Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 6 septembre 2012 [1]

Affaire C-555/10

Commission européenne
contre

République d'Autriche

«Recours en manquement — Directive 91/440/CEE — Développement de chemins de fer communautaires — Directive 2001/14/CE — Répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire — Article 6, paragraphe 3, et annexe II de la directive 91/440 — Article 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14 — Gestionnaire de l'infrastructure — Indépendance organisationnelle et décisionnelle — Structure de holding»

I – Introduction

1. Par le présent recours en manquement, la Commission européenne demande à la Cour de constater que la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 3, et de l'annexe II de la directive 91/440/CEE [2], telle que modifiée par la directive 2001/12/CE [3] (ci-après la «directive 91/440»), ainsi que des articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14/CE [4], telle que modifiée par la directive 2004/49/CE [5] (ci-après la «directive 2001/14»). La République d'Autriche conclut au rejet du recours de la Commission.

2. La présente affaire s'inscrit dans une série de recours en manquement [6], introduits par la Commission en 2010 et en 2011, et portant sur l'application par les États membres des directives 91/440 et 2001/14, dont l'objet principal est l'accès équitable et non discriminatoire des entreprises ferroviaires à l'infrastructure, à savoir au réseau ferroviaire. Ces recours sont inédits, car ils offrent à la Cour la première possibilité de s'exprimer sur la libéralisation des chemins de fer dans l'Union européenne et notamment d'interpréter ce qu'il est convenu d'appeler le «premier paquet ferroviaire».

1 — Langue originale: le français.

2 — Directive du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires (JO L 237, p. 25).

3 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 (JO L 75, p. 1).

4 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JO L 75, p. 29).

5 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 (JO L 164, p. 44). Il y a lieu de noter que le titre de la directive 2001/14 a été modifié par l'article 30 de la directive 2004/49/CE. Elle s'intitule désormais «directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire».

6 — Il s'agit des affaires pendantes devant la Cour Commission/Hongrie (C-473/10); Commission/Espagne (C-483/10); Commission/Pologne (C-512/10); Commission/Grèce (C-528/10); Commission/République tchèque (C-545/10); Commission/Allemagne (C-556/10); Commission/Portugal (C-557/10); Commission/France (C-625/10); Commission/Slovénie (C-627/10); Commission/Italie (C-369/11), et Commission/Luxembourg (C-412/11).

3. S'agissant du moyen unique relatif à l'indépendance exigée dans l'exercice des fonctions essentielles, les problèmes juridiques relatifs au droit de l'Union dans cette affaire me semblent être mutatis mutandis les mêmes que ceux portant sur le premier grief dans l'affaire Commission/Allemagne (C-556/10), car les deux États membres ont adopté le modèle de holding, où les fonctions essentielles du gestionnaire de l'infrastructure ont été déléguées à une société séparée au sein d'un groupe de sociétés qui comprend également des entreprises ferroviaires. Pour cette raison, l'argumentation juridique présentée dans mes conclusions dans la présente affaire est applicable aussi dans le cadre de l'affaire Commission/Allemagne, précitée, en dépit de certaines différences dans les réglementations nationales.

II – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

4. Le quatrième considérant de la directive 91/440 énonce:

«considérant que le développement futur et une exploitation efficace du réseau ferroviaire peuvent être facilités par une séparation entre l'exploitation des services de transport et la gestion de l'infrastructure; que, dans ces conditions, il est nécessaire que ces deux activités aient obligatoirement des comptes distincts et puissent être gérées séparément».

5. L'article 6, paragraphes 1 à 3, de la directive 91/440 prévoit:

«1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer la tenue et la publication de comptes de profits et pertes séparés et de bilans séparés, d'une part, pour les activités relatives à la fourniture de services de transport par des entreprises ferroviaires et, d'autre part, pour celles relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire. Les aides publiques versées à l'une de ces deux activités ne peuvent pas être transférées à l'autre.

Les comptes relatifs aux deux activités sont tenus de façon à refléter cette interdiction.

2. Les États membres peuvent, en outre, prévoir que cette séparation comporte des divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise ou que la gestion de l'infrastructure est assurée par une entité distincte.

3. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les fonctions essentielles en vue de garantir un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure, qui sont énumérées à l'annexe II, sont confiées à des instances ou entreprises qui ne sont pas elles-mêmes fournisseurs de services de transport ferroviaire. Quelles que soient les structures organisationnelles, cet objectif doit être atteint d'une manière probante.

Les États membres peuvent, toutefois, confier aux entreprises ferroviaires ou à toute autre entité la perception des redevances et la responsabilité de la gestion des infrastructures, par exemple, tels que, l'entretien et le financement.»

6. L'annexe II de la directive 91/440 mentionne la liste des fonctions essentielles visées à l'article 6, paragraphe 3:

— préparation et adoption des décisions concernant la délivrance de licences aux entreprises ferroviaires, y compris l'octroi de licences individuelles,

— adoption des décisions concernant la répartition des sillons, y compris la définition et l'évaluation de la disponibilité, ainsi que l'attribution de sillons individuels,

— adoption des décisions concernant la tarification de l'infrastructure,

— contrôle du respect des obligations de service public requises pour la fourniture de certains services.»

7. Les considérants 11 et 16 de la directive 2001/14 énoncent:

«(11) Il y a lieu que les systèmes de tarification et de répartition des capacités assurent à toutes les entreprises un accès égal et non discriminatoire et s'efforcent, dans la mesure du possible, de répondre aux besoins de tous les utilisateurs et de tous les types de trafic, et ce, de manière équitable et non discriminatoire.

[…]

(16) Il y a lieu que les systèmes de tarification et de répartition des capacités permettent une concurrence équitable dans la fourniture de services ferroviaires.»

8. L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/14 dispose:

«Si le gestionnaire de l'infrastructure n'est pas indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel ou décisionnel, les fonctions décrites dans le présent chapitre, autres que celles de recouvrement des redevances, sont assumées par un organisme de tarification qui est indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel.»

9. Aux termes de l'article 14, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/14:

«1. Les États membres peuvent mettre en place un cadre pour la répartition des capacités de l'infrastructure, mais en respectant l'indépendance de gestion prévue à l'article 4 de la directive 91/440/CEE. Des règles spécifiques de répartition des capacités sont établies. Le gestionnaire de l'infrastructure accomplit les procédures de répartition de ces capacités. Il veille notamment à ce que les capacités d'infrastructure soient réparties sur une base équitable et non discriminatoire et dans le respect du droit communautaire.

2. Si le gestionnaire de l'infrastructure n'est pas indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel ou décisionnel, les fonctions visées au paragraphe 1 et décrites au présent chapitre sont assumées par un organisme de répartition qui est indépendant des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel.»

B – *Le droit national*

10. La deuxième partie de la loi sur les chemins de fer fédéraux (Bundesbahngesetz)[7], qui comprend les articles 2 à 4, est intitulée «ÖBB-Holding AG».

7 — BGBl. 825/1992, dans sa version modifiée et publiée au BGBl. I, 95/2009.

11. L'article 2, paragraphe 1, de cette loi dispose:

«Constitution et création

1. Le ministre fédéral des Transports, de l'Innovation et de la Technologie doit constituer et créer une société de capitaux par actions dotée d'un capital social de 1,9 milliards d'euros, dénommée 'Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft' (ci-après 'ÖBB-Holding AG'), ayant son siège à Vienne et dont les actions sont réservées exclusivement à l'État fédéral. La création de la société ne fait pas l'objet d'un examen.»

12. Aux termes de l'article 3 de ladite loi:

«Gestion des titres de participation

La gestion des titres de participation est assurée au nom de l'État fédéral par le ministre fédéral des Transports, de l'Innovation et de la Technologie.»

13. L'article 4 de ladite loi prévoit:

«1. ÖBB-Holding AG a pour objet social l'exercice de ses droits de propriété dans les sociétés dans lesquelles elle détient une participation directe ou indirecte, aux fins de fixer une orientation stratégique.

2. La société a pour principales tâches:

1) d'assurer la coordination générale de l'élaboration et de la mise en œuvre des stratégies des sociétés;

2) de garantir la transparence des fonds publics engagés.

3. ÖBB-Holding AG peut en outre prendre toutes les mesures nécessaires ou opportunes au regard de l'objet social qui lui a été assigné et de ses principales tâches. Il peut s'agir notamment, en matière de ressources humaines, de mesures stratégiques relatives à la compensation de personnel entre les sociétés.»

14. La troisième partie de la loi sur les chemins de fer fédéraux est intitulée «Restructuration de la société des chemins de fer autrichiens».

15. L'article 25 de la loi fédérale sur les chemins de fer dispose:

«Aux fins de la mise en œuvre de la restructuration de la société des chemins de fer autrichiens, ÖBB-Holding AG est tenue de constituer et de créer, au plus tard le 31 mai 2004, une société de capitaux par actions dotée d'un capital social de 70 000 euros, dénommée 'ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft' (ci-après 'ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG') et ayant son siège à Vienne.»

16. Aux termes de l'article 62 de la loi sur les chemins de fer (Eisenbahngesetz) [8]:

«Organisme de répartition

1. L'organisme de répartition est l'entreprise d'infrastructure ferroviaire.

8 — BGBl. 60/1957, dans sa version modifiée et publiée au BGBl. I, 95/2009.

2. Une entreprise d'infrastructure ferroviaire indépendante vis-à-vis d'entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel peut toutefois aussi confier, en tout ou en partie, par contrat écrit, les missions liées à la fonction d'organisme de répartition à la Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, à une autre entreprise compétente ou à une autre instance compétente.

3. Les missions liées à la fonction d'organisme de répartition ne peuvent toutefois être assumées par une entreprise d'infrastructure ferroviaire qui n'est pas indépendante vis-à-vis d'entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel. Une telle entreprise d'infrastructure ferroviaire doit donc confier, par contrat écrit, toutes les missions liées à la fonction d'organisme de répartition soit à la Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, soit à une autre entreprise ou entité compétente – et uniquement, pour ces deux dernières, si elles sont indépendantes vis-à-vis d'entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel –, qui sont alors tenues d'assumer, sous leur propre responsabilité et à la place de cette entreprise, ces missions incombant à un organisme de répartition; le contrat ne peut contenir aucune règle qui entraverait ou empêcherait l'exercice conforme à la loi des missions liées à la fonction d'organisme de répartition.

4. Les entreprises d'infrastructure ferroviaire doivent communiquer à Schienen-Control GmbH le nom de l'entreprise à laquelle elles ont confié par contrat tout ou partie des missions liées à la fonction d'organisme de répartition.»

17. L'article 74 de loi sur les chemins de fer énonce:

«Contrôle de la concurrence

1. La commission de contrôle ferroviaire doit d'office:

1) imposer un comportement non discriminatoire ou interdire un comportement discriminatoire à un organisme de répartition en ce qui concerne l'accès à l'infrastructure ferroviaire, en ce compris toutes les conditions qui y sont liées en termes de modalités administratives, techniques et financières telles que, par exemple, les droits d'utilisation, ainsi qu'en ce qui concerne la fourniture d'autres prestations, en ce compris toutes les conditions qui y sont liées en termes de modalités administratives, techniques et financières telles que, par exemple, le remboursement approprié des frais et la tarification pratiquée dans le secteur, ou

2) imposer un comportement non discriminatoire et interdire un comportement discriminatoire à une entreprise de transport ferroviaire en ce qui concerne la fourniture de services et la prestation supplémentaire de triage, en ce compris toutes les conditions qui y sont liées en termes de modalités administratives, techniques et financières telles que, par exemple, le remboursement approprié des frais et la tarification pratiquée dans le secteur, ou

3) déclarer nulles, en tout ou en partie, des conditions d'utilisation du réseau ferroviaire discriminatoires, des conditions générales de vente discriminatoires, des contrats discriminatoires ou des documents discriminatoires.

2. Ces dispositions sont sans préjudice des compétences du tribunal de la concurrence.»

18. L'article 70 de la loi sur les sociétés anonymes (Aktiengesetz) [9] prévoit:

«Gestion de la société anonyme

9 — BGBl. 98/1965.

1. Le directoire doit diriger la société sous sa propre responsabilité, ainsi que l'exige le bien de l'entreprise compte tenu des intérêts des actionnaires et des travailleurs ainsi que de l'intérêt public.

2. Le directoire peut être constitué d'une ou de plusieurs personnes. Si un membre du directoire est désigné au poste de président, sa voix est prépondérante en cas de partage des voix, sauf disposition contraire des statuts.»

19. L'article 75 de la loi sur les sociétés anonymes dispose:

«Nomination et révocation du directoire

1. Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance pour une durée de cinq ans maximum. En cas de nomination d'un membre du directoire pour une durée plus longue déterminée, pour une durée indéterminée ou sans indication de délai, son mandat a une durée de cinq ans. Il est renouvelable; ce renouvellement doit toutefois être confirmé par écrit par le président du conseil de surveillance. Ces dispositions s'appliquent mutatis mutandis au contrat d'emploi.

2. Une personne morale ou une société de personnes (société en nom collectif, société en commandite) ne peut être nommée membre du directoire.

3. Si plusieurs personnes sont nommées membres du directoire, le conseil de surveillance peut désigner l'un d'eux au poste de président du directoire.

4. Le conseil de surveillance peut révoquer la nomination d'un membre du directoire et la désignation au poste de président du directoire pour des motifs graves. Il peut s'agir notamment d'un manquement grave, d'une incapacité à assurer une bonne gestion ou d'un retrait de confiance par l'assemblée générale, à moins que la confiance n'ait été retirée pour des motifs manifestement subjectifs. Cette disposition s'applique aussi au directoire nommé par le premier conseil de surveillance. La révocation reste effective aussi longtemps que son inefficacité n'a pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, sans que cela porte atteinte aux droits créés par le contrat d'emploi.»

20. L'article 3, paragraphe 4, des statuts de ÖBB-Infrastruktur AG, dans leur version du 30 juin 2010, dispose:

«La réalisation de cet objet social est aussi dans l'intérêt commun des sociétés dans lesquelles Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft détient, directement ou indirectement, une participation majoritaire, et doit respecter les objectifs stratégiques généraux, pour autant que cela n'entrave pas l'indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle, prévue par le droit communautaire et la loi autrichienne sur les chemins de fer, de ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft vis-à-vis d'entreprises de transport ferroviaire (en particulier en ce qui concerne la répartition des sillons, la tarification des sillons, la certification en matière de sécurité et l'établissement des règles de fonctionnement).»

III – La procédure précontentieuse et la procédure devant la Cour

21. En mai 2007, la Commission a adressé un questionnaire aux autorités autrichiennes en vue de vérifier la transposition par la République d'Autriche des directives du premier paquet ferroviaire. Ledit État membre y a répondu par lettre du 2 août 2007.

22. Par lettre du 27 juin 2008, la Commission a mis en demeure la République d'Autriche de se conformer aux directives 91/440, 95/18 et 2001/14. Par lettre du 30 septembre 2008, la République d'Autriche a répondu à cette mise en demeure.

23. Par lettre du 8 octobre 2009, la Commission a adressé à la République d'Autriche un avis motivé dans lequel elle a constaté que cet État n'avait pas rempli les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 3, et de l'annexe II de la directive 91/440 ainsi que des articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14. La Commission l'a invitée à prendre les mesures requises pour se conformer à l'avis motivé dans un délai de deux mois à compter de la réception de celui-ci. Par lettre du 9 décembre 2009, la République d'Autriche a répondu à l'avis motivé et a contesté le manquement reproché par la Commission.

24. N'étant pas satisfaite de la réponse de la République d'Autriche, la Commission a décidé d'introduire le présent recours, qui est parvenu à la Cour le 26 novembre 2010.

25. Par ordonnance du président de la Cour du 26 mai 2011, la République italienne a été admise à intervenir au soutien des conclusions de la République d'Autriche.

26. La Commission, la République d'Autriche ainsi que la République italienne étaient représentées lors de l'audience qui s'est tenue le 23 mai 2012.

IV – Les moyens et les arguments des parties

27. La Commission soutient que l'entité à laquelle a été confié l'exercice des fonctions essentielles visées à l'annexe II de la directive 91/440 doit être indépendante économiquement – et pas seulement juridiquement – de l'entreprise qui fournit les services de transport ferroviaire.

28. À cet égard, elle fait valoir que, bien que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 n'exige pas explicitement que l'entité à laquelle est confié l'exercice des fonctions essentielles soit «indépendante» des sociétés qui fournissent les services de transport ferroviaire, le terme «entreprise» utilisé dans cette disposition devrait néanmoins être interprété, conformément à la jurisprudence de la Cour, comme couvrant toutes les entités qui, même si elles sont juridiquement séparées, agissent comme une «unité économique».

29. Selon la Commission, il convient d'interpréter l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 en ce sens que les fonctions essentielles exercées par le gestionnaire de l'infrastructure doivent être assurées par une entité distincte des entreprises ferroviaires non seulement au regard du droit, mais également indépendante de celles-ci sur les plans organisationnel et décisionnel.

30. La Commission fait ensuite valoir que, lorsque les fonctions essentielles sont exercées par une société dépendant d'une société holding ferroviaire comme c'est le cas de ÖBB-Infrastruktur AG, il convient d'évaluer dans quelle mesure et dans quelles conditions la société dépendante, qui est par ailleurs le gestionnaire de l'infrastructure chargé d'exercer ces fonctions essentielles, peut être considérée comme «indépendante» de l'entreprise qui fournit les services de transport ferroviaire (à savoir la société holding et les sociétés dépendantes de cette dernière qui assurent les services de transport des personnes et marchandises), malgré leur appartenance à un même groupe.

31. Or, la République d'Autriche n'aurait pas prévu de mécanismes efficaces pour garantir l'indépendance organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire de l'infrastructure ÖBB-Infrastruktur AG. La Commission en déduit que ledit État membre a ainsi manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 3, et de l'annexe II de la directive 91/440, ainsi que des articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14.

32. À cet égard, la Commission fait valoir en premier lieu que le respect des obligations d'indépendance doit faire l'objet d'un contrôle de la part d'une autorité indépendante, comme par exemple l'autorité de régulation ferroviaire, ou d'un tiers. Les concurrents devraient avoir la possibilité de se plaindre en cas de non-respect de l'exigence d'indépendance. La Commission considère qu'aucune de ces deux dispositions n'est respectée en Autriche.

33. En deuxième lieu, la Commission estime qu'il devrait exister des dispositions légales ou au moins contractuelles en matière d'indépendance dans la relation entre la société holding et l'entité chargée de fonctions essentielles, entre cette dernière et d'autres entreprises du groupe fournissant des services ferroviaires, ou les autres instances qui sont contrôlées par la société holding, notamment l'assemblée des actionnaires de l'entité chargée de fonctions essentielles.

34. La Commission soutient que le fait que l'article 3 des statuts et l'article 10, paragraphe 3, du règlement intérieur du conseil de surveillance de ÖBB-Infrastruktur AG prévoient que le directoire de cette société n'est pas soumis, dans l'exercice des fonctions essentielles, aux instructions du conseil de surveillance ou de ÖBB-Holding AG ne suffirait pas pour exclure d'éventuels conflits d'intérêts entre les dirigeants du gestionnaire de l'infrastructure et la société holding, étant donné que les dirigeants, qui peuvent être nommés et révoqués par cette dernière, seraient incités à ne pas prendre de décisions contraires aux intérêts économiques de leur société holding.

35. En troisième lieu, la Commission estime que les membres du directoire de la société holding et d'autres entreprises de ladite société holding ne doivent pas faire partie du directoire de l'entité chargée de fonctions essentielles.

36. En effet, selon elle, il serait difficile de faire valoir que le directoire de l'entité chargée de fonctions essentielles serait indépendant sur le plan décisionnel du directoire de la société holding, dès lors que les deux directoires seraient composés des mêmes personnes. La Commission remarque qu'aucune disposition légale ne s'oppose à ce qu'une telle situation se présente.

37. En quatrième lieu, aucune disposition n'interdirait aux administrateurs de l'entité chargée de fonctions essentielles et aux cadres supérieurs en charge des fonctions essentielles, pendant un nombre raisonnable d'années après avoir quitté l'entité concernée, d'accepter tout emploi de cadre supérieur au sein de la société holding ou d'autres instances sous son contrôle. À cet égard, l'article 15 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, invoqué par l'Autriche, qui établit un droit fondamental à la liberté professionnelle et au droit de travailler, serait toutefois soumis à la réserve générale de légalité prévue à l'article 52 de ladite charte. Une limitation raisonnable de l'exercice d'une activité professionnelle serait dès lors justifiée.

38. En cinquième lieu, la Commission soutient que le conseil d'administration de l'entité chargée de fonctions essentielles doit être nommé selon des conditions clairement définies et avec des engagements juridiques garantissant l'indépendance totale de sa prise de décision. Il devrait être nommé et révoqué sous le contrôle d'une autorité indépendante.

39. Enfin, la Commission fait valoir que les mesures de sauvegarde prises pour garantir l'indépendance de ÖBB-Infrastruktur AG vis-à-vis de ÖBB-Holding AG ne sont pas suffisantes.

40. Le gouvernement autrichien fait valoir qu'il n'y a pas lieu de mettre en œuvre une «indépendance économique» du gestionnaire de l'infrastructure, mais les dispositions du premier paquet ferroviaire qui sont orientées, d'une part, sur les objectifs à atteindre – article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 – et, d'autre part, sur les fonctions – articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14. L'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 imposerait seulement d'atteindre un

objectif, à savoir confier les fonctions essentielles à des instances ou entreprises indépendantes, et les articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14 imposeraient la manière d'exercer ces fonctions, à savoir par un organisme indépendant des entreprises ferroviaires sur les plans juridique, organisationnel et décisionnel.

41. Ainsi, aux termes des dispositions du premier paquet ferroviaire, il importerait peu que ÖBB-Infrastruktur AG, en tant qu'«instance», au sens de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440, soit «économiquement» indépendante.

42. Le gouvernement autrichien soutient que les critères d'examen relatifs à la preuve de l'indépendance prévus par l'annexe 5 du document de travail SEC(2006) 530 des services de la Commission [10] ne coïncident pas avec les dispositions contraignantes pertinentes en l'espèce, fixées à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440, à l'annexe II de la directive 91/440 ainsi qu'aux articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14. De plus, ce document n'aurait pas été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et ne constituerait pas un acte juridique contraignant. Ainsi, il ne saurait être utilisé dans le cadre de la présente procédure.

43. En ce qui concerne le contrôle par une autorité indépendante, le gouvernement autrichien estime que la création de Schienen-Control GmbH et de la Schienen-Control Kommission fait en sorte que le respect des exigences relatives à l'indépendance en vue de prévenir des distorsions de concurrence pourrait être contrôlé. De plus, des poursuites pourraient être exercées, tant d'office qu'en cas de plainte, par une autorité de régulation non soumise à un pouvoir de direction, à savoir par la Schienen-Control Kommission. Ainsi, les exigences d'indépendance seraient contrôlées par une autorité indépendante.

44. Le gouvernement autrichien fait valoir que, concernant l'existence de dispositions légales ou au moins contractuelles entre la société holding et les différentes entités, les obligations correspondantes découlant des dispositions des directives en cause, telles que les critères visés à l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14, sur la gestion des sillons, et à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440, auraient été intégralement mises en œuvre par l'article 62, paragraphe 3, de la loi sur les chemins de fer.

45. Le gouvernement autrichien soutient qu'il est tenu compte de l'exigence d'une séparation au sein du groupe ÖBB des domaines «infrastructure» et «services de transport», étant donné que, premièrement, ÖBB-Infrastruktur AG est dirigée par un directoire qui n'est pas soumis à un pouvoir de direction et que, deuxièmement, les membres du directoire sont nommés dans leurs fonctions pour une période de quatre à cinq ans et ne peuvent être révoqués de manière anticipée que dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Troisièmement, l'exercice d'une influence, non seulement directe, mais également indirecte, sur le directoire est exclue par les dispositions supplémentaires des statuts et du règlement intérieur du conseil de surveillance et du directoire de ÖBB-Infrastruktur AG, en vertu desquelles l'ensemble des droits d'autorisation du conseil de surveillance ne s'appliquent pas lorsque cette application porte atteinte à l'indépendance, exigée par le droit de l'Union et la loi autrichienne sur les chemins de fer, de ÖBB-Infrastruktur AG en ce qui concerne des questions liées à l'accès au réseau.

46. Le gouvernement autrichien estime que les directives concernées ne prévoient pas d'interdiction des doubles fonctions. En cas de passage d'un unique membre du directoire de ÖBB-Infrastruktur AG au directoire de ÖBB-Holding AG (en tant qu'organe collégial) ou de passage d'un membre du directoire de ÖBB-Infrastruktur AG au conseil de surveillance de cette société, il ne pourrait pas y avoir exercice d'une influence déterminante, car un membre du directoire de ÖBB-Holding AG ou du conseil de surveillance ne pourrait pas exercer individuellement une influence sur ÖBB-Infrastruktur

10 — Commission staff working document SEC(2006) 530, du 3 mai 2006, «Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ('First Railway Package'), COM(2006)189 final», p. 31. Disponible seulement en anglais.

AG. Les mesures portant sur l'indépendance de gestion et la séparation des infrastructures et de la commercialisation, adoptées dans la loi sur les chemins de fer et la loi de 2003 sur la structure des chemins de fer fédéraux, devraient être appliquées par analogie également en tant que critère pour les doubles fonctions.

47. Pour ce qui est de l'absence de périodes de carence entre l'occupation d'un poste au sein de l'entité chargée de fonctions essentielles en tant qu'administrateur ou de cadre supérieur en charge de ces fonctions et l'exercice d'un emploi de cadre supérieur au sein de la société holding, la réserve générale de légalité à l'article 15, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne justifierait une limitation temporaire de l'exercice d'une activité professionnelle que si celle-ci est prévue par la loi et justifiée, hypothèse qui ne se vérifierait pas en l'espèce, ne serait-ce qu'en raison de l'absence d'une disposition législative correspondante. La comparaison avec les dispositions applicables aux secteurs de l'électricité et du gaz ne serait pas non plus pertinente, ces dispositions n'ayant notamment été adoptées que récemment, sans l'être pour le secteur des chemins de fer.

48. Enfin, le gouvernement autrichien estime qu'il a mis en place des mesures de sauvegarde suffisantes et que l'objectif de garantir un marché ferroviaire fonctionnant sans discrimination est rempli. En effet, tant l'indépendance des dirigeants et de l'entité chargée des fonctions essentielles que le contrôle en matière de concurrence exercé par l'autorité de régulation seraient conformes aux directives 2001/14 et 91/440.

49. Le gouvernement italien rappelle que l'obligation de séparation prévue par le législateur de l'Union, pour ce qui est des fonctions de transport ferroviaire et de gestion de l'infrastructure, est de nature comptable.

50. Il souligne que la Commission, en ce qui concerne le modèle de holding, défend une approche contradictoire en ce qu'elle arriverait à une présomption d'incompatibilité, dans la mesure où ce modèle est reconnu légalement, mais ne peut être compatible avec les directives en cause que dans l'hypothèse où la société holding ne détiendrait ou n'exercerait aucune des prérogatives propres à une telle société holding.

51. La législation n'aurait nullement entendu introduire d'obligation de séparer les structures de propriété ou les régimes organisationnels ayant des effets équivalents au plan de l'autonomie de gestion, mais aurait entendu respecter et garantir le pouvoir discrétionnaire des États membres et des entreprises intéressées à adopter des modèles d'organisation de différents types.

52. Le gouvernement italien, à la lumière tant du texte que de la finalité de la réglementation, ne peut suivre la Commission lorsqu'elle considère que les fonctions essentielles devraient être attribuées à des entités extérieures au groupe auquel appartient une entreprise ferroviaire.

V – Analyse

A – *Observations liminaires*

1. Les hypothèses de base du recours en manquement

53. En Autriche, plusieurs des fonctions essentielles visées à l'annexe II de la directive 91/440 ont été confiées au gestionnaire de l'infrastructure, à savoir ÖBB-Infrastruktur AG. Cette société est juridiquement indépendante, mais fait partie d'un groupe de sociétés coiffées par une société holding et comprenant également des entreprises qui fournissent des services de transport ferroviaire.

54. La Commission reproche à la République d'Autriche de ne pas avoir prévu de mécanismes efficaces pour garantir l'indépendance organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire de l'infrastructure ÖBB-Infrastruktur AG et l'exercice indépendant par ce dernier des fonctions essentielles, manquant ainsi aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440.

55. L'argumentation de la Commission est fondée sur trois hypothèses.

56. La première est que, même si une structure où le gestionnaire de l'infrastructure fait partie du même groupe d'entreprises qu'une société ferroviaire, les deux étant sociétés filles d'une société holding, est en soi admissible, l'indépendance des fonctions essentielles prévue à l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 ne peut, dans un tel cas de figure, être réalisée que si l'exigence de l'indépendance économique, implicitement incluse dans ladite disposition, est garantie.

57. La deuxième hypothèse est qu'une telle indépendance économique ne peut pas être réalisée dans les conditions d'une structure de holding, sauf si l'État membre prévoit des mesures de sûreté supplémentaires qui correspondraient à une obligation positive pour l'État membre d'adopter des règles spécifiques et détaillées. Selon la Commission, les mesures reprises à l'annexe 5 du document de travail SEC(2006) 530 des services de la Commission constituent de telles mesures, malgré la nature non contraignante du document.

58. La troisième hypothèse que la Commission me semble présumer est que, à cause de la structure de holding, les entités autrichiennes concernées seraient susceptibles de contourner ou d'enfreindre les obligations prévues par le législateur de l'Union ou le législateur national.

2. Sur l'existence d'un manquement par l'État membre

59. La Cour a déjà eu plusieurs occasions de préciser l'étendue des obligations découlant des directives quant à leur transposition correcte dans les États membres. Elle a notamment constaté qu'il ne lui incombait pas de procéder à une interprétation qui corrigerait le libellé d'un article de la directive.

60. En effet, à cet égard, la Cour a jugé, dans l'arrêt Commission/Grèce [11], que la République hellénique pouvait fonder légitimement sa législation nationale sur le libellé clair de l'article 23, paragraphe 2, de la directive 92/83/CEE [12], qui l'autorisait à appliquer à l'ouzo un taux d'accise inférieur au taux minimal. Ainsi, la Cour a rejeté le recours de la Commission, par lequel celle-ci alléguait un manquement de cet État membre aux obligations découlant de l'article 90, premier alinéa, CE, et soutenait que les États membres n'étaient pas dispensés, même en présence d'une telle autorisation explicite dans le droit dérivé, du respect du droit primaire, ce dont elle concluait que, dans le cas où la mesure nationale s'avérait inconciliable avec le droit primaire, l'État membre n'était pas habilité à faire usage de cette autorisation.

61. De la même manière, dans l'arrêt Commission/Royaume-Uni [13], la Cour a constaté qu'il ne saurait être reproché au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, dont la réglementation nationale est en conformité avec le libellé clair et précis de l'article 2, paragraphe 1, de la treizième directive 86/560/CEE [14], d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent précisément en vertu de

11 — Arrêt du 5 octobre 2004 (C-475/01, Rec. p. I-8923).

12 — Directive du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur l'alcool et les boissons alcooliques (JO L 316, p. 21).

13 — Arrêt du 15 juillet 2010 (C-582/08, Rec. p. I-7191, points 46 à 51).

14 — Treizième directive du Conseil du 17 novembre 1986 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Modalités de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée aux assujettis non établis sur le territoire de la Communauté (JO L 326, p. 40).

cette disposition en raison du fait qu'il aurait négligé de procéder à une interprétation, visant à corriger ladite disposition en vue de se conformer à la logique générale du système commun de la TVA et de remédier à une erreur du législateur communautaire, alléguée par la Commission et ressortant, selon cette dernière, de l'exposé des motifs d'une proposition de directive.

62. La Cour a souligné dans ledit arrêt que, selon une jurisprudence constante, le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation de l'Union permette aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose. Les justiciables doivent, en effet, pouvoir connaître sans ambiguïté leurs droits et leurs obligations et prendre leurs dispositions en conséquence [15]. Certes, cette jurisprudence vise les relations entre les particuliers et l'autorité publique. Toutefois, cette jurisprudence est également pertinente dans le cadre de la transposition d'une directive relative au domaine fiscal.

63. Dans une affaire récente, la Cour a souligné le caractère objectif de la constatation du manquement [16]. Toutefois, il ne peut pas s'agir d'un manquement si l'action que la Commission demande à l'État membre n'est pas inscrite dans le libellé de la directive et qu'elle ne représente qu'une des possibles actions à entreprendre pour transposer la directive.

64. La Commission souligne que la présente affaire porte sur la transposition incomplète, et non pas sur la mauvaise application de la directive. Il conviendrait, dès lors, de vérifier si la structure de holding, comprenant le gestionnaire de l'infrastructure chargé des fonctions essentielles et des sociétés ferroviaires, n'est compatible avec l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 que si le gestionnaire de l'infrastructure est économiquement indépendant de sa société mère, et si une telle indépendance ne peut pas être réalisée sans que l'État membre prenne des mesures positives exigées par la Commission.

B – *Indépendance des organes en charge des fonctions essentielles*

65. La directive 91/440 a initié la libéralisation du transport ferroviaire en instituant un droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire au profit des entreprises de transport. La mesure importante accompagnant ce droit d'accès était la séparation de la gestion de l'infrastructure de l'activité de services de transport. Cependant, le principe de séparation visait non pas les structures, mais les fonctions, et encore uniquement la fonction comptable. Il est seulement indiqué à titre optionnel que la séparation peut comporter «des divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise ou que la gestion de l'infrastructure est assurée par une entité distincte». Le modèle national intégré demeurait ainsi préservé.

66. Les directives 95/18/CE et 95/19/CE [17], puis celles du premier paquet ferroviaire de 2001, ont eu pour but de mettre en œuvre le droit d'accès équitable et non discriminatoire, en prévoyant la mise en place de licences pour les entreprises de transport et des règles pour la répartition des capacités et la tarification des redevances. Pour assurer un tel accès, l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 a consacré le principe de l'indépendance de l'organe en charge des fonctions essentielles.

67. Les fonctions essentielles sont mentionnées à l'annexe II de la directive 91/440. Il s'agit de la délivrance des licences aux entreprises ferroviaires, de la répartition des capacités, de l'attribution des sillons individuels, de la détermination de la redevance acquittée par les entreprises de transport et du contrôle du respect des obligations de service public.

15 — Arrêt du 10 mars 2009, Heinrich (C-345/06, Rec. p. I-1659, point 44 et jurisprudence citée).

16 — Voir arrêt du 10 mai 2012, Commission/Estonie (C-39/10, point 63).

17 — Directive 95/18/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant les licences des entreprises ferroviaires (JO L 143, p. 70), et directive 95/19/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure (JO L 143, p. 75).

68. L'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 et les articles 4, paragraphe 2, et 14, paragraphe 2, de la directive 2001/14 font référence respectivement à l'indépendance d'une «instance ou entreprise» gérant l'accès au réseau, d'un «organisme de tarification» et d'un «organisme de répartition» des capacités. Il s'agit de trois fonctions qui ne peuvent en aucun cas être exercées par une entreprise de transport. Ces fonctions peuvent être exercées soit par le gestionnaire s'il n'est pas «lui-même» un fournisseur de services de transport, indépendant de toute entreprise ferroviaire, notamment de l'opérateur historique, soit, dans le cas contraire, par un «organisme», à savoir une instance ou une entreprise qui est indépendante des entreprises ferroviaires sur le «plan juridique, organisationnel et décisionnel».

69. Toutes les décisions des organes en charge de fonctions essentielles peuvent faire l'objet d'un recours devant un organe de contrôle indépendant institué par l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2001/14.

70. Dans le système intégré de la société holding, le gestionnaire de l'infrastructure est également l'organe indépendant responsable de la répartition des sillons, de la tarification des sillons, de la certification en matière de sécurité et de l'établissement des règles de fonctionnement. Même après l'adoption du premier paquet ferroviaire, il était admis que ce système était toujours autorisé [18]. Dans le rapport de 2006 concernant la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire, les services de la Commission ont exprimé un avis selon lequel la séparation institutionnelle ne peut en aucun cas être induite du texte de la directive; ils y indiquent également que cette séparation institutionnelle a leur préférence [19].

71. Il résulte de l'article 6 de la directive 91/440 qu'une séparation institutionnelle ne peut être imposée aux États membres. L'article 6, paragraphe 1, impose, dans le cadre essentiellement des aides d'État, une séparation comptable entre l'activité de services de transport et l'activité de gestion de l'infrastructure. Le libellé du paragraphe 2 montre clairement qu'il n'y a, en principe, aucune obligation de séparation institutionnelle: «les États membres peuvent en outre prévoir que cette séparation comporte des divisions organiques distinctes au sein d'une même entreprise ou que la gestion de l'infrastructure est assurée par une entité distincte».

72. Ce n'est qu'au paragraphe 3 dudit article 6 que, concernant les «fonctions essentielles en vue de garantir un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure, qui sont énumérées à l'annexe II», une séparation est requise, puisque l'instance ou l'entreprise ne doit pas être *elle-même* fournisseur de services de transport ferroviaire. Néanmoins, cette même disposition précise qu'il n'y a pas d'impératifs d'ordre institutionnel «quelles que soient les structures organisationnelles», dans la mesure où l'objectif de l'accès équitable et non discriminatoire peut être atteint «d'une manière probante».

73. Il convient donc de conclure que la directive autorise le système intégré de la société holding et qu'elle n'impose pas de séparation institutionnelle entre le gestionnaire et l'opérateur historique. Toutefois, c'est dans le cadre de la gestion des fonctions essentielles que le modèle de holding peut poser des difficultés, puisque une telle société holding chapeaute l'entreprise de transport et le gestionnaire.

18 — Lors de l'adoption de ce paquet par le Conseil de l'Union européenne, la République fédérale d'Allemagne a déclaré que les fonctions essentielles et le service de transport ferroviaire peuvent être assumés par «des entreprises indépendantes sur le plan juridique, mais liées dans le cadre d'une holding» (2324e session du Conseil «Transports», des 20 et 21 décembre 2000). La République d'Autriche explique en détail l'évolution de la réglementation de l'Union à cet égard.

19 — «The Directives do not formally require institutional separation between the activities of infrastructure manager and railway undertaking, but this separation seems to be the best way of ensuring fair and non-discriminatory treatment for all railway undertakings wishing to gain access to the infrastructure», voir Commission staff working document SEC(2006)530, p. 31.

74. La directive 2001/14 mentionne que le degré d'indépendance pour les organes en charge de fonctions essentielles signifie une indépendance sur les plans «juridique, organisationnel et décisionnel» [20].

75. La structure de holding respecte sans doute le premier critère, voire le deuxième. L'indépendance juridique par la constitution d'une filiale au sein d'une société holding est certaine. L'indépendance organisationnelle découle partiellement de la personnalité juridique séparée, qui exige des organes de prise de décision propres à la société. Cette exigence s'étend en partie au niveau factuel de l'organisation. L'entité ne doit pas rester une coquille vide, mais doit avoir ses propres ressources personnelles et factuelles. Enfin, l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 exige que l'indépendance des organes chargés de fonctions essentielles doit être atteinte «d'une manière probante». C'est donc le troisième critère qui s'avère problématique.

76. La Commission exige que plusieurs mesures positives qui ne figurent pas dans le texte des directives 91/440 et 2001/14 soient prises pour assurer l'indépendance décisionnelle de l'organe chargé des fonctions essentielles, en l'espèce dans le modèle de holding, à savoir le gestionnaire de l'infrastructure. Il est vrai que l'ensemble de ces mesures concourt à assurer une indépendance décisionnelle effective du gestionnaire de transport.

77. Je relève que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 ne précise pas les conditions de cette indépendance. C'est ce vide que la Commission cherche à combler, notamment en se référant à l'annexe 5 du document de travail SEC(2006) 530 des services de la Commission, annexée au rapport sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire.

78. Ladite annexe mentionne l'intervention de l'organe de contrôle pour vérifier que l'indépendance est bien respectée ainsi que pour intervenir dans la nomination et la révocation des administrateurs du gestionnaire de l'infrastructure. En outre, elle exige l'interdiction des doubles fonctions dans les organes de direction de l'ensemble du groupe, un délai de carence des membres dirigeants lorsqu'ils se transfèrent d'une entité à l'autre de la société holding et l'étanchéité des informations traitées par ledit gestionnaire.

79. Or, il est demandé à la Cour d'imposer aux États membres l'ensemble de ces conditions précises, qui ne figurent que dans le rapport sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire et qui, par conséquent, ne figurent pas dans le texte de la directive 91/440.

80. Selon une jurisprudence constante, la charge de la preuve du manquement repose sur la Commission qui «doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur une présomption quelconque».

81. La Commission reconnaît elle-même que ce qu'elle demande aux États membres et qui a motivé la saisine de la Cour est son interprétation de la directive 91/440 dans l'annexe 5 du document de travail SEC(2006) 530. Cette annexe n'a pas de valeur juridique contraignante. Elle exprime une interprétation que les services de la Commission proposent en ce qui concerne la notion d'indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle. Je rappelle que les obligations positives litigieuses n'ont jamais figuré dans le texte de ladite directive ou un autre texte obligatoire du droit de l'Union, ni à l'époque de l'adoption de la directive ni à l'expiration du délai de transposition.

20 — Il convient de souligner que cette «indépendance» est de nature différente de celle qui, par exemple, dans l'expression «en toute indépendance», s'applique aux autorités chargées de garantir la protection des données à caractère personnel, visée à l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31). Voir, à cet égard, arrêt du 9 mars 2010, Commission/Allemagne (C-518/07, Rec. p. I-1885, points 17 et suiv.), et points 20 et suivants des conclusions de l'avocat général Mazák dans l'affaire, Commission/Autriche (C-614/10, pendante devant la Cour).

82. La Commission met en avant, au-delà d'une interprétation constructive du principe d'indépendance organisationnelle et décisionnelle énoncé dans les directives 91/440 et 2001/14, une argumentation comportant deux volets et liée à l'effet utile.

83. Le premier repose sur le droit de la concurrence et, eu égard au modèle de holding et donc à la présence d'une société mère et de ses filiales, sur une interprétation du principe d'indépendance du gestionnaire selon laquelle ce dernier ne pourrait être qu'une «entreprise autonome» au sens du droit de la concurrence. Certains pouvoirs normaux de la société holding sur sa filiale gestionnaire au sens du droit des sociétés s'en trouveraient ainsi court-circuités.

84. Le deuxième repose sur le droit de la régulation se fondant sur l'idée que le secteur ferroviaire devrait se voir appliquer un droit commun de la régulation concernant l'indépendance du gestionnaire et les pouvoirs de l'organe de contrôle. La Commission se réclame de la jurisprudence de la Cour de justice sur les réseaux.

85. Selon la Commission, sauf preuve contraire, il y a lieu de présumer que la société holding exerce effectivement un contrôle économique sur la société fille gestionnaire de l'infrastructure chargée des fonctions essentielles. Toutefois, à mon avis, l'application de l'analogie avec l'unité économique des filiales et de la société mère au sens du droit de la concurrence n'est pas convaincante, car elle condamne le système même de la société holding, alors qu'il est expressément admis par les directives 91/440 et 2001/14. C'est à bon droit que la République d'Autriche conclut que si la filiale d'une société holding ne pouvait pas exercer les fonctions essentielles d'un gestionnaire de l'infrastructure lorsqu'une autre filiale de la même société holding fournit des services de transport ferroviaire, l'option d'utiliser une structure de holding, qui est pourtant licite en vertu du droit de l'Union, deviendrait en réalité impossible.

86. De surcroît, dans le cadre du droit de la concurrence, l'unité économique doit être prouvée. C'est a fortiori le cas dans le cadre d'un recours en constatation de manquement concernant une transposition incomplète et engagé alors même que le libellé de la directive ne va pas en ce sens. Néanmoins, l'obligation qu'impose le droit de la concurrence de devoir ensuite prouver l'indépendance de la filiale ne saurait être transposée à la procédure en manquement. Le seul fait que la société holding détient la majorité ou la totalité des actions ou droits de vote y afférents de l'entité chargée des fonctions essentielles n'est pas suffisant, sinon le système «normal» de la société holding serait en soi condamné. En plus, il me semble discutable d'appliquer l'approche proposée par la Commission aux cas où l'objectif explicite de la structure de holding est d'établir une société fille chargée de missions de nature publique et dont l'indépendance est prévue par des dispositions spécifiques. Or, selon moi, l'éventuelle collusion factuelle entre les filiales d'une société holding doit être prouvée.

87. C'est donc à la Commission de prouver que le système crée un conflit d'intérêts patent qui ne peut conduire qu'à la conclusion d'une atteinte à l'indépendance dans l'exercice des fonctions essentielles. Comme le reconnaît la Commission, la Cour a jugé que le contrôle à 100 % par la société mère n'exclut pas un comportement indépendant de la filiale [21]. Par conséquent, c'est à la Commission qu'il revient de prouver que le risque de conflit d'intérêts est si fort qu'il nécessite des mesures préventives non prévues dans le libellé de la directive.

88. La thèse de la Commission reposant sur l'hypothèse d'une forme d'«abus automatique» qui résulterait de la structure même de la société holding, ne peut pas être acceptée dans le cadre du processus de manquement, qui vise non pas une mauvaise application, mais une transposition incomplète de la directive.

21 — La Commission se réfère aux arrêts du 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries/Commission (48/69, Rec. p. 619, point 134), et du 24 octobre 1996, Viho/Commission (C-73/95 P, Rec. p. I-5457, points 6 et 13 à 18).

89. En plus, il ne me semble pas cohérent d'exiger d'un État membre d'adopter des règles supplémentaires si les sujets concernés ne respectent pas, ex hypothesi, les obligations juridiques protégeant l'indépendance de la société fille.

90. J'ajoute que la question du gestionnaire de réseau a été la plus controversée du troisième paquet énergie. Les dispositions transformant les entreprises intégrées en sociétés anonymes au sein desquelles le gestionnaire bénéficie d'une gestion et d'un conseil d'administration séparés de la société mère figurent aux articles 9 et suivants des chapitres IV et V de la directive 2009/72/CE, ainsi que dans les dispositions jumelles de la directive 2009/73 [22]. Les dispositions concernées de la directive 2009/72 répondent à toutes les exigences que la Commission a formulées à l'encontre de la République d'Autriche.

91. En conclusion, à mon avis, la Commission n'a pas réussi à démontrer que le seul moyen de remplir l'exigence de l'indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle serait de prévoir des règles législatives, réglementaires ou conventionnelles correspondant aux mesures énumérées dans la requête.

92. En fait, les exigences concernant les compétences de l'organe de contrôle indépendant institué par l'article 30, paragraphe 1, de la directive 2001/14 ne peuvent pas être déduites de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440, puisque cette question est pleinement réglementée par la première disposition citée, qui confère des pouvoirs à l'organisme de contrôle en cas de traitement inégal ou discriminatoire d'un candidat, et en ce qui concerne le respect des règles sur la tarification [23].

93. Une interdiction des doubles fonctions est liée au principe d'incompatibilité, qui est inhérent à la notion d'indépendance décisionnelle. Toutefois, ce principe, que le législateur de l'Union n'a pas défini dans les directives 91/440 et 2001/14, peut être exprimé selon différents degrés d'abstraction, et il est consacré d'une façon différente par les diverses réglementations.

94. Dans le contexte d'une structure de holding, les dispositions du droit des sociétés ont une influence sur l'application concrète du principe d'incompatibilité; une double fonction dans le système d'un État membre A peut s'avérer sans conséquences réelles, même si elle peut être considérée comme incompatible avec l'indépendance décisionnelle de la filiale dans le système d'un État membre B. Pour cette raison, l'absence de règle à cet effet ne peut pas être automatiquement considérée comme une infraction de l'État membre.

95. En tout état de cause la mesure exigée par la Commission et portant sur une interdiction des doubles fonctions ne couvre pas toutes les situations où l'indépendance des fonctions essentielles pourrait être sujette à caution en raison des incompatibilités. On pourrait mentionner par exemple la situation où trois frères assisteraient aux conseils d'administration, l'aîné dans la société holding et les deux cadets dans des filiales chargées respectivement de la gestion de l'infrastructure et des services ferroviaires. Or, il n'est pas possible de déduire de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440 une obligation de prévoir ex ante une règle interdisant les doubles fonctions, même si les situations concrètes de doubles fonctions spécifiques pourraient à mon avis facilement être considérées comme une mauvaise application de ladite disposition.

22 — Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JO L 211, p. 55), et directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JO L 211, p. 94).

23 — À cet égard, je me réfère au quatrième grief de la Commission dans l'affaire Commission/Allemagne, précitée, où la Commission propose une interprétation extensive de l'article 30, paragraphe 4, de la directive 2001/14 et de l'article 7, paragraphe 10, de la directive 91/440.

96. Le même raisonnement vaut pour l'exigence selon laquelle les administrateurs de l'entité chargée des fonctions essentielles ainsi que les cadres supérieurs et le personnel chargés d'exercer les fonctions essentielles devraient être empêchés, pendant un nombre raisonnable d'années après avoir quitté l'entité concernée, d'accepter tout emploi de cadre supérieur au sein de la société holding ou d'autres instances sous son contrôle.

97. Une règle à cet effet a été adoptée à l'article 19, paragraphe 3, des directives 2009/72 et 2009/73, prévoyant que les responsables de direction et les membres des organes administratifs ne peuvent être nommés s'ils ne justifient pas d'une absence de relation professionnelle avec l'entreprise intégrée depuis trois ans. L'article 19, paragraphe 7, dispose que, à la fin de leur mandat, ces personnes ne peuvent avoir de relation avec l'entreprise intégrée pendant quatre ans. Enfin, durant leur activité, l'article 19, paragraphe 4, prévoit que les employés du gestionnaire de réseau ne peuvent exercer d'autres activités avec une autre partie de la société holding du secteur de l'énergie.

98. Or, une telle réglementation détaillée n'est pas incluse dans les directives ferroviaires concernées et ne peut pas en être déduite par voie d'interprétation.

99. Concernant l'exigence imposant que le gestionnaire de l'infrastructure ait un personnel et des locaux qui lui soient propres, je constate qu'elle est suivie en pratique par la République d'Autriche et qu'une obligation de prévoir une règle particulière à cet effet ne peut pas être déduite de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 91/440. Concernant la communication entre le personnel du gestionnaire de l'infrastructure et celui d'autres entreprises du groupe, je partage l'argumentation de la République d'Autriche, à savoir que la Commission n'a pas établi en quoi les clauses de protection de la confidentialité stipulées dans les contrats des collaborateurs ne suffisaient pas.

100. Enfin, le grief portant sur la sécurité informatique a été abandonné par la Commission dans sa réplique, si bien qu'une discussion sur ce point n'est pas nécessaire.

101. Je conclus donc que le recours, qui vise la transposition incomplète de la directive, ne saurait prospérer. S'agissant de l'application de la directive, le modèle de holding n'est pas sans problème, comme je l'ai déjà relevé dans le cadre de mes conclusions dans l'affaire Westbahn Management [24]. Toutefois, dans le cadre de la présente affaire, la Commission ne reproche pas à la République d'Autriche d'en avoir fait une mauvaise application ni ne fournit des preuves probantes.

VI – Sur les dépens

102. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

103. La République d'Autriche ayant conclu à la condamnation de la Commission aux dépens, il y aura lieu de faire droit à cette demande si, comme je le propose, le recours en manquement est rejeté dans son intégralité.

104. Conformément à l'article 69, paragraphe 4, premier alinéa, du règlement de procédure, la République italienne qui a demandé l'autorisation d'intervenir au présent litige supporte ses propres dépens.

24 — Voir points 47 et suivants de mes conclusions dans l'affaire Westbahn Management (C-136/11, pendante devant la Cour).

VII – Conclusion

105. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer comme suit:

1) Le recours est rejeté.

2) La Commission européenne est condamnée aux dépens.

3) La République italienne supportera ses propres dépens.