijk het voeren van een gescheiden boekhouding voor iedere categorie activiteiten. Het verschil met die bepaling is dat in de bijlage een onderscheid wordt gemaakt tussen dienstenactiviteiten waarvoor compensaties voor openbaredienstverlening worden verleend en andere activiteiten (bovendien uitsluitend met betrekking tot onderhandse gunningen).

151. Met verordening nr. 1370/2007 wordt volgens overweging 25 ervan beoogd een juridisch kader te scheppen voor compensatie van exclusieve rechten op openbaredienstcontracten door in de bijlage een berekeningsschema op te nemen dat het voor de overheid en de ondernemingen die diensten verrichten in het kader van een opdracht van openbare dienst, gemakkelijker maakt aan te tonen dat zij buitensporige vergoedingen hebben vermeden (overweging 28).

152. In overweging 30 heet het dat voor onderhands gegunde openbaredienstcontracten een hoger niveau van transparantie moet gelden. Niettemin zijn er naast de reeds vermelde boekhoudkundige scheiding geen andere regels inzake de compensatie waarin deze hypothese wordt uitgewerkt. In feite bevatten de gunningsregels en in het bijzonder de aanbestedingsregels de meeste verwijzingen naar transparantie. [66]

153. Ook al sluiten de oproepen om „de transparantie te verhogen" en „kruissubsidies te vermijden" aan bij de algemene strekking van de wetgeving op dit gebied (en liggen zij uiteraard ten grondslag aan de wijze waarop de bijlage moet worden uitgelegd), zij kunnen in ieder geval niet tot gevolg hebben dat de inhoud ervan wordt gewijzigd en boekhoudkundige vermeldingen worden gevraagd die expliciet noch impliciet in de tekst worden vermeld. De lege ferenda zou een uitsplitsing per afzonderlijk contract, zoals voorgesteld door de Commissie, wenselijk kunnen zijn, maar, nogmaals, in de huidige bewoordingen van de bijlage vind ik geen aanknopingspunten waaruit een soortgelijke verplichting kan worden afgeleid.

154. Kortom, zonder dat de overige argumenten van de partijen hoeven te worden besproken, artikel 6 juncto punt 5 van de bijlage bij verordening nr. 1370/2007 kan niet worden ingeroepen om te verlangen dat de openbaredienstcontracten afzonderlijk worden opgenomen in de rekeningen van DB Regio AG.

63 — Volgens haar uitlegging wijst de verwijzing naar de „kosten van de openbare dienst" met de „exploitatieontvangsten" en de „overheidsbijdragen" op een uitsplitsing van de boekhouding van DB Regio AG per individueel contract.

64 — Gewijzigd voorstel voor een verordening van de Raad en het Europees Parlement betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg van 20 juli 2005 [COM(2005) 319 definitief], blz. 14.

65 — Ibidem, blz. 15; cursivering van mij.

66 — Zie artikel 4, lid 1, onder b), en lid 4, derde alinea, en artikel 5, lid 3, van verordening nr. 1370/2007.

155. Derhalve moet de vierde grief ongegrond worden verklaard.

VII – Kosten

156. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien niet alle vorderingen van verzoekster zijn toegewezen en de Bondsrepubliek Duitsland heeft gevraagd om de Commissie te verwijzen in de kosten, zou mijns inziens elk van de partijen bij dit geding haar eigen kosten moeten dragen.

VIII – Conclusie

157. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De Bondsrepubliek Duitsland is de krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 91/440/EEG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen, doordat zij niet heeft toegezien op de naleving, door een naar behoren gevoerde boekhouding, van het verbod op de overdracht van overheidsmiddelen die voor activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur worden verstrekt, naar activiteiten met betrekking tot de exploitatie van de vervoersdiensten.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) De Europese Commissie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Italiaanse Republiek dragen hun eigen kosten.”