Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 26 maj 2016 [1]

Mål C-482/14

Europeiska kommissionen
mot

Förbundsrepubliken Tyskland

”Fördragsbrott — Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34 av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde — Separat redovisning för infrastrukturförvaltningen och för transportverksamheten samt för de olika typerna av transportverksamhet — Förbud mot att överföra medel från ett verksamhetsområde till ett annat”

I – Inledning

1. I förevarande mål har kommissionen gjort gällande att Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 6.1, 6.3 och 6.4 i direktiv 2012/34/EU, [2] samt artikel 6.1 i förordning (EG) nr 1370/2007. [3]

2. Tvisten handlar i korthet om överföring av vinster till moderbolaget, de tyska järnvägarnas holdingbolag, från dess dotterbolag och om dotterbolagens bokföring. Kommissionen anser att Förbundsrepubliken Tyskland inte iakttar förbuden (eller de räkenskapsregler som ligger bakom dem) mot att till andra områden föra över allmänna medel som är avsedda för infrastruktur, ersättningar för regionala persontransporttjänster och avgifter för utnyttjande av järnvägsnätet. Bakom detta finns vissa problem med anknytning till dolt stöd (eventuella korssubventioner) inom vertikalt integrerade företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster och förvaltar den infrastruktur som krävs för denna verksamhet.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde (EUT L 343, 2012, s. 32).

3 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315, 2007, s. 1).

II – Tillämpliga bestämmelser: unionsrätten

A – *Direktiv 2012/34*

3. För att skapa en större tydlighet genomfördes genom direktiv 2012/34 en partiell ändring, en omarbetning och en sammanslagning av följande direktiv: rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar,[4] rådets direktiv 95/18/EG av den 19 juni 1995 om tillstånd för järnvägsföretag[5] och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg.[6]

4. Genom artikel 65 första stycket i direktiv 2012/34 upphävdes direktiven 91/440 och 2001/14 ”från och med den 15 december 2012” (det vill säga från och med den dagen då det förstnämnda direktivet trädde i kraft), ”utan att det påverkar medlemsstaternas skyldigheter när det gäller tidsfristerna för införlivande med nationell lagstiftning av de direktiv som anges i del B i bilaga IX”.

5. Den 12 mars 2015 publicerades emellertid en rättelse i *Europeiska unionens officiella tidning*,[7] i vilken datumet för upphävande av direktiven 91/440 och 2001/14 flyttades fram till den 17 juni 2015, det vill säga en dag efter det att fristen för införlivande i den nationella lagstiftningen löpte ut, enligt artikel 64.1 i direktiv 2012/34.

B – Direktiv 91/440[8]

6. Skäl 2 i direktiv 2001/12 har följande lydelse:

”Rättvist och icke-diskriminerande tillträde till infrastrukturen behöver garanteras genom att vissa väsentliga uppgifter skiljs från varandra och/eller genom att det tillsätts en järnvägsregulator som kontrollerar och genomför uppgifterna samt genom att resultat- och balansräkningar skiljs från varandra.”

7. Artikel 2 i direktiv 91/440 har följande lydelse:

”1. Detta direktiv gäller för förvaltningen av järnvägsinfrastrukturen och järnvägstransporter utförda av järnvägsföretag som är etablerade eller kommer att etableras i en medlemsstat.

2. Järnvägsföretag vars verksamhet är begränsad till uteslutande stadstrafik, förortstrafik eller regional trafik omfattas inte av detta direktiv.”

8. Artikel 3 sista strecksatsen i direktivet har följande lydelse:

”I detta direktiv avses med

…

— regional trafik: transporter som utförs för att tillgodose transportbehoven i en region.”

4 — EGT L 237, 1999, s. 25.

5 — EGT L 143, 1995, s. 70.

6 — EGT L 75, 2001, s. 29.

7 — Rättelse till Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde (EUT L 67, 2015, s. 32).

8 — I dess ändrade lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/12/EG av den 26 februari 2001 om ändring av rådets direktiv 91/440/EEG om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 75, 2001, s. 1).

9. I artikel 6.1 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att separata resultat- och balansräkningar förs och offentliggörs dels för verksamhet som avser järnvägsföretags tillhandahållande av transporttjänster dels för verksamhet som avser förvaltningen av järnvägsinfrastruktur. Allmänna medel som utbetalas till det ena av dessa två verksamhetsområden får inte överföras till det andra.

Bokföringen för de två verksamhetsområdena skall göras på ett sätt som återspeglar detta förbud.”

10. Artikel 9.4[9] har följande lydelse:

”4. För järnvägsföretag skall resultaträkningar och antingen balansräkningar eller årsredovisning av tillgångar och skulder upprättas och offentliggöras för verksamhet som avser tillhandahållande av godstransport på järnväg. Medel som utbetalas till verksamhet som rör persontransport i allmänhetens tjänst skall redovisas separat i tillämplig bokföring och får inte överföras till verksamhet som rör andra transporttjänster eller andra verksamheter.”

C – *Direktiv 2001/14*

11. Skäl 38 och 39 i detta direktiv har följande lydelse:

”(38) Det är viktigt att säkerställa att avgifterna för internationell trafik tillåter att marknadens behov tillgodoses av järnvägen. Följaktligen bör infrastrukturavgifterna fastställas till den kostnad som uppstår som en direkt följd av den tågtrafik som bedrivs.

(39) Den generella nivån på kostnadstäckningen via infrastrukturavgifter inverkar på hur höga statliga bidrag som behövs. Medlemsstaterna kan tänkas fordra olika nivåer av generell kostnadstäckning via avgifter bland annat prishöjningar eller vinstuttag som marknaden kan bära samtidigt som kostnadstäckningen vägs mot den intermodala konkurrenskraften hos godstransporter med järnväg. I alla avgiftssystem är det dock önskvärt att möjliggöra att trafik som använder järnvägsnätet åtminstone kan täcka de extrakostnader som trafik på järnvägsnätet medför.”

12. I artikel 6 (”Infrastrukturkostnader och redovisning”) punkt 1 första stycket föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall bestämma villkor, inklusive i förekommande fall krav på förskottsbetalning, för att under normala verksamhetsförhållanden och över en rimlig tidsperiod säkerställa balans i en infrastrukturförvaltares räkenskaper, så att inkomsterna från infrastrukturavgifter, överskott från annan affärsverksamhet och statlig finansiering åtminstone täcker utgifterna för infrastrukturen.”

13. I artikel 7.1 föreskrivs följande:

”1. Avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur skall betalas till infrastrukturförvaltaren och användas för att finansiera dennes verksamhet.”

9 — Denna punkt har lagts till genom artikel 1.10 i direktiv 2001/12.

14. Artikel 8.1 har följande lydelse:

”1. För att uppnå full kostnadstäckning för infrastrukturförvaltarens kostnader får medlemsstaterna, om marknaden kan tåla detta, fastställa prishöjningar på grundval av principer om effektivitet, öppenhet och icke-diskriminering, samtidigt som största möjliga konkurrenskraft säkerställs, särskilt för internationella godstransporter med järnväg. Avgiftssystemet skall respektera de produktivitetsökningar som järnvägsföretagen uppnått.

Avgifternas nivå får dock inte sättas så högt att de marknadssegment som kan betala åtminstone den kostnad som uppstår som en direkt följd av driften av tågtrafiken, plus ett vinstuttag som marknaden kan bära, hindras från att använda infrastrukturen.

…”

D – *Förordning nr 1370/2007*

15. Enligt artikel 1.1 andra stycket är syftet med denna förordning följande:

”1. [Att fastställa] på vilka villkor de behöriga myndigheterna, när de ålägger eller ingår avtal om allmän trafikplikt, ger kollektivtrafikföretagen ersättning för ådragna kostnader och/eller beviljar ensamrätt som motprestation för fullgörande av allmän trafikplikt.”

16. Under rubriken ”Ersättning för allmän trafik” föreskrivs följande i artikel 6.1:

”1. Oberoende av hur avtalet har tilldelats ska all ersättning enligt en allmän bestämmelse eller enligt ett avtal om allmän trafik vara förenlig med bestämmelserna i artikel 4. Dessutom ska all slags ersättning knuten till en allmän bestämmelse eller till ett avtal om allmän trafik som har direkttilldelats i enlighet med artikel 5.2, 5.4, 5.5 eller 5.6 stämma överens med bestämmelserna i bilagan.”

17. Denna bilaga innehåller ett antal regler för beviljande av ersättning i de fall som avses i artikel 6.1. Punkt 5 i bilagan har följande lydelse:

”För att öka insynen och undvika korssubventioner ska ett kollektivtrafikföretag, som inte bara bedriver trafik som beviljas ersättning enligt reglerna för allmän trafikplikt utan även bedriver annan verksamhet, föra separata räkenskaper för de allmännyttiga tjänsterna på ett sätt som åtminstone uppfyller följande villkor:

— Särskilda räkenskaper ska föras för varje verksamhet, och motsvarande tillgångar och fasta kostnader ska fördelas i enlighet med gällande revisions- och skattebestämmelser.

— Samtliga rörliga kostnader, ett skäligt bidrag till de fasta kostnaderna och en rimlig vinst med anknytning till kollektivtrafikföretagets eventuella andra verksamheter får under inga omständigheter tas upp som kostnader för den allmännyttiga tjänsten i fråga.

— Kostnaderna för den allmännyttiga tjänsten ska balanseras mot verksamhetsintäkter och myndigheternas utbetalningar. Inga intäkter får föras över till något annat av kollektivtrafikföretagets verksamhetsområden.”

III – Faktiska omständigheter

18. Koncernen Deutsche Bahn, i vars topp holdingbolaget Deutsche Bahn AG (nedan kallat DB AG) återfinns, bedriver verksamhet inom området inhemska och internationella person- och godstransporter, logistik och tillhandahållande av kompletterande tjänster inom järnvägstransportområdet.

19. I § 9a AEG [10] föreskrivs att de olika anläggningar i järnvägsinfrastrukturen som avses i artikel 3.3 i direktiv 2012/34, jämförd med bilaga I till direktivet ska förvaltas av a) bolaget DB Netz AG, vad beträffar huvudvägnätet, det kompletterande nätet och dess anläggningar, b) DB Station & Service AG, som tillhandahåller tjänster med anknytning till driften av nätet, som perronger för passagerare och gods, däribland perronger vid stationer, och c) DB Energie GmbH, som sköter anläggningar för transformering och överföring av elkraft för tågdrift.

20. För person- och godstransporter (samt kompletterande tjänster som matservering) svarar olika företag som ingår i bolaget DB Mobility Logistics AG (nedan kallat DB ML AG), som är ett dotterbolag i koncernen Deutsche Bahn vars aktiekapital till 100 procent ägs av DB AG. Bland företagen som ingår i DB ML AG återfinns DB Regio AG, som tillhandahåller regionala järnvägstransporttjänster [11] i hela Förbundsrepubliken Tyskland.

21. DB AG har ingått avtal om kontroll och vinstöverföring (nedan kallade vinstöverföringsavtal) med sina dotterbolag DB Netz AG, DB Station & Service AG och DB Energie GmbH. Enligt dessa avtal a) överförs dotterbolagens vinst till moderbolaget, utan att det finns några villkor för hur DB AG får använda denna vinst, och b) åtar sig DB AG att täcka eventuella förluster i dotterbolagen.

22. I sin svarsskrivelse har den tyska regeringen lämnat vissa klargöranden. Den har särskilt påpekat att a) vinstöverföringsavtalen har två olika sidor, eftersom DB AG även åtar sig att täcka eventuella förluster i dotterbolagen, och b) de ekonomiska medel som DB Netz AG har erhållit från sitt moderbolag gott och väl överstiger den vinst som DB Netz AG har överfört till moderbolaget, enligt en samlad analys som gjorts för de senaste åren.

23. Den tyska regeringen har i sin duplik gjort gällande att Tjänste- och finansieringsavtal II trädde i kraft den 1 januari 2015. [12] Enligt detta avtal (§ 2a.1) ska dotterbolagens nettoresultat efter skatt i sin helhet överföras till förbundsstaten, inom ramen för lämnandet av utdelning, och i sin helhet investeras i infrastruktur.

IV – Det föregående administrativa förfarandet och förfarandet vid EU-domstolen

A – *Det administrativa skedet*

24. Genom en underrättelse av den 22 november 2012 informerade kommissionen de tyska myndigheterna om ett eventuellt åsidosättande av direktiven 91/440 och 2001/14, vilka fortfarande gällde vid den tidpunkten, samt av förordning nr 1370/2007. Kommissionen kritiserade Förbundsrepubliken Tyskland för att den tillät att de räkenskaper som DB AG förde inte iakttog förbuden mot överföring till andra områden, i synnerhet till persontransporter på järnväg, av a)

10 — Genom (§ 9) Allgemeines Eisenbahngesetz (den tyska allmänna järnvägslagen, nedan kallad AEG) av den 27 december 1993 införlivades i tysk rätt den skyldighet att hålla räkenskaperna åtskilda som föreskrivs i artikel 6 i direktiv 91/440.

11 — Även busstransporter, vilket är irrelevant i förevarande mål.

12 — Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (nedan kallat LuFV II).

allmänna medel avsedda för infrastruktur, b) ersättningar för persontransporttjänster på regional nivå, som tillhandahålls inom ramen för systemet för allmännyttiga tjänster, och c) avgifter för utnyttjande av järnvägsnätet. Denna överföring av medel skedde enligt kommissionen med hjälp av vinstöverföringsavtalen.

25. Den tyska regeringen svarade genom ett brev av den 20 mars 2013, i vilket den tillbakavisade kommissionens anmärkningar. Kommissionen skickade då ett motiverat yttrande till den tyska regeringen den 21 juni 2013, i vilken den höll fast vid sin ståndpunkt som den tidigare redovisat i sin underrättelse. Kommissionen uppmanade den tyska regeringen att inom två månader vidta de åtgärder som krävdes för att följa det motiverade yttrandet.

26. I inlaga av den 21 augusti 2013 vidhöll den tyska regeringen sitt tillbakavisande av kommissionens anmärkningar. Den tyska regeringens svar föranledde kommissionen att väcka förevarande talan.

B – *Förfarandet vid EU-domstolen*

27. Ansökan inkom till domstolens kansli den 31 oktober 2014 och svaromålet inkom den 4 februari 2015. Kommissionen ingav sin replik den 16 april 2015 och den tyska regeringen sin duplik den 11 juni 2015.

28. Den 12 mars 2015 ansökte Republiken Italien om att få intervenera till stöd för den tyska regeringens yrkanden. Efter att denna ansökan hade bifallits genom beslut av den 14 april 2015, inkom Republiken Italien med sin interventionsinlaga den 14 maj 2015.

29. På yrkande av den tyska regeringen i enlighet med artikel 76 i domstolens rättegångsregler, hölls en förhandling den 3 mars 2016 där ombuden för den tyska regeringen och kommissionen deltog.

V – Parternas yrkanden

30. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.1 i direktiv 91/440, genom att tillåta att allmänna medel som utbetalats till förvaltningen av järnvägsinfrastruktur kan överföras till transporttjänster,

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.1 i direktiv 91/440, genom att inte säkerställa att iakttagandet av förbudet mot överföring av allmänna medel från förvaltningen av järnvägsinfrastruktur till transporttjänster kan övervakas genom den typ av räkenskaper som förs,

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 7.1 i direktiv 2001/14, genom att inte säkerställa att infrastrukturavgifter endast kan användas för att finansiera infrastrukturförvaltarens verksamhet,

— fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 9.4 i direktiv 91/440 och artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, jämförd med punkt 5 i bilagan till förordning nr 1370/2007, genom att inte säkerställa att allmänna medel som utbetalas till tillhandahållande av persontransporttjänster redovisas separat i tillämplig bokföring, och

— förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

31. Den tyska regeringen har i första hand yrkat att domstolen ska avvisa talan och i andra hand att den ska ogilla talan och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32. Republiken Italien har yrkat att domstolen ska ogilla talan.

VI – Bedömning av talan

A – *Yrkandet att talan ska avvisas*

1. Huruvida talan kan avvisas i sin helhet

33. Förbundsrepubliken Tyskland har anfört två invändningar mot att talan kan tas upp till sakprövning. Dels har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att kommissionens anmärkningar är otydliga, dels har den vänt sig mot att kommissionen har hänvisat till direktiv 2012/34, vars frist för införlivande ännu inte hade löpt ut då talan väcktes.

a) Huruvida anmärkningarna generellt är otydliga

34. Enligt den tyska regeringen saknar talan, och i synnerhet anmärkningarna i den, den klarhet som krävs för att kunna avgöra om kommissionen kritiserar Tyskland för att inte ha införlivat unionsrätten i sin nationella lagstiftning på rätt sätt, eller för att ha tillämpat unionsrätten felaktigt eller till och med handlat rättsstridigt.

35. Det är väl känt att det enligt såväl artikel 120 c i domstolens rättegångsregler som den rättspraxis där den tolkas, krävs att ansökan ska uppfylla vissa villkor. Detta gäller även förfaranden om fördragsbrott. Ansökan ska innehålla uppgifter om föremålet för talan och en kortfattad framställning av grunderna för densamma. Dessa uppgifter ska vara så klara och precisa att svaranden ska kunna förbereda sitt försvar och domstolen utöva sin kontroll. Av detta följer att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter på vilka talan grundas på ett konsekvent och begripligt sätt ska framgå av innehållet i själva ansökan. [13]

36. Kommissionen har i sin ansökan angett såväl de unionsrättsliga bestämmelser som den har gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt (punkterna 2–12 i ansökan), som den relevanta nationella lagstiftningen, i synnerhet § 9 AEG (punkt 13 i ansökan) och vissa faktiska omständigheter (punkterna 14–26), vilket innebär att anmärkningarna kan förstås så som de har redovisats var och en för sig samt i själva yrkandena.

37. Vad beträffar frågan huruvida anmärkningarna är konsekventa, framgår det redan i början (punkt 1) av ansökan och i de efterföljande förtydligandena (exempelvis i punkterna 35, 52, 59 och 75–77) att de påstådda fördragsbrotten inte utgörs av ett bristfälligt införlivande av unionsrätten i den nationella rätten, utan av vissa beteenden som skiljs ut och preciseras i själva yrkandena.

38. Enligt min uppfattning kan det från formell synpunkt således konstateras att ansökan inte saknar den klarhet eller konsekvens som krävs enligt ovannämnda praxis, och att den ger medlemsstaten möjlighet att utöva sin rätt till försvar, vilket också har skett. Eftersom kommissionen inte har anklagat Förbundsrepubliken Tyskland för att ha införlivat unionsrätten felaktigt, är den tyska regeringens argument rörande anpassningen av den nationella rätten till de omtvistade bestämmelserna verkningslösa. Förevarande invändning om rättegångshinder ska därför ogillas.

13 — Dom av den 16 januari 2014, kommissionen/Spanien (C-67/12; EU:C:2014:5), punkterna 41 och 42 och där angiven rättspraxis.

b) Direktiv 2012/34 som grund för talan

39. Talan väcktes den 30 oktober 2014 och kommissionen angav i ansökan att den ansåg att direktiv 2012/34 hade åsidosatts. Det har framgått att det direktivet redan hade trätt i kraft vid den tidpunkten (artikel 66) och att bland annat direktiven 91/440 och 2001/14 hade upphävts genom direktiv 2012/34 (artikel 65) från och med den 15 december 2012. Den 12 mars 2015 publicerades emellertid en ”rättelse” i *Europeiska unionens officiella tidning*, enligt vilken datumet för upphävande av de ovannämnda direktiven sköts fram till den 17 juni 2015, det vill säga dagen efter utgången av fristen för införlivande i medlemsstaternas nationella lagstiftningar.

40. Till följd av denna ändring yrkade kommissionen, vars ansökan som byggde på åsidosättande av direktiv 2012/34 hade inkommit till domstolen den 30 oktober 2014 (före rättelsen), i sin replik att dess yrkanden skulle anses grunda sig på de motsvarande artiklarna i direktiven 91/440 och 2001/14 för det fall att direktiv 2012/34 ansågs irrelevant.

41. Den tyska regeringen har gjort gällande att Tyskland inte kan anses ha åsidosatt direktiv 2012/34, eftersom fristen för dess införlivande inte hade löpt ut när kommissionen ingav sin ansökan, vilket innebär att det är uppenbart att talan ska avvisas.

42. Jag anser inte att detta argument kan godtas. Dels framgår det av punkt 4 i ansökan att även om kommissionen hänvisade till direktiv 2012/34, innefattade anmärkningarna de delar i det sistnämnda direktivet som redan återfanns i direktiven 91/440 och 2001/14. Dels kan kommissionen inte klandras för att den har valt denna rättsliga grund. För att kunna stödja sin talan på gällande rätt, hade den inget annat val än att använda sig av det enda direktiv som gällde vid tidpunkten då talan väcktes, det vill säga direktiv 2012/34. Om kommissionen hade begränsat sig till de två upphävda direktiven (91/440 och 2001/14) skulle en invändning om rättegångshinder ha kunnat framställas mot den på grund av att den använt sig av bestämmelser som av tidsmässiga skäl saknade rättslig betydelse. Dessutom innehåller anmärkningarna i yrkandena i ansökan inom parentes, omedelbart efter hänvisningarna till direktiv 2012/34, de motsvarande bestämmelserna i direktiv 91/440 eller direktiv 2001/14, beroende på omständigheterna.

43. Det sätt på vilket kommissionen har åberopat bestämmelserna som grund för sina yrkanden förefaller inte bara korrekt utan dessutom det mest lämpliga, mot bakgrund av det märkliga retroaktiva återupplivandet av direktiven 91/440 och 2001/14, vilket beslutades av rådet den 12 mars 2015 genom en säregen ”rättelse”, när de båda direktiven hade upphört att gälla. [14]

44. Om jag hade föreslagit att talan skulle avvisas på denna grund, skulle det kort sagt ha varit synnerligen formalistiskt och varit liktydigt med en stränghet som byggt på en missuppfattning.

2. Huruvida var och en av de olika anmärkningarna ska avvisas

45. Den tyska regeringen har gjort gällande att de tre anmärkningarna är otydliga, bland annat på grund av att de innehåller formuleringarna ”genom att tillåta” (den första anmärkningen) och ”genom att inte säkerställa” (den andra och den tredje anmärkningen).

14 — Jag anser inte att det i förevarande mål är viktigt att slå fast huruvida metoden med rättelse är lämplig för att åstadkomma den rättsverkan som uppnåtts, det vill säga ett återupprättande av giltigheten för direktiv som upphävts.

46. Tydligheten och konsekvensen i anmärkningarna i en talan om fördragsbrott kan inte bedömas på grundval av några ord som ryckts ur den mening som de ingår i och ur sitt sammanhang i den aktuella inlagan. De formuleringar som den tyska regeringen kritiserar är i själva verket en sammanfattning av den mängd argument som kommissionen dessförinnan har anfört för att motivera sina anmärkningar. [15]

47. Inom ramen för detta mål syftar de två formuleringarna på olika ageranden från svarandens sida, vilka kommissionen anser är oförenliga med de skyldigheter för Förbundsrepubliken Tyskland som följer av direktiven (och förordningen) i fråga. Dessutom visar de utförliga yttrandena i den tyska regeringens svaromål och duplik, och deras innehåll, med all tydlighet att den har förstått de anmärkningar som riktats mot den och att den har kunnat försvara sig utan att begränsas av att anmärkningarna är otydliga. Förevarande invändning om rättegångshinder ska därför ogillas.

48. Att kommissionen inte har nämnt den konkreta bestämmelse i den nationella lagstiftningen som underlåtenheten som påtalats i den första och den fjärde anmärkningen avser, är inte heller klandervärt på ett sätt som innebär att talan ska avvisas, eftersom den tyska regeringen såsom framgått inte har anklagats för att ha införlivat de unionsrättsliga bestämmelserna på ett felaktigt sätt.

49. Sammanfattningsvis anser jag att invändningarna om rättegångshinder ska ogillas och att en bedömning ska göras i sak och jag kommer av systematiska skäl att börja med den andra anmärkningen.

B – *Den andra anmärkningen, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.1 i direktiv 91/440, genom att inte säkerställa att iakttagandet av förbudet mot överföring av allmänna medel från förvaltningen av järnvägsinfrastruktur till transporttjänster kan övervakas genom den typ av räkenskaper som förs*

1. Parternas argument

50. Kommissionen har gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 6.1 andra stycket i direktiv 91/440, genom att de räkenskaper som förs av företagen som ansvarar för järnvägsinfrastrukturen inte gör det möjligt att övervaka att förbudet mot att överföra allmänna medel från förvaltningen av denna infrastruktur till transporttjänster iakttas.

51. I synnerhet har kommissionen kritiserat att tillgångar som finansieras med allmänna medel inte förs in på tillgångssidan i koncernbolagens räkenskaper och att det inte heller framgår av vinstöverföringsavtalen i vilken omfattning dessa allmänna medel överförs, eftersom holdingbolagets räkenskaper inte visar om vinsten kommer från andra verksamheter än infrastrukturförvaltningen.

52. I sitt svaromål har den tyska regeringen anfört tre argument. För det första har den gjort gällande att artikel 6.4 i direktiv 2012/34 innebär en nyhet som inte återfanns i artikel 6.1 i direktiv 91/440 och därför inte är tillämplig i förevarande mål. [16]

53. För det andra har den tyska regeringen, i andra hand, vänt sig mot den tolkning av artikel 6.4 i direktiv 2012/34 som kommissionen har föreslagit. Enligt den tyska regeringen kräver denna bestämmelse enbart att räkenskaperna för järnvägstransportföretagen och för de företag som ansvarar för infrastrukturen ska hålla åtskilda, vilket koncernen DB AG enligt den tyska regeringen har gjort genom att göra en organisatorisk uppdelning mellan områdena transport (DB ML AG och dess

15 — Domstolen har använt dessa formuleringar i domslutet i vissa domar som den meddelat i mål om fördragsbrott. Inom samma område, det vill säga järnvägslagstiftning, se punkt 1 i domslutet i dom av den 3 oktober 2013, kommissionen/Italien (C-369/11; EU:C:2013:636).

16 — Den har i detta sammanhang anfört att fristen för att införliva direktiv 2012/34 i den nationella rätten inte hade löpt ut vid tidpunkten för det motiverade yttrandet.

dotterbolag) och infrastrukturförvaltning (DB Netz AG, DB Station & Service AG och DB Energie GmbH). Den tyska regeringen menar att detta synsätt överensstämmer med det som kommissionen har fört fram i sitt förslag till nytt direktiv, inom ramen för det så kallade Fjärde järnvägspaketet,[17] i vilket det i artikel 7a.3 föreskrivs att det ska ske en fullständig uppdelning av de finansiella kopplingarna mellan infrastrukturförvaltaren och transportföretagen, vilket enligt den tyska regeringen visar, *e contrario*, att den gällande lagstiftningen inte syftar till en så radikal åtskillnad.

54. För det tredje har den tyska regeringen, även här i andra hand och av försiktighetsskäl, gjort gällande att den korrekt har införlivat artikel 6.4 i direktiv 2012/34 i den nationella rätten och att det till och med skedde innan fristen för införlivande hade löpt ut. Den har vidare anfört att den omständigheten att det saknas hänvisningar till de allmänna medlen på tillgångssidan i balansräkningen, inte innebär att de inte bokförs i internredovisningen.

55. Kommissionen har genmält att den tyska regeringen i själva verket inte har bemött anmärkningen att de allmänna medlen inte redovisas i infrastrukturförvaltarnas räkenskaper. Denna brist gör det omöjligt att kontrollera att förbudet mot att överföra allmänna medel till transporttjänsterna iakttas, vilket i sig strider mot artikel 6.1 i direktiv 91/440. Kommissionen medger att en del av artikel 6.4 i direktiv 2012/34 utgör en ”nyhet”, men bara vad beträffar ordalydelsen, eftersom andemeningen och innehållet inte har ändrats, vilket enligt kommissionen framgår av förslaget till direktiv.[18]

56. Vad beträffar redovisningen av de allmänna medlen, har kommissionen gjort gällande att artikel 6.1 andra stycket i direktiv 91/440 ska tolkas mot bakgrund av det första stycket, i vilket balansräkningar och resultaträkningar, som ska offentliggöras, uttryckligen nämns, vilket innebär att det inte räcker att uppgifterna återfinns i ”internredovisningen”.

57. Inom ramen för sin intervention har den italienska regeringen klargjort att den delar den tyska regeringens uppfattning att artikel 6.4 i direktiv 2012/34 innebär en nyhet och att den därför inte kan göras gällande mot medlemsstaterna. Den italienska regeringen har tillagt att formuleringen ”medger övervakning” ska jämföras med artikel 56.12 i samma direktiv, enligt vilken regleringsorganet ska ha befogenhet att utföra revisioner hos infrastrukturförvaltare, just för att kontrollera om kravet på särredovisning efterlevs. Den italienska regeringen har gjort gällande att det i artikel 56 hänvisas till bilaga VIII och den har betonat att den grad av precision med vilken det i den bilagan anges vilken bokföring som infrastrukturförvaltarna ska tillställa regleringsorganet, utgör en nyhet.

58. Som svar på dessa yttranden har kommissionen gjort gällande att syftet med artikel 56 inte är att reducera innehållet i artikel 6 till vilken det hänvisas, utan att tilldela regleringsorganet ett antal befogenheter för att underlätta dess arbete, exempelvis att begära in de handlingar som anges i bilaga VII som är av särskilt intresse för detta organ.

2. Bedömning

59. Den anmärkning som kommissionen har riktat mot Förbundsrepubliken Tyskland (huvudsakligen att den har åsidosatt artikel 6.1 i direktiv 91/440) bygger på att de allmänna medel som de tyska myndigheterna har tillhandahållit för att finansiera tillgångarna inte på ett korrekt sätt avspeglas i infrastrukturförvaltarens balansräkning eller resultaträkning och inte heller har förts in på tillgångssidan i koncernens räkenskaper. Det sätt på vilket dessa räkenskaper förs gör det inte möjligt att kontrollera om förbudet mot att överföra allmänna medel från förvaltningen av järnvägsinfrastruktur till transporttjänster efterlevs.

17 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättandet av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde vad avser öppnandet av marknaden för inhemsk persontrafik på järnväg och om styrningen av järnvägsinfrastrukturen (COM(2013) 29 final, av den 30 januari 2013), s. 14.

18 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om inrättande av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde (COM(2010) 475 final, av den 17 september 2010], s. 6.

60. Den bestämmelse som kommissionen har gjort gällande att den har åsidosatts innehåller tre grundvillkor: a) räkenskaperna för den verksamhet som hänför sig till tillhandahållandet av transporttjänster och räkenskaperna för verksamhet som hänför sig till förvaltningen av järnvägens infrastruktur ska hållas åtskilda, vilket innebär att de ska föras och offentliggöras var för sig (den första meningen i det första stycket),[19] b) allmänna medel får inte överföras från ett av dessa verksamhetsområden till det andra, inte heller i redovisningshänseende, vilket är liktydigt med ett förbud mot korssubventioner (den andra meningen i första stycket), och c) räkenskaperna för de två verksamhetsområdena ska föras på ett sätt som återspeglar detta förbud (andra stycket).

61. Den tyska regeringen har i första hand gjort gällande att skyldigheten att föra räkenskaper på ett sätt som ”gör det möjligt att kontrollera om förbudet mot att överföra medel efterlevs” uttryckligen har förts in i direktiv 2012/34, i den nuvarande artikel 6.4, vilket innebär att denna skyldighet inte förelåg tidigare, eftersom fristen för införlivande av det direktivet inte hade löpt ut när förevarande talan väcktes.

62. Jag anser inte att detta argument kan godtas, eftersom bestämmelsen, så som den var utformad i ursprungsversionen från 1991, redan då syftade till en kontroll av korssubventioner och således föreskrev att bokföringen ska vara tydlig. I den ursprungliga lydelsen av artikel 6.1 andra stycket i direktiv 91/440, vilken inte har ändrats i direktiv 2001/12, föreskrevs att ”räkenskaperna för de två verksamhetsområdena [infrastruktur och transporttjänster] skall föras på ett sätt som återspeglar detta förbud” mot att överföra statliga medel från det ena området till det andra.

63. Det framgår av skäl 4 att syftet med direktiv 91/440 var att underlätta en effektiv drift av järnvägssystemet genom att göra åtskillnad mellan transportverksamheten och förvaltningen av den infrastruktur som krävs för denna verksamhet, vilket under alla förhållanden kräver att dessa verksamhetsområden även ska ha separat redovisning. Genom direktiv 2001/12 har denna tanke förstärkts och skyldigheten att föra separata räkenskaper har utvidgats till att omfatta de två viktigaste handlingarna, nämligen resultaträkningar och balansräkningar. Dessutom utökades skyldigheten till att omfatta företag som svarar för person- och godstransporttjänster, enligt skäl 9 i det sistnämnda direktivet.

64. Den tanke som låg bakom denna åtskillnad var i de båda direktiven att åstadkomma full insyn och klargöra införandet av vissa kostnader för infrastrukturen, såsom kostnaderna för skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, kostnader för byggande av infrastruktur som inte går att återvinna (sunk costs), kostnader för underhåll och kostnader för förvaltning av infrastruktur och tilldelning av infrastrukturkapacitet.[20]

65. Den insyn som åstadkoms genom redovisningen,[21] skulle dessutom göra det lättare att kontrollera om det förelåg korssubventioner, vilka var förbjudna enligt den andra meningen i artikel 6.1 i direktiv 91/440 sedan den ursprungliga lydelsen. Mot bakgrund av detta kan verbet ”återspegla”[22] endast uppfattas så att det ska underlätta kontrollen av efterlevnaden av förbudet, vilket knappast kan uppnås om det inte kommer till uttryck i redovisningen. Det är inte heller så att den nya lydelsen i direktiv 2012/34 innebär att det har införts en särskild kontrollskyldighet (vilket skulle ha inneburit en nyhet i förhållande till den föregående versionen), utan där föreskrivs snarare att en kontroll eventuellt ska göras, efter att redovisningen på ett adekvat sätt har ”återspeglat” detta förbud.

19 — Dom av den 28 februari 2013, kommissionen/Tyskland(C-556/10; EU:C:2013:116), punkt 55.

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

21 — Kommissionens arbetsdokument – Förklaring av enskilda artiklar i förslaget till direktiv om tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet och uttag av avgifter för järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg (KOM 1998, 480 slutlig), s. 5 (nedan kallat dokument KOM 1998, 480 slutlig).

22 — I de språkversioner som jag har jämfört används samma verb eller uttryck på ett liknande sätt: ”reflects”, i den engelska versionen; ”reflète”, i den franska; ”Dieses Verbot muss … zum Ausdruck kommen”, i den tyska; ”iflettere”, i den italienska; ”reflectir”, i den portugisiska; ”Dit verbod moet terug te vinden zijn”, i den nederländska; och ”återspeglar”, i den svenska.

66. Således kan det argument som den tyska regeringen har anfört i första hand inte godtas.

67. I andra hand har den tyska regeringen i korthet gjort gällande att artikel 6.1 i direktiv 91/440 kräver att räkenskaperna för tillhandahållandet av transporttjänster och räkenskaperna för förvaltningen av järnvägens infrastruktur ska hållas åtskilda, men inte att de allmänna medel som erhållits ska synas i resultat- och balansräkningarna. Det är enligt den tyska regeringen tillräckligt att de, såsom är fallet med de tyska järnvägsföretagen, återfinns i deras internredovisning.

68. Jag anser liksom kommissionen att denna tolkning inte kan godtas. Redan i förordning (EEG) nr 2830/77 [23] föreskrevs det en skyldighet att allmänna medel skulle anges såväl i balansräkningar (”bidrag till investeringskostnader – vilket innefattar bidrag från staten … för genomförande av vissa investeringsprojekt”), [24] som i resultaträkningar (konto 74, ”ersättning och stöd” och konto 91.5, ”tillskott för bokslutsutjämning”). [25] I skäl 1 i den förordningen angavs det att de bestämmelser som reglerar de ekonomiska relationerna mellan stater och järnvägsföretag bör grundas på de företagsekonomiska och redovisningsmässiga principer som tillämpas på industri- och handelsföretag. Dessutom angavs det att ett syfte med förordningen var att göra det lättare att avläsa företagens ekonomiska resultat och omfattningen av statens ekonomiska engagemang.

69. Det stämmer visserligen att förordning nr 2830/77 upphävdes genom artikel 37 i direktiv 2001/14, men kommissionen klargjorde då den redovisade skälen för ändringen av direktiv 91/440, vilken presenterades i samma uppsättning av åtgärder som direktiv 2001/12, att det trots giltigheten av dessa skyldigheter för järnvägsföretagen enligt förordning nr 2830/77, var lämpligt att föra in dem *på ett klart och otvetydigt sätt* i direktiv 91/440 (genom direktiv 2001/12). [26] Den slutliga lydelsen av artikel 6.1 i direktiv 91/440 är identisk med lydelsen i förslaget.

70. Det följer av de ovanstående förklaringarna att omnämnandet av balans- och resultaträkningar i artikel 6.1 i direktiv 91/440, på samma tvingande vis ersatte skyldigheten att föra in de allmänna medlen i dessa dokument, vilken redan hade funnits sedan 1978, enligt förordning nr 2830/77.

71. Det skulle för övrigt vara motsägelsefullt om det inte var så och om – vilket inte är fallet – ändringen av direktiv 91/440, vars syfte just var att öka insynen i företagens redovisning, skulle ha försvagat skyldigheten att använda sig av balans- och resultaträkningarna för att uppnå syftet att få till stånd en större tydlighet i de ekonomiska förbindelserna mellan staten och järnvägsbolagen.

72. Sammanfattningsvis innebär inte enbart den omständigheten att dessa medel återfinns i järnvägsföretagens internredovisning, vilket den tyska regeringen har hänvisat till, att villkoren i artikel 6.1 i direktiv 91/440 är uppfyllda. Följaktligen kan inte heller det andra argumentet godtas.

73. Det tredje argumentet som har anförts av den tyska regeringen, vilken har gjort gällande att direktivet har införlivats korrekt i dess rättsordning, är verkningslöst eftersom kommissionen som nämnts inte har hävdat att införlivandet är bristfälligt.

74. Inte heller kan den italienska regeringens motsvarande argument godtas, eftersom fördragsbrottet inte ska prövas mot bakgrund av direktiv 2012/34 (vilket är det direktiv som innehåller artikel 56 som den har hänvisat till), utan mot bakgrund av direktiv 91/440, som inte innehåller någon liknande bestämmelse. I artikel 56 beskrivs de uppgifter och befogenheter som medlemsstaterna ska tilldela sina regleringsorgan inom järnvägssektorn, bland annat rörande revisioner, vilka även enligt punkt 12 innefattar efterlevnaden av skyldigheten att särredovisa enligt artikel 6.

23 — Rådets förordning (EEG) nr 2830/77 av den 12 december 1977 om åtgärder som krävs för att göra järnvägsföretagens redovisningssystem och årsbokslut jämförbara (EGT L 334, 1977, s. 13; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 227).

24 — Artikel 4.1, jämförd med bilagorna I och II till förordning nr 2830/77.

25 — Artikel 4.2 jämförd med bilagorna III och IV till förordning nr 2830/77.

26 — Dokument KOM 1998, 480 slutlig, s. 9.

75. Av ovanstående överväganden följer att eftersom de allmänna medel som är avsedda för infrastrukturen inte återspeglas i dotterbolagens eller moderbolagets offentliga räkenskaper, en omständighet som den tyska regeringen inte alls har förnekat, gör framställningen av dessa räkenskaper det omöjligt att kontrollera om förbudet mot att överföra dessa medel till järnvägstransportområdet efterlevs. Den andra anmärkningen i ansökan ska således godtas.

C – *Den första anmärkningen, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 6.1 i direktiv 91/440 genom att med hjälp av vinstöverföringsavtal tillåta att järnvägstransporttjänster finansieras med medel som är avsedda för järnvägsinfrastruktur*

1. Parternas argument

76. Enligt kommissionen tillåter Förbundsrepubliken Tyskland genom vinstöverföringsavtalen (som moderbolaget har ingått med de tre dotterbolag som ansvarar för infrastrukturen), att en del av de allmänna medel som anslagits för förvaltningen av järnvägsinfrastrukturen förs över till verksamheter som har anknytning till transporttjänsterna. Detta agerande innebär ett åsidosättande av artikel 6.1 i direktiv 91/440.

77. Så är enligt kommissionen i synnerhet fallet när vinsterna i de företag som ansvarar för järnvägsinfrastrukturen (det vill säga DB Netz AG, DB Station & Service AG och DB Energie GmbH) endast har uppkommit tack vare de allmänna medel som tilldelats dessa företag. Mot bakgrund av DB AG:s åtagande i vinstöverföringsavtalen, i vilka bolaget har förbundit sig att täcka eventuella förluster i dotterbolagen, skulle de vinster som förs över på det här sättet kunna användas för att täcka underskott i transporttjänsterna.

78. Det är enligt kommissionen irrelevant att dessa medel inte får överföras direkt från vissa bolag i koncernen till andra utan att överföringen sker indirekt, via överföringen av vinster till moderbolaget. Båda dessa förfaranden är enligt kommissionen oförenliga med lydelsen av och andemeningen i artikel 6.1 i direktiv 91/440.

79. Den tyska regeringen tolkar denna artikel så att den inte utgör hinder för att dotterbolagen erhåller vinster och senare överför dem till moderbolaget. Den förbjuder bara överföring av de offentliga medel som är avsedda för infrastrukturen, men inte överföring av de inkomster som de företag som ansvarar för förvaltningen av infrastrukturen får genom sin affärsverksamhet, vilka omfattas av artikel 7.1 i direktiv 2001/14. Under alla förhållanden är enligt den tyska regeringen den åtskillnad som görs i de två bestämmelserna mellan allmänna medel (artikel 6.1 i direktiv 91/440) och inkomster från avgifter för utnyttjande av infrastrukturen (artikel 7.1 i direktiv 2001/14) oberoende av frågan huruvida inkomsterna erhållits genom subventionerade tillgångar.

80. Vad beträffar frågan om artikel 6.1 i direktiv 91/440 har införlivats i tysk rätt, har den tyska regeringen anfört att så är fallet, och att det skett korrekt, genom § 9.1b AEG.

81. Den tyska regeringen har förnekat att medlen skulle döljas, såsom kommissionen har gjort gällande, eftersom de återfinns i DB AG:s redovisning, även om endast nettovärdet av det offentliga stödet anges i årsredovisningen, en faktor som används för att beräkna de vinster som ska överföras till moderbolaget eller de förluster som ska ersättas. Dessutom måste de allmänna medel som går till de företag som ansvarar för järnvägsinfrastrukturen i sin helhet användas för sådana investeringsprojekt som de är avsedda för, vilket innebär att de inte kan öka vinsterna. Medan dessa företag står för kostnaderna för underhåll och reparationer av järnvägarna, ankommer det på *Bund*,

förbundsstaten, i enlighet med den uppgift som den har tilldelats i grundlagen,[27] att planera för behoven rörande järnvägsnätet, samt genom bidrag finansiera investeringsprojekt.[28]

82. I sin replik har kommissionen motsatt sig Förbundsrepubliken Tysklands tolkning av artikel 6.1 i direktiv 91/440. Enligt kommissionen framgår det av direktiv 2001/12 att den artikeln syftade till att säkerställa likabehandling och icke-diskriminering för alla järnvägsföretag, ett syfte som endast kunde uppnås om hela finansieringen av infrastrukturen beaktades, med samtliga kostnader för den, å ena sidan, och samtliga intäkter, det vill säga de allmänna medlen och avgifterna för utnyttjandet av järnvägsnätet, å andra sidan. Kommissionen menar att den tyska regeringens påstått systematiska tolkning av bestämmelsen i fråga fråntar den dess ändamålsenliga verkan.

83. Kommissionen har också tillbakavisat att uttrycket ”allmänna medel” i artikel 6.1 i direktiv 91/440 enbart skulle avse allmänna medel som anslagits från en offentlig budget och enligt en viss rättslig grund. Det som denna artikel syftar till är att förhindra korssubventioner och såväl dess lydelse som förarbetena[29] bekräftar att det rör sig om statliga medel i den mening som avses i reglerna om statligt stöd (artikel 107 FEUF), där samma formuleringar används.

84. Kommissionen har dels gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland inte säkerställer att de allmänna medel som utbetalas till bolagen som förvaltar infrastrukturen i koncernen DB AG begränsar sig till det finansieringsunderskott som orsakas av otillräckliga intäkter, dels att artikel 8 i direktiv 2001/14, i sin helhet, inte ger infrastrukturförvaltaren rätt att beräkna avgifterna för utnyttjande av denna infrastruktur på ett sätt som systematiskt ger upphov till vinst. Dessutom anser kommissionen att de interna kontroller som tillämpas i Förbundsrepubliken Tyskland inte är lämpade för att hejda överföringen av allmänna medel.

85. I sin duplik har den tyska regeringen gjort gällande att kommissionen inte har styrkt sina argument och den försvarar de kontroller av hur de allmänna medlen används som Bundesnetzagentur[30] och Bundesrechnungshof gör i förväg och i efterhand.[31] Den tyska regeringen har även gjort gällande att anmärkningen har förlorat sitt föremål sedan den 1 januari 2015 då LuFV II trädde i kraft.[32]

86. Den italienska regeringen har i sin tur hävdat att artikel 6.1 i direktiv 91/440 beaktar att det finns finansiella flöden mellan staten och den som förvaltar järnvägsnätet, men att där endast föreskrivs bokföringsregler för att undvika risken för korssubventioner. Den italienska regeringen anser dessutom att det inte finns något som hindrar att förvaltaren av järnvägsnätet förvaltar vinsterna självständigt.

87. Vad beträffar detta har den italienska regeringen framhållit att domstolen har slagit fast att företagen får vara uppbyggda som holdingbolag[33] och att kommissionens ståndpunkt minskar järnvägskoncernernas möjlighet att bedriva sin verksamhet oberoende, vilket strider mot artiklarna 4 och 5 i direktiv 91/440.

88. Kommissionen har svarat genom att upprepa att den omständigheten att företagen får vara uppbyggda som holdingbolag, inte i sig innebär att de finansiella flödena inom koncernen är rättsenliga.

27 — Den hänvisar till artikel 87e.4 *Grundgesetz* (grundlagen).

28 — § 8.1 och 8.4 i Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz, lagen om utbyggnad av järnvägsnätet i förbundsrepubliken; BGBl. I. s. 1874).

29 — Se det arbetsdokument från kommissionen som nämns i fotnot 21 i förevarande förslag till avgörande, s. 30.

30 — Federalt organ för reglerade tjänster.

31 — Den tyska federala revisionsrätten; med stöd av § 91 Bundeshaushaltsordnung (den federala allmänna budgetlagen; senaste ändring i BGBl. I s. 2178 och följande sidor, i synnerhet s. 2182).

32 — Se punkt 23.

33 — Den har hänvisat till dom av den 28 februari 2013, kommissionen/Tyskland (C-556/10; EU:C:2013:116), punkt 55.

2. Bedömning

89. Vid bedömningen av den första anmärkningen ska det till att börja med klargöras att det följer av domstolens praxis då den tolkat artikel 6.1 i direktiv 91/440, att denna bestämmelse bara kräver att separata räkenskaper förs för verksamhet som avser järnvägsföretags tillhandahållande av transporttjänster och för verksamhet som avser förvaltningen av järnvägsinfrastruktur.[34] Således kan giltigheten av bolag som är uppbyggda som holdingbolag – eller deras verkningar – inte ifrågasättas, vare sig direkt eller indirekt.

90. Det är också lämpligt att ta reda på vilka medel som åsyftas i artikel 6.1 i direktiv 91/440, eftersom kommissionen menar att avgifter för utnyttjande av järnvägsnätet ingår i detta begrepp, vilket jag inte anser är relevant. Dessa intäkter kommer från användarna som motprestation för den verksamhet som företagen som ansvarar för järnvägsinfrastrukturen bedriver, och de är därför inte att betrakta som allmänna medel som staten tillhandahåller dessa företag. Av sådan karaktär är däremot det stöd som är avsett att kompensera för underskott som dessa företag drabbas av, om fastställandet och uttaget av avgifter inte täcker kostnaderna för underhåll och drift av denna infrastruktur (utjämningsbidrag), i den mån det utbetalas direkt av en myndighet. Som framgår av bedömningen av den tredje anmärkningen har Tyskland infört ett system med avgifter som bygger på genomsnittskostnaden, vilket till och med gör det möjligt för det företag som ansvarar för infrastrukturen att erhålla vinst, och det innebär att inget ytterligare stöd borde utgå för detta. Följaktligen får kommissionens anmärkning endast anses avse de allmänna medel som den tyska staten (eller något av de organ som ingår i den, i vid bemärkelse) direkt ställer till förfogande.

91. Vad beträffar korssubventioner kräver artikel 6.1 i direktiv 91/440 att förbudet mot dessa återspeglas i bokföringen för de två verksamhetsområdena inom järnvägssektorn (tillhandahållande av transporttjänster och infrastrukturförvaltning). Om kommissionen gör gällande att en medlemsstat åsidosätter denna artikel, måste den lägga fram tillräckliga bevis för att styrka att de statliga medel som betalats ut till ett av dessa verksamhetsområden verkligen har överförts till det andra och att bokföringen (avseende det ena eller det andra området) inte har avspeglat detta missförhållande.

92. Det följer av fast rättspraxis att i ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, åligger det kommissionen att bevisa det påstådda fördragsbrottet och förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger. Kommissionen får därvidlag inte stödja sig på någon presumtion.[35] Om anmärkningen rör genomförandet av en nationell bestämmelse krävs bevisning av särskilt slag i förhållande till den som normalt är i fråga inom ramen för en fördragsbrottstalan som endast avser innehållet i en nationell bestämmelse för att ett fördragsbrott ska anses vara styrkt. Under sådana omständigheter kan ett fördragsbrott endast bevisas med stöd av en tillräckligt dokumenterad och utförlig beskrivning av den praxis som läggs den nationella förvaltningen till last och som den berörda medlemsstaten kan ställas till svars för.[36]

93. De handlingar som kommissionen har lagt fram som stöd för sin ståndpunkt visar hur förlusterna och vinsterna i de dotterbolag som ansvarar för infrastrukturen har utvecklats (bilaga A.2 till ansökan). Kommissionen har dessutom tillhandahållit en kopia av ett exemplar av vinstöverföringsavtalet mellan DB AG och DB Netz AG (bilaga A.1). Med dessa handlingar ville kommissionen betona att eftersom vinsterna enligt kommissionen erhölls enbart tack vare att de allmänna medlen bokfördes inom infrastrukturområdet, gjorde överföringsavtalet det möjligt att föra över dem till det förlustbringande transporttjänstområdet (det föreligger som nämnts en skyldighet att täcka dessa förluster enligt det avtal som ingåtts med företagen inom transporttjänstområdet).[37]

34 — Ibidem.

35 — Dom av den 3 oktober 2013, kommissionen/Italien (C-369/11; EU:C:2013:636), punkt 68 och där angiven rättspraxis.

36 — Dom av den 27 april 2006, kommissionen/Tyskland (C-441/02; EU:C:2006:253), punkt 49 och där angiven rättspraxis.

37 — De handlingar och bilagor som har bifogats är egentligen inte att betrakta som bokföringshandlingar i den mening som avses i artikel 6. Det anges inte på vilket sätt eller i vilka poster i dessa företags bokföring som de har underlåtit att återspegla förbudet.

94. Kommissionen för ett resonemang, inte utan logik, som syftar till att bekräfta dess misstankar om att överföringen av vinster, från de dotterbolag som svarar för infrastrukturen till DB AG, bygger på de allmänna medel som anslagits för infrastrukturen och som senare används för företagen inom transporttjänstområdet. Denna misstanke är emellertid inte tillräcklig för att styrka att det påstådda fördragsbrottet föreligger, eftersom det inte har bekräftats utan endast antagits att det faktiskt skett en överföring av allmänna medel från ett område till ett annat.

95. Anmärkningen att det inte finns tillräckliga garantier för att förhindra en sådan överföring av medel kan inte heller ligga till grund för en fällande dom. Eftersom det inte har ifrågasatts att sådana överföringar är förbjudna enligt tysk rätt, på samma sätt som i direktiv 91/440, och eftersom det finns interna kontrollorgan som kan kontrollera dem, skulle påståendet om åsidosättande av artikel 6.1 i direktivet ha krävt att det styrktes att överföringarna verkligen har ägt rum, och det räcker inte med ett påstående om att det inte finns tillräckliga försiktighetsåtgärder för att förhindra dem.

96. Det kan inte krävas att kommissionen ska bevisa något som inte kan bevisas (probatio diabolica) och det går alltså inte att kräva den på handlingar som inte finns eller som är omöjliga att förete. Emellertid revideras och offentliggörs dotterbolagens och moderbolagets resultat- och balansräkningar. Vidare kan kommissionen vinna bifall för sitt yrkande, det vill säga att det ska slås fast att bokföringsskyldigheten har åsidosatts, om det konstateras att de allmänna medel som kommissionen hänvisar till inte återspeglas i dessa resultat- eller balansräkningar – så som jag har föreslagit inom ramen för bedömningen av den andra anmärkningen.

97. Om det saknas uppgifter om de allmänna medlen i järnvägsföretagens räkenskaper och denna brist gör det svårare att lägga fram bevis för att styrka den första anmärkningen, anser jag med andra ord att det konsekventa är att slå fast det, snarare än att hålla fast vid en anmärkning som ingår i yrkandena i ansökan men som kommissionen inte har möjlighet att styrka skriftligen.

98. Resonemanget kring fördelningen av vinster som helt eller delvis erhållits genom allmänna medel (eftersom det görs gällande att DG Netz AG:s vinster under vissa år bara var möjliga tack vare stödet) är således inget annat än ett antagande utan konkreta bevis som gör det möjligt att bifalla den här delen av talan. För det hade det krävts att det på ett trovärdigt sätt kunnat styrkas att de rättsstridiga överföringarna verkligen hade ägt rum, i materiellt och bokföringsmässigt hänseende. Till detta ska läggas att den omständigheten att LuFV II[38] har funnits sedan 2015 tycks ha klargjort vad som skett med infrastrukturföretagens nettoresultat, vilka ska överföras till förbundsstaten för att återinvesteras inom samma område.

99. Jag anser således att kommissionen inte har lagt fram tillräckliga bevis för att styrka den första anmärkningen.

38 — Se återigen punkt 23.

D – *Den tredje anmärkningen, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 7.1 i direktiv 2001/14, genom att inte säkerställa att infrastrukturavgifter endast kan användas för att finansiera infrastrukturförvaltarens verksamhet*

1. Parternas argument

100. Kommissionen har gjort gällande att de vinstöverföringsavtal som DB AG har ingått med sina dotterbolag som ansvarar för järnvägsinfrastrukturen, innebär att de avgifter som tas ut för utnyttjandet av infrastrukturen överförs till moderbolaget. Detta förfarande innebär enligt kommissionen att avgifterna inte uteslutande går tillbaka till infrastrukturförvaltarnas verksamhet, vilket strider mot vad som föreskrivs i artikel 7.1 i direktiv 2001/14. Så skulle vara fallet om det i avsaknad av intäkter från avgifter inte skulle ha uppkommit någon vinst.

101. Den tyska regeringen har vänt sig mot denna ståndpunkt och gjort gällande att artiklarna 6.1, 7.1 första stycket och 8.1 i direktiv 2001/14 ur ett systematiskt perspektiv medger att infrastrukturförvaltaren erhåller en viss avkastning, vilken utgör en del av de avgifter som kan tas ut. Det finns inte heller någon bestämmelse som reglerar hur den vinst som förvaltaren har erhållit ska användas, utan det står denne helt fritt att överföra vinsten till moderbolaget enligt den tyska regeringen.

102. Det innebär enligt den tyska regeringen att direktiv 2001/14 inte utgör hinder för att vinster överförs när de har erhållits tack vare avgifterna för utnyttjande av infrastrukturen, vilka beräknats på grundval av en rimlig avkastning på företagets egna medel. I § 14.4 första meningen AEG föreskrivs att avgifterna ska fastställas så att de täcker infrastrukturförvaltarens kostnader (mot bakgrund av den möjlighet som öppnas genom artikel 8.1 i direktiv 2001/14) och på dessa kan läggas ett visst vinstuttag om marknaden medger det. Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande, ger en vinst som uppkommit på detta sätt inte upphov till något finansieringsunderskott för infrastrukturen.

103. Avslutningsvis har den tyska regeringen hävdat att dess tolkning bekräftas av ett nyligen framlagt förslag till ändring som har utarbetats av kommissionen inom ramen för det fjärde järnvägspaketet (artikel 7a), enligt vilket de intäkter som erhålls genom utnyttjandet av infrastrukturen måste användas för drift och underhåll av järnvägarna.[39]

104. I sin replik har kommissionen påpekat att artikel 6 i direktiv 2001/14 förklaras genom metoden för avgiftsberäkning, vilken normalt sker på grundval av de direkta kostnaderna (artikel 7.3) och på grund av det kroniska underskott som de förvaltande företagen ställs inför om inte myndigheterna, åtminstone delvis, täcker kostnaderna för infrastrukturen. I det perspektivet innebär artikel 6 att medlemsstaterna är skyldiga att ta ekonomiskt ansvar gentemot infrastrukturförvaltarna för att balansera deras budgetar.

39 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/34/EU av den 21 november 2012 om inrättandet av ett gemensamt europeiskt järnvägsområde vad avser öppnandet av marknaden för inhemsk persontrafik på järnväg och om styrningen av järnvägsinfrastrukturen COM(2013) 29 final, av den 30 januari 2013, s. 14.

105. Kommissionen har i sin replik hänvisat till ett yttrande från Bundesrat,[40] vilket enligt kommissionen ger stöd för dess ståndpunkt och visar på de negativa konsekvenserna av vinstöverföringsavtalen. Kommissionen har gjort gällande att ikraftträdandet av LuFV II den 1 januari 2015 just syftar till att tillgodose detta ”politiska krav” från Bundesrat, genom att det där föreskrivs att infrastrukturförvaltarnas vinster ska överföras direkt till förbundsstaten (Bund) för att investeras i infrastrukturen.

106. I sin duplik har den tyska regeringen medgett att de medel som DB Netz AG överför till DB AG helt eller delvis härrör från bolagets intäkter från utnyttjandet av ”tåglägen”, men den menar att dessa medel förlorar sin karaktär av avgifter för utnyttjande av infrastruktur senast när DB Netz AG erhåller dem korrekt som motprestation för tilldelningen av utnyttjande av tåglägen och när de har öronmärkts för finansieringen av verksamheten.

107. Den italienska regeringen har inte själv yttrat sig beträffande den tredje anmärkningen, utan endast ställt sig bakom den tyska regeringens ståndpunkt.

2. Bedömning

108. Parterna i förevarande mål är oeniga om tolkningen av artikel 7.1 i direktiv 2001/14, i vilken det föreskrivs att avgifter för utnyttjande av infrastruktur ska betalas till infrastrukturförvaltaren och ”användas för att finansiera dennes verksamhet”. Kommissionen har förespråkat en restriktiv tolkning som tar fasta på bestämmelsens ordalydelse, medan den tyska regeringen anser att det inte föreskrivs någon skyldighet att använda vinsten från uttaget av avgifterna för ett visst ändamål. Dessutom menar den tyska regeringen att eftersom det innebär att det föreligger ett vinstintresse, begränsar inte uttrycket ”verksamhet” hur avgifterna får användas, och att avgifterna får överföras till moderbolaget eftersom de innefattar ett vinstuttag.

109. När domstolen tolkade artikel 7.3 i direktiv 2001/14 slog den med stöd av skäl 12 och 20 i det direktivet fast att den gav infrastrukturförvaltarna en viss grad av flexibilitet.[41] Dessa ska beräkna avgifterna inom ett visst intervall, mellan en lägsta nivå (som är lika med den kostnad som uppstår som en direkt följd av den tågtrafik som bedrivs) som fastställs i artikel 7.3, och en högsta nivå (som är lika med infrastrukturförvaltarens totala kostnader), i enlighet med artikel 8.1 i direktivet.[42]

110. Inom dessa gränsvärden får avgifterna variera enligt direktiv 2001/14, varvid hänsyn får tas till brist på kapacitet (artikel 7.4), kostnaden för miljöpåverkan (artikel 7.5), särskilda investeringsprojekt (artikel 8.2) eller föreskrivna rabatter (artikel 9).[43]

111. Jag anser således inte att lydelsen av artikel 7.1 och inte heller dess uppbyggnad, dess syfte eller dess systematiska förhållande till andra artiklar i direktiv 2001/14 ger utrymme för en tolkning som är så gynnsam för infrastrukturförvaltaren som den som den tyska regeringen förespråkar.

40 — Dokument från Bundesrat (Bundesrat-Drucksache) nr 559/2/12, s. 25. Bland annat har kommissionen återgett följande avsnitt i dokumentet: ”*Under de senaste åren har DB AG börjat utveckla de områden där bolaget har ett naturligt monopol – spår för trafik, stationer för passagerare samt energi – för att göra dem lönsamma så att de genererar vinst. … Genom ett vinstöverföringsavtal som DB AG har ingått med sina dotterbolag som ansvarar för infrastrukturen, överförs vinsterna från infrastrukturföretagen automatiskt till holdingbolaget där de används på global nivå utan att öronmärkas för ett visst ändamål, exempelvis för att förvärva företag inom logistiksektorn … I slutändan leder denna politik till alltför höga priser för utnyttjandet av järnvägsspåren och stationerna och för energiöverföringen ….*”

41 — Dom av den 28 februari 2013, kommissionen/Tyskland (C-556/10; EU:C:2013:116), punkt 82.

42 — Ibidem, punkt 85.

43 — Ibidem, punkt 86.

112. Vad beträffar dess innehåll stämmer det visserligen att ”överskott från annan affärsverksamhet” nämns i artikel 6.1 i direktiv 2001/14, men samtidigt syftar uttrycket ”verksamhet” i artikel 7.1 på det åtagande som utmärker infrastrukturförvaltaren, det vill säga det som ger denne rätt att ta ut avgifter för utnyttjande av järnvägarna och andra delar som har nära anknytning till dessa.

113. Vad beträffar dess uppbyggnad kan det konstateras att till skillnad från metoderna för fastställande och uttag av avgifter (för vilka direktiv 2001/14 erbjuder vissa alternativ), är lydelsen av artikel 7.1 tvingande när det gäller hur de uttagna avgifterna ska användas: påbudet att de ska användas för att finansiera infrastrukturen medger inga nyanseringar eller undantag.[44] Det är följdriktigt att så är fallet, eftersom direktivet utgår från principen att avgiften endast ska täcka den kostnad som uppstår som en direkt följd av driften av tågtrafiken, det vill säga den kortsiktiga marginalkostnaden[45] (artikel 7.3, jämförd med skäl 39), samt andra kostnader som åtminstone delvis, men direkt, kan hänföras till driften av tågtrafiken, såsom signalsystem, trafikledning och underhåll.[46]

114. Mot bakgrund av att den användare som betalar avgiften enbart täcker den marginalkostnad som hans egen användning av infrastrukturen ger upphov till, drabbas de företag som förvaltar järnvägsnätet av ett strukturellt driftsunderskott.[47] När principen om fastställande och uttag av avgifter som bygger på marginalkostnaden godtas i artikel 6.1 i direktiv 2001/14, förutsätter det därför en statlig finansiering (utjämningsbidrag) som ska återspeglas i infrastrukturförvaltarens bokföring.

115. Den omständigheten att intäkterna från avgifterna ska användas för att finansiera infrastrukturförvaltarens verksamhet, syftar i det här sammanhanget till att säkerställa inte bara att avgifterna tas ut utan även att de just går tillbaka till denna verksamhet. Det innebär att en hävstångseffekt eftersträvas, det vill säga att förvaltaren ska ges incitament att öka trafiken och att utnyttja sitt nät på bästa möjliga sätt,[48] eventuellt i syfte att på lång sikt få balans i räkenskaperna utan tillskott av offentliga medel.[49]

116. Det finns i direktiv 2001/14 ingen grund för att tillåta ett system för fastställande och uttag av avgifter som befriar förvaltaren från den skyldighet som föreskrivs i artikel 7.1, det vill säga att använda intäkterna från de uttagna avgifterna till att finansiera dennes verksamhet. Eftersom lagstiftaren således inte har föreskrivit något undantag från skyldigheten att använda intäkterna från avgifterna för utnyttjande av infrastrukturen till denna infrastruktur, måste den uppfyllas. För det fallet att den metod för fastställande och uttag av avgifter som tillämpas av en medlemsstat ger upphov till en sådan lönsamhet att verksamheten går med vinst, utgör den fortfarande en del av de intäkter som erhålls genom avgifterna, med allt som det innebär.

117. I själva verket har kommissionen inte kritiserat den tyska regeringen för att ha överfört den vinst som erhållits genom avgifterna till moderbolaget, utan för att det inte säkerställs att den återanvänds för att finansiera infrastrukturförvaltarnas verksamhet. I detta sammanhang är de tyska myndigheternas argument att det generellt är tillåtet att överföra vinst till DB AG inte avgörande för tvisten, eftersom överföringen i sig, som jag tidigare nämnt, inte ingår i det åsidosättande som har gjorts gällande i denna anmärkning.

44 — Vilket är fallet med de prishöjningar och avgifter som bygger på särskilda kostnader enligt artikel 8.1 och 8.2.

45 — Detta hävdade kommissionen i dom av den 30 maj 2013, kommissionen/Polen (C-512/10; EU:C:2013:338), punkt 63, och det har visst stöd i doktrinen: se Amaral, M./Danielowitzova, N., ”(Co)régulation économique des industries de réseau: le cas de la tarification de l’infrastructure ferroviaire en Europe”, i *L’espace Ferroviaire Unique Européen – Quelle(s) réalité(s)?*, under ledning av Rapoport, C., Bruylant, Bryssel, 2015, s. 245.

46 — Dom av den 30 maj 2013, kommissionen/Polen (C-512/10; EU:C:2013:338), punkt 81.

47 — Amaral, M./Danielowitzova, N., a.a., s. 249.

48 — Dokument KOM 1998, 480 slutlig, s. 76.

49 — Artikel 6.2 i direktiv 2001/14 förefaller uppmana medlemsstaterna att sträva efter detta mål.

118. Det innebär att denna anmärkning från kommissionen är behäftad med samma svaghet eller bristande bevisning som den första. Den bygger även här på en kombination av omständigheter eller uppgifter som gör den slutsats som man vill dra sannolik (men som inte klart styrker den), det vill säga på ytterligare en hypotes.

119. Kommissionen har som bevis åberopat det ovannämnda dokumentet från Bundesrat.[50] Det rör sig om ett yttrande, eller ett officiellt ställningstagande, från det tyska förbundsrådet avseende förslaget till lag om en ny reglering inom järnvägsområdet.[51] Det bör påpekas att sedan den 1 januari 1996 faller den lokala persontrafiken inom delstaternas behörighet.[52] Dessa har självfallet i egenskap av kunder och investerare, samt i varje enskild region såsom myndighet som ansvarar för att tillhandahålla denna tjänst, ett intresse av hur de pengar används som de dotterbolag inom DB AG som ansvarar för infrastrukturen genererar.

120. Utan att förringa värdet av detta dokument (även om det enligt den tyska regeringen är av politisk karaktär), visar det inte med den visshet som krävs att den vinst som överförts från infrastrukturförvaltarna till moderbolaget inte skulle ha använts för denna infrastruktur under den tidsperiod som förevarande fördragsbrottstalan avser. I sitt yttrande över § 25 i förslaget till lag om reform, visar *Bundesrat* visserligen tydligt att det kräver att den vinst som uppkommer inom infrastrukturområdet ”uteslutande” ska gå tillbaka till detta område,[53] men det går knappast att för framtiden ur detta yttrande härleda en fast grund för en kategoriskt fällande dom för händelser i det förgångna såsom kommissionen har yrkat.[54]

121. I likhet med mitt påpekande beträffande den första anmärkningen, anser jag att om järnvägsföretagens bokföring inte gör det möjligt att tydligt skilja de olika kategorierna från varandra (då rörde det sig om allmänna medel, nu om avgifterna), så att deras spårbarhet och användning tydligt säkerställs, kan det yrkande som denna bedömning avser knappast vinna bifall.

122. Den tredje anmärkningen ska således inte anses styrkt.

E – *Den fjärde anmärkningen, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt artikel 9.4 i direktiv 91/440 och artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, jämförd med punkt 5 i bilagan till samma förordning, genom att inte säkerställa att allmänna medel som utbetalas för tillhandahållande av persontransporttjänster redovisas separat i tillämplig bokföring*

1. Parternas argument

123. Kommissionen har kritiserat Förbundsrepubliken Tyskland för att de allmänna medel som beviljats för verksamheten vid DB Regio AG (transport i allmänhetens tjänst) inte redovisas separat i bolagets bokföring, trots att det föreskrivs i artikel 9.4 i direktiv 91/440 och i artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, jämförd med punkt 5 sista strecksatsen i bilagan till denna förordning.

50 — Se punkt 105.

51 — Stellungnahme des Bundesrates av den 23 november 2012 rörande ”Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich”.

52 — Det ankommer enligt artikel 106a första meningen i grundlagen på dessa att med stöd av förbundsstaten svara för finansieringen och deras bidrag uppgår till 60 procent av kostnaden för detta segment inom persontrafiken. Se Gersdorf, H., ”Finanzierung und Regulierung der Eisenbahninfrastruktur – zwei Seiten einer Medaille”, i *Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergangenheit und Gegenwart*, Miram, F. och Schmoeckel, M. (red.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, s. 110.

53 — Det tidigare nämnda Stellungnahme des Bundesrates, s. 27.

54 — Jag vill än en gång erinra om att inom den avtalsmässiga ramen mellan DB AG och förbundsstaten, vilken återfinns i LuFV II av år 2015, ska den vinst som erhållits genom uttaget av avgifter för utnyttjande av järnvägsnätet och som överförts till staten, i sin helhet användas för att finansiera infrastrukturen. Det centrala syftet med denna fördragsbrottstalan (i korthet att de tyska myndigheterna ska anpassa sitt handlande till kommissionens uppfattning på denna punkt) tycks således ha uppnåtts.

124. Enligt kommissionen anges ersättningarna för allmän trafikplikt och intäkterna från biljettförsäljning endast som generella eller kumulerade belopp för samtliga tillhandahållna tjänster, vilket innebär att det inte är möjligt att kontrollera om dessa ersättningar, som beslutas i varje enskilt fall, är alltför höga när det gäller att upptäcka eventuella korssubventioneringar.

125. Kommissionen har gjort gällande att företag som DB Regio AG inte kan omfattas av undantaget i artikel 2.2 i direktiv 91/440. Enligt kommissionen kan detta direktiv tillämpas på företag som kan komma i åtnjutande av ersättningar via moderbolaget, eftersom de i annat fall lätt skulle kunna kringgå de relevanta bestämmelserna.

126. Enligt den tyska regeringen föranleds den fjärde anmärkningen i själva verket av den nya lydelse som artikel 9.4 i direktiv 91/440 fått genom artikel 6.3 i direktiv 2012/34 och som innebär att dess område för tillämpning på regionala transportföretag ändras så att de företag som tillhandahåller tjänster i fristående järnvägsnät utesluts.[55] Denna nya lydelse är av tidsmässiga skäl inte tillämplig i förevarande mål.

127. Vad beträffar artikel 9.4 i direktiv 91/440 har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att DB Regio AG, i egenskap av aktör som tillhandahåller regionala transporttjänster, enligt artikel 2.2 inte omfattades av dess tillämpningsområde. I motsats till den tolkning som kommissionen har förespråkat, har Förbundsrepubliken Tyskland hänvisat till den definition av begreppet ”regional trafik” som återfinns i artikel 3 i direktiv 91/440, nämligen ”transporter som utförs för att tillgodose transportbehoven i en region”. Beträffande detta har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att den definition som slutligen användes i direktivet (1991 års version) innefattade Europaparlamentets ändringar, vilka utvidgade den mer begränsade definition som kommissionen hade föreslagit och som hänvisade till definitionen i förordning (EEG) nr 1191/69,[56] en hänvisning som Europaparlamentet också tog bort.

128. Vad beträffar åsidosättandet av artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, har den tyska regeringen tolkat punkt 5 i bilagan (till vilken det hänvisas i den artikeln) så att den endast kräver att avtalen redovisas separat i räkenskaperna när en aktör samtidigt bedriver verksamhet som beviljas ersättning enligt reglerna för allmän trafikplikt och annan verksamhet. Så är enligt Förbundsrepubliken Tyskland inte fallet med DB Regio AG, som enbart bedriver transport i allmänhetens tjänst.

129. Kommissionen har i sak genmält att anmärkningen är inriktad på de materiella bestämmelser som redan fanns i artikel 9.4 i direktiv 91/440, med beaktande av lydelsen av artikel 2 i direktivet, enligt vilken DB Regio AG inte ska bedömas separat utan inom ramen för sin anknytning till koncernen DB AG, vilket innebär att artikel 2.2 i direktivet inte kan åberopas.

130. Vad beträffar artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, har kommissionen visserligen medgett att det i punkt 5 i bilagan inte uttryckligen anges att en uppdelning ska göras efter enskilda avtal i räkenskaperna, men den anser ändå att denna skyldighet följer av regelverket som helhet och av dess syfte, samt av en gemensam tolkning av punkterna 2 och 5 (i den förstnämnda fastställs en gräns för ersättningarna och i den sistnämnda föreskrivs vissa krav beträffande bokföringen).

55 — Enligt den tyska regeringen är de viktigaste ändringarna följande: a) hänvisningen till artikel 7 i förordning nr 1370/2007, vilken inte återfanns i den tidigare versionen, b) begränsningen av hänvisningen till att endast omfatta allmänna medel som utbetalas till verksamhet som rör persontrafik i allmänhetens tjänst, medan denna hänvisning tidigare var bredare och innefattade alla transporttjänster, och c) den ändring som innebär att kapitel II i direktiv 91/440 inte ska tillämpas på järnvägsföretag ”som enbart tillhandahåller … regional trafik på lokala och regionala fristående järnvägsnät för transporttjänster på järnvägsinfrastruktur eller på järnvägsnät som enbart är avsedda att användas för stads- och förortsjärnvägstjänster”.

56 — Rådets förordning (EEG) nr 1191/69 av den 26 juni 1969 om medlemsstaternas åtgärder i fråga om allmän trafikplikt på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT L 156, 1969, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 64).

131. I sin duplik har den tyska regeringen upprepat att direktiv 2012/34 har ändrat tillämpningsområdet för regionala transportföretag väsentligt, men att medlemsstaterna måste tillämpa de nya reglerna först från och med den 17 juni 2015. Vad beträffar påståendet om åsidosättande av artikel 6.1 i förordning nr 1370/2007, har den tyska regeringen gjort gällande att syftet med punkt 5 i bilagan inte är att förhindra korssubventioner mellan de olika typerna av avtal om allmän trafik, utan mellan avtal som ger upphov till utbetalning av ersättning och avtal som inte gör det.

132. Den italienska regeringen instämmer i den tyska regeringens resonemang och anser att ingen av bestämmelserna i fråga kräver att varje avtal om transport i allmänhetens tjänst ska offentliggöras separat. Enligt den italienska regeringen visar förarbetena till direktivet att unionslagstiftaren förkastade kommissionens ursprungliga förslag, i vilket det föreskrevs att varje avtal om allmän trafik skulle offentliggöras separat, medan rådet föredrog att införa en allmän hänvisning till artikel 7 i förordning nr 1370/2007.

133. Kommissionen har tillbakavisat den italienska regeringens ståndpunkt. Den anser att den bygger på det felaktiga antagandet att hänvisningen i artikel 6.3 i direktiv 2012/34 till artikel 7.1 i förordning nr 1370/2007 har tonat ned de skyldigheter som följer av artikel 9.4 i direktiv 91/440.

2. Bedömning

a) Inledning: syftet med anmärkningen och tillämpningsområdet för direktiv 91/440

134. Även om det förefaller som om kommissionen, att döma av punkt 76 i dess ansökan, även bygger den fjärde anmärkningen på vinstöverföringsavtalet, så utvecklar den sedan inte detta resonemang och gör det inte heller i repliken. Den inriktar sin kritik på ersättningarna för allmän trafikplikt och på de intäkter som erhålls från biljettförsäljning, vars allmänna återspegling i bokföringen inte gör det möjligt att i varje enskilt fall kontrollera om den beslutade ersättningen är för hög. Anmärkningen ska således begränsas till dessa frågor och den bör således inte avvisas, vilket den tyska regeringen har gjort gällande.

135. Vad beträffar de bestämmelser som är tillämpliga på just denna anmärkning, har den tyska och den italienska regeringen inte fäst tillräcklig uppmärksamhet vid att anmärkningen endast avser de bestämmelser som gällde vid den tidpunkt då talan väcktes, vilket innebär att den endast avser bestämmelserna i direktiv 91/440 (i synnerhet, vad beträffar denna anmärkning, artikel 9.4).

136. Betraktas tvisten så är det lämpligt att granska den tyska regeringens invändning att DB Regio AG endast bedriver regional trafik, vilket innebär att bolaget inte omfattas av direktiv 91/440 (artikel 2.2).

137. Jag anser inte att ändringen av artikel 2.2 i direktiv 91/440 påverkar frågan huruvida DB Regio AG omfattas av tillämpningsområdet för direktivet. Lydelsen av denna bestämmelse ska jämföras med definitionen av begreppet ”regional trafik” i artikel 3 sista strecksatsen i samma direktiv, enligt vilken detta begrepp avser transporter som utförs för att tillgodose behoven i en region.[57] Av dessa båda bestämmelser följer att endast företag som uteslutande bedriver verksamhet för att tillgodose behoven av tjänster i en region, är undantagna från de skyldigheter som föreskrivs i direktivet.

138. DB Regio AB kan alltså inte göra anspråk på att omfattas av detta undantag. Enligt årsredovisningen för 2013, vilken offentliggjordes av DB Regio AG självt,[58] är det ett dotterbolag som helt ägs av DB AG och som ingår i moderbolaget DB Bahn Regios affärsområde (*Geschäftsfeld*). Där framgår vidare att *”i DB Bahn Regios affärsområde samlas all regional trafikverksamhet (tåg och buss) i*

57 — Se punkterna 7 och 8.

58 — Dokument som har getts in av kommissionen som bilaga C.7 till dess replik, s. 6.

DB-koncernen i Tyskland, samt den verksamhet som utgör trafik mellan Tyskland och dess grannländer.[59] Vidare följer av rapporten att *”DB Regios huvudkontor ansvarar för att utveckla affärsverksamheten, den utför övergripande uppgifter och tillhandahåller tjänster åt de regionala enheterna”*.

139. Mot bakgrund av detta är DB Regio AG endast en del av ett konsortium, med synnerligen specialiserade uppgifter och verksamheter, och de regionala transporttjänster som bolaget tillhandahåller, även om det sker i form av ett juridiskt självständigt aktiebolag, inskränker sig inte bara till en region utan omfattar flera delstater. Det är inte heller alla delar av förvaltningen av dessa tjänster som sköts av dotterbolaget, utan vissa handhas av moderbolaget (DB ML AG) och även av holdingbolaget DB AG.[60]

140. Följaktligen kan inte undantaget i artikel 2.2 i direktiv 91/440 åberopas till förmån för DB Regio AG.

b) Bedömning av anmärkningen i sak

141. Kommissionens ståndpunkt skulle kunna godtas om skyldigheten att separat redovisa varje avtal om allmän trafik i bokföringen tydligt hade framgått av de artiklar som kommissionen har gjort gällande att de har åsidosatts. Som framgår nedan anser jag inte att så är fallet.

i) Tolkning av artikel 9.4 i direktiv 91/440

142. För att besvara denna fråga kan det finnas skäl att undersöka hur lagstiftningen har utvecklats[61] och då inte bara granska artikel 9 utan även artikel 6, eftersom införandet (genom direktiv 2001/12) av punkt 4 i artikel 9 var ologiskt, i systematiskt hänseende, varför den genom 2012 års ändring flyttades till artikel 6, där den nu utgör punkt 3.

143. I den ursprungliga versionen av artikel 6.1 i direktiv 91/440 föreskrevs det att räkenskaperna för den verksamhet som hänför sig till tillhandahållandet av transporttjänster (gods- och persontransporter) och räkenskaperna för verksamhet som hänför sig till förvaltningen av järnvägens infrastruktur skulle hållas åtskilda. Enligt skäl 4 i detta direktiv skulle dessa två verksamheter (transporttjänster och infrastruktur) drivas var för sig ”och ha separat redovisning”. Det kan konstateras att det i denna första version endast gjordes åtskillnad mellan tillhandahållandet av transporttjänster och infrastrukturförvaltningen och att det föreskrevs att driften av och bokföringen för dessa kategorier skulle hållas åtskilda.

144. I direktiv 2001/12 gjordes ytterligare åtskillnad mellan bokföringen för persontransporttjänster å ena sidan och godstransporttjänster å den andra. Detta angavs i skäl 9 i det direktivet. Genom detta direktiv ändrades emellertid artikel 6 endast i den meningen att det fördes in ett krav på att föra och offentliggöra separata resultat- och balansräkningar för de två grupper som angetts i föregående punkt (det vill säga tillhandahållande av transporttjänster och infrastrukturförvaltning).

59 — Ibidem.

60 — Jag anser inte heller att det ”historiska” argumentet att lagstiftaren skulle ha hållit fast vid undantaget för de regionala tjänsterna i direktiv 91/440 i vetskap om att merparten av dessa tjänster härrörde från vertikalt integrerade järnvägsföretag, är övertygande. Eftersom det var få av dessa företag som begränsade den här typen av tjänster till en region, kan slutsatsen i stället dras att det endast var dessa som var undantagna och att de regionala tjänster som tillhandahölls av vertikalt integrerade koncerner omfattades av direktivet.

61 — Domstolen har godkänt att de unionsrättsliga bestämmelsernas tillkomsthistoria används som tolkningskriterium. Se bland annat dom av den 11 september 2014, kommissionen/Tyskland(C-525/12; EU:C:2014:2202), punkt 43 och där angiven rättspraxis.

145. Av ovanstående förklaringar följer att åtskillnaden beträffande bokföringen hela tiden har uttryckts för grupper av verksamheter och endast successivt har åtskillnad kommit att göras mellan infrastrukturförvaltning, persontransporter och godstransporter. Denna ”åtskillnad” (eller ”separering”) har knutits till varje typ av verksamhet och även i förhållande till allmänna medel, men inte till varje avtal om allmän trafik.

146. Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande, innehåller de bestämmelser som den har hänvisat till inte några uttryckliga eller underförstådda hänvisningar till avtal om transport i allmänhetens tjänst, vilket inte heller finns i de skäl som underlättar tolkningen av dessa bestämmelser. Under dessa förhållanden är det svårt att se vilket syfte med lagstiftningen, i sin helhet, som kommissionen stödjer sig på för att motivera sin ståndpunkt. Dessutom förklarade kommissionen själv i förarbetena till direktiv 2001/12, att finansieringen av persontransporterna och av godstransporterna skulle organiseras på ett sätt som möjliggjorde insyn och den föreslog därför att direktiv 91/440 skulle ändras så att separata räkenskaper skulle föras för var och en av dessa verksamheter.[62] Men kommissionen nämnde ingenting om avtal om allmän trafik eller behovet av att redovisa dessa individuellt i järnvägsföretagens räkenskaper.

147. Följaktligen anser jag inte att artikel 9.4 i direktiv 91/440 kan åberopas för att kräva att avtal om transport i allmänhetens tjänst ska redovisas individuellt i DB Regio AG:s räkenskaper.

ii) Artikel 6.1 jämförd med punkt 5 i bilagan till förordning nr 1370/2007

148. Jag har redan kortfattat redogjort för parternas syn på denna bestämmelse. Kommissionen har hänvisat till dess ändamålsenliga verkan och betonat punkt 5 i bilagan[63] och den tyska regeringen har gjort gällande att den inte kräver någon sådan uppdelning som kommissionen har förespråkat.

149. I förarbetena till förordning nr 1370/2007 förklarade kommissionen artikel 6.1 och angav att villkoren och metoderna för beräkning av ersättningar vid direkttilldelning finns i bilagan.[64] Beträffande bilagan anger kommissionen kortfattat men på ett talande sätt, att den ”är enklare än den tidigare bilagan och [bara] innehåller … de *regler som är nödvändiga i de fall där avtal tilldelas utan anbudsförfarande*”.[65]

150. I dessa regler fanns inget som tydde på att uppdelningen avsåg varje avtal och att dessa skulle redovisas separat i räkenskaperna för det företag som ansvarade för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna. Dessutom följer de tre strecksatserna i punkt 5 i bilagan ett synsätt som är nästan identiskt med det i artikel 9.4 i direktiv 91/440, det vill säga en uppdelning av räkenskaperna efter verksamhetsgrupper. Skillnaden mot den bestämmelsen ligger i att det i bilagan görs åtskillnad mellan verksamhet som beviljas ersättning enligt reglerna för allmän trafikplikt och annan verksamhet (dessutom enbart i samband med direkttilldelning).

151. Enligt skäl 25 i förordning nr 1370/2007 är dess syfte att upprätta en rättslig ram för ersättning och/eller ensamrätt för avtal om allmän trafik och att i bilagan ange en plan för beräkning som gör det lättare för myndigheterna och de företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster att visa att alltför höga ersättningar har undvikits (skäl 28).

62 — Dokument KOM 1998, 480 slutlig (vilket kommissionen gav in som bilaga C.2 till dess replik), punkt 4, s. 9.

63 — Enligt dess tolkning talar hänvisningen till ”kostnaderna för den allmännyttiga tjänsten” som ska balanseras mot ”verksamhetsintäkter” och ”myndigheternas utbetalningar” för en uppdelning efter individuella avtal i DB Regio AG:s räkenskaper.

64 — Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om kollektivtrafik på järnväg och väg av den 20 juli 2005 (KOM(2005) 319 slutlig), s. 14.

65 — Ibidem, s. 15; min kursivering.

152. I skäl 30 anges att direkttilldelade avtal om allmän trafik bör omfattas av principen om ökad insyn. Förutom den ovannämnda separata redovisningen, finns det emellertid inte några andra regler för ersättning som utvecklar det antagandet. I själva verket återfinns merparten av hänvisningarna till insyn i reglerna om tilldelning och i synnerhet om anbudsförfaranden. [66]

153. Under alla förhållanden kan hänvisningarna till ”ökad insyn” och till att ”undvika korssubventioner”, även om de anknyter till det genomgående temat i lagstiftningen inom detta område (och självfallet visar hur bilagan ska tolkas), inte få så långtgående konsekvenser att dess innehåll ändras, så att det krävs specifikationer i bokföringen som inte återfinns i texten och som inte kan utläsas mellan raderna. De lege ferenda skulle det kunna vara önskvärt med en uppdelning efter separata avtal, såsom kommissionen har föreslagit, men jag finner som sagt inget stöd i bilagans nuvarande lydelse för att det ska gå att sluta sig till en sådan skyldighet.

154. Utan att det finns något behov av att ta upp de övriga argument som parterna har anfört, kan sammanfattningsvis artikel 6 jämförd med punkt 5 i bilagan till förordning nr 1307/2007, inte åberopas för att kräva en uppdelning efter olika avtal om transport i allmänhetens tjänst i DB Regio AG:s räkenskaper.

155. Således ska den fjärde anmärkningen underkännas.

VII – Rättegångskostnader

156. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om den andra parten har yrkat det. Eftersom inte alla sökandens yrkanden har bifallits och eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, anser jag att var och en av parterna i målet ska bära sina rättegångskostnader.

VIII – Förslag till avgörande

157. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar följande:

1. Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.1 i direktiv 91/440/EEG, genom att inte säkerställa att iakttagandet av förbudet mot överföring av allmänna medel från förvaltningen av järnvägsinfrastruktur till transporttjänster kan övervakas genom den typ av räkenskaper som förs.

2. Talan ogillas i övrigt.

3. Europeiska kommissionen, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Italien ska bära sina rättegångskostnader.

66 — Se artikel 4.1 b och 4 tredje stycket, samt artikel 5.3 i förordning nr 1307/2007.