Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 6. september 2012 [1]

Sag C-555/10

Europa-Kommissionen
mod

Republikken Østrig

»Traktatbrudssøgsmål — direktiv 91/440/EØF — udvikling af Fællesskabets jernbaner — direktiv 2001/14/EF — tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet — artikel 6, stk. 3, i og bilag II til direktiv 91/440 — artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 — infrastrukturforvalter — uafhængighed med hensyn til organisation og beslutningstagning — holdingselskabsstruktur«

I – Indledning

1. Ved det foreliggende traktatbrudssøgsmål har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 6, stk. 3, i og bilag II til Rådets direktiv 91/440/EØF [2], som ændret ved direktiv 2001/12 [3] (herefter »direktiv 91/440«), samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14/EF [4], som ændret ved direktiv 2004/49/EF [5] (herefter »direktiv 2001/14«). Republikken Østrig har nedlagt påstand om frifindelse.

2. Den foreliggende sag indgår i en række traktatbrudssager [6], som Kommissionen anlagde i 2010 og 2011 om medlemsstaternes gennemførelse af direktiv 91/440 og direktiv 2001/14, navnlig med hensyn til jernbaneselskabers adgang til infrastrukturen, dvs. jernbanenettet, på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår. Søgsmålene er nyskabende, da de giver Domstolen en første lejlighed til at ytre sig om liberaliseringen af jernbanerne i Den Europæiske Union, herunder navnlig fortolke, hvad der almindeligvis benævnes »den første jernbanepakke«.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Rådets direktiv af 29.7.1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT L 237, s. 25).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 26.2.2001 (EFT L 75, s. 1).

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2001 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur samt sikkerhedscertificering (EFT L 75, s. 29).

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 (EUT L 164 s. 44). Det skal bemærkes, at titlen på direktiv 2001/14 blev ændret ved artikel 30 i direktiv 2004/49/EF. Direktivets titel er herefter »Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/14/EF af 26. februar 2001 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur«.

6 — Der er tale om følgende verserende sager for Domstolen: Kommissionen mod Ungarn (sag C-473/10), Kommissionen mod Spanien (sag C-483/10), Kommissionen mod Polen (sag C-512/10), Kommissionen mod Grækenland (sag C-528/10), Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik (sag C-545/10), Kommissionen mod Østrig (sag C-555/10), Kommissionen mod Portugal (sag C-557/10), Kommissionen mod Frankrig (sag C--625/10), Kommissionen mod Slovenien (sag C-627/10), Kommissionen mod Italien (sag C-369/11), og Kommissionen mod Luxembourg (sag C-412/11).

3. Med hensyn til det ene anbringende, som er fremsat, og som vedrører kravet om uafhængighed ved udøvelsen af de væsentlige funktioner, mener jeg, at de juridiske problemer, der vedrører EU-retten, i denne sag mutatis mutandis er de samme som dem, det første klagepunkt i sagen Kommissionen mod Tyskland (i sag C-556/10) rejser, eftersom begge medlemsstater har valgt holdingselskabsmodellen, hvori infrastrukturforvalterens væsentlige funktioner er overdraget et separat selskab inden for en koncern, som ligeledes omfatter jernbanevirksomheder. Det juridiske ræsonnement i mit forslag til afgørelse i den foreliggende sag gælder derfor også i sagen Kommissionen mod Tyskland, selv om der er visse forskelle mellem de nationale lovgivninger.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

4. Fjerde betragtning til direktiv 91/440 har følgende ordlyd:

»[…] [D]en fremtidige udvikling og en effektiv drift af jernbanenettet kan fremmes ved en adskillelse mellem driften af transportydelserne og forvaltningen af infrastrukturen; […] under denne forudsætning er det nødvendigt, at disse områder obligatorisk har hver sit regnskab og kan forvaltes særskilt.«

5. I artikel 6, stk. 1-3, i direktiv 91/440 bestemmes:

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

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

2. Medlemsstaterne kan desuden bestemme, at denne adskillelse skal indebære, at der skal være særskilte organisatoriske afdelinger i samme virksomhed, eller at forvaltningen af infrastrukturen skal varetages af en særskilt enhed.

3. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at fastlæggelse af retfærdig og ikke-diskriminerende adgang til infrastruktur som opført på listen i bilag II overdrages organer eller selskaber, der ikke selv udfører nogen form for jernbanetransport. Uanset strukturform skal det fremgå, at denne målsætning er opfyldt.

Medlemsstaterne kan imidlertid overdrage opkrævningen af afgifter og ansvaret for jernbaneinfrastrukturen, herunder investeringer, vedligeholdelse og finansiering, til jernbanevirksomheder eller ethvert andet organ.«

6. I bilag II til direktiv 91/440 opregnes de væsentlige funktioner, hvortil der henvises i artikel 6, stk. 3:

»– forberedelse og beslutningstagning i forbindelse med tildeling af licens til jernbanevirksomheder, herunder tildeling af individuelle licenser

– beslutningstagning i forbindelse med kanaltildeling, herunder både fastlæggelse og vurdering af, hvad der står til rådighed, samt tildeling af individuelle kanaler

– beslutningstagning i forbindelse med opkrævning af infrastrukturafgifter

– overvågning af opfyldelsen af public service-forpligtelser i forbindelse med visse tjenesteydelser«.

7. I 11. og 16. betragtning til direktiv 2001/14 angives direktivets mål som følger:

»(11) Afgifts- og kapacitetstildelingsordningerne skal give alle virksomheder lige adgang uden forskelsbehandling og i videst muligt omfang imødekomme alle brugeres og trafiktypers behov på en retfærdig og ikke-diskriminerende måde.

[…]

(16) Afgifts- og kapacitetstildelingsordninger skal tillade loyal konkurrence inden for jernbanetransporten.«

8. I artikel 4, stk. 2, i direktiv 2001/14 bestemmes:

»Hvis infrastrukturforvalteren ikke er uafhængig af enhver jernbanevirksomhed med hensyn til retlig status, organisation eller beslutningstagning, varetages den funktion, der er beskrevet i dette kapitel, bortset fra inddrivelse af afgifter, af et afgiftsorgan, som er uafhængigt af enhver jernbanevirksomhed med hensyn til juridisk status, organisation og beslutningstagning.«

9. Artikel 14, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/14 lyder således:

»1. Medlemsstaterne kan fastlægge principper for tildelingen af infrastrukturkapacitet under overholdelse af det i artikel 4 i direktiv 91/440/EØF nævnte krav om forvaltningsmæssig uafhængighed. Der fastsættes nærmere regler for tildelingen af kapacitet. Infrastrukturforvalteren foretager kapacitetstildelingen. Infrastrukturforvalteren sikrer bl.a., at infrastrukturkapacitet tildeles på et retfærdigt og ikke-diskriminerende grundlag og i overensstemmelse med fællesskabsretten.

2. Hvis infrastrukturforvalteren ikke er uafhængig af enhver jernbanevirksomhed med hensyn til retlig status, organisation eller beslutningstagning, varetages de funktioner, der er nævnt i stk. 1 og beskrevet i dette kapitel, af et tildelingsorgan, der er uafhængigt af enhver jernbanevirksomhed med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning.«

B – *National ret*

10. Anden del af Bundesbahnengesetz (forbundsloven om jernbaner)[7], som omfatter §§ 2-4, har titlen »ÖBB-Holding AG«.

11. I lovens § 2, stk. 1, bestemmes:

»Stiftelse og opbygning

1. Forbundsministeren for transport, innovation og teknologi skal stifte og opbygge et aktieselskab med en aktiekapital på 1,9 mia. EUR ved navn »Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft« (herefter »ÖBB-Holding AG«), som har sæde i Wien, og hvis aktier ejes fuldt ud af forbundsstaten. Selskabet skal ikke være genstand en stiftelsesundersøgelse.«

12. Lovens § 3 har følgende ordlyd:

»Forvaltning af aktierne

7 — BGBl. nr. 825/1992, som ændret og offentliggjort i BGBl. I, 95/2009.

Forvaltningen af aktierne varetages på forbundsstatens vegne af forbundsministeren for transport, innovation og teknologi.«

13. I lovens § 4 bestemmes:

»1. ÖBB-Holding AG's selskabsformål er at udøve sine ejendomsrettigheder i de selskaber, hvoraf ÖBB-Holding AG direkte eller indirekte ejer en andel, med henblik på at fastlægge en strategi.

2. Selskabets væsentligste opgaver er at sikre:

1) overordnet koordinering af udarbejdelsen og gennemførelsen af selskabernes strategi

2) gennemskuelighed for så vidt angår de indskudte offentlige midler

3. ÖBB-Holding AG kan endvidere træffe alle sådanne foranstaltninger, som er nødvendige eller hensigtsmæssige ud fra det for selskabet fastsatte formål og dets væsentligste opgaver. På personaleområdet kan det bl.a. dreje sig om strategiske foranstaltninger vedrørende indbyrdes tilpasning af selskabernes personale.«

14. Tredje del af forbundsloven om jernbaner har overskriften »Omstrukturering af De Østrigske Forbundsbaner«.

15. I § 25 i forbundsloven om jernbaner bestemmes:

»Med henblik på gennemførelsen af omstruktureringen af De Østrigske Forbundsbaner skal ÖBB-Holding AG senest den 31. maj 2004 have stiftet og opbygget et aktieselskab med en aktiekapital på 70 000 EUR ved navn »ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft« (herefter »ÖBB-Betrieb AG«) og med sæde i Wien.«

16. I § 62 i Eisenbahngesetz (loven om jernbane) [8] bestemmes:

»Tildelingsorgan

1. Jernbaneinfrastrukturvirksomheden er tildelingsorgan.

2. En jernbaneinfrastrukturvirksomhed, som er uafhængig af jernbanevirksomheder med hensyn til juridisk status, organisation og beslutningstagning, kan dog ved skriftlig aftale helt eller delvis overdrage de opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion, til Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH eller en anden egnet virksomhed eller et andet egnet organ.

3. De opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion, må dog ikke varetages af en jernbaneinfrastrukturvirksomhed, som ikke er uafhængig af jernbanevirksomheder med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning. En sådan jernbaneinfrastrukturvirksomhed skal derfor ved skriftlig aftale overdrage alle de opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion, til enten Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbh, en anden egnet virksomhed eller et andet egnet organ – for de to sidstnævntes enheders vedkommende dog kun, hvis de er uafhængige af jernbanevirksomheder med hensyn til juridisk status, organisation og beslutningstagning – som det

8 — BGBl. nr. 60/1957, som ændret og offentliggjort i BGBl. I, 95/2009.

derefter påhviler at varetage de nævnte opgaver for et tilsynsorgan på eget ansvar i den pågældende virksomheds eller det pågældende organs sted; der må ikke være bestemmelser i aftalen, som hæmmer eller hindrer varetagelsen i overensstemmelse med loven af de opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion.

4. Jernbaneinfrastrukturvirksomhederne skal meddele Schienen-Control GmbH, til hvilken virksomhed de ved aftale har overdraget alle eller en del af de opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion.«

17. I jernbanelovens § 74 bestemmes:

»Tilsyn med konkurrencen

1. Jernbanetilsynskommissionen skal ex officio:

1) pålægge et tildelingsorgan at handle på ikke-diskriminerende måde eller forbyde det at handle på diskriminerende måde for så vidt angår adgangen til jernbaneinfrastrukturen og alle de dertil knyttede administrative, tekniske og økonomiske vilkår, såsom brugsafgifter, og leveringen af andre ydelser og alle de dertil knyttede administrative, tekniske og økonomiske vilkår, såsom passende godtgørelse af udgifter og opkrævning af afgifter inden for sektoren, eller

2) pålægge en jernbanevirksomhed at handle på ikke-diskriminerende måde eller forbyde den at handle på diskriminerende måde for så vidt angår leveringen af ydelser og den supplerende levering af rangerydelser og alle de dertil knyttede administrative, tekniske og økonomiske vilkår, såsom passende godtgørelse af udgifter og opkrævning af afgifter inden for sektoren, eller

3) erklære diskriminerende vilkår for brug af jernbanenettet, diskriminerende generelle salgsvilkår, diskriminerende aftaler og diskriminerende dokumenter helt eller delvis ugyldige.

2. Ovenstående bestemmelser berører ikke konkurrencedomstolens beføjelser.«

18. I § 70 i Aktiengesetz (aktieselskabsloven) [9] bestemmes:

»Ledelse af aktieselskaber

1. Direktionen skal på eget ansvar lede selskabet til dets bedste under hensyn til aktionærernes, arbejdstagernes og almenhedens interesser.

2. Direktionen kan bestå af en eller flere personer. Er et medlem af direktionen udnævnt til formand, er hans stemme udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed, medmindre andet er bestemt i vedtægterne.«

19. I aktieselskabslovens § 75 bestemmes:

»Udnævnelse og afsættelse af direktionsmedlemmer

1. Medlemmer af direktionen udnævnes af tilsynsrådet for en periode på højst fem år. Udnævnes et medlem af direktionen for en given længere periode, for en ubegrænset periode eller for en ikke angivet periode, varer den pågældendes mandat fem år. Det kan fornys; fornyelsen skal dog bekræftes skriftligt af tilsynsrådets formand. Disse bestemmelser gælder mutatis mutandis for ansættelsesaftalen.

9 — BGBl. nr. 98/1965.

2. Juridiske personer og personselskaber (interessentskaber, kommanditselskaber) kan ikke udnævnes til medlem af direktionen.

3. Er mere end én person udnævnt til medlem af direktionen, kan tilsynsrådet udnævne en af personerne til formand for direktionen.

4. Tilsynsrådet kan afsætte medlemmer af og formanden for direktionen, hvis der foreligger tungtvejende grunde. En sådan grund kan være en alvorlig forsømmelse, manglende evne til forsvarlig ledelse eller tilbagekaldelse af generalforsamlingens tillid, medmindre dette er sket af åbenbart subjektive grunde. Denne bestemmelse gælder også for den direktion, som udnævnes af det første tilsynsråd. Tilbagekaldelsen har virkning, så længe den ikke er blevet erklæret virkningsløs ved en retskraftig afgørelse, idet dette ikke berører de rettigheder, som er fastsat i ansættelsesaftalen.«

20. I § 3, stk. 4, i vedtægterne for ÖBB-Infrastruktur AG bestemmes i affattelsen af 30. juni 2010:

»Gennemførelsen af dette selskabsformål er ligeledes i de selskabers fælles interesse, hvori Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft direkte eller indirekte ejer aktiemajoriteten, og skal være forenelig med de generelle strategiske mål, forudsat at dette ikke begrænser ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschafts retlige, organisatoriske og beslutningsmæssige uafhængighed i henhold til fællesskabsretten og den østrigske jernbanelov i forhold til jernbanevirksomheder (navnlig i relation til tildeling af kanaler, fastsættelse af kanalafgifter, sikkerhedscertificering og fastsættelse af driftsregler).«

III – Den administrative procedure og forhandlingerne for Domstolen

21. I maj 2007 tilsendte Kommissionen de østrigske myndigheder en række spørgsmål med henblik på at kontrollere Republikken Østrigs gennemførelse af direktiverne i den første jernbanepakke. Medlemsstaten svarede herpå ved skrivelse af 2. august 2007.

22. Ved skrivelse af 27. juni 2008 pålagde Kommissionen Republikken Østrig at efterkomme direktiv 91/440, direktiv 95/18 og direktiv 2001/14. Ved skrivelse af 30. september 2008 besvarede Republikken Østrig denne åbningsskrivelse.

23. Ved skrivelse af 8. oktober 2009 tilsendte Kommissionen Republikken Østrig en begrundet udtalelse, hvori den fastslog, at medlemsstaten ikke havde opfyldt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 6, stk. 3, i og bilag II til direktiv 91/440 samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14. Kommissionen anmodede den om at træffe de foranstaltninger, som var nødvendige for at efterkomme den begrundede udtalelse, senest to måneder fra modtagelsen af denne. Ved skrivelse af 9. december 2009 besvarede Republikken Østrig den begrundede udtalelse og bestred det traktatbrud, som Kommissionen foreholdt den.

24. Da Kommissionen ikke var tilfreds med Republikken Østrigs svar, besluttede den at indbringe det foreliggende søgsmål, som er indgået til Domstolen den 26. november 2010.

25. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 26. maj 2011 fik Den Italienske Republik tilladelse til at intervenere til støtte for Republikken Østrigs påstande.

26. Kommissionen, Republikken Østrig og Den Italienske Republik deltog i retsmødet, der blev afholdt den 23. maj 2012.

IV – Parternes anbringender og argumenter

27. Kommissionen har gjort gældende, at den enhed, hvortil udøvelsen af de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er blevet overdraget, skal være uafhængig i økonomisk – ikke kun i retlig – henseende i forhold til den virksomhed, der leverer jernbanetransportydelserne.

28. Den har i denne henseende anført, at skønt det ikke udtrykkeligt kræves i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, at den enhed, hvortil udøvelsen af de væsentlige funktioner overdrages, er »uafhængig« af de selskaber, der leverer jernbanetransportydelserne, skal udtrykket »virksomhed«, som anvendes i denne bestemmelse, ikke desto mindre i overensstemmelse med Domstolens praksis fortolkes som omfattende alle enheder, der, skønt de er retligt adskilte, handler som en »økonomisk enhed«.

29. Ifølge Kommissionen skal artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 fortolkes således, at de af infrastrukturforvalteren udøvede væsentlige funktioner skal varetages af en enhed, der er særskilt i forhold til jernbanevirksomhederne, ikke kun på retligt plan, men også med hensyn til organisation og beslutningstagning.

30. Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at når de væsentlige funktioner udøves af et selskab, som er underordnet et jernbaneholdingselskab, således som det er tilfældet med ÖBB-Infrastruktur AG, skal det vurderes, i hvilken udstrækning og under hvilke omstændigheder det underordnede selskab, som desuden er den infrastrukturforvalter, hvortil det er overdraget at udøve de nævnte væsentlige funktioner, kan anses for at være »uafhængigt« af den virksomhed, der leverer jernbanetransportydelserne (dvs. holdingselskabet og de selskaber, som er underordnet dette, og som varetager person- og godstransporttjenesterne), på trods af, at selskaberne tilhører den samme koncern.

31. Republikken Østrig har imidlertid ikke indført effektive foranstaltninger, der sikrer, at infrastrukturforvalteren ÖBB-Infrastruktur AG er uafhængig med hensyn til organisation og beslutningstagning. Heraf har Kommissionen udledt, at medlemsstaten har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 6, stk. 3, i og bilag II til direktiv 91/440 samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14.

32. I denne henseende har Kommissionen for det første gjort gældende, at kontrollen af, at uafhængighedskravene overholdes, skal varetages af en uafhængig myndighed, såsom jernbanereguleringsmyndigheden, eller af tredjemand. Konkurrenterne skal kunne klage over manglende overholdelse af uafhængighedskravet. Efter Kommissionens opfattelse overholdes ingen af de to bestemmelser i Østrig.

33. For det andet finder Kommissionen, at der skal findes lovgivningsmæssige eller i det mindste aftalemæssige bestemmelser om uafhængighed i forholdet mellem holdingselskabet og den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, mellem denne enhed og andre virksomheder i koncernen, som leverer jernbaneydelser, eller de øvrige af holdingselskabet kontrollerede organer og enheder, herunder generalforsamlingen af aktionærer og den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget.

34. Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at det bestemmes i § 3 i vedtægterne og § 10, stk. 3, i forretningsordenen for ÖBB-Infrastruktur AG's tilsynsråd, at direktionen for dette selskab ikke skal følge instrukser fra tilsynsrådet for ÖBB-Holding AG ved udøvelsen af de væsentligste funktioner, ikke er tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at der kan forekomme interessekonflikter mellem medlemmer af henholdsvis infrastrukturforvalterens og holdingselskabets ledelse, eftersom ledelsesmedlemmerne, som kan udnævnes og afsættes af holdingselskabet, vil være tilskyndet til ikke at træffe afgørelser, der strider imod dettes økonomiske interesser.

35. For det tredje finder Kommissionen, at medlemmer af direktionen for holdingselskabet og for andre virksomheder under dette holdingselskab ikke må indgå i direktionen for den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget.

36. I modsat fald ville det nemlig efter Kommissionens opfattelse vanskeligt kunne hævdes, at direktionen for den enhed, hvortil de væsentlige funktioner var overdraget, var uafhængig af holdingselskabets direktion for så vidt angår beslutningstagning, eftersom de to direktioner ville bestå af de samme personer. Ifølge Kommissionen er der ingen lovbestemmelser, der forhindrer, at der kan foreligge en sådan situation.

37. For det fjerde er der ingen bestemmelse, der forbyder medlemmer af direktionen for den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, og overordnede medarbejdere, som varetager væsentlige funktioner, i et rimeligt antal år efter, at de har forladt den pågældende enhed, at tiltræde en overordnet stilling i holdingselskabet eller andre enheder, som kontrolleres af dette. Hvad dette angår gælder der imidlertid for artikel 15 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som Østrig har påberåbt sig, og hvori der fastsættes en grundlæggende ret til erhvervsfrihed og til at arbejde, det i chartrets artikel 52 fastsatte generelle forbehold om lovmedholdelighed. En rimelig begrænsning af udøvelsen af en erhvervsmæssig virksomhed er derfor berettiget.

38. For det femte har Kommissionen anført, at der for udnævnelsen af bestyrelsen for den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, skal gælde klare betingelser og retlige forpligtelser, der sikrer, at bestyrelsens beslutninger træffes i fuld uafhængighed. Udnævnelse og afsættelse af bestyrelsesmedlemmer skal ske under en uafhængig myndigheds kontrol.

39. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at de sikkerhedsforanstaltninger, der er truffet for at sikre ÖBB-Infrastruktur AG's uafhængighed af ÖBB-Holding AG, ikke er tilstrækkelige.

40. Den østrigske regering har gjort gældende, at det ikke er nødvendigt at sikre infrastrukturforvalteren »økonomisk uafhængighed«, men at gennemføre bestemmelserne i den første jernbanepakke, der drejer sig dels om de mål, der skal gennemføres – artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 – dels om funktionerne – artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14. I artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 kræves det kun, at der skal gennemføres en målsætning, nemlig at de væsentlige funktioner overdrages til uafhængige organer eller selskaber, og i artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 foreskrives den måde, hvorpå funktionerne skal udøves, nemlig af et organ, som er uafhængigt af jernbanevirksomhederne med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning.

41. Ifølge ordlyden af bestemmelserne i den første jernbanepakke er det derfor irrelevant, om ÖBB-Infrastruktur AG som »organ« som omhandlet i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 er »økonomisk« uafhængigt.

42. Ifølge den østrigske regering stemmer de kriterier for, at det kan påvises, at der foreligger uafhængighed, som er fastlagt i bilag 5 til Kommissionens tjenestegrenes arbejdsdokument SEC(2006) 530 [10], ikke overens med de bindende bestemmelser, som er relevante i denne forbindelse, og som er fastsat i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, bilag II til direktiv 91/440 samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14. Desuden er det nævnte dokument ikke blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* og udgør ikke en bindende retsakt. Det kan derfor ikke anvendes i den foreliggende sag.

10 — Commission staff working document SEC(2006) 530 af 3.5.2006, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives (»First Railway Package«), COM(2006) 189 endelig udg., s. 31. Kun tilgængeligt på engelsk.

43. Med hensyn til det tilsyn, der skal føres af en uafhængig myndighed, mener den østrigske regering, at oprettelsen af Schienen-Control GmbH og Schienen-Control Kommission betyder, at det kan kontrolleres, at kravene om uafhængighed med henblik på at forhindre konkurrencefordrejning er overholdt. Desuden kan der, såvel ex officio som i tilfælde af en klage, foretages retsforfølgning af en reguleringsmyndighed, som ikke er underlagt ledelsesmæssige beføjelser, nemlig Schienen-Control Kommission. Det er således en uafhængig myndighed, der kontrollerer, at kravene om uafhængighed er opfyldt.

44. Med hensyn til, at der skal findes lovgivningsmæssige eller i det mindste aftalemæssige bestemmelser om forholdet mellem holdingselskabet og de forskellige enheder, har den østrigske regering gjort gældende, at de forpligtelser hertil, der følger af de omhandlede direktivers bestemmelser, såsom kriterierne i artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 vedrørende forvaltning af kanaler og i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, er blevet gennemført fuldt ud ved jernbanelovens § 62, stk. 3.

45. Den østrigske regering har hævdet, at der er blevet taget hensyn til kravet om adskillelse af »infrastruktur« og »transportydelser« inden for ÖBB-koncernen, eftersom, for det første, ÖBB-Infrastruktur AG ledes af en direktion, der ikke er underlagt ledelsesmæssige beføjelser, og, for det andet, direktionsmedlemmerne udnævnes til deres hverv for en periode på fire til fem år og kun kan afsættes før tiden i behørigt begrundede undtagelsestilfælde. For det tredje udelukker supplerende bestemmelser i vedtægterne og forretningsordenen for ÖBB-Infrastruktur AG's tilsynsråd og direktion, hvorefter ingen af tilsynsrådets godkendelsesrettigheder gælder, når anvendelsen af dem strider imod EU-rettens og den østrigske jernbanelovs krav om uafhængighed i spørgsmål vedrørende netadgang, at der, ikke blot direkte, men også indirekte, kan øves indflydelse på direktionen.

46. Den østrigske regering mener ikke, at de omhandlede direktiver indeholder et forbud mod dobbelte funktioner. Såfremt et enkelt medlem overgår fra ÖBB-Infrastruktur AG's direktion til ÖBB-Holding AG's direktion (som et kollegialt organ) eller fra ÖBB-Infrastruktur AG's direktion til tilsynsrådet for samme selskab, kan dette ikke medføre, at der kan øves en afgørende indflydelse, eftersom et medlem af ÖBB-Holding AG's direktion eller tilsynsråd ikke individuelt kan øve indflydelse på ÖBB-Infrastruktur AG. De foranstaltninger vedrørende ledelsesmæssig uafhængighed og adskillelse af infrastruktur og markedsføring, der er fastsat i jernbaneloven og loven af 2003 om forbundsjernbanernes struktur, skal ligeledes anvendes analogt som kriterium for dobbelte funktioner.

47. Med hensyn til, at der ikke er fastsat en karensperiode mellem en ansættelse i en stilling som direktionsmedlem eller som ledende medarbejder, der varetager væsentlige funktioner, i den enhed, hvortil disse funktioner er overdraget, og en ansættelse som ledende medarbejder i holdingselskabet, kan det generelle forbehold om lovmedholdelighed, der gælder for artikel 15, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, kun retfærdiggøre en midlertidig begrænsning af udøvelsen af en erhvervsmæssig virksomhed, hvis begrænsningen er fastsat ved lov og begrundet, hvilket der ikke kan være tale om i det foreliggende tilfælde, om så blot fordi der ikke findes nogen lovbestemmelse herom. Sammenligningen med de bestemmelser, der gælder inden for elektricitets- og gassektoren, er heller ikke relevant, bl.a. fordi de først er blevet vedtaget for nylig og ikke inden for jernbanesektoren.

48. Endelig finder den østrigske regering, at den har indført tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, og at målet om at sikre et jernbanemarked, der fungerer uden forskelsbehandling, er opfyldt. Såvel ledelsernes og den enheds uafhængighed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, som det tilsyn, reguleringsmyndigheden fører med konkurrencen, er i overensstemmelse med direktiv 2001/14 og 91/440.

49. Den italienske regering har bemærket, at EU-lovgivers krav om, at funktionerne jernbanetransport og infrastrukturforvaltning er adskilt, er af regnskabsmæssig art.

50. Den har gjort gældende, at Kommissionen med hensyn til holdingselskabsmodellen forsvarer en holdning, som er selvmodsigende, idet den fører til den antagelse, at denne model er uforenelig med de omhandlede direktiver, eftersom modellen ganske vist anerkendes i dette, men kun er forenelig med det, hvis holdingselskabet hverken besidder eller udøver nogen af de beføjelser, der kendetegner et sådant selskab.

51. Det var ikke hensigten med bestemmelserne at indføre et krav om adskilte ejerskabsstrukturer eller organisatoriske ordninger med tilsvarende virkning med hensyn til ledelsesmæssig autonomi, men at respektere og sikre medlemsstaternes og de berørte virksomheders skønsmæssige kompetence til at indføre organisationsmodeller af forskellig type.

52. Den italienske regering er på baggrund af såvel bestemmelsernes ordlyd som deres formål ikke enig i Kommissionens standpunkt, nemlig at de væsentlige funktioner skal overdrages enheder uden for den koncern, hvortil en jernbanevirksomhed hører.

V – Bedømmelse

A – *Indledende bemærkninger*

1. De grundlæggende antagelser i traktatbrudssøgsmålet

53. I Østrig er flere af de væsentlige funktioner, der angives i bilag II til direktiv 91/440, blevet overdraget til infrastrukturforvalteren, dvs. ÖBB-Infrastruktur AG. Dette selskab er retligt uafhængigt, men indgår i en koncern under et holdingselskab, hvorunder der ligeledes hører virksomheder, som leverer jernbanetransportydelser.

54. Kommissionen har kritiseret Republikken Østrig for, at den ikke har fastsat effektive regler, der sikrer, at infrastrukturforvalteren ÖBB-Infrastruktur AG er uafhængig med hensyn til organisation og beslutningstagning og udøver de væsentlige funktioner uafhængigt, og at den derfor ikke opfylder de forpligtelser, der følger af artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440.

55. Kommissionens argumentation bygger på tre antagelser.

56. Den første går ud på, at skønt det i sig selv er acceptabelt, at infrastrukturforvalteren indgår i en struktur, hvori forvalteren er en del af den samme koncern som et jernbaneselskab, idet de begge er datterselskaber af et holdingselskab, kan den uafhængighed af de væsentlige funktioner, som foreskrives i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, i et sådant tilfælde kun opnås, hvis der er sikkerhed for, at det krav om økonomisk uafhængighed er opfyldt, som implicit er indeholdt i denne bestemmelse.

57. Den anden antagelse går ud på, at en sådan økonomisk uafhængighed ikke kan opnås inden for rammerne af de vilkår, der kendetegner et holdingselskab, medmindre medlemsstaten har indført supplerende sikkerhedsforanstaltninger, og at det betyder, at der påhviler medlemsstaten en positiv forpligtelse til at fastsætte specifikke og detaljerede regler. Ifølge Kommissionen udgør de foranstaltninger, der angives i arbejdsdokument SEC(2006) 530 fra Kommissionens tjenestegrene, sådanne foranstaltninger, skønt dette dokument ikke har bindende karakter.

58. Den tredje antagelse, som Kommissionen synes at lægge til grund, går ud på, at de berørte østrigske enheder vil kunne omgå eller overtræde de krav, som unionslovgiver eller den nationale lovgiver har fastsat.

2. Spørgsmålet, om medlemsstaten har tilsidesat sine forpligtelser

59. Domstolen har allerede ved flere lejligheder klarlagt udstrækningen af de forpligtelser, der følger af direktiver for så vidt angår korrekt gennemførelse af sådanne i medlemsstaterne. Den har bl.a. fastslået, at det ikke påhviler den at give en fortolkning, som korrigerer ordlyden af en artikel i det pågældende direktiv.

60. I dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland [11] fastslog den således hvad dette angår, at Den Hellenske Republik lovligt kunne basere sin nationale lovgivning på den klare ordlyd af artikel 23, stk. 2, i Rådets direktiv 92/83/EØF af 19. oktober 1992 om harmonisering af punktafgiftsstrukturen for alkohol og alkoholholdige drikkevarer [12], som tillod Den Hellenske Republik at pålægge ouzo en lavere punktafgift end minimumssatsen. Domstolen forkastede følgelig Kommissionens søgsmål, hvori denne havde nedlagt påstand om, at medlemsstaten havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 90, stk. 1, EF, og udtalte, at medlemsstaterne ikke er fritaget for at overholde den primære ret, selv om den afledte ret udtrykkeligt indeholder en sådan tilladelse, og udledte heraf, at medlemsstaten i tilfælde af, at den nationale foranstaltning viser sig at være uforenelig med den primære ret, ikke har beføjelse til at gøre brug af tilladelsen.

61. På samme måde fastslog Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige [13], at Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, hvis nationale lovgivning er i overensstemmelse med den klare og præcise ordlyd af artikel 2, stk. 1, i trettende direktiv 86/560/EØF [14], ikke kan kritiseres for at have tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til netop denne bestemmelse, fordi den har undladt at anvende en fortolkning, der tilsigter at rette bestemmelsen, således at den kommer i overensstemmelse med den generelle opbygning af den fælles momsordning, og afhjælpe en fejl, som fællesskabslovgiver ifølge Kommissionen har begået, og som ifølge denne fremgår af begrundelsen for et forslag til direktiv.

62. Domstolen bemærkede i dommen, at det fremgår af fast retspraksis, at retssikkerhedsprincippet forudsætter, at en EU-retlig bestemmelse giver de berørte mulighed for at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der derved pålægges dem. Borgerne skal nemlig ikke være i tvivl om deres rettigheder og forpligtelser og skal kunne handle derefter [15]. Den pågældende retspraksis vedrører ganske vist forholdet mellem borgerne og de offentlige myndigheder. Den er imidlertid ligeledes relevant i forbindelse med gennemførelsen af et direktiv på det fiskale område.

63. I en nylig sag fremhævede Domstolen, at konstateringen af, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser, er objektiv [16]. Der kan dog ikke være tale om traktatbrud, hvis det skridt, Kommissionen anmoder medlemsstaten om at tage, ikke er angivet i direktivets ordlyd, og hvis det kun repræsenterer et af de mulige skridt, der kan tages for at gennemføre direktivet.

64. Kommissionen har understreget, at den foreliggende sag vedrører ufuldstændig gennemførelse, ikke fejlagtig anvendelse, af direktivet. Det skal derfor undersøges, om en holdingstruktur, som omfatter den infrastrukturforvalter, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, og jernbaneselskaber, kun er forenelig med artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, hvis infrastrukturforvalteren er økonomisk uafhængig af sit moderselskab, og om en sådan uafhængighed kun kan opnås, hvis medlemsstaten træffer de positive foranstaltninger, som Kommissionen har krævet.

11 — Dom af 5.10.2004, sag C-475/01, Sml. I, s. 8923.

12 — Rådets direktiv af 19.10.1992 om harmonisering af punktafgiftsstrukturen for alkohol og alkoholholdige drikkevarer (EFT L 316, s. 21).

13 — Dom af 15.7.2010, sag C-582/08, Sml. I, s. 7191, præmis 46-51.

14 — Rådets trettende direktiv 86/560/EØF af 17.11.1986 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – foranstaltninger til tilbagebetaling af merværdiafgift til afgiftspligtige personer, der ikke er etableret på Fællesskabets område (EFT L 326, s. 40).

15 — Dom af 10.3.2009, sag C-345/06, Heinrich, Sml. I, s. 1659, præmis 44 og den deri angivne retspraksis.

16 — Jf. dom af 10.5.1012, sag C-39/10, Kommissionen mod Estland, præmis 63.

B – *Uafhængigheden af organer, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget*

65. Liberaliseringen af jernbanetransporten blev indledt med direktiv 91/440, hvori der indførtes en ret for transportvirksomhederne til at få adgang til jernbaneinfrastrukturen. Den centrale foranstaltning, som ledsagede denne adgangsret, bestod i, at infrastrukturforvaltningen og transporttjenesterne blev adskilt. Princippet om adskillelse gjaldt imidlertid ikke strukturerne, men funktionerne, og tilmed kun regnskabsfunktionen. Det angives kun som en mulighed, at adskillelsen kan indebære, at der er »særskilte organisatoriske afdelinger i samme virksomhed, eller at forvaltningen af infrastrukturen skal varetages af en særskilt enhed«. Dermed bevares den nationale integrerede model.

66. Direktiv 95/18/EF og 95/19/EF[17], og derefter direktiverne i den første jernbanepakke, havde til formål at gennemføre ret til adgang på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår, idet det blev foreskrevet, at der skulle indføres licenser til transportvirksomhederne og regler for tildeling af kapacitet og opkrævning af afgifter. For at sikre en sådan adgang fastsattes der i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 det princip, at det organ, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, skal være uafhængigt.

67. De væsentlige funktioner angives i bilag II til direktiv 91/440. Det drejer sig om tildeling af licens til jernbanevirksomheder, tildeling af kapacitet, tildeling af individuelle kanaler, fastsættelsen af de afgifter, transportvirksomhederne skal betale, og overvågning af, at public service-forpligtelserne overholdes.

68. I artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 henvises der til den uafhængighed, som henholdsvis det »organ eller selskab«, der giver adgang til nettet, »afgiftsorganet« og, for så vidt angår kapaciteten, »tildelingsorganet« skal have. Der er tale om tre funktioner, som under ingen omstændigheder kan udøves af en transportvirksomhed. De kan enten varetages af forvalteren, hvis denne ikke »selv« leverer transportydelser og er uafhængig af enhver jernbanevirksomhed, bl.a. den traditionelle operatør, eller, hvis dette ikke er tilfældet, af et »organ« eller en virksomhed, som er uafhængig(t) af jernbanevirksomhederne »med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning«.

69. Alle beslutninger, der træffes af de organer, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, kan indbringes for et uafhængigt tilsynsorgan, der er oprettet i henhold til artikel 30, stk. 1, i direktiv 2001/14.

70. I det integrerede holdingselskabssystem er infrastrukturforvalteren ligeledes det uafhængige organ, som er ansvarligt for at tildele kanaler, opkræve afgifter for kanaler, foretage sikkerhedscertificering og fastsætte driftsregler. Selv efter vedtagelsen af den første jernbanepakke blev det anerkendt, at dette system stadig var tilladt[18]. I rapporten af 2006 om gennemførelsen af den første jernbanepakke udtrykte Kommissionens tjenestegrene den opfattelse, at der ikke af direktivets ordlyd kunne udledes et krav om institutionel adskillelse; de anførte ligeledes, at de foretrak en sådan institutionel adskillelse[19].

17 — Rådets direktiv 95/18/EF af 19.6.1995 om udstedelse af licenser til jernbanevirksomheder (EFT L 143, s. 70) og Rådets direktiv 95/19/EF af 19.6.1995 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af infrastrukturafgifter (EFT L 143, s. 75).

18 — Under vedtagelsen af pakken i Rådet for Den Europæiske Union erklærede Forbundsrepublikken Tyskland, at de væsentlige funktioner og jernbanetransporttjenesten kan varetages af »virksomheder, som er uafhængige på retligt plan, men forbundet med hinanden inden for rammerne af et holdingselskab«. 2324. samling i Rådet, 20. og 21.12.2000, 14775/00 ADD1 PV/CONS 89 TRANS 239, B, II, 5. Republikken Østrig har redegjort detaljeret for udviklingen i fællesskabsbestemmelserne på dette punkt.

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«; jf. førnævnte arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene SEC (2006) 530, s. 31.

71. Det følger af artikel 6 i direktiv 91/440, at der ikke kan kræves institutionel adskillelse af medlemsstaterne. I artikel 6, stk. 1, kræves der, først og fremmest i relation til statsstøtte, regnskabsmæssig adskillelse af leveringen af transportydelserne og forvaltningen af infrastrukturen. Ordlyden af stk. 2 viser klart, at der principielt ikke kræves nogen institutionel adskillelse: »Medlemsstaterne kan desuden bestemme, at denne adskillelse skal indebære, at der skal være særskilte organisatoriske afdelinger i samme virksomhed, eller at forvaltningen af infrastrukturen skal varetages af en særskilt enhed.«

72. En adskillelse kræves først i artikel 6, stk. 3, der vedrører »de nødvendige foranstaltninger til at sikre [...] retfærdig og ikke-diskriminerende adgang til infrastruktur som opført på listen i bilag II«, eftersom organet eller virksomheden ikke *selv* må være leverandør af jernbanetransportydelser. Det angives imidlertid i samme bestemmelse, at der »uanset strukturform« ikke er nogen institutionelle krav, forudsat at det »fremgå[r]«, at målsætningen om retfærdig og ikke-diskriminerende adgang er opfyldt.

73. Der må derfor drages den konklusion, at direktivet tillader det integrerede holdingselskabssystem og ikke kræver institutionel adskillelse mellem infrastrukturforvalteren og den traditionelle operatør. Det er imidlertid med hensyn til varetagelsen af de væsentlige funktioner, holdingselskabsmodellen kan give anledning til problemer, eftersom holdingselskabet kontrollerer både transportvirksomheden og forvalteren.

74. Det angives i direktiv 2001/14, at den grad af uafhængighed, som det organ, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, skal have, betyder uafhængighed »med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning« [20].

75. Holdingselskabsstrukturen opfylder uden tvivl det første kriterium og ligeledes det andet. Det er givet, at der opnås organisatorisk uafhængighed, når der stiftes et datterselskab inden for et holdingselskab. Den organisatoriske uafhængighed følger delvis af den separate juridiske personlighed, som kræver, at selskabet har sine egne besluttende organer. Dette krav omfatter til dels også det faktuelle aspekt af organisationen. Enheden må ikke være en tom skal, men skal have sine egne personalemæssige og faktuelle ressourcer. Endelig kræves det i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, at det skal »fremgå«, at målsætningen om, at de organer, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, er uafhængige, er opfyldt. Det er derfor det tredje kriterium, som giver anledning til problemer.

76. Kommissionen kræver, at der træffes flere positive foranstaltninger, som ikke findes i direktiv 91/440 og 2001/14, for at sikre, at det organ, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget – i det foreliggende tilfælde inden for holdingselskabsmodellen – nemlig infrastrukturforvalteren, er uafhængigt med hensyn til beslutningstagning. Alle disse foranstaltninger bidrager ganske rigtigt til at sikre, at transportforvalteren rent faktisk er uafhængig med hensyn til beslutningstagning.

77. Det skal understreges, at forudsætningerne for denne uafhængighed ikke angives i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440. Det er denne mangel, Kommissionen forsøger at råde bod på ved bl.a. at henvise til bilag 5 til rapporten om gennemførelsen af den første jernbanepakke i arbejdsdokument SEC(2006) 530 fra Kommissionens tjenestegrene.

20 — Det skal fremhæves, at denne »uafhængighed« er af anden art end f.eks. den, der, i udtrykket »i fuld uafhængighed« i artikel 28, stk. 1, andet afsnit, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281, s. 31), gælder for de myndigheder, det er pålagt at sikre beskyttelse af personoplysninger. Jf. i den retning dom af 9.3.2010, sag C-518/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1885, præmis 17 ff. og generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse af 3.7.2012 i den verserende sag C-614/10, Kommissionen mod Østrig, punkt 20 ff.

78. Det angives i det nævnte bilag, at tilsynsorganet skal træffe foranstaltninger til at sikre, at kravet om uafhængighed er overholdt, og medvirke ved udnævnelsen og afsættelsen af medlemmer af infrastrukturforvalterens direktion. Endvidere kræves der forbud mod dobbelte funktioner i de ledende organer i hele koncernen, en karensperiode for ledende medlemmer, der overgår fra en af holdingselskabets enheder til en anden, og fortrolighed i infrastrukturforvalterens behandling af oplysninger.

79. Domstolen er blevet anmodet om at pålægge medlemsstaterne alle de nævnte specifikke krav, som kun findes i rapporten om gennemførelsen af den første jernbanepakke, og som følgelig ikke findes i direktiv 91/440.

80. Ifølge fast retspraksis påhviler bevisbyrden for et traktatbrud Kommissionen, »der skal fremlægge de omstændigheder for Domstolen, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud, idet Kommissionen ikke kan påberåbe sig nogen formodning herfor«.

81. Kommissionen har selv erkendt, at det, som den kræver af medlemsstaterne, og som er grunden til, at den har indbragt spørgsmålene for Domstolen, er dens fortolkning af direktiv 91/440 i bilag 5 til førnævnte arbejdsdokument SEC(2006) 530. Dette bilag har ikke bindende retlig gyldighed. I bilaget udtrykkes en fortolkning, som Kommissionens tjenestegrene har foretaget af begrebet uafhængighed med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning. Det skal understreges, at de omtvistede positive krav aldrig har fandtes i direktivets tekst eller i en anden bindende unionsretsakt, hverken på det tidspunkt, hvor direktivet blev vedtaget, eller da fristen for at gennemføre det udløb.

82. Ud over en konstruktiv fortolkning af det i direktiv 91/440 og 2001/14 fastsatte princip om uafhængighed med hensyn til organisation og beslutningstagning har Kommissionen fremsat en argumentation, som består af to dele, og som vedrører den praktiske virkning.

83. Den første del bygger på konkurrenceretten og, for så vidt angår holdingselskabsmodellen og derfor vedrørende et moderselskab og dets datterselskaber, på en fortolkning af princippet om infrastrukturforvalterens uafhængighed, hvorefter forvalteren kun kan være en »selvstændig virksomhed« i konkurrencerettens forstand. Derved ophæves nogle af de beføjelser, et holdingselskab i henhold til selskabsretten normalt har over for sit datterselskab infrastrukturforvalteren.

84. Den anden del bygger på reguleringsretten med udgangspunkt i idéen om, at der for jernbanesektoren må gælde en almindelig ret til regulering hvad angår infrastrukturforvalterens uafhængighed og tilsynsorganets beføjelser. Kommissionen har påberåbt sig Domstolens praksis vedrørende net.

85. Ifølge Kommissionen må det, medmindre det modsatte bevises, antages, at et holdingselskab rent faktisk øver økonomisk kontrol med datterselskabet – den infrastrukturforvalter, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget. Jeg mener imidlertid ikke, at analogien med datterselskabers og moderselskabets økonomiske enhed i konkurrencerettens forstand er overbevisende, da den forkaster selve holdingselskabssystemet, selv om direktiv 91/440 og direktiv 2001/14 udtrykkeligt tillader det. Det er med rette, at Republikken Østrig har draget den konklusion, at muligheden for at anvende en holdingselskabsstruktur i realiteten er udelukket, skønt den er tilladt i henhold til EU-retten, hvis et holdingselskabs datterselskab ikke kan varetage en infrastrukturforvalters væsentlige funktioner, når et andet datterselskab af det samme holdingselskab leverer jernbanetransportydelser.

86. Desuden skal det inden for rammerne af konkurrenceretten bevises, at der foreligger en økonomisk enhed. Det gælder så meget mere inden for rammerne af et traktatbrudssøgsmål vedrørende ufuldstændig gennemførelse, som er anlagt, selv om direktivets ordlyd ikke støtter det. Dog kan konkurrencerettens krav om, at det efterfølgende bevises, at datterselskabet er uafhængigt, ikke overføres til traktatbrudssager. Det forhold, at holdingselskabet ejer størstedelen eller samtlige aktier eller dertil knyttede stemmerettigheder i den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, er

ikke tilstrækkeligt i sig selv, da dette ville medføre, at det »normale« holdingselskabssystem som sådant ikke ville kunne tillades. Endvidere forekommer det mig diskutabelt, om Kommissionens synspunkt kan følges i tilfælde, hvor holdingselskabet udtrykkeligt har til formål at oprette et datterselskab, hvortil det overdrages at løse offentlige opgaver, og hvis uafhængighed er foreskrevet i specifikke bestemmelser. Efter min opfattelse skal der føres bevis for en faktisk samordning mellem datterselskaberne af et holdingselskab.

87. Det er derfor Kommissionen, der skal påvise, at det oprettede system skaber en åbenbar interessekonflikt, som uundgåeligt fører til, at det må fastslås, at uafhængigheden i udøvelsen af de væsentlige funktioner er undergravet. Således som Kommissionen har medgivet, har Domstolen fastslået, at det forhold, at moderselskabet ejer et datterselskab fuldt ud, ikke udelukker, at datterselskabet kan handle selvstændigt [21]. Det er derfor Kommissionen, der skal påvise, at risikoen for konflikt er så stor, at det kræver forebyggende foranstaltninger, som ikke er foreskrevet i direktivets ordlyd.

88. Kommissionens påstand, der bygger på den antagelse, at selve holdingselskabsstrukturen vil føre til en form for »automatisk misbrug«, kan ikke accepteres inden for rammerne af en traktatbrudssag, som ikke drejer sig om fejlagtig anvendelse, men ufuldstændig gennemførelse, af direktivet.

89. Desuden mener jeg ikke, at det ville være logisk at kræve, at en medlemsstat indfører supplerende regler for det tilfælde, at de berørte retssubjekter ex hypothesis ikke overholder de retlige forpligtelser, som beskytter datterselskabets uafhængighed.

90. Det skal tilføjes, at spørgsmålet om systemoperatøren var det mest omdiskuterede i den tredje energipakke. Bestemmelserne om ændring af de integrerede virksomheder til aktieselskaber, inden for hvilke forvalteren har en separat ledelse og bestyrelse i forhold til moderselskabet, findes i artikel 9 ff. i kapitel IV og V i direktiv 2009/72/EF om fælles regler for det indre marked for elektricitet og i de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2009/73/EF om fælles regler for det indre marked for naturgas [22]. De pågældende bestemmelser i direktiv 2009/72 opfylder alle de krav, Kommissionen har fremsat over for Republikken Østrig.

91. Sammenfattende mener jeg ikke, at det er lykkedes Kommissionen at påvise, at den eneste måde at opfylde kravet om uafhængighed med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning på er at fastsætte lovgivningsmæssige, administrative eller aftalemæssige bestemmelser, der svarer til de foranstaltninger, som angives i stævningen.

92. I realiteten kan det ikke udledes af artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, hvilke krav de beføjelser skal opfylde, som det tilsynsorgan, der er oprettet i henhold til artikel 30, stk. 1, i 2001/14 er tillagt, eftersom dette spørgsmål reguleres udtømmende i sidstnævnte bestemmelse, hvori tilsynsorganet tillægges beføjelser vedrørende uretfærdig eller diskriminerende behandling af ansøgere og vedrørende overholdelsen af reglerne om fastsættelse af afgifter [23].

93. Et forbud mod dobbelte funktioner hænger sammen med uforenelighedsprincippet, som er et logisk element i begrebet uafhængighed med hensyn til beslutningstagning. Dette princip, som fællesskabslovgiver ikke har defineret i direktiv 91/440 og 2001/14, kan dog udtrykkes mere eller mindre abstrakt og indgår på forskellig måde i de forskellige bestemmelser.

21 — Kommissionen har henvist til dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 134, og af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457, præmis 6 og 13-18.

22 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (EUT L 211, s. 55), og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (EUT L 211, s. 94).

23 — Hvad dette punkt angår henviser jeg til Kommissionens fjerde klagepunkt i sag C-556/10, Kommissionen mod Tyskland, hvori den har gjort gældende, at artikel 30, stk. 4, i direktiv 2001/14 og artikel 7, stk. 10, i direktiv 91/440 skal fortolkes bredt.

94. Inden for rammerne af en holdingselskabsstruktur påvirkes den konkrete anvendelse af uforenelighedsprincippet af selskabsrettens bestemmelser – en dobbelt funktion i medlemsstat A's system kan vise sig ikke at have nogen reelle konsekvenser, selv om den i medlemsstat B kan anses for uforenelig med, at datterselskabet skal være uafhængigt med hensyn til beslutningstagning. Af denne grund kan en medlemsstat ikke uden videre anses for at have gjort sig skyldig i en tilsidesættelse, hvis der ikke er en sådan regel.

95. Under alle omstændigheder dækker den af Kommissionen krævede foranstaltning vedrørende forbud mod dobbelte funktioner ikke alle de situationer, hvori der kan være tvivl om uafhængigheden af de væsentlige funktioner på grund af uforenelighed. Man kan eksempelvis forestille sig en situation, hvori der deltager tre brødre i bestyrelsesmøderne, den ældste i moderselskabet og de to yngste i de datterselskaber, hvortil henholdsvis infrastrukturforvaltningen og jernbaneydelserne er overdraget. Der kan ikke af artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 udledes et krav om ex ante at indføre en regel om forbud mod dobbelte funktioner, selv om konkrete tilfælde af specifikke dobbelte funktioner efter min opfattelse let kunne betragtes som en forkert anvendelse af denne bestemmelse.

96. Det samme ræsonnement gælder for kravet om, at medlemmer af direktionen for den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget, og overordnede medarbejdere og personale, som varetager væsentlige funktioner, i et rimeligt antal år efter, at de har forladt den pågældende enhed, ikke skal kunne tiltræde en overordnet stilling i holdingselskabet eller andre enheder, som kontrolleres af dette.

97. En sådan regel blev fastsat i artikel 19, stk. 3, i direktiv 2009/72 og 2009/73, hvori det bestemmes, at personer med ansvar for ledelsen og medlemmer af de administrative organer ikke kan udnævnes, hvis de ikke kan dokumentere, at de i tre år ikke har haft nogen erhvervsmæssig forbindelse med den integrerede virksomhed. I artikel 19, stk. 7, bestemmes, at sådanne personer efter udløbet af deres tjenesteperiode ikke må have nogen forbindelse med den integrerede virksomhed i fire år. Endelig bestemmes det i artikel 19, stk. 4, at ansatte i transmissionssystemoperatøren ikke i ansættelsesperioden må udøve andre former for virksomhed i en anden del af holdingselskabet inden for energisektoren.

98. Sådanne detaljerede bestemmelser er ikke indeholdt i de omhandlede jernbanedirektiver og kan ikke udledes af dem gennem fortolkning.

99. Med hensyn til kravet om, at infrastrukturforvalteren har sit eget personale og sine egne lokaler, kan det fastslås, at det i praksis er opfyldt i Republikken Østrig, og at der ikke af artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 kan udledes en forpligtelse til at fastsætte en specifik bestemmelse i denne retning. Hvad kommunikationen mellem infrastrukturforvalterens personale og personalet i andre virksomheder i koncernen angår, er jeg enig i Republikken Østrigs argumentation om, at Kommissionen ikke har påvist, på hvilken måde fortrolighedsbestemmelserne i medarbejderkontrakterne ikke er tilstrækkelige.

100. Endelig har Kommissionen i replikken frafaldet klagepunktet om datasikkerhed, hvorfor det ikke er nødvendigt at drøfte dette spørgsmål.

101. Jeg drager derfor den konklusion, at der ikke kan gives Kommissionen medhold i søgsmålet, som vedrører ufuldstændig gennemførelse af direktivet. Hvad anvendelsen af direktivet angår er holdingselskabsmodellen ikke uden problemer, således som jeg allerede har påpeget i mit forslag til afgørelse i sagen Westbahn Management[24]. Inden for rammerne af den foreliggende sag har Kommissionen dog hverken kritiseret Republikken Østrig for at anvende direktivet fejlagtigt eller fremlagt vægtige beviser herfor.

24 — Jf. mit forslag til afgørelse i sag C-136/11, Westbahn Management, punkt 47 ff.

VI – Sagens omkostninger

102. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

103. Da Republikken Østrig har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, må denne påstand tages til følge, hvis, således som jeg foreslår, Republikken Østrig frifindes i det hele.

104. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, skal Den Italienske Republik, der har fremsat begæring om tilladelse til at intervenere i denne sag, bære sine egne omkostninger.

VII – Forslag til afgørelse

105. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den træffer følgende afgørelse:

»1) Republikken Østrig frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.

3) Den Italienske Republik bærer sine egne omkostninger.«