Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 26 de maio de 2016 [1]

Processo C-482/14

Comissão Europeia
contra

República Federal da Alemanha

«Incumprimento de Estado — Diretiva 2012/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único — Separação contabilística entre a gestão da infraestrutura e a atividade de transporte e entre os diferentes tipos de atividade de transporte — Proibição de transferir financiamentos públicos de um âmbito de atividade para outro»

I – Introdução

1. Na presente ação, a Comissão censura à Alemanha o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 6.º, n.os 1, 3 e 4, e 31.º, n.º 1, da Diretiva 2012/34/UE [2], bem como do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 [3].

2. Em síntese, o litígio tem por objeto a transferência, para a sociedade-mãe, a *holding* do setor dos caminhos de ferro alemães, dos lucros gerados pelas suas filiais, bem como a contabilidade destas. A Comissão entende que a República Federal da Alemanha não respeita as proibições (nem as regras contabilísticas que as inspiram) de transferir para outras áreas os financiamentos públicos destinados às infraestruturas, as compensações por serviços regionais de transporte de passageiros e as taxas de utilização da rede ferroviária. No essencial, estão subjacentes alguns problemas relacionados com auxílios encobertos (eventuais subvenções cruzadas) no âmbito de empresas integradas verticalmente, que prestam serviços de transporte ferroviário e gerem as infraestruturas necessárias para essa atividade.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único (JO 2012, L 343, p. 32).

3 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 1191/69 e (CEE) n.º 1107/70 do Conselho (JO 2007, L 315, p. 1).

II – Quadro jurídico. Direito da União

A – *Diretiva 2012/34*

3. Por razões de clareza, a Diretiva 2012/34 alterou parcialmente, reformulou e fundiu: a Diretiva 91/440/CEE do Conselho, de 29 de julho de 1991, relativa ao desenvolvimento dos caminhos de ferro comunitários [4]; a Diretiva 95/18/CE do Conselho, de 19 de junho de 1995, relativa às licenças das empresas de transporte ferroviário [5]; e a Diretiva 2001/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2001 relativa à repartição de capacidade da infraestrutura ferroviária e à aplicação de taxas de utilização da infraestrutura ferroviária [6].

4. O artigo 65.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2012/34 revogou as Diretivas 91/440 e 2001/14 «com efeitos a partir de 15 de dezembro de 2012» (ou seja, a partir da data da entrada em vigor da Primeira Diretiva referida), «sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros no que respeita aos prazos de transposição das diretivas para o direito nacional constantes do Anexo IX, parte B».

5. Todavia, em 12 de março de 2015, foi publicada, no Jornal Oficial, uma retificação [7], pela qual a data de revogação das Diretivas 91/440 e 2001/14 foi alterada para 17 de junho de 2015, ou seja, um dia depois do termo do prazo para a transposição em direito nacional, de acordo com o artigo 64.º, n.º 1, da Diretiva 2012/34.

B – Diretiva 91/440 [8]

6. Nos termos do considerando 2 da Diretiva 2001/12:

«O acesso equitativo e não discriminatório à infraestrutura deve ser garantido por meio da separação de determinadas funções essenciais e/ou da criação de uma entidade reguladora dos transportes ferroviários com funções de controlo e execução, bem como por meio da separação das contas de ganhos e perdas e dos balanços financeiros.»

7. De acordo com o artigo 2.º da Diretiva 91/441:

«1. A presente diretiva aplica-se à gestão da infraestrutura ferroviária e às atividades de transporte por caminho de ferro das empresas de transporte ferroviário estabelecidas ou que venham a estabelecer-se num Estado-Membro.

2. As empresas de transporte ferroviário cuja atividade se limite à exploração de transportes urbanos, suburbanos ou regionais ficam excluídas do âmbito de aplicação da presente diretiva.»

8. Em conformidade com o artigo 3.º, último travessão, da referida diretiva:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[…]

4 — JO 1991, L 237, p. 25.

5 — JO 1995, L 143, p. 70.

6 — JO 2001, L 75, p. 29.

7 — Retificação da Diretiva 2012/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único (JO 2015, L 67, p. 32).

8 — Conforme alterada pela Diretiva 2001/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001, que altera a Diretiva 91/440/CEE do Conselho relativa ao desenvolvimento dos caminhos de ferro comunitários (JO 2001, L 75, p. 1).

— ‘serviços regionais’, os serviços de transporte destinados a dar resposta às necessidades de transporte de uma região.»

9. O artigo 6.º, n.º 1, prevê:

«1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que sejam elaboradas e publicadas separadamente as contas de ganhos e perdas e os balanços relativos, por um lado, à atividade de prestação de serviços de transporte por empresas de transporte ferroviário e, por outro, à atividade de gestão da infraestrutura ferroviária. O financiamento pelo Estado de uma das atividades não pode ser transferido para a outra.

A contabilidade relativa a cada atividade é mantida de forma a refletir esta proibição.»

10. O artigo 9.º, n.º 4[9], estabelece:

«4. No caso das empresas ferroviárias, devem ser elaboradas e publicadas as contas de ganhos e perdas e os balanços ou a relação anual do ativo e do passivo relativamente à prestação de serviços ferroviários de transporte de mercadorias. Os financiamentos às atividades de prestação de serviço público de transporte de passageiros devem ser apresentados separadamente nas respetivas contas e não podem ser transferidos para atividades relacionadas com a prestação de outros serviços de transporte ou quaisquer outras atividades.»

C – *Diretiva 2001/14*

11. Os considerandos 38 e 39 desta diretiva dispõem:

«(38) É importante garantir que as taxas aplicadas ao tráfego internacional permitam aos caminhos de ferro satisfazerem as necessidades do mercado. Por conseguinte, a taxa de utilização da infraestrutura deverá corresponder aos custos diretamente incorridos em resultado da exploração do serviço ferroviário.

(39) O nível global de recuperação dos custos por meio da tarificação da utilização da infraestrutura tem repercussões no nível necessário das subvenções do Estado. Os Estados-Membros podem requerer diferentes níveis de recuperação global dos custos, através da aplicação de sobretaxas ou de uma taxa de rendibilidade em função das condições do mercado, equilibrando simultaneamente a recuperação dos custos com a competitividade intermodal do transporte ferroviário de mercadorias. No entanto, é desejável que qualquer sistema de tarificação da utilização da infraestrutura possibilite uma utilização da rede ferroviária pelo tráfego que possa, pelo menos, pagar o custo adicional que impõe.»

12. O primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 6.º («Custos e contabilidade da infraestrutura»), estabelece:

«1. Os Estados-Membros devem definir as condições necessárias, incluindo, se for caso disso, pagamentos adiantados, para assegurar que, em condições normais de atividade e ao longo de um período de tempo razoável, as contas do gestor da infraestrutura apresentem pelo menos um equilíbrio entre as receitas provenientes das taxas de utilização da infraestrutura, os excedentes provenientes de outras atividades comerciais e o financiamento estatal, por um lado, e as despesas da infraestrutura, por outro.»

9 — Número aditado pelo artigo 1.º, n.º 10, da Diretiva 2001/12.

13. O artigo 7.º, n.º 1, prevê:

«1. As taxas de utilização da infraestrutura ferroviária são pagas ao gestor da infraestrutura e utilizadas no financiamento da sua atividade.»

14. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1:

«1. A fim de proceder à plena recuperação dos custos do gestor da infraestrutura, os Estados-Membros podem, se as condições do mercado o permitirem, aplicar sobretaxas adicionais com base em princípios eficazes, transparentes e não discriminatórios, garantindo ao mesmo tempo a maior competitividade possível, em especial no que se refere ao transporte ferroviário internacional de mercadorias. O regime de tarificação deve respeitar os aumentos de produção alcançados pelas empresas de transporte ferroviário.

No entanto, o nível das taxas não deverá excluir a utilização da infraestrutura por segmentos de mercado que possam pelo menos pagar os custos diretamente imputáveis à exploração do serviço ferroviário, acrescidos de uma taxa de rentabilidade se o mercado o permitir.

[…]»

D – *Regulamento n.º 1370/2007*

15. De acordo com o seu artigo 1.º, n.º 1, segundo parágrafo, este regulamento tem por objetivo:

«[Definir] as condições em que as autoridades competentes, ao imporem obrigações de serviço público ou ao celebrarem contratos relativos a obrigações de serviço público, compensam os operadores de serviços públicos pelos custos incorridos e/ou concedem direitos exclusivos em contrapartida da execução de obrigações de serviço público.»

16. Sob o título «Compensações pelo serviço público», o artigo 6.º, n.º 1, dispõe:

«1. Qualquer compensação ligada a uma regra geral ou a um contrato de serviço público deve obedecer às disposições estabelecidas no artigo 4.º, independentemente das modalidades de adjudicação do contrato. Qualquer compensação, seja qual for a sua natureza, ligada a um contrato de serviço público adjudicado por ajuste direto ao abrigo dos n.os 2, 4, 5 ou 6 do artigo 5.º ou ligada a uma regra geral deve obedecer, além disso, às disposições estabelecidas no anexo.»

17. O referido anexo inclui uma série de regras aplicáveis à compensação nos casos referidos no n.º 1 do artigo 6.º O seu n.º 5 tem a seguinte redação:

«A fim de aumentar a transparência e de evitar subvenções cruzadas, quando um operador de serviço público explora simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público de transportes que beneficiam de compensação e outras atividades, a contabilidade dos referidos serviços públicos deve ser separada, satisfazendo, no mínimo, as seguintes condições:

— as contas correspondentes a cada uma destas atividades de exploração devem ser separadas, e a parte dos ativos correspondentes e os custos fixos devem ser afetados segundo as normas contabilísticas e fiscais em vigor,

— todos os custos variáveis, uma contribuição adequada para os custos fixos e um lucro razoável ligados a qualquer outra atividade do operador de serviço público não podem, em caso algum, ser imputados ao serviço público em causa,

— os custos de serviço público devem ser equilibrados pelas receitas de exploração e pelos pagamentos das autoridades públicas, sem transferência possível das receitas para outro setor de atividade do operador de serviço público.»

III – Matéria de facto

18. O grupo de empresas Deutsche Bahn, em cuja cúpula se encontra a *holding* Deutsche Bahn AG (a seguir «DB AG»), opera no setor do transporte nacional e internacional de passageiros e de mercadorias, da logística e da prestação de serviços acessórios no setor do transporte ferroviário.

19. O § 9a da AEG [10] estabelece que a gestão dos diferentes elementos da infraestrutura ferroviária, a que se refere o artigo 3.º, ponto 3, da Diretiva 2012/34, em conjugação com o seu anexo I, é levada a cabo: a) pela sociedade DB Netz AG, no que diz respeito às redes de vias principais e de serviço e às suas instalações, b) pela DB Station & Service AG, que presta serviços relacionados com a exploração da rede, como os cais de passageiros e de mercadorias, incluindo os das estações, e, c) pela DB Energie GmbH, que se ocupa das instalações de transformação e de transporte da corrente elétrica para a tração dos comboios.

20. Pelo transporte de passageiros e de mercadorias (e por serviços acessórios, como o *catering*) são responsáveis várias empresas integradas na sociedade DB Mobility Logistics AG (a seguir «DB ML AG»), filial do grupo Deutsche Bahn, cujo capital social é detido a 100% pela DB AG. Entre as empresas da DB ML AG, está a DB Regio AG, que se ocupa de serviços regionais de transporte ferroviário [11] em todo o território da República Federal da Alemanha.

21. A DB AG celebrou, com as suas filiais DB Netz AG, DB Station & Service AG e DB Energie GmbH, contratos de controlo e de transferência de lucros (a seguir «contratos de transferência de lucros»). Nos termos desses contratos: a) os lucros das filiais são transferidos para a sociedade-mãe, sem qualquer cláusula que limite a utilização que a DB AG lhes possa dar, e, b) a DB AG obriga-se a cobrir as perdas que as filiais possam sofrer.

22. Na sua contestação, o Governo alemão fez algumas precisões. Em especial, sublinha: a) o caráter ambivalente dos contratos de transferência de lucros, uma vez que a DB AG também assume a obrigação de cobrir o défice de exploração em que as suas filiais, eventualmente, incorram, e, b) segundo uma análise cumulativa dos últimos exercícios, os recursos financeiros que a DB Netz AG recebeu da sua sociedade-mãe ultrapassam em muito os lucros que foram transferidos para esta.

23. Além disso, na tréplica, o Governo alemão afirma que entrou em vigor, em 1 de janeiro de 2015, o Acordo de Prestações/Serviços e Financiamento II [12], segundo o qual (§ 2a, ponto 1) os resultados líquidos antes de impostos das empresas filiais devem ser integralmente transferidos para o Estado federal, no âmbito da distribuição de dividendos, e investidos, também integralmente, em infraestruturas.

10 — Allgemeines Eisenbahngesetz (Lei geral dos caminhos de ferro alemã, a seguir «AEG»), de 27 de dezembro de 1993, que transpôs para o direito alemão (no seu § 9) a obrigação da separação contabilística prevista no artigo 6.º da Diretiva 91/440.

11 — E também de autocarro, irrelevante para efeitos do presente litígio.

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

IV – Procedimento administrativo prévio e tramitação processual no Tribunal de Justiça

A – *Fase pré-contenciosa*

24. Por notificação de 22 de novembro de 2012, a Comissão alertou as autoridades alemãs para uma possível violação das Diretivas 91/440 e 2001/14, à data ainda em vigor, bem como do Regulamento n.º 1370/2007. Censurava à República Federal da Alemanha o facto de permitir que a contabilidade da DB AG não respeitasse as proibições de transferir para outras áreas de atividade, em especial, para a do transporte ferroviário de passageiros: a) os financiamentos públicos destinados à infraestrutura, b) as compensações pela prestação de serviços públicos de transporte de passageiros a nível regional, e c) as taxas de utilização da rede ferroviária. Estas deslocações de fundos seriam realizadas através dos contratos de transferência de lucros.

25. Por ofício de 20 de março de 2013, o Governo alemão respondeu negando os fundamentos formulados pela Comissão, face ao que, esta, em 21 de junho de 2013, lhe dirigiu um parecer fundamentado, no qual reafirmava a análise que já lhe havia transmitido na notificação para cumprir. Convidava o Governo alemão a adotar, no prazo de dois meses, as medidas necessárias para dar cumprimento ao seu parecer fundamentado.

26. Por ofício de 21 de agosto de 2013, o Governo alemão voltou a negar os fundamentos da Comissão. Na sequência desta resposta, a Comissão intentou a presente ação.

B – *Tramitação processual no Tribunal de Justiça*

27. A petição inicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 31 de outubro de 2014, e a contestação, em 4 de fevereiro de 2015. Em 16 de abril de 2015, a Comissão apresentou a sua réplica, e em 11 de junho de 2015, o Governo alemão apresentou tréplica.

28. Em 12 de março de 2015, a República Italiana pediu para intervir em apoio dos pedidos do Governo alemão. Por decisão de 14 de abril de 2015, a intervenção foi admitida e, em 14 de maio de 2015, a República Italiana apresentou o seu articulado de intervenção.

29. Nos termos do artigo 76.º do Regulamento de Processo, foi realizada, a pedido do Governo alemão, uma audiência, em 3 de março de 2016, a que compareceram os representantes desse governo e da Comissão.

V – Pedidos das partes

30. A Comissão conclui pedindo ao Tribunal de Justiça que se digne declarar que:

— A República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, ao ter permitido que o financiamento público destinado à gestão da infraestrutura ferroviária pudesse ser transferido para serviços de transporte.

— A República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, ao não ter assegurado, através de uma elaboração adequada da contabilidade, o cumprimento da proibição de transferência do financiamento público destinado à gestão da infraestrutura ferroviária para serviços de transporte.

— A República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14, ao não ter assegurado que as taxas de utilização da infraestrutura fossem unicamente utilizadas para financiamento da atividade do operador da instalação.

— A República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440, bem como as obrigações decorrentes do artigo 6.º, n.º 1, em conjugação com o n.º 5 do Anexo do Regulamento n.º 1370/2007, ao não ter assegurado que os financiamentos públicos concedidos às atividades de prestação de serviços públicos de transporte de passageiros fossem apresentados, separadamente, nas respetivas contas.

— A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas do processo.

31. O Governo alemão pede ao Tribunal de Justiça, a título principal, que declare a ação inadmissível e, a título subsidiário, que a declare improcedente, e condene a Comissão nas despesas.

32. A República Italiana pede ao Tribunal de Justiça que a ação seja julgada improcedente.

VI – Análise da ação

A – *Quanto ao pedido de declaração de inadmissibilidade da ação*

1. Da inadmissibilidade da ação, na sua totalidade

33. A República Federal da Alemanha suscitou duas exceções de inadmissibilidade da ação: a falta de clareza geral dos fundamentos e o facto de Comissão se ter baseado na Diretiva 2012/34, cujo prazo de transposição, à data da propositura da mesma, ainda não tinha expirado.

a) Quanto à falta de clareza geral dos fundamentos

34. Segundo o Governo alemão, a petição e, sobretudo, os fundamentos formulados na mesma carecem da clareza necessária que permita concluir se a Comissão lhe censura uma transposição deficiente do direito da União para o seu ordenamento nacional, ou uma incorreta aplicação do mesmo ou, até, um comportamento ilegal.

35. Como é sabido, tanto o artigo 120.º, alínea c), do Regulamento de Processo, como a jurisprudência que o interpretou, exigem que, também no âmbito da ação por incumprimento, a petição inicial preencha certos requisitos. Assim, deve indicar o objeto do litígio e conter a exposição sumária dos fundamentos do pedido, indicação essa, que deve ser suficientemente clara e precisa para permitir ao demandado preparar a sua defesa e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização. Os elementos essenciais de facto e de direito em que se funda uma ação devem decorrer de forma coerente e compreensível do próprio texto da petição [13].

36. Na petição inicial da presente ação, a Comissão incluiu, tanto as normas do direito da União alegadamente violadas pela República Federal da Alemanha (n.os 2 a 12 daquela), como o direito nacional relevante, em especial, o § 9 da AEG (n.º 13 da mesma), bem como determinados factos (n.os 14 a 26), de modo que os fundamentos, conforme figuram no exame de cada um e no *petitum*, possam ser entendidos.

37. No que diz respeito à coerência desses fundamentos, desde o início (n.º 1) da petição inicial e no seu posterior desenvolvimento (por exemplo, nos n.os 35, 52, 59 e 75 a 77), é indicado que os incumprimentos imputados não consistem numa transposição deficiente do direito da União para o direito nacional, mas sim em determinados comportamentos, concretamente identificados no *petitum*.

13 — Acórdão de 16 de janeiro de 2014, Comissão/Espanha (C-67/12, EU:C:2014:5, n.os 41 e 42 e jurisprudência aí referida).

38. Na minha opinião, do ponto de vista formal, a petição não carece, pois, da clareza ou da coerência necessárias, de acordo com as exigências da jurisprudência acima referida, e permite ao Estado-Membro exercer o seu direito de defesa — como efetivamente aconteceu. Dado que a Comissão não lhe imputa qualquer deficiência de transposição, as alegações do Governo alemão quanto à conformidade do seu direito nacional com as disposições objeto do litígio são inoperantes. Por conseguinte, este fundamento de inadmissibilidade deve ser julgado improcedente.

a) Quanto à Diretiva 2012/34 como base jurídica

39. A petição foi apresentada em 30 de outubro de 2014 e, nesta, a Comissão invocava uma violação da Diretiva 2012/34. Consta da mesma que, àquela data, essa diretiva já tinha entrado em vigor (artigo 66.º) e tinha revogado (artigo 65.º), com efeitos a partir de 15 de dezembro de 2012, entre outras, as Diretivas 91/440 e 2001/14. Contudo, em 12 de março de 2015, foi publicada no Jornal Oficial uma «retificação», adiando a data de revogação das referidas diretivas para 17 de junho de 2015, ou seja, o dia seguinte ao do termo do prazo de transposição para os ordenamentos nacionais dos Estados-Membros.

40. Em consequência dessa alteração, a Comissão, cuja ação, fundamentada na violação da Diretiva 2012/34, tinha dado entrada no Tribunal de Justiça em 30 de outubro de 2014 (antes da retificação), pediu, na sua réplica, que, caso a Diretiva 2012/34 fosse considerada irrelevante, se tenham os seus pedidos como fundamentados nos artigos correspondentes das Diretivas 91/440 e 2001/14.

41. O Governo alemão alega que a Diretiva 2012/34 não lhe é aplicável, uma vez que o prazo para a sua transposição ainda não tinha expirado quando a Comissão intentou a ação, o que implica a manifesta inadmissibilidade desta.

42. Penso que esta alegação não pode ser acolhida. Por um lado, decorre do n.º 4 da petição que, embora a Comissão fizesse referência à Diretiva 2012/34, os fundamentos abrangiam os elementos da mesma que já figuravam nas Diretivas 91/440 e 2001/14. Por outro, não se pode censurar à Comissão a escolha desta base jurídica, dado que, para fundamentar a petição no direito em vigor, não dispunha de outra alternativa para além do recurso à única diretiva em vigor à data da sua apresentação, ou seja, a Diretiva 2012/34. Se a tivesse limitado às duas diretivas revogadas (Diretivas 91/440 e 2001/14), teria estado sujeita a uma exceção de inadmissibilidade por se ter apoiado em disposições desprovidas de eficácia jurídica, *ratione temporis*. Além disso, os fundamentos formulados no *petitum* da ação incluem a indicação, entre parêntesis, e imediatamente depois das referências à Diretiva 2012/34, das disposições correspondentes da Diretiva 91/440 ou da Diretiva 2001/14, conforme o caso.

43. O modo como a Comissão invocou a legislação em defesa dos seus pedidos parece-me, não só correto, mas, o mais adequado, tendo em conta a estranha repristinação retroativa das Diretivas 91/440 e 2001/14, aprovada em 12 de março de 2015 pelo Conselho, através de uma «retificação» anómala, quando já tinha cessado a vigência de ambas as diretivas [14].

44. Em conclusão, se propusesse que a petição fosse declarada inadmissível com base neste fundamento, seria extremamente formalista e revelaria um rigor incompreensível.

14 — Não me parece importante, para efeitos do presente processo, decidir se a técnica da retificação é suscetível de produzir o efeito jurídico alcançado, ou seja, o restabelecimento da vigência de diretivas revogadas.

2. Da inadmissibilidade de cada um dos diferentes fundamentos

45. O Governo alemão alega que os três primeiros fundamentos carecem de clareza, em especial, por terem sido utilizadas as expressões «ao ter permitido que» (primeiro fundamento) e «ao não ter assegurado» (segundo e terceiro fundamentos).

46. A clareza e a coerência dos fundamentos formulados no âmbito de uma ação por incumprimento não podem ser apreciadas à luz de termos separados do resto da frase de que fazem parte e do contexto do documento em que estão inseridos. As expressões que o Governo alemão critica resumem, na realidade, um conjunto de argumentos anteriores de que a Comissão se serve para fundamentar as suas acusações [15].

47. Ora, no contexto da presente ação, as duas expressões fazem referência aos dois comportamentos da demandada que a Comissão considera incompatíveis com as obrigações que incumbem à República Federal da Alemanha por força das diretivas (e do regulamento) em causa. Aliás, a extensão das alegações que o Governo alemão apresentou na contestação e na tréplica, bem como o seu conteúdo, demonstram sobejamente que o mesmo compreendeu as acusações que lhe são feitas e que se pôde defender sem constrangimentos decorrentes da alegada ambiguidade daquelas. Por conseguinte, este fundamento de inadmissibilidade deve ser julgado improcedente.

48. Do ponto de vista da admissibilidade da sua ação, também não é censurável que a Comissão não tenha feito referência concreta à norma do direito nacional objeto da violação invocada no primeiro e quarto fundamentos, uma vez que, como já indiquei, aquela não acusa o Governo alemão de qualquer transposição deficiente.

49. Em síntese, considero que as exceções de inadmissibilidade devem ser julgadas improcedentes e que cabe proceder à análise quanto ao mérito, que começarei, por razões sistemáticas, examinando o segundo fundamento.

B – *Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, na medida em que a República Federal da Alemanha não assegura, através de uma elaboração adequada da contabilidade, o cumprimento da proibição de transferência do financiamento público destinado à gestão da infraestrutura ferroviária para serviços de transporte*

1. Alegações das partes

50. A Comissão acusa a República Federal da Alemanha de uma violação do artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 91/440, dado que a contabilidade das empresas responsáveis pela infraestrutura ferroviária não permite a verificação do cumprimento da proibição de transferência do financiamento público destinado à referida infraestrutura para serviços de transporte.

51. Em especial, critica o facto de os bens próprios objeto de financiamentos públicos não serem inscritos no ativo das contas das sociedades do grupo e de também não ser possível inferir dos contratos de transferência de lucros os montantes dessas transferências de fundos, dado as contas da *holding* não refletirem se os ganhos são provenientes de atividades diferentes da gestão da infraestrutura.

15 — O Tribunal de Justiça utiliza essas expressões na parte decisória de alguns acórdãos proferidos em ações por incumprimento. No mesmo âmbito da legislação relativa aos caminhos de ferro, v. n.º 1 do dispositivo do acórdão de 3 de outubro de 2013, Comissão/Itália (C-369/11, EU:C:2013:636).

52. Na contestação, o Governo alemão apresenta três argumentos. Em primeiro lugar, sustenta que o artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2012/34 constitui uma novidade que não figurava no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 e que, por conseguinte, não é aplicável no caso em apreço [16].

53. Em segundo lugar, e a título subsidiário, discorda da interpretação do artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2012/34 que a Comissão propõe. Em seu entender, esta disposição exige unicamente uma separação contabilística entre as empresas de transporte ferroviário e as empresas responsáveis pela infraestrutura, o que o grupo DB AG cumpriria mediante a separação organizativa entre as áreas do transporte (a DB ML AG e as suas filiais) e as da gestão da infraestrutura (a DB Netz AG, a DB Station & Service AG e a DB Energie GmbH). Afirma que esta abordagem é a mesma que a que a Comissão promove na sua proposta de nova diretiva, no âmbito do chamado «Quarto pacote ferroviário» [17], cujo artigo 7.º-A, n.º 3, exige uma separação total entre os circuitos financeiros dos gestores de infraestrutura e os do transporte, o que, *a contrario sensu*, demonstraria que a legislação em vigor não pretende uma cisão tão radical.

54. Em terceiro lugar, também a título subsidiário e por mera cautela, o Governo alemão sustenta que transpôs corretamente o artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2012/34 para o seu direito nacional, inclusivamente, antes do termo do prazo de transposição. Acrescenta que a ausência de qualquer referência, no ativo do balanço, aos financiamentos públicos não significa que, do ponto de vista da contabilidade interna, os mesmos não sejam registados.

55. Na réplica, a Comissão alega que, na realidade, o Governo alemão não refutou a ausência dos financiamentos públicos nas contas das empresas responsáveis pela infraestrutura. Esta ausência impede a verificação do cumprimento da proibição de transferir os financiamentos públicos para os serviços de transporte, facto que, por si só, é incompatível com o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440. Admite o caráter «inovador» de uma parte do artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2012/34, mas apenas no que diz respeito à redação, dado que o espírito e o conteúdo não mudaram, como ficaria demonstrado na proposta de diretiva [18].

56. Quanto à contabilidade dos financiamentos públicos, a Comissão mantém que o artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 91/440 deve ser interpretado à luz do seu primeiro parágrafo, que refere expressamente que o balanço e as contas de ganhos e perdas devem ser públicos, não sendo, pois, bastante que os dados figurem na contabilidade «interna».

57. No seu articulado de intervenção, o Governo italiano partilha da tese do Governo alemão quanto ao caráter inovador do artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2012/34 e à sua consequente inaplicabilidade aos Estados-Membros. Acrescenta que a expressão «permitir a verificação» deve ser interpretada em conjugação com o artigo 56.º, n.º 12, dessa diretiva, que confere à entidade reguladora competência para efetuar auditorias ao gestor de infraestrutura, precisamente, a fim de verificar o cumprimento da separação das contas. Alega que o referido artigo 56.º remete para o anexo VIII, e sublinha o caráter inovador do grau de precisão com que o referido anexo enumera as informações contabilísticas que o gestor da infraestrutura deve pôr à disposição da entidade reguladora.

58. Em resposta a estas observações, a Comissão destaca que o objetivo do artigo 56.º não é reduzir o conteúdo do precedente artigo 6.º, para o qual remete, mas atribuir à entidade reguladora uma série de competências com vista a facilitar a sua missão, por exemplo, solicitando a apresentação dos documentos enumerados no anexo VIII que lhe interessem especialmente.

16 — Alega, para este efeito, que, à data do parecer fundamentado, o prazo de transposição da Diretiva 2012/34 para o direito nacional não tinha terminado.

17 — Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2012/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único, no que respeita à abertura do mercado nacional de transporte ferroviário de passageiros e à governação da infraestrutura ferroviária [COM(2013) 29 final, de 30 de janeiro de 2013, p. 14].

18 — Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece um espaço ferroviário europeu único [COM(2010) 475 final, de 17 de setembro de 2010, p. 6].

2. Apreciação

59. A censura que a Comissão faz à República Federal da Alemanha (no essencial, a violação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440) tem por premissa que os financiamentos públicos concedidos pelas autoridades alemãs para financiar elementos patrimoniais não sejam adequadamente refletidos no balanço ou na conta de ganhos e perdas do gestor da infraestrutura, nem sejam, também, inscritos no ativo das contas do grupo. A elaboração dessas contas não permite a verificação do cumprimento da proibição de transferir financiamentos públicos da área da gestão da infraestrutura para a da prestação de serviços de transporte ferroviário.

60. A disposição alegadamente violada prevê três requisitos básicos: a) a separação das contas entre as atividades de transporte prestadas pelas empresas e as atividades de gestão da infraestrutura ferroviária, que implica a elaboração e a publicação separadas das respetivas contas (primeiro período do primeiro parágrafo) [19]; b) a proibição de transferir, também no âmbito contabilístico, o financiamento público de uma dessas duas atividades para a outra, que representa a proibição de subvenções cruzadas (segundo período do primeiro parágrafo); e c) a obrigação de, na contabilidade relativa a cada uma dessas atividades, se refletir essa proibição (segundo parágrafo).

61. O Governo alemão alegou, a título principal, que a obrigação de manter a contabilidade de forma a «permitir a verificação do cumprimento da proibição de transferir financiamentos» foi expressamente introduzida pela Diretiva 2012/34, no atual artigo 6.º, n.º 4, de onde decorre que anteriormente não lhe era aplicável, uma vez que o prazo fixado para a transposição desta diretiva não tinha expirado quando a presente ação foi intentada.

62. Não creio que este argumento possa ser acolhido, porque a disposição, na redação que lhe foi dada na sua versão inicial de 1991, já apontava para um controlo das subvenções cruzadas e, portanto, impunha a transparência das contas. Segundo a redação inicial do artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 91/440, que a Diretiva 2001/12 não alterou, «[a]s contas relativas às duas atividades [infraestrutura e transporte] serão mantidas de forma a refletir esta proibição» de transferir o financiamento pelo Estado de uma das atividades para a outra.

63. Decorre do quarto considerando da Diretiva 91/440 que o objetivo desta era facilitar uma gestão eficaz da rede ferroviária através de uma distinção entre a exploração de serviços, por um lado, e a exploração das infraestruturas necessárias para as atividades de transporte, por outro, o que, em todo o caso, devia implicar contabilidades também separadas. A Diretiva 2001/12 reforçou esta ideia, estendendo a obrigação de separação das contas nos dois tipos de documentos mais importantes, a conta de ganhos e perdas e o balanço. Além disso, de acordo com o considerando 9 desta diretiva, a obrigação era estendida também às empresas de transporte de passageiros e de mercadorias.

64. Em ambas as diretivas, a ideia motriz desta separação era alcançar a plena transparência e clarificar a inclusão de alguns custos de infraestrutura, como os relativos às obrigações de serviço público, os custos a fundo perdido para a construção de infraestruturas (*sunk costs*), os de manutenção e os de gestão da infraestrutura e a repartição da capacidade de infraestrutura [20].

19 — Acórdão de 28 de fevereiro de 2013, Comissão/Alemanha (C-556/10, EU:C:2013:116, n.º 55).

20 — V. Di Pietrantonio, L. e Pelkmans, J., *The Economics of EU Railway Reform*, Bruges European Economic Policy Briefings; Briefing n.º 8, September 2008, p. 17.

65. Além disso, a transparência, conseguida através da contabilidade [21], devia servir para detetar subvenções cruzadas, proibidas no segundo período do n.º 1 do artigo 6.º da Diretiva 91/440 desde a sua versão inicial. Neste cenário, o verbo «refletir» [22] só pode ser entendido no sentido de que a verificação do cumprimento da proibição deve ser facilitada, o que dificilmente se conseguiria se esta não fosse incluída na contabilidade. A nova redação que lhe foi dada pela Diretiva 2012/34 também não introduziu uma obrigação específica de verificar (o que teria constituído um *novum* em relação à versão anterior), mas, antes, favoreceu a sua eventual verificação, desde que a contabilidade «reflita» adequadamente a proibição.

66. Por conseguinte, a alegação apresentada a título principal pelo Governo alemão deve ser rejeitada.

67. A título subsidiário, o referido governo sustenta, em síntese, que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 exige uma separação das contas da gestão da infraestrutura e dos serviços de transporte, mas não que os financiamentos públicos recebidos figurem nas contas de ganhos e perdas nem no balanço. Bastaria que, como no caso das empresas ferroviárias alemãs, figurassem na sua contabilidade interna.

68. Entendo, à semelhança da Comissão, que essa interpretação não pode ser acolhida. O Regulamento (CEE) n.º 2830/77 [23] já previa a obrigação de os financiamentos públicos constarem, tanto do Balanço («Contribuições para os custos de investimento» — que incluíam a «[p]articipação do Estado […] para a realização de determinado projeto de investimento» [24]), como da Conta de lucros e perdas (rubrica 74, «Compensações e auxílios», e rubrica 91.5, «Subvenção de equilíbrio» [25]). O primeiro considerando desse regulamento salientava que as regras relativas às relações entre o Estado e as empresas de caminho de ferro deviam inspirar-se nos princípios financeiros e contabilísticos aplicáveis às empresas comerciais. Além disso, o regulamento definia como objetivo melhorar a transparência dos resultados financeiros destas empresas e das intervenções financeiras do Estado.

69. Embora seja certo que o Regulamento n.º 2830/77 foi revogado pelo artigo 37.º da Diretiva 2001/14, não o é menos que a Comissão, ao explicar as razões para a alteração da Diretiva 91/440 apresentada no mesmo conjunto de medidas que a Diretiva 2001/12, afirmou que, embora as empresas de caminhos de ferro estivessem sujeitas a essas obrigações por força do Regulamento n.º 2830/77, era conveniente incorporá-las, *de forma clara e explícita*, na Diretiva 91/440 (através da Diretiva 2001/12) [26]. O texto final do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 é idêntico ao da proposta.

70. Das explicações acima referidas conclui-se que a referência ao balanço e às contas de ganhos e perdas, feita no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, substituiu, com a mesma força obrigatória, a obrigação de incluir nessas contas os financiamentos públicos, que, por força do Regulamento n.º 2830/77, já existia desde 1978.

71. Seria, aliás, contraditório que assim não fosse, e que a alteração da Diretiva 91/440, cuja finalidade era, precisamente, a de dotar a contabilidade das empresas de maior transparência, tivesse enfraquecido a obrigação de utilizar a conta de ganhos e perdas e o balanço para alcançar — *quod non* — o objetivo de uma maior transparência nas relações financeiras entre o Estado e as empresas de caminho de ferro.

21 — Documento de trabalho da Comissão - Explicação dos artigos da proposta de diretiva relativa à repartição de capacidade de infraestrutura ferroviária, à aplicação de taxas de utilização da infraestrutura ferroviária e à certificação da segurança [COM(1998) 480 final, a seguir «Documento COM(1998) 480 final», p. 5].

22 — As versões linguísticas que comparei utilizam este mesmo verbo ou expressões com um significado semelhante: na inglesa, «reflects»; na francesa, «refléter»; na alemã, «Dieses Verbot muss […] zum Ausdruck kommen»; na italiana, «riflettere»; na portuguesa, «refletir»; na neerlandesa, «Dit verbod moet terug te vinden zijn»; e, na sueca, «återspegla».

23 — Regulamento do Conselho, de 12 de dezembro de 1977, relativo às medidas necessárias para tornar comparáveis as contabilidades e as contas anuais das empresas de caminho de ferro (JO 1977, L 334, p. 13; EE 07 F2 p. 80).

24 — Artigo 4.º, n.º 1, em conjugação com os anexos I e II, do Regulamento n.º 2830/77.

25 — Artigo 4.º, n.º 2, em conjugação com os anexos III e IV, do Regulamento n.º 2830/77.

26 — Documento COM(1998) 480 final, p. 9.

72. Em síntese, o mero registo desses financiamentos na contabilidade interna das empresas de caminho de ferro, a que o Governo alemão faz referência, não cumpre as exigências do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440. Por conseguinte, este segundo argumento de defesa também não pode ser acolhido.

73. O terceiro argumento do Governo alemão, na medida em que insiste sobre a correta transposição das normas da União para o seu direito, é inoperante, dado que, como já referi, a Comissão não lhe censura qualquer deficiência nessa transposição.

74. O argumento correspondente apresentado pelo Governo italiano também não é aceitável, dado que o incumprimento não deve ser apreciado à luz da Diretiva 2012/34 (na qual se encontra o artigo 56.º que o mesmo invoca), mas sim à da Diretiva 91/440, que não prevê qualquer disposição similar. O referido artigo 56.º descreve as funções e os poderes que os Estados-Membros devem atribuir às suas entidades reguladoras do setor ferroviário e, entre eles, os relativos às auditorias que, segundo o n.º 12, incidirão também sobre o cumprimento da obrigação de separação de contas prevista no artigo 6.º

75. Decorre das considerações precedentes que, ao não refletir os financiamentos públicos destinados à infraestrutura nas contas públicas das sociedades filiais e da sociedade-mãe, aspeto que o Governo alemão não negou cabalmente, a apresentação dessas contas impede, de qualquer modo, a verificação do cumprimento da proibição de transferir esses financiamentos para a área do transporte ferroviário. Por conseguinte, o segundo fundamento da ação deve ser julgado procedente.

C – *Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, na medida em que permite que, através dos contratos de transferência de lucros, sejam financiados serviços ferroviários com financiamentos destinados à infraestrutura ferroviária*

1. Alegações das partes

76. Segundo a Comissão, a República Federal da Alemanha consente que, através dos contratos de transferência de lucros (celebrados entre a sociedade-mãe e as três filiais responsáveis pela infraestrutura), parte dos financiamentos públicos destinados à gestão da infraestrutura ferroviária sejam transferidos para atividades relacionadas com os serviços de transporte. Esse comportamento viola o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440.

77. Em especial, isto aconteceria quando os lucros das empresas responsáveis pela infraestrutura ferroviária (ou seja, a DB Netz AG, a DB Station & Service AG e a DB Energie GmbH) só foram gerados graças aos financiamentos públicos que lhes foram concedidos. Tendo em conta a obrigação assumida pela DB AG nos contratos de transferência de lucros, concretamente a de cobrir as eventuais perdas das suas filiais, os lucros cedidos desta forma poderiam ser utilizados para colmatar o défice dos serviços de transporte.

78. Segundo a Comissão, é irrelevante que esses financiamentos não possam ser diretamente transferidos de umas empresas do grupo para outras e que a transmissão seja indiretamente efetuada, através da transferência de lucros para a sociedade-mãe: ambas as modalidades seriam incompatíveis com a letra e com o espírito do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440.

79. O Governo alemão interpreta esse artigo no sentido de que este não se opõe a que as filiais obtenham lucros, nem à sua posterior transferência para a sociedade-mãe, proibindo unicamente a transferência dos financiamentos públicos afetados à infraestrutura, mas não a das receitas que as empresas responsáveis pela gestão da infraestrutura obtêm através da sua exploração comercial,

abrangidas pelo artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14. Em todo o caso, a distinção operada, nas duas disposições, entre financiamentos públicos (artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440) e receitas decorrentes de taxas de utilização da infraestrutura (artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14), seria independente da questão de saber se as receitas foram obtidas por meio de ativos subvencionados.

80. Quanto à transposição do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 para o direito alemão, o Governo alemão alega que a efetuou corretamente, no § 9, n.º 1b, da AEG.

81. O Governo alemão nega que os fundos sejam dissimulados, como a Comissão afirma, uma vez que constam da contabilidade da DB AG, embora, nas contas anuais, só figure o montante líquido das subvenções do Estado, fator usado para o cálculo dos lucros que devem ser cedidos à sociedade-mãe ou das perdas que esta deve compensar. Além disso, os financiamentos públicos a empresas responsáveis pela infraestrutura ferroviária têm de ser utilizados, na sua totalidade, nos projetos de investimento aos quais são afetados, o que impede que possam aumentar os lucros. Enquanto as despesas de manutenção e de reparação das vias ferroviárias correm por conta destas empresas, compete ao *Bund*, o Estado federal, o cumprimento da função, que lhe é constitucionalmente atribuída [27], de planificação das necessidades relativas à rede ferroviária, bem como de financiamento dos projetos de investimento, através de subvenções [28].

82. Na réplica, a Comissão discorda da interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 feita pela demandada. Na opinião daquela, decorre da proposta de Diretiva 2001/12 que esse artigo visava garantir a igualdade de tratamento e a não-discriminação para todas as empresas de caminhos de ferro, objetivo que apenas podia ser alcançado tomando em consideração o financiamento completo da infraestrutura, com a totalidade dos seus custos, por um lado, e das receitas, ou seja, os financiamentos públicos e as taxas de utilização da rede, por outro. A interpretação, alegadamente sistemática, proposta pelo Governo alemão privaria a disposição em causa do seu efeito útil.

83. De igual modo, a Comissão refuta que a expressão «financiamento pelo Estado», constante do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, se refira unicamente aos financiamentos públicos concedidos por um orçamento público e com uma base jurídica determinada. O que esse artigo visa é evitar as subvenções cruzadas e, tanto o seu texto como os trabalhos preparatórios [29] confirmam que se trata de recursos estatais na aceção do regime dos auxílios de Estado (artigo 107.º TFUE), que utiliza essa mesma terminologia.

84. Por um lado, a Comissão alega que a República Federal da Alemanha não garante que os financiamentos públicos concedidos às sociedades de gestão da infraestrutura pertencentes ao grupo DB AG se limitem ao défice de financiamento decorrente da insuficiência de receitas. Por outro lado, considera que o artigo 8.º da Diretiva 2001/14, no seu conjunto, não confere ao operador da infraestrutura o direito a que as taxas de utilização da mesma sejam calculadas de modo a gerarem sistematicamente lucro. Além disso, entende que os controlos internos estabelecidos na República Federal da Alemanha não são adequados para travar a transferência de financiamentos públicos.

27 — Faz referência ao artigo 87e, n.º 4, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental).

28 — § 8, n.os 1 e 4, da Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz, Lei federal relativa à extensão da rede ferroviária; *BGBl*. I. p. 1874; a seguir «BSWAG»).

29 — V. documento de trabalho da Comissão referido na nota de rodapé n.º 21 destas conclusões, p. 30.

85. Na tréplica, o Governo alemão censura à Comissão a falta de prova das suas alegações e defende as fiscalizações, *ex ante* e *ex post*, da despesa relativa aos financiamentos públicos, realizadas pela Bundesnetzagentur [30] e pelo Bundesrechnungshof [31]. Também sustenta que, desde 1 de janeiro de 2015, com a entrada em vigor do LuFV II, esta acusação ficou sem objeto [32].

86. Por sua vez, o Governo italiano assegura que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 tem em consideração a existência de fluxos financeiros entre o Estado e o gestor da rede ferroviária, mas limita-se a estabelecer regras contabilísticas para evitar o risco de subvenções cruzadas. Considera, igualmente, que nada obsta a que o gestor da rede gira os lucros de forma autónoma.

87. A este respeito, o Governo italiano sublinha que o Tribunal de Justiça reconheceu a validade das estruturas organizativas sob a forma de *holding* [33], e que a abordagem adotada pela Comissão reduz a margem de autonomia da gestão dos grupos do setor ferroviário, contrariando os artigos 4.º e 5.º da Diretiva 91/440.

88. A Comissão respondeu reiterando que a licitude das estruturas de tipo *holding* não implica, por si só, a dos fluxos financeiros que se realizam no seio do grupo de empresas.

2. Apreciação

89. Antes de mais, para a análise do primeiro fundamento, há que precisar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça ao interpretar do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, esta disposição apenas exige a separação contabilística entre as atividades de transporte prestadas pelas empresas de transporte ferroviário e as atividades de gestão da infraestrutura ferroviária [34]. Não se pode, pois, pôr em causa, direta ou indiretamente, a validade dos modelos societários que adotam as estruturas próprias de uma *holding* — e das suas consequências.

90. É conveniente esclarecer, igualmente, a que recursos faz referência o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440, porque a Comissão pretende incluir, entre os mesmos, as taxas de utilização das redes, o que não se me afigura pertinente. Essas receitas correspondem a montantes pagos pelos utilizadores como contrapartida da atividade das empresas responsáveis pela infraestrutura ferroviária, não tendo, pois, natureza de financiamentos públicos concedidos pelo Estado a essas empresas. Pelo contrário, têm essa natureza os auxílios concedidos a título de compensação do défice que essas empresas possam apresentar, caso a tarificação não cubra os custos de manutenção e de atividade da referida infraestrutura (subvenção de equilíbrio), na medida em que sejam diretamente pagos por um organismo da Administração Pública. Como se verá na análise do terceiro fundamento, a Alemanha adotou um regime de tarificação baseado no custo médio, que permite à empresa que gere a infraestrutura obter lucros, pelo que não deveria receber qualquer subvenção adicional a este título. Por conseguinte, o fundamento formulado pela Comissão deve considerar-se limitado aos financiamentos públicos diretamente pagos pelo Estado alemão (ou, em sentido amplo, por qualquer das entidades que o integram).

30 — Agência Federal de Redes.

31 — Tribunal de Contas Federal alemão; nos termos do § 91 da Bundeshaushaltsordnung (Lei do Orçamento Federal; última alteração em *BGBl.* I pp. 2178 e segs., em especial, p. 2182).

32 — V. n.º 23.

33 — Fazendo referência ao acórdão de 28 de fevereiro de 2013, Comissão/Alemanha (C-556/10, EU:C:2013:116, n.º 55).

34 — *Ibidem.*

91. No que diz respeito às subvenções cruzadas, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 exige que a sua proibição seja refletida na contabilidade relativa a cada atividade ferroviária (a de prestação de serviços de transporte e a de gestão da infraestrutura). Quando a Comissão censura a um Estado-Membro uma violação desse artigo, terá de fornecer elementos de prova bastantes para demonstrar que, efetivamente, o financiamento pelo Estado de uma das atividades foi transferido para a outra e que a contabilidade (de ambas) não refletiu esta anomalia.

92. Ora, segundo jurisprudência constante, no âmbito de um processo por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, incumbe à Comissão provar a existência do alegado incumprimento, ou seja, compete-lhe fornecer os elementos necessários à verificação da acusação, não podendo basear-se numa qualquer presunção [35]. Além disso, relativamente a uma ação respeitante à aplicação de uma disposição nacional, a declaração de um incumprimento exige elementos de prova específicos em comparação com os que entram habitualmente em linha de conta numa ação que tenha exclusivamente por objeto o conteúdo de uma disposição nacional. Nestas condições, o incumprimento só pode ser provado através de uma demonstração suficientemente documentada e circunstanciada da prática censurada à administração nacional e imputável ao Estado-Membro [36].

93. Os documentos que a Comissão apresentou em apoio da sua tese evidenciam a evolução das perdas e dos ganhos das filiais responsáveis pela infraestrutura (anexo A.2 da petição). Além disso, a Comissão apresentou cópia de um exemplar do contrato de transferência de lucros celebrado entre a DB AG e a DB Netz AG (anexo A.1). Com base nesses documentos, pretendia salientar que, na medida em que — em seu entender — os lucros só foram obtidos graças à contabilização dos financiamentos públicos na área da infraestrutura, o referido contrato permitia a sua transferência para a atividade deficitária do transporte (como já foi referido, existe uma obrigação de cobrir essas perdas, estipulada no respetivo contrato com as empresas da área do transporte) [37].

94. A Comissão constrói uma argumentação, não destituída de lógica, que visa validar a sua suspeita de que a transferência de lucros das filiais responsáveis pela infraestrutura para a DB AG é composta, de facto, por financiamentos públicos destinados às infraestruturas, que, posteriormente, são canalizados para as empresas da área dos transportes. Mas esta suspeita não basta para confirmar o incumprimento invocado quando, na realidade, não foi demonstrada, para além da conjetura, uma efetiva deslocação dos financiamentos públicos de uma área para a outra.

95. A acusação segundo a qual não existem garantias suficientes para evitar essa deslocação de recursos também não pode servir de fundamento a uma decisão condenatória. Não sendo discutido o direito da República Federal da Alemanha proibir essas transferências nos mesmos termos que a Diretiva 91/440, e dada a existência de órgãos de fiscalização internos que podem proceder a essa constatação, a censura relativa a um incumprimento do artigo 6.º, n.º 1, da referida Diretiva teria exigido que fosse demonstrado que as transferências efetivamente se realizaram, e não simplesmente afirmar que precauções bastantes não foram tomadas para as evitar.

96. Certamente, não se pode exigir à Comissão uma *probatio diabolica*, ou seja, não se lhe pode pedir documentos inexistentes ou impossíveis de apresentar. Todavia, por um lado, as contas e os balanços das filiais e da sociedade-mãe são auditadas e publicadas. Por outro lado, e sobretudo, se — como propus no âmbito da análise do segundo fundamento — os financiamentos públicos a que a Comissão faz referência não aparecem refletidos nessas contas ou balanços, a constatação desta deficiência basta para que a Comissão possa ver satisfeita a sua pretensão, ou seja, a declaração do incumprimento ao nível da contabilidade.

35 — Acórdão de 3 de outubro de 2013, Comissão/Itália (C-369/11, EU:C:2013:636, n.º 68 e jurisprudência aí referida).

36 — Acórdão de 27 de abril de 2006, Comissão/Alemanha (C-441/02, EU:C:2006:253, n.º 49 e jurisprudência aí referida).

37 — Em rigor, os documentos e anexos juntos à petição não têm natureza contabilística, na aceção do artigo 6.º Não mostram por que meios e em que rubricas contabilísticas dessas empresas se elude a obrigação de refletir a proibição.

97. Por outras palavras, se, nas contas das empresas do setor ferroviário, faltam dados relativos aos financiamentos públicos, e essa omissão dificulta, precisamente, a apresentação de elementos de prova que permitam verificar o primeiro fundamento, penso que é coerente declará-lo, mais do que insistir numa acusação que, embora incluída no *petitum* da ação, a Comissão não está em condições de demonstrar documentalmente.

98. Em conclusão, a argumentação em torno da repartição de lucros obtidos, parcial ou exclusivamente, de financiamentos públicos (na medida em, que durante alguns exercícios, os ganhos obtidos pela DB Netz AG só teriam sido possíveis graças às subvenções) não passa de uma conjetura sem prova concreta que permita acolher essa parte do pedido, o que exigiria demonstrar de forma cabal a existência, material e contabilística, das transferências ilícitas. Deve-se acrescentar que a existência do LuFV II [38] parece ter clarificado, desde 2015, o destino dos resultados líquidos das empresas de infraestruturas, que devem ser transferidos para o Estado federal, para serem reinvestidos neste mesmo âmbito.

99. Entendo, pois, que a Comissão não apresentou elementos de prova suficientes para apoiar o primeiro fundamento.

D – *Quanto ao terceiro fundamento, relativo a uma violação do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14, ao não ter assegurado que as taxas de utilização da infraestrutura fossem unicamente utilizadas para financiamento da atividade do operador da instalação*

1. Alegações das partes

100. A Comissão assegura que os contratos de transferência de lucros, celebrados entre a DB AG e as suas filiais responsáveis pelas infraestruturas ferroviárias, implicam a transferência, para a sociedade-mãe, das taxas cobradas pela utilização dessas infraestruturas. Na sua opinião, este procedimento implica que as taxas não revertam exclusivamente para a atividade de gestão da infraestrutura, ao contrário do que estabelece o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14. Esta situação verificar-se-ia se, na falta das receitas decorrentes das taxas, não tivesse sido gerado qualquer lucro.

101. O Governo alemão critica esta tese, sustentando que, do ponto de vista sistemático, os artigos 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 1, primeiro parágrafo, e 8.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14 permitem que os gestores das infraestruturas obtenham uma determinada taxa de rendibilidade, que é parte integrante das taxas a cobrar. Além disso, não há nenhuma norma que regule a utilização dos lucros obtidos através dos mesmos, que disporiam de um poder discricionário total para os transferir para a sociedade-mãe.

102. Por isso, para o Governo alemão, a Diretiva 2001/14 não se opõe a uma transferência de lucros quando estes foram obtidos graças às taxas de utilização da infraestrutura, calculados com base numa taxa de rendibilidade adequada dos capitais próprios da empresa. O § 14, n.º 4, primeiro período, da AEG dispõe que as taxas devem ser fixadas de forma a cobrirem os custos de gestão da infraestrutura (ao abrigo da possibilidade aberta pelo artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14) e que, se o mercado o permitir, lhes pode ser acrescentada uma taxa de rendibilidade. Contrariamente à tese defendida pela Comissão, o rendimento gerado deste modo não provoca qualquer défice de financiamento da infraestrutura.

38 — V., uma vez mais, n.º 23.

103. Para terminar, o referido Governo assegura que a sua interpretação é corroborada por uma recente proposta de alteração, elaborada pela Comissão no quadro do quarto pacote ferroviário (artigo 7.º-A), nos termos da qual não seria exigido que as receitas auferidas a título de utilização da infraestrutura fossem necessariamente afetadas à exploração ou manutenção das vias ferroviárias [39].

104. Na réplica, a Comissão assinala que o artigo 6.º da Diretiva 2001/14 é explicado pelo método de cálculo das taxas, que normalmente é efetuado em função dos custos diretos (artigo 7.º, n.º 3), e pelo défice crónico a que as empresas de gestão estão sujeitas se as autoridades públicas não assumirem, pelo menos parcialmente, os custos da infraestrutura. Nesta perspetiva, o artigo 6.º obriga que os Estados-Membros se responsabilizem financeiramente perante os gestores da infraestrutura, equilibrando os seus orçamentos.

105. Na réplica, a Comissão refere um parecer do Bundesrat [40] que apoiaria a sua tese e evidenciaria as repercussões negativas dos contratos de transferência de lucros. Indica que a entrada em vigor do LuFV II, em 1 de janeiro de 2015, visa, precisamente, satisfazer essa «reivindicação política» do Bundesrat, ao prever que os lucros dos gestores de infraestruturas sejam diretamente cedidos ao Estado federal (*Bund*), para serem investidos nestas infraestruturas.

106. Na tréplica, o Governo alemão admite que os capitais que a DB Netz AG cede à DB AG são, total ou parcialmente, provenientes das receitas obtidas a título de utilização dos «traçados de marcha ferroviários», mas alega que os mesmos perdem a qualificação de taxas de utilização da infraestrutura, no máximo, a partir do momento em que a DB Netz AG os cobra regularmente como contrapartida pela concessão da utilização dos traçados e em que são afetados ao financiamento das atividades.

107. O Governo italiano não apresentou observações próprias no que diz respeito ao terceiro fundamento, tendo-se limitado a apoiar a posição do Governo alemão.

2. Apreciação

108. As partes no presente processo divergem quanto à interpretação do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14, segundo o qual, as taxas de utilização das infraestruturas são pagas ao gestor das mesmas e «utilizadas no financiamento da sua atividade». A Comissão propõe uma abordagem restritiva, seguindo a letra da disposição, ao passo que o Governo alemão entende que esta não impõe qualquer obrigação de afetar os lucros obtidos através da cobrança das taxas; além disso, segundo o mesmo, o termo «atividade», na medida em que implica um fim lucrativo, não restringe a utilização a dar às taxas, cuja entrega à sociedade-mãe é legal, dado que incluem uma taxa de rendibilidade.

39 — Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2012/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário único, no que respeita à abertura do mercado nacional de transporte ferroviário de passageiros e à governação da infraestrutura ferroviária [COM(2013) 29 final, de 30 de janeiro de 2013], p. 14.

40 — Documento do Bundesrat (Bundesrat-Drucksache) n.º 559/2/12, p. 25. Em especial, a Comissão reproduz a seguinte passagem deste documento: «*Nos últimos anos, a DB AG começou a desenvolver os domínios de atividade nos quais possuía um monopólio natural — vias de circulação, estações de passageiros e energia — para os converter em pilares rentáveis que gerem lucros. […] Por força de um contrato de transferência de lucros celebrado entre a DB AG e as suas filiais responsáveis pela infraestrutura, os lucros das empresas do setor da infraestrutura são automaticamente transferidos para a sociedade holding, no âmbito da qual são utilizados, à escala mundial, sem serem afetados a um fim determinado por exemplo, para adquirir empresas do setor da logística […] Em conclusão, essa política tem como consequência preços excessivamente elevados pela utilização das vias e das estações, bem como da transmissão de energia*, […]».

109. Ao interpretar o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2001/14, o Tribunal de Justiça, apoiando-se nos seus considerandos 12 e 20, reconheceu que a mesma conferia uma certa margem de manobra aos gestores da infraestrutura ferroviária [41]. Para o cálculo da tarifa das suas taxas, estes dispõem de uma escala, entre um mínimo (correspondente ao custo diretamente imputável à exploração do serviço ferroviário), fixado no artigo 7.º, n.º 3, desta diretiva, e um máximo (resultante dos custos totais assumidos pelo gestor da infraestrutura), previsto no artigo 8.º, n.º 1, da referida diretiva [42].

110. Dentro desses dois limites, a Diretiva 2001/14 admite que a taxa pode variar em função da escassez de capacidade (artigo 7.º, n.º 4), do custo dos efeitos ambientais (n.º 5 deste artigo 7.º), dos projetos de investimento específicos (artigo 8.º, n.º 2) ou dos descontos previstos (artigo 9.º) [43].

111. Ora, não penso que a letra do artigo 7.º, n.º 1, a sua economia, a sua finalidade, ou a sua conjugação sistemática com outros artigos da Diretiva 2001/14 autorizem uma interpretação tão favorável para o gestor da infraestrutura como a que o Governo alemão defende.

112. Quanto ao seu conteúdo, se é certo que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14 menciona «os excedentes provenientes de outras atividades comerciais», não é menos certo que o termo «atividade», constante do artigo 7.º, n.º 1, se refere às funções que caracterizam o gestor da infraestrutura, ou seja, as que o habilitam a exigir e cobrar a taxa de utilização das vias férreas e outros elementos intimamente relacionados com as mesmas.

113. No que diz respeito à sua economia, há que observar que, ao contrário dos métodos de tarificação da taxa (para os quais a Diretiva 2001/14 apresenta algumas opções), a formulação do artigo 7.º, n.º 1, é imperativa quanto à utilização das taxas cobradas: a obrigação de afetar o seu valor ao financiamento da infraestrutura não conhece atenuações ou exceções [44]. É coerente que assim seja, uma vez que a diretiva parte do princípio de que a taxa cobre unicamente o custo diretamente imputável à exploração do serviço ferroviário, ou seja, o custo marginal de curto prazo [45] (artigo 7.º, n.º 3, interpretado em conjugação com o considerando 39), bem como outros custos imputáveis, pelo menos parcialmente, mas de forma direta, à exploração do serviço ferroviário, como a sinalização, a gestão do tráfego ou a manutenção [46].

114. Dado que o utilizador que paga a taxa apenas cobre o custo marginal decorrente da sua própria utilização da infraestrutura, as empresas gestoras da rede de vias férreas estão sujeitas a um défice estrutural de exploração [47]. Por isso, quando o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2001/14 admite o princípio de tarificação baseado no custo marginal, assume como pressuposto um financiamento estatal (a subvenção de equilíbrio) que deve ser refletido na contabilidade do gestor da infraestrutura.

115. Neste contexto, a afetação das receitas geradas através da taxa ao financiamento da atividade do gestor da infraestrutura visa garantir, não só que as taxas sejam cobradas, mas também que revertam, precisamente, para aquela atividade. Pretendia-se conseguir, desta forma, um efeito de alavanca, ou seja, incentivar o gestor a incrementar o volume de tráfego e otimizar a utilização da rede [48], talvez com o objetivo de, a longo prazo, equilibrar as contas sem o financiamento público [49].

41 — Acórdão de 28 de fevereiro de 2013, Comissão/Alemanha (C-556/10, EU:C:2013:116, n.º 82).

42 — *Ibidem*, n.º 85.

43 — *Ibidem*, n.º 86.

44 — Como ocorre com as sobretaxas adicionais e as taxas com base em custos específicos, previstas no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2.

45 — Como sustentou a Comissão, no âmbito do acórdão Comissão/Polónia, de 30 de maio de 2013 (C-512/10, EU:C:2013:338, n.º 63), e encontra certo apoio na doutrina: v. Amaral, M. e Danielowitzova, N., «(Co)régulation économique des industries de réseau: le cas de la tarification de l'infraestructure ferroviaire en Europe», em *L'espace Ferroviaire Unique Européen — Quelle(s) réalité(s)?*, sob a direção de Rapoport, C., ed. Bruylant, Bruxelas, 2015, p. 245.

46 — Acórdão de 30 de maio de 2013, Comissão/Polónia (C-512/10, EU:C:2013:338, n.º 81).

47 — Amaral, M. e Danielowitzova, N., *op. cit.*, p. 249.

48 — Documento COM(1998) 480 final, p. 76.

49 — O artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2001/14 parece dirigir aos Estados-Membros um convite a que tendam a conseguir esse objetivo.

116. Não existe, na Diretiva 2001/14, qualquer base que autorize um sistema de tarificação que exonere o gestor da obrigação estabelecida no seu artigo 7.º, n.º 1, ou seja, de utilizar no financiamento da sua atividade as receitas obtidas através da cobrança da taxa. Não tendo o legislador previsto, pois, qualquer atenuação à obrigação de utilizar as receitas obtidas através das taxas de utilização da infraestrutura a favor da mesma, essa obrigação tem de ser respeitada. Na hipótese de o método de tarificação adotado por um Estado-Membro produzir uma rentabilidade tal que se traduza em lucros, estes não deixarão de fazer parte da receita obtida a título de taxa, com todas as suas consequências.

117. Na realidade, a Comissão censura ao Governo alemão não a transferência para a sociedade-mãe dos lucros obtidos através das taxas, mas a falta de garantia da sua reutilização no financiamento da atividade dos gestores da infraestrutura. Neste sentido, as alegações apresentadas pelas autoridades alemãs quanto à licitude, em geral, da transferência de lucros para a DB AG não constituem o cerne da questão, dado que, repito, a transferência, em si mesma, não entra no incumprimento denunciado no âmbito desta acusação.

118. Uma vez assentes estas premissas, o pedido de condenação que a Comissão formula no âmbito deste fundamento padece da mesma debilidade ou insuficiência probatória que afetava o primeiro. Uma vez mais, assenta numa conjugação de circunstâncias ou de antecedentes que tornam provável (mas não demonstram de modo absoluto) a conclusão a que se pretende chegar, ou seja, noutra suposição.

119. A Comissão apresentou, como elemento de prova, o documento do *Bundesrat* já referido [50]. Trata-se de observações, ou de uma tomada de posição oficial, da Câmara Alta do Parlamento Federal alemão sobre o projeto de lei relativo à reorganização da regulação do setor ferroviário [51]. É conveniente observar que, desde 1 de janeiro de 1996, o transporte suburbano de passageiros é da competência dos *Länder* [52], que, como clientes, investidores e em cada região como autoridades responsáveis pela disponibilização deste serviço, estão logicamente interessados no destino dos fundos que geram as filiais da DB AG consagradas à área da infraestrutura.

120. Sem desvalorizar esse documento (não obstante o caráter político a que se refere o Governo alemão), do mesmo não se infere, com a necessária certeza, que, durante o período a que se refere a ação por incumprimento, o lucro transferido pelas empresas gestoras da infraestrutura para a sociedade-mãe não tenha sido afetado a essas infraestruturas. É certo que o *Bundesrat*, nas suas observações sobre o § 25, n.º 3, do projeto de lei de alteração, torna patente a sua exigência de que o lucro obtido no âmbito da infraestrutura reverta «exclusivamente» para a mesma [53], mas seria arriscado retirar dessas observações, *pro futuro*, uma base sólida para a declaração categórica da condenação por factos passados pedida pela Comissão [54].

121. Tal como afirmei no que diz respeito ao primeiro fundamento, embora a contabilidade das empresas ferroviárias não permita identificar claramente as diferentes rubricas (anteriormente, tratava-se de financiamentos públicos, agora, de taxas), de modo que a rastreabilidade dos mesmos, e dos seus respetivos destinos, seja plenamente assegurada, é difícil que o pedido analisado tenha êxito.

50 — V. n.º 105.

51 — Stellungnahme des Bundesrates, de 23 de novembro de 2012, sobre o «Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich».

52 — Por força do artigo 106a, primeiro período, da Lei Fundamental, compete-lhes o financiamento com apoio do *Bund* (Estado federal) e a sua contribuição ascende a 60% do custo desse setor do transporte de passageiros. V. Gersdorf, H., «Finanzierung und Regulierung der Eisenbahninfrastruktur — zwei Seiten einer Medaille», em *Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergagenheit und Generwart*, Miram, F. e Schmoeckel, M. (editores), ed. Mor Siebeck, Tubinga, 2015, p. 110.

53 — Stellungnahme des Bundesrates, já referido, p. 27.

54 — Recordo, uma vez mais, que, segundo o quadro contratual estabelecido entre a DB AG e o Estado Federal, constante do LuFV II de 2015, a transferência para o Estado dos lucros obtidos a título de taxas de utilização das vias férreas impõe que os mesmos sejam utilizados, na íntegra, no financiamento da infraestrutura. O objetivo principal da ação por incumprimento (em síntese, que as autoridades alemãs adotem um comportamento conforme com a tese defendida pela Comissão neste aspeto) parece, pois, alcançado.

122. Por conseguinte, há que considerar que o terceiro fundamento não ficou provado.

E – *Quanto ao quarto fundamento, relativo a uma violação do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440 e do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007, em conjugação com o n.º 5 do anexo do mesmo, ao não ter assegurado que os financiamentos públicos concedidos às atividades de prestação de serviços públicos de transporte de passageiros fossem apresentados, separadamente, nas respetivas contas.*

1. Alegações das partes

123. A Comissão censura à República Federal da Alemanha que os financiamentos públicos concedidos às atividades da DB Regio AG (prestação de serviços públicos de transporte) não sejam apresentados, separadamente, nas contas da referida empresa, ao contrário do que preveem o artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440 e o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007, em conjugação com o n.º 5, último travessão, do anexo deste.

124. Segundo a Comissão, as compensações pelas obrigações de serviço público, bem como as receitas obtidas através da venda de bilhetes, são indicadas apenas de forma global ou agregada relativamente a todos os serviços prestados, razão pela qual não é possível verificar se essas compensações, concedidas em cada caso, são excessivas, para efeitos da deteção de eventuais subvenções cruzadas.

125. A Comissão alega que as empresas como a DB Regio AG não podem invocar a exclusão prevista no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 91/440. A mesma afirma que esta diretiva é extensível às empresas que podem beneficiar de compensações através da sociedade-mãe, dado que, de outro modo, as disposições pertinentes poderiam ser facilmente contornadas.

126. Para o Governo alemão, na realidade, o quarto fundamneto tem origem na nova redação que foi dada ao artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440 pelo artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2012/34, alterando o seu âmbito de aplicação às empresas de transporte regional, para, de entre estas, excluir as que prestem serviços em redes autónomas [55]. Essa nova redação não seria aplicável, *ratione temporis*, no presente processo.

127. Quanto ao artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440, a República Federal da Alemanha sustenta que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, a DB Regio AG, na qualidade de operador de serviços de transporte regional, não estava abrangida pelo seu âmbito de aplicação. Contrariamente à interpretação proposta pela Comissão, faz referência à definição que o artigo 3.º da Diretiva 91/440 dá de «serviços regionais», que compreende «os serviços de transporte destinados a dar resposta às necessidades de transporte de uma região». A este respeito, alega que o conceito que finalmente veio a ser adotado pela diretiva (versão de 1991) incorporou as alterações propostas pelo Parlamento Europeu, que ampliavam o que fora proposto pela Comissão, que era mais restritivo e remetia para o do Regulamento (CEE) n.º 1191/69 [56], remissão esta que também foi suprimida pelo Parlamento.

55 — Destaca como alterações mais relevantes: a) a remissão para o artigo 7.º do Regulamento n.º 1370/2007, que não existia na versão anterior, b) a limitação da referência aos financiamentos públicos concedidos aos serviços públicos de transporte de passageiros, quando anteriormente essa referência era mais ampla, ou seja, abrangia todos os serviços de transporte, e, c) a exclusão, do âmbito de aplicação do capítulo II da Diretiva 91/440, das empresas ferroviárias «que efetuam apenas serviços […] regionais em redes locais e regionais autónomas que efetuem serviços de transporte em infraestruturas ferroviárias ou em redes destinadas exclusivamente a efetuar serviços de transporte urbanos ou suburbanos».

56 — Regulamento do Conselho, de 26 de junho de 1969, relativo à ação dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO 1969, L 156, p. 1; EE 08 F1 p. 131).

128. No que diz respeito à violação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007, o Governo alemão interpreta o n.º 5 do anexo (a que aquele artigo faz referência) no sentido de que exige que, nas contas, os contratos sejam apresentados separadamente, excluindo os casos em que um operador explora simultaneamente serviços no âmbito de atividades sujeitas a obrigações de serviço público que beneficiam de compensação e outras atividades. Não seria esta a situação da DB Regio AG, que apenas presta serviços públicos de transporte.

129. Quanto ao mérito, a Comissão responde que o fundamento se centra nas disposições materiais que já constavam do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440, tendo em conta o teor do seu artigo 2.º, de acordo com o qual a DB Regio AG não deve ser considerada isoladamente, mas antes no contexto da sua ligação ao grupo DB AG, razão pela qual a mesma não pode invocar o artigo 2.º, n.º 2, dessa diretiva.

130. Quanto ao artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007, a Comissão, embora reconheça que o n.º 5 do anexo não refere expressamente uma discriminação, nas contas, por contratos individualizados, considera que essa obrigação se infere do conjunto da regulamentação, bem como da sua finalidade e, em especial, da conjugação dos n.ºs 2 e 5 do anexo (o primeiro fixa um limite para as compensações e o segundo impõe certos requisitos contabilísticos).

131. Na tréplica, o Governo alemão insiste em que a Diretiva 2012/34 alterou consideravelmente o âmbito de aplicação para as empresas de transporte regional, novo regime que só é aplicável aos Estados-Membros a partir de 17 de junho de 2015. Relativamente à alegada violação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007, sustenta que o objetivo do n.º 5 do anexo não é evitar subvenções cruzadas entre os diferentes tipos de contratos de serviço público, mas entre os contratos que dão lugar ao pagamento de uma compensação e os que não dão.

132. O Governo italiano partilha do raciocínio do Governo alemão: nenhuma das normas em causa exige que cada contrato de prestação de serviços públicos de transporte seja publicado separadamente. Em seu entender, os trabalhos preparatórios da diretiva evidenciam que o legislador da União recusou a proposta inicial da Comissão, na qual estava prevista uma publicação discriminada para cada contrato de serviço público, tendo o Conselho optado por introduzir a remissão geral para o artigo 7.º do Regulamento n.º 1370/2007.

133. A Comissão refuta esta tese, porque, em seu entender, parte da premissa errada de que a remissão, feita no artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2012/34, para o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1370/2007 veio atenuar as obrigações decorrentes do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440.

2. Apreciação

a) Observações preliminares: objeto do fundamento e âmbito de aplicação da Diretiva 91/440

134. Embora o n.º 76 da petição apresentada pela Comissão também pareça abordar o quarto fundamento do ponto de vista do contrato de transferência de lucros, a verdade é que não desenvolve essa linha de argumentação, nos números seguintes, nem na réplica. Centra as suas críticas nas compensações pelas obrigações de serviço público e nas receitas obtidos através da venda de bilhetes, cujo reflexo global nas contas não permitiria verificar, em cada caso, o caráter excessivo da compensação concedida. O fundamento terá, pois, de ser circunscrito a esses aspetos, sem chegar a ser considerado inadmissível, como pretende o Governo alemão.

135. Quanto às normas aplicáveis para efeitos da decisão sobre este incumprimento concreto, as alegações dos Governos alemão e italiano não têm suficientemente em consideração que o fundamento se circunscreve às disposições em vigor à data da sua formulação, ou seja, se limita às da Diretiva 91/440 (em especial, no que diz respeito a este fundamento, ao seu artigo 9.º, n.º 4).

136. Uma vez enquadrado deste modo o debate, é necessário analisar o argumento contraposto pelo Governo alemão, segundo o qual, a DB Regio AG se dedica exclusivamente ao transporte regional, pelo que a Diretiva 91/440 (artigo 2.º, n.º 2) não lhe seria aplicável.

137. Na minha opinião, a alteração introduzida no n.º 2, do artigo 2.º, da Diretiva 91/440 não prejudica a inclusão ou a exclusão da DB Regio AG do âmbito de aplicação dessa diretiva. O teor dessa disposição deve ser interpretado tendo em conta a definição de «serviços regionais», constante do artigo 3.º, último travessão, da mesma diretiva, que os relaciona com os serviços de transporte destinados a dar resposta às necessidades de uma região [57]. Conclui-se, de ambas disposições, que só não estão abrangidas pelas obrigações estabelecidas na diretiva as empresas ferroviárias cuja atividade se limita a cobrir os serviços de uma região.

138. Ora, a DB Regio AG não pode invocar para si essa exceção. Segundo o relatório anual de 2013, publicado pela própria DB Regio AG [58], a mesma é uma filial cujo capital social é detido, na totalidade, pela DB AG, e que está inserida na área de negócio (*Geschäftsfeld*) da sociedade-mãe, denominada «DB Bahn Regio». Lê-se igualmente que «*na área de negócio DB Bahn Regio concentram-se todas as atividades de tráfego regional (caminho de ferro e autocarro) do grupo DB na Alemanha, bem como as de tráfego entre a Alemanha e os países vizinhos*» [59]. O relatório prossegue dizendo que «*a central da DB Regio é responsável pelo desenvolvimento das atividades, executa tarefas transversais e presta serviços às unidades regionais*».

139. Neste cenário, a DB Regio AG mais não é do que uma parte de um consórcio, com funções e atividades altamente especializadas, e os serviços regionais de transporte que presta, embora os preste como sociedade anónima juridicamente independente, não se circunscrevem a uma região, mas estendem-se a vários *Länder*. Além disso, nem todos os elementos da gestão desses serviços estão a cargo da filial, uma vez que alguns são assumidos pela sua sociedade-mãe (a DBML AG) ou mesmo pela *holding*, a DB AG [60].

140. Por conseguinte, a exceção prevista no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 91/440 não pode ser invocada a favor da DB Regio AG.

a) Quanto ao mérito do fundamento.

141. A tese da Comissão poderia ser acolhida, se a obrigação de apresentar separadamente nas respetivas contas cada contrato de serviço público constasse, de modo preciso, dos artigos objeto da alegada violação. Como a seguir exporei, penso que não é assim.

i) Interpretação do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440

142. Para a solução desta questão, é útil ter em atenção a evolução legislativa [61], examinando não só o artigo 9.º, mas também o artigo 6.º, dado que, do ponto de vista sistemático, o aditamento do n.º 4 ao artigo 9.º (feito pela Diretiva 2001/12) não era lógico, razão pela qual a alteração de 2012 o transferiu para o artigo 6.º, do qual constitui, atualmente, o n.º 3.

57 — V. n.os 7 e 8.

58 — Documento junto pela Comissão à sua réplica, como anexo C.7, p. 6.

59 — *Ibidem.*

60 — Também não me parece convincente o argumento «histórico», segundo o qual o legislador teria mantido a exclusão dos serviços regionais do âmbito de aplicação da Diretiva 91/440, consciente de que esses serviços eram prestados, na sua maioria, por empresas ferroviárias integradas verticalmente. Dado que eram poucas as empresas que limitavam esse tipo de serviços a uma região, poderia deduzir-se, *a contrario*, que só estas estavam excluídas pela Diretiva, enquanto que os serviços regionais prestados por grupos verticalmente integrados estavam abrangidos por esta diretiva.

61 — O Tribunal de Justiça declarou válido, como critério interpretativo, o recurso à génese das disposições do direito da União. V., entre outros, acórdão de 11 de setembro de 2014, Comissão/Alemanha (C-525/12, EU:C:2014:2202, n.º 43 e jurisprudência aí referida).

143. Com efeito, a versão inicial do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440 previa, no plano da contabilidade, a separação das atividades relativas à exploração dos serviços de transportes (de mercadorias e de passageiros), das atividades relativas à gestão da infraestrutura. De acordo com o quarto considerando dessa diretiva, aquelas duas atividades (serviços e infraestrutura) teriam de ter «contabilidades distintas» e ser geridas separadamente. Chama a atenção para que, no contexto desta primeira versão, se fazia, unicamente, a distinção entre a exploração de serviços de transporte e a gestão das infraestruturas, categorias para as quais era proposta uma separação administrativa e contabilística.

144. A Diretiva 2001/12 deu mais um passo no caminho da dissociação, ao exigir que também fossem separadas as contas dos serviços de transporte de passageiros, por um lado, e dos serviços de transporte de mercadorias, por outro. É este o sentido do seu considerando 9. Mas esta diretiva só altera o artigo 6.º na medida em que inclui a exigência da elaboração e publicação de contas de ganhos e perdas e de balanços relativos às duas áreas identificadas no número anterior (ou seja, uma vez mais, a prestação de serviços de transporte e a gestão da infraestrutura).

145. Das explicações precedentes conclui-se que a separação de contas foi sempre expressamente prevista para áreas de atividade, e que só paulatinamente foi sendo feita uma distinção entre gestão da infraestrutura, transporte de passageiros e transporte de mercadorias. A ideia de «separação» (ou «separadamente») foi associada a cada tipo de atividade e ligada, igualmente, aos financiamentos públicos, mas não a cada contrato de serviço público.

146. Ao contrário do que defende a Comissão, as disposições que invoca não incluem referências, expressas ou tácitas, aos contratos de serviço público, que também não constam dos considerandos que facilitam a sua interpretação. Nestas condições, é difícil discernir qual a finalidade da legislação, globalmente considerada em que a Comissão baseia a sua tese. Acresce que, nos trabalhos preparatórios da Diretiva 2001/12, a própria Comissão explicava que as finanças dos serviços de transporte de passageiros e de transporte de mercadorias deviam ser organizadas de forma transparente, razão pela qual propunha a alteração da Diretiva 91/440 no sentido da exigência de uma contabilidade separada para cada atividade [62], mas não fazia qualquer referência aos contratos de serviço público ou à necessidade de os mesmos serem apresentados de forma individualizada nas contas das empresas do setor ferroviário.

147. Por conseguinte, penso que o artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440 não pode ser invocado para exigir a apresentação individualizada dos contratos de serviço público nas contas da DB Regio AG.

i) Quanto ao artigo 6.º, n.º 1, em conjugação com o n.º 5 do anexo do Regulamento n.º 1370/2007

148. Já expus, em síntese, as posições adotadas pelas partes quanto a esta disposição: a Comissão baseia-se no seu efeito útil, dando ênfase ao n.º 5 do anexo [63], e o Governo alemão contrapõe que o mesmo não obriga à discriminação defendida pela Comissão.

149. Nos trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 1370/2007, a Comissão explicava o artigo 6.º, n.º 1, indicando que este remete para o anexo as condições e modalidades de cálculo das compensações em caso de adjudicação por ajuste direto [64]. Sobre o anexo, acrescentava, lapidar, mas não menos significativamente, que «simplifica o antigo anexo e limita-se *ao estritamente necessário para a definição das regras aplicáveis na ausência de concurso*» [65].

62 — Documento COM(1998) 480 final (junto pela Comissão à sua réplica, como anexo C.2, ponto 4, p. 9).

63 — Segundo a sua interpretação, a referência aos «custos de serviço público», conjuntamente com as «receitas de exploração» e os «pagamentos das autoridades públicas», apontaria para uma discriminação por contratos individuais na contabilidade da DB Regio AG.

64 — Proposta revista de Regulamento do Conselho e do Parlamento Europeu relativo aos serviços públicos de transporte de passageiros por via férrea e estrada, de 20 de julho de 2005 [COM(2005) 319 final, p. 14].

65 — *Ibidem*, p. 15; o sublinhado é meu.

150. Ora, não se vislumbra, nessas regras, que a separação diga respeito a cada contrato e que estes tenham de ser discriminados nas contas da empresa responsável pela prestação dos serviços públicos. Além do mais, os três travessões do n.º 5 do anexo seguem uma abordagem quase idêntica à do artigo 9.º, n.º 4, da Diretiva 91/440, ou seja, uma separação das contabilidades por áreas de atividade. A diferença em relação àquela disposição reside em que o anexo distingue entre atividades relativas a serviços sujeitos a obrigações de serviço público que beneficiam de compensação e outras atividades (além disso, unicamente no que diz respeito às adjudicações por ajuste direto).

151. Segundo o considerando 25 do Regulamento n.º 1370/2007, o seu objetivo é estabelecer um quadro jurídico para a compensação e/ou direitos exclusivos para os contratos de serviço público, adotando, no anexo, um sistema de cálculo que permite às autoridades públicas e às empresas prestadoras de serviços públicos demonstrar que as sobrecompensações foram evitadas (considerando 28).

152. O considerando 30 assinala que os contratos de serviço público adjudicados por ajuste direto deverão estar subordinados a maior transparência. No entanto, com exceção da separação contabilística já referida, não há outras regras em matéria de compensação que desenvolvam este princípio. Na realidade, a maioria das referências à transparência tem lugar nas normas sobre adjudicação e, em especial, sobre concursos [66].

153. Em todo o caso, os apelos a «aumentar a transparência» e a «evitar subvenções cruzadas», embora estejam relacionados com a tónica geral da legislação nesta matéria (e, desde logo, esclareçam o modo de interpretar o anexo), não podem levar ao ponto de alterar o seu conteúdo para exigir especificações contabilísticas que não figuram no texto nem podem ser lidas nas entrelinhas. *De lege ferenda* poderia ser desejável uma discriminação por contratos separados, como propõe a Comissão, mas, repito, no texto atual do anexo não encontro apoios que permitam identificar uma obrigação similar.

154. Em síntese, e sem que seja necessário analisar os restantes argumentos que as partes chamaram à colação, o artigo 6.º, em conjugação com o n.º 5 do anexo do Regulamento n.º 1307/2007 não pode ser invocado para exigir uma apresentação discriminada, nas contas de DB Regio AG, dos contratos de serviço público.

155. Por conseguinte, o quarto fundamento deve ser declarado improcedente.

VII – Quanto às despesas

156. Segundo o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Entendo que, no presente litígio, dado não terem sido acolhidos alguns dos pedidos da demandante, e uma vez que a República Federal da Alemanha pediu a condenação da Comissão, cabe decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

66 — V. artigos 4.º, n.ºs 1, alínea b), e 4, terceiro parágrafo, e 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1307/2007.

VIII – Conclusão

157. À luz das observações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça:

1) Declare que a República Federal da Alemanha violou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 91/440/CEE, ao não ter assegurado, através de uma elaboração adequada da contabilidade, o cumprimento da proibição de transferência do financiamento público destinado à gestão da infraestrutura ferroviária para serviços de transporte.

2) Julgue a ação improcedente quanto ao restante.

3) Condene a Comissão Europeia, a República Federal da Alemanha e a República Italiana a suportar as suas próprias despesas.