Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NIILO JÄÄSKINEN
presentate il 6 settembre 2012 [1]

Causa C-555/10

Commissione europea
contro

Repubblica d'Austria

«Ricorso per inadempimento — Direttiva 91/440/CEE — Sviluppo delle ferrovie comunitarie — Direttiva 2001/14/CE — Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria — Articolo 6, paragrafo 3, e allegato II della direttiva 91/440 — Articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14 — Gestore dell'infrastruttura — Indipendenza organizzativa e decisionale — Struttura della holding»

I – Introduzione

1. Con il presente ricorso per inadempimento, la Commissione europea chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 6, paragrafo 3, e dell'allegato II della direttiva 91/440/CEE [2], come modificata dalla direttiva 2001/12/CE [3] (in prosieguo: la «direttiva 91/440»), nonché degli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14/CE [4], come modificata dalla direttiva 2004/49/CE [5] (in prosieguo: la «direttiva 2001/14»). La Repubblica d'Austria chiede che il ricorso della Commissione sia respinto.

2. La presente causa rientra in una serie di ricorsi per inadempimento [6], proposti dalla Commissione nel 2010 e nel 2011, e concernenti l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle direttive 91/440 e 2001/14, il cui oggetto principale è costituito dall'accesso equo e non discriminatorio delle imprese ferroviarie all'infrastruttura, e segnatamente alla rete ferroviaria. Tali ricorsi sono inediti, in quanto offrono alla Corte la prima possibilità di pronunciarsi sulla liberalizzazione delle ferrovie all'interno dell'Unione europea, e segnatamente di interpretare quello che si è convenuto di chiamare il «primo pacchetto ferroviario».

1 — Lingua originale: il francese.

2 — Direttiva del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie (GU L 237, pag. 25).

3 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001 (GU L 75, pag. 1).

4 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e alla certificazione di sicurezza (GU L 75, pag. 29).

5 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (GU L 164, pag. 44). Occorre osservare che il titolo della direttiva 2001/14 è stato modificato dall'articolo 30 della direttiva 2004/49/CE. Essa si intitola ormai «direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria».

6 — Si tratta delle cause pendenti dinanzi alla Corte Commissione/Ungheria (C-473/10); Commissione/Spagna (C-483/10); Commissione/Polonia (C-512/10); Commissione/Grecia (C-528/10); Commissione/Repubblica ceca (C-545/10); Commissione/Germania (C-556/10); Commissione/Portogallo (C-557/10); Commissione/Francia (C-625/10); Commissione/Slovenia (C-627/10); Commissione/Italia (C-369/11), e Commissione/Lussemburgo (C-412/11).

3. Quanto al motivo unico, relativo all'indipendenza richiesta nell'esercizio di funzioni essenziali, i problemi giuridici concernenti il diritto dell'Unione in tale causa mi sembrano essere gli stessi, mutatis mutandis, di quelli attinenti alla prima censura nella causa Commissione/Germania (C-556/10), in quanto i due Stati membri hanno adottato il modello della holding, nella quale le funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura sono state delegate ad una società separata in seno ad un gruppo di società, il quale comprende anche delle imprese ferroviarie. Per questo motivo, gli argomenti giuridici dedotti nelle mie conclusioni relative a suddetta causa valgono anche in relazione alla citata causa Commissione/Germania, nonostante talune differenze nelle normative nazionali.

II – Contesto normativo

A – *Il diritto dell'Unione*

4. Il quarto considerando della direttiva 91/440 stabilisce:

«considerando che il futuro sviluppo ed un'efficiente gestione della rete ferroviaria possono essere facilitati mediante una distinzione fra l'esercizio dei servizi di trasporto e la gestione dell'infrastruttura; che in queste condizioni occorre che in tutti i casi queste due attività abbiano contabilità distinte e possano essere gestite separatamente».

5. L'articolo 6, paragrafi 1-3, della direttiva 91/440 prevede:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che sia i conti profitti e perdite, sia i bilanci siano tenuti separati e siano pubblicati per le attività connesse alla prestazione di servizi di trasporto e per quelle connesse alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria. Il finanziamento pubblico concesso ad uno di questi due settori di attività non può essere trasferito all'altro.

I conti relativi ai due settori di attività sono tenuti in modo da riflettere tale divieto.

2. Gli Stati membri possono inoltre prevedere che detta separazione comporti sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa o che la gestione dell'infrastruttura sia esercitata da un ente distinto.

3. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura, elencate all'allegato II, siano attribuite a enti o società che non prestano a loro volta servizi di trasporto ferroviario. Indipendentemente dalle strutture organizzative è necessario provare che il presente obiettivo è stato realizzato.

Gli Stati membri possono tuttavia incaricare le imprese ferroviarie o qualsiasi altro organismo della riscossione dei diritti e attribuire loro la responsabilità di gestione dell'infrastruttura ferroviaria, ad esempio investimenti, manutenzione e finanziamento».

6. L'allegato II della direttiva 91/440 menziona l'elenco delle funzioni essenziali previste all'articolo 6, paragrafo 3:

— «preparazione e adozione delle decisioni relative alle licenze delle imprese ferroviarie, compresa la concessione di licenze individuali,

— adozione di decisioni relative all'assegnazione delle linee ferroviarie, comprese la definizione e la valutazione della disponibilità, nonché l'assegnazione di singole linee ferroviarie,

— adozione di decisioni relative all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura,

— controllo del rispetto degli obblighi di servizio pubblico previsti nella prestazione di taluni servizi».

7. L'undicesimo e il sedicesimo considerando della direttiva 2001/14 così recitano:

«(11) I sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo e di assegnazione della capacità dovrebbero consentire un accesso equo e non discriminatorio a tutte le imprese e cercare, per quanto possibile, di soddisfare le esigenze di tutti i tipi di utenti e di traffico in maniera equa e non discriminatoria.

(…)

(16) I sistemi di imposizione dei diritti di utilizzo e di ripartizione della capacità dovrebbero consentire una concorrenza leale nella fornitura di servizi ferroviari».

8. L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2001/14 così recita:

«Se il gestore dell'infrastruttura non è indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, le funzioni di cui al presente capo diverse dalla riscossione dei diritti sono svolte da un organismo incaricato della determinazione dei diritti indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale».

9. Ai sensi dell'articolo 14, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/14:

«1. Gli Stati membri possono istituire un quadro per l'assegnazione della capacità di infrastruttura rispettando tuttavia l'indipendenza di gestione di cui all'articolo 4 della direttiva 91/440/CEE. Devono essere stabilite regole specifiche per l'assegnazione della capacità. Il gestore dell'infrastruttura svolge le procedure di assegnazione della capacità. In particolare, egli assicura che la capacità di infrastruttura sia assegnata equamente, in modo non discriminatorio e nel rispetto del diritto comunitario.

2. Se il gestore dell'infrastruttura non è indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, le funzioni di cui al paragrafo 1 e descritte nel presente capo sono svolte da un organismo preposto all'assegnazione della capacità indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale».

B – *La normativa nazionale*

10. La seconda parte della legge sulle ferrovie federali (Bundesbahngesetz)[7], la quale comprende gli articoli 2-4, è intitolata «ÖBB-Holding AG».

11. L'articolo 2, paragrafo 1, di detta legge dispone:

«Costituzione e sviluppo

1. Il Ministro federale per i Trasporti, l'Innovazione e la Tecnologia deve costituire e sviluppare una società di capitali per azioni dotata di un capitale sociale pari a EUR 1,9 miliardi, denominata "Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft" (in prosieguo: l'"ÖBB-Holding AG"), avente la propria sede a Vienna e le cui azioni sono riservate in via esclusiva allo Stato federale. La costituzione della società non è soggetta a verifica».

7 — BGBl. 825/1992, nella versione modificata e pubblicata in BGBl. I, 95/2009.

12. Ai sensi dell'articolo 3 di suddetta legge:

«Gestione dei titoli di partecipazione

La gestione dei titoli di partecipazione è assicurata in nome dello Stato federale dal Ministro federale per i Trasporti, l'Innovazione e la Tecnologia».

13. L'articolo 4 della citata legge prevede quanto segue:

«1. L'oggetto sociale dell'ÖBB-Holding AG consiste nell'esercizio dei suoi diritti di proprietà nelle società nelle quali essa detiene una partecipazione diretta o indiretta, al fine di fissare un orientamento strategico.

2. I compiti principali della società sono i seguenti:

1) assicurare il coordinamento generale dell'elaborazione e dell'attuazione delle strategie della società;

2) garantire la trasparenza dei fondi pubblici spesi.

3. L'ÖBB-Holding AG può, inoltre, adottare tutte le misure necessarie o opportune con riguardo all'oggetto sociale che le è stato assegnato e ai suoi compiti principali. Può trattarsi, in particolare, in materia di risorse umane, di misure strategiche relative alla compensazione del personale fra le società».

14. La terza parte della legge sulle ferrovie federali è intitolata «Ristrutturazione delle ferrovie austriache».

15. L'articolo 25 della legge federale sulle ferrovie stabilisce:

«Ai fini dell'attuazione della ristrutturazione della società delle ferrovie austriache, l'ÖBB-Holding AG è tenuta a costituire e a sviluppare, al più tardi il 31 maggio 2004, una società di capitali per azioni dotata di un capitale sociale di EUR 70 000, denominata "ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft" (in prosieguo: l'"ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG") e avente la propria sede a Vienna».

16. Ai sensi dell'articolo 62 della legge sulle ferrovie (Eisenbahngesetz) [8]:

«Organismo preposto all'assegnazione della capacità

1. L'organismo preposto all'assegnazione della capacità è l'impresa di infrastruttura ferroviaria.

2. Un'impresa di infrastruttura ferroviaria indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale, può tuttavia affidare, in tutto o in parte, mediante contratto scritto, i compiti legati alla funzione di organismo preposto all'assegnazione della capacità alla Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, a un'altra impresa competente o ad un altro ente competente.

8 — BGBl. 60/1957, nella sua versione modificata e pubblicata in BGBl. I, 95/2009.

3. I compiti legati alla funzione di organismo preposto all'assegnazione della capacità non possono tuttavia essere assunti da un'impresa di infrastruttura ferroviaria che non è indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo o decisionale. Una siffatta impresa di infrastruttura ferroviaria deve pertanto affidare, mediante contratto scritto, tutti i compiti legati alla funzione di organismo preposto all'assegnazione della capacità alla Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, o ad un'altra impresa o ente competente – a questi ultimi due solo qualora essi siano indipendenti dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale –, i quali sono dunque tenuti ad assumere, sotto la propria responsabilità e al posto di tale impresa, siffatti compiti incombenti ad un organismo preposto all'assegnazione della capacità; il contratto non può contenere alcuna regola che ostacoli o impedisca l'esercizio conforme alla legge dei compiti legati alla funzione di organismo preposto all'assegnazione della capacità.

4. Le imprese di infrastruttura ferroviaria devono comunicare alla Schienen-Control GmbH il nome dell'impresa alla quale esse hanno affidato per contratto, in tutto o in parte, compiti legati alla funzione di organismo preposto all'assegnazione della capacità».

17. L'articolo 74 della legge sulle ferrovie così recita:

«Vigilanza sulla concorrenza

1. La commissione di vigilanza ferroviaria deve d'ufficio:

1) imporre un comportamento non discriminatorio o vietare un comportamento discriminatorio ad un organismo preposto all'assegnazione della capacità per quanto riguarda l'accesso all'infrastruttura ferroviaria, comprese tutte le condizioni ad esso legate in termini di modalità amministrative, tecniche e finanziarie, quali, ad esempio, i diritti di utilizzo, nonché per quanto riguarda la fornitura di altre prestazioni, comprese tutte le condizioni ad essa legate in termini di modalità amministrative, tecniche e finanziarie, quali, ad esempio, il rimborso adeguato delle spese e l'imposizione dei diritti di utilizzo praticata nel settore, oppure

2) imporre un comportamento non discriminatorio e vietare un comportamento discriminatorio ad un'impresa di trasporto ferroviario per quanto riguarda la prestazione di servizi e la prestazione supplementare di trattamento, comprese tutte le condizioni ad esse legate in termini di modalità amministrative, tecniche e finanziarie quali, ad esempio, il rimborso adeguato delle spese e l'imposizione dei diritti di utilizzo praticata nel settore, oppure

3) dichiarare nulle, in tutto o in parte, condizioni di utilizzo della rete ferroviaria discriminatorie, condizioni generali di vendita discriminatorie, contratti discriminatori, o documenti discriminatori.

2. Le presenti disposizioni non pregiudicano le competenze del giudice competente in materia di concorrenza».

18. L'articolo 70 della legge sulle società per azioni (Aktiengesetz) [9] prevede:

«Gestione della società per azioni

1. Il comitato esecutivo deve dirigere la società sotto la propria responsabilità, nell'interesse dell'impresa e tenendo conto degli azionisti e dei lavoratori, nonché dell'interesse pubblico.

9 — BGBl. 98/1965.

2. Il comitato esecutivo può essere composto da una o più persone. Se un membro del comitato esecutivo viene nominato presidente, il suo voto è decisivo in caso di parità di voti, salvo lo statuto disponga altrimenti».

19. L'articolo 75 della legge sulle società per azioni così recita:

«Nomina e revoca del comitato esecutivo

1. I membri del comitato esecutivo sono nominati dal consiglio di vigilanza per un periodo massimo di cinque anni. In caso di nomina di un membro del comitato esecutivo per un periodo più lungo determinato, per un periodo di tempo indeterminato o senza indicazione di una scadenza, il suo mandato ha una durata di cinque anni. Tale mandato è rinnovabile; siffatto rinnovo deve tuttavia essere confermato per iscritto dal presidente del consiglio di vigilanza. Le presenti disposizioni si applicano, mutatis mutandis, al contratto di lavoro.

2. Una persona giuridica o una società di persone (società in nome collettivo, società in accomandita) non può essere nominata membro del comitato esecutivo.

3. Qualora più persone vengano nominate membri del comitato esecutivo, il consiglio di vigilanza può designare una di esse per il posto di presidente del comitato esecutivo.

4. Il consiglio di vigilanza può revocare per motivi gravi la nomina di un membro del comitato esecutivo e la designazione al posto di presidente. Può trattarsi, segnatamente, di un inadempimento grave, di incapacità di assicurare una buona gestione o un ritiro della fiducia da parte dell'assemblea dei soci, a meno che la fiducia non sia stata ritirata per motivi manifestamente personali. La presente disposizione si applica anche al comitato esecutivo nominato dal primo consiglio di vigilanza. La revoca conserva la propria efficacia fintantoché la sua inefficacia non formi l'oggetto di una decisione passata in giudicato, senza che ciò pregiudichi i diritti sorti con il contratto di lavoro».

20. L'articolo 3, paragrafo 4, dello statuto dell'ÖBB-Infrastruktur AG, nella versione del 30 giugno 2010, così recita:

«Il conseguimento di questo scopo sociale risponde inoltre all'interesse comune delle società, nelle quali l'Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft detiene, direttamente o indirettamente, una partecipazione maggioritaria, e deve rispettare gli obiettivi strategici generali, purché ciò non ostacoli l'indipendenza giuridica, organizzativa e decisionale, prevista dal diritto comunitario e dalla legge austriaca sulle ferrovie, dell'ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft dalle imprese di trasporto ferroviario (in particolare per quanto attiene alla ripartizione delle linee ferroviarie, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo delle medesime, alla certificazione in materia di sicurezza e alla fissazione di regole sul funzionamento)».

III – Procedimento precontenzioso e procedimento dinanzi alla Corte

21. Nel maggio 2007 la Commissione ha inviato un questionario alle autorità austriache al fine di verificare la trasposizione, da parte delle Repubblica d'Austria, delle direttive del primo pacchetto ferroviario. Suddetto Stato membro ha risposto mediante lettera del 2 agosto 2007.

22. Con lettera 27 giugno 2008, la Commissione ha invitato la Repubblica d'Austria a conformarsi alle direttive 91/440, 95/18 e 2001/14. Con lettera 30 settembre 2008, la Repubblica d'Austria ha risposto a tale lettera di diffida.

23. Con lettera 8 ottobre 2009, la Commissione ha inviato alla Repubblica d'Austria un parere motivato, nel quale essa ha constatato che tale Stato non aveva ottemperato agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'articolo 6, paragrafo 3, e dell'allegato II della direttiva 91/440, nonché degli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14. La Commissione l'ha invitata ad adottare i provvedimenti richiesti per conformarsi al parere motivato entro due mesi a decorrere dalla ricezione di quest'ultimo. Con lettera 9 dicembre 2009, la Repubblica d'Austria ha risposto al parere motivato e ha negato l'inadempimento addebitatole dalla Commissione.

24. Ritenendo insoddisfacente la risposta della Repubblica d'Austria, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso, pervenuto alla Corte il 26 novembre 2010.

25. Con ordinanza del presidente della Corte del 26 maggio 2011, la Repubblica italiana è stata ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Repubblica d'Austria.

26. La Commissione, la Repubblica d'Austria nonché la Repubblica italiana erano rappresentate all'udienza che si è svolta il 23 maggio 2012.

IV – I motivi e gli argomenti delle parti

27. La Commissione sostiene che l'organismo al quale è stato affidato l'esercizio delle funzioni essenziali previste dall'allegato II della direttiva 91/440 deve essere indipendente economicamente – e non solo giuridicamente – dall'impresa che fornisce i servizi di trasporto ferroviario.

28. Al riguardo, essa fa valere che, nonostante l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 non esiga espressamente che l'ente cui è affidato l'esercizio delle funzioni essenziali sia «indipendente» dalle società che prestano servizi di trasporto ferroviario, il termine «società» impiegato in tale disposizione dovrebbe cionondimeno essere interpretato, in conformità della giurisprudenza della Corte, nel senso che esso comprende tutti gli enti che, pur se separati sul piano giuridico, operano come un'«unità economica».

29. Secondo la Commissione, occorre interpretare l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 nel senso che le funzioni essenziali esercitate dal gestore dell'infrastruttura devono essere assicurate da un ente distinto dalle imprese ferroviarie non solo giuridicamente, bensì anche sul piano organizzativo e decisionale.

30. La Commissione fa quindi valere che, qualora le funzioni essenziali siano esercitate da una società dipendente da una holding ferroviaria come nel caso dell'ÖBB-Infrastruktur AG, è opportuno valutare in che misura e a che condizioni la società dipendente, la quale è peraltro il gestore dell'infrastruttura incaricato di esercitare tali funzioni essenziali, possa essere considerata «indipendente» dall'impresa che presta i servizi di trasporto ferroviario (ossia la holding e le società dipendenti da quest'ultima, le quali garantiscono i servizi di trasporto di persone e di merci), nonostante la loro appartenenza ad un medesimo gruppo.

31. Ora, la Repubblica d'Austria non avrebbe previsto meccanismi efficaci per garantire l'indipendenza organizzativa e decisionale del gestore dell'infrastruttura ÖBB-Infrastruktur AG. La Commissione ne deduce che suddetto Stato membro è pertanto venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'articolo 6, paragrafo 3, e dell'allegato II della direttiva 91/440, nonché degli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14.

32. Al riguardo, la Commissione fa valere, in primo luogo, che il rispetto degli obblighi di indipendenza deve costituire l'oggetto di un controllo da parte di un'autorità indipendente, quale ad esempio l'autorità di regolamentazione del settore ferroviario, o di un terzo. I concorrenti dovrebbero avere la possibilità di proporre un reclamo in caso di inosservanza del requisito di indipendenza. La Commissione ritiene che nessuna di queste due disposizioni sia rispettata in Austria.

33. In secondo luogo, la Commissione ritiene che dovrebbero esistere disposizioni legislative o perlomeno contrattuali in materia di indipendenza nel rapporto fra la holding e l'ente cui sono affidate funzioni essenziali, fra quest'ultimo e altre imprese del gruppo che presta servizi ferroviari, o gli altri enti controllati dalla holding, e segnatamente l'assemblea degli azionisti dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali.

34. La Commissione sostiene che il fatto che l'articolo 3 dello statuto e l'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento interno del consiglio di vigilanza dell'ÖBB-Infrastruktur AG prevedano che il comitato esecutivo di tale società non sia soggetto, nell'esercizio delle funzioni essenziali, alle istruzioni del consiglio di vigilanza o dell'ÖBB-Holding AG non basterebbe ad escludere eventuali conflitti di interesse fra i dirigenti del gestore dell'infrastruttura e la holding, in quanto i dirigenti, i quali possono essere nominati e revocati da quest'ultima, sarebbero indotti a non adottare decisioni contrarie agli interessi economici della loro holding.

35. In terzo luogo, la Commissione ritiene che i membri del comitato esecutivo della holding e di altre imprese di tale società non debbano fare parte del comitato esecutivo dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali.

36. A suo avviso, infatti, sarebbe difficile far valere che il comitato esecutivo dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali sia indipendente, sul piano decisionale, dal comitato esecutivo della holding, qualora i due comitati esecutivi siano composti dalle stesse persone. La Commissione sottolinea che nessuna disposizione di legge osta al verificarsi di una siffatta situazione.

37. In quarto luogo, nessuna disposizione impedirebbe agli amministratori dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali e ai quadri superiori incaricati delle funzioni essenziali di accettare, per un numero ragionevole di anni dopo aver lasciato l'ente di cui trattasi, qualsiasi posto dirigenziale di alto livello in seno alla holding o ad altri enti da questa controllati. Al riguardo, l'articolo 15 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invocato dall'Austria, il quale prevede un diritto fondamentale alla libertà professionale e il diritto di lavorare, sarebbe tuttavia soggetto alla riserva generale di legge di cui all'articolo 52 di suddetta carta. Una limitazione ragionevole all'esercizio di un'attività professionale sarebbe pertanto giustificata.

38. In quinto luogo, la Commissione sostiene che il consiglio d'amministrazione dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali deve essere nominato sulla scorta di condizioni chiaramente definite e collegato a obblighi giuridici che garantiscano la completa indipendenza del suo processo decisionale. Esso dovrebbe essere nominato e revocato sotto il controllo di un'autorità indipendente.

39. Infine, la Commissione fa valere che le misure di salvaguardia adottate per garantire l'indipendenza dell'ÖBB-Infrastruktur AG dall'ÖBB-Holding AG non sono sufficienti.

40. Il governo austriaco fa valere che occorre attuare non un'«indipendenza economica» del gestore dell'infrastruttura, bensì le disposizioni del primo pacchetto ferroviario, le quali sono improntate, da un lato, agli obiettivi da realizzare – articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 – e, dall'altro, alle funzioni – articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14. L'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 si limiterebbe ad imporre il conseguimento di un obiettivo, e segnatamente

l'attribuzione delle funzioni essenziali ad enti o società indipendenti, e gli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14 imporrebbero la modalità di esercizio di tali funzioni, ossia mediante un organismo indipendente dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale.

41. Pertanto, secondo le disposizioni del primo pacchetto ferroviario, poco importerebbe che l'ÖBB-Infrastruktur AG, in quanto «ente» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, sia «economicamente» indipendente.

42. Il governo austriaco sostiene che i criteri di esame relativi alla prova dell'indipendenza previsti dall'allegato 5 del documento di lavoro SEC(2006) 530 dei servizi della Commissione [10] non coincidano con le disposizioni vincolanti pertinenti nella specie, fissate dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, dall'allegato II della direttiva 91/440, nonché dagli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14. Inoltre, tale documento non avrebbe potuto essere pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* e non costituirebbe un atto giuridico vincolante. Di conseguenza, ad esso non si potrebbe ricorrere nell'ambito del presente procedimento.

43. Quanto al controllo da parte di un'autorità indipendente, il governo austriaco ritiene che la costituzione della Schienen-Control GmbH e della Schienen-Control Kommission abbia fatto in modo che il rispetto dei requisiti attinenti all'indipendenza al fine di prevenire distorsioni della concorrenza possa essere controllato. Potrebbero inoltre essere avviati dei procedimenti, sia d'ufficio sia su reclamo, da parte di un'autorità di regolamentazione non soggetta ad un potere di direzione, e segnatamente dalla Schienen-Control Kommission. In tal modo, i requisiti di indipendenza sarebbero controllati da un'autorità indipendente.

44. Il governo austriaco fa valere che, quanto all'esistenza di disposizioni normative o perlomeno contrattuali fra la holding e i diversi enti, i corrispondenti obblighi risultanti dalle disposizioni delle direttive di cui trattasi, quali i criteri previsti dall'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14, sulla gestione delle linee ferroviarie, e dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, sarebbero stati attuati integralmente dall'articolo 62, paragrafo 3, della legge sulle ferrovie.

45. Il governo austriaco sostiene che si è tenuto conto della necessità di una separazione, all'interno del gruppo ÖBB, dei settori «infrastruttura» e «servizi di trasporto», in quanto, in primo luogo, l'ÖBB-Infrastruktur AG è diretta da un comitato esecutivo che non è soggetto ad un potere di direzione, e, in secondo luogo, i membri del comitato esecutivo sono nominati nelle loro funzioni per un periodo da quattro a cinque anni e possono essere revocati in anticipo solo in casi eccezionali debitamente giustificati. In terzo luogo, l'esercizio di un'influenza, non solamente diretta, bensì anche indiretta, sul comitato esecutivo è esclusa dalle disposizioni supplementari dello statuto e del regolamento interno del consiglio di vigilanza e del comitato esecutivo dell'ÖBB-Infrastruktur AG, in virtù delle quali l'insieme dei diritti di autorizzazione del consiglio di vigilanza non si applica allorché siffatta applicazione pregiudica l'indipendenza, richiesta dal diritto dell'Unione e dalla legge austriaca sulle ferrovie, dell'ÖBB-Infrastruktur AG in relazione alle questioni legate all'accesso alla rete.

46. Il governo austriaco ritiene che le direttive di cui trattasi non prevedano un divieto di doppio incarico. In caso di passaggio di un unico membro del comitato esecutivo dell'ÖBB-Infrastruktur AG al comitato esecutivo dell'ÖBB-Holding AG (in quanto organo collegiale) o del passaggio di un membro del comitato esecutivo dell'ÖBB-Infrastruktur AG al consiglio di vigilanza di tale società, non ricorrerebbe l'esercizio di un'influenza determinante, in quanto un membro del comitato esecutivo dell'ÖBB-Infrastruktur AG o del consiglio di vigilanza non potrebbe esercitare individualmente

10 — Commission staff working document SEC(2006) 530, del 3 maggio 2006, «Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives ('First Railway Package'), COM(2006) 189 final», pag. 31. Disponibile unicamente in inglese.

un'influenza sull'ÖBB-Infrastruktur AG. Le misure attinenti all'indipendenza di gestione e alla separazione delle infrastrutture e della commercializzazione, adottate nella legge sulle ferrovie e nella legge del 2003 sulla struttura delle ferrovie federali, dovrebbero essere applicate per analogia anche quale criterio per i doppi incarichi.

47. Quanto all'assenza di periodi di carenza fra l'occupazione di un posto in seno all'ente cui sono affidate funzioni essenziali in veste di amministratore o di dirigente incaricato di tali funzioni, e l'occupazione di un posto dirigenziale di alto livello in seno alla holding, la riserva generale di legge di cui all'articolo 15, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea giustificherebbe una limitazione temporanea dell'esercizio di un'attività professionale solo qualora essa sia prevista dalla legge e sia giustificata, ipotesi che non ricorrerebbe nella specie, fosse solo per l'assenza di una corrispondente disposizione legislativa. Neanche il raffronto con le disposizioni applicabili ai settori dell'elettricità e del gas sarebbe pertinente, in quanto tali disposizioni sono state adottate solo di recente, e non per il settore delle ferrovie.

48. Infine, il governo austriaco ritiene di avere predisposto misure di salvaguardia sufficienti e che l'obiettivo di garantire un mercato ferroviario funzionante senza discriminazioni sia realizzato. Infatti, tanto l'indipendenza dei dirigenti e dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali quanto il controllo in materia di concorrenza esercitato dall'autorità di regolamentazione sarebbero conformi alle direttive 2001/14 e 91/440.

49. Il governo italiano rammenta che l'obbligo di separazione previsto dal legislatore dell'Unione riveste, per quanto attiene alle funzioni di trasporto ferroviario e di gestione dell'infrastruttura, natura contabile.

50. Esso sottolinea che la Commissione, per quanto riguarda il modello della holding, adotta un approccio contraddittorio pervenendo ad una presunzione di incompatibilità, nella misura in cui tale modello è riconosciuto dalla legge, ma può essere compatibile con le direttive solo nell'ipotesi in cui la holding non detenga o non eserciti alcuna delle prerogative proprie di una siffatta holding.

51. La normativa non avrebbe assolutamente inteso introdurre l'obbligo di separare le strutture della proprietà o i regimi organizzativi aventi effetti equivalenti sul piano dell'autonomia di gestione, ma avrebbe inteso rispettare e garantire il potere discrezionale degli Stati membri e delle imprese che desiderano adottare dei modelli di organizzazione di diversi tipi.

52. Il governo italiano, tanto alla luce del testo che della finalità della disciplina, non può essere d'accordo con la Commissione allorché essa ritiene che le funzioni essenziali dovrebbero essere attribuite ad enti esterni al gruppo al quale appartiene un'impresa ferroviaria.

V – Analisi

A – *Osservazioni preliminari*

1. Le ipotesi di partenza del ricorso per inadempimento

53. In Austria numerose funzioni essenziali contemplate dall'allegato II della direttiva 91/440 sono state affidate al gestore dell'infrastruttura, ossia all'ÖBB-Infrastruktur AG. Tale società è giuridicamente indipendente, ma fa parte di un gruppo di società dirette da una holding e comprendente parimenti imprese che prestano servizi di trasporto ferroviario.

54. La Commissione addebita alla Repubblica d'Austria di non avere previsto meccanismi efficaci per garantire l'indipendenza organizzativa e decisionale del gestore dell'infrastruttura, l'ÖBB-Infrastruktur AG, e l'esercizio indipendente, da parte di quest'ultimo, delle funzioni essenziali, venendo pertanto meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440.

55. L'argomento della Commissione è fondato su tre ipotesi.

56. Secondo la prima, anche se è di per sé ammissibile una struttura nella quale il gestore dell'infrastruttura fa parte dello stesso gruppo di imprese di una società ferroviaria, in quanto entrambe controllate da una holding, l'indipendenza delle funzioni essenziali, previste all'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, può essere conseguita, in una fattispecie del genere, solo se viene soddisfatto il requisito dell'indipendenza economica, implicitamente incluso in tale disposizione.

57. Secondo la seconda ipotesi, una siffatta indipendenza economica non può essere realizzata nelle condizioni che caratterizzano la struttura di una holding, a meno che lo Stato membro non preveda misure di sicurezza supplementari che corrispondano ad un obbligo positivo dello Stato membro di adottare regole specifiche e dettagliate. Secondo la Commissione, le misure figuranti nell'allegato 5 del documento di lavoro SEC(2006) 530 dei servizi della Commissione costituiscono misure del genere, nonostante il carattere non vincolante del documento.

58. La terza ipotesi che la Commissione mi sembra assumere è quella secondo la quale, a causa della struttura della holding, gli enti austriaci interessati potrebbero aggirare o violare gli obblighi previsti dal legislatore dell'Unione o dal legislatore nazionale.

2. Sull'esistenza di un inadempimento da parte dello Stato membro

59. La Corte ha già avuto più occasioni di precisare la portata degli obblighi risultanti dalle direttive quanto alla loro corretta trasposizione negli Stati membri. Essa ha rilevato, in particolare, che non era suo compito procedere ad un'interpretazione che correggesse il testo di un articolo della direttiva.

60. Al riguardo, la Corte ha stabilito infatti, nella sentenza Commissione/Grecia [11], che la Repubblica ellenica poteva legittimamente fondare la propria legislazione nazionale sul chiaro testo dell'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 92/83/CEE [12], che l'autorizzava ad applicare all'ouzo un'aliquota di accisa inferiore all'aliquota minima. La Corte ha quindi respinto il ricorso della Commissione, con cui quest'ultima faceva valere l'inadempimento, da parte di tale Stato membro, degli obblighi derivanti dall'articolo 90, primo comma, CE, e sosteneva che gli Stati membri non erano dispensati, neppure in presenza di tale autorizzazione esplicita nel diritto derivato, dall'osservanza del diritto primario, concludendo che, nel caso in cui il provvedimento nazionale risultasse inconciliabile con il diritto primario, lo Stato membro non era abilitato ad avvalersi di siffatta autorizzazione.

61. Analogamente, nella sentenza Commissione/Regno Unito [13], la Corte ha rilevato che non si potrebbe contestare al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, la cui disciplina nazionale è conforme alla formulazione chiara e precisa dell'articolo 2, paragrafo 1, della tredicesima direttiva 86/560/CEE [14], di essere venuto meno agli obblighi ad esso incombenti proprio in forza di detta

11 — Sentenza del 5 ottobre 2004 (C-475/01, Racc. pag. I-8923).

12 — Direttiva del Consiglio, del 19 ottobre 1992, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche (GU L 316, pag. 21).

13 — Sentenza del 15 luglio 2010 (C-582/08, Racc. pag. I-7191, punti 46-51).

14 — Tredicesima direttiva del Consiglio, del 17 novembre 1986, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Modalità di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti passivi non residenti nel territorio della Comunità (GU L 326, pag. 40).

disposizione, per il fatto che esso avrebbe omesso di procedere ad un'interpretazione diretta a correggere tale disposizione, allo scopo di conformarsi alla logica generale del sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto e di rimediare ad un errore del legislatore comunitario, addotto dalla Commissione e risultante, a suo avviso, dalla motivazione di una proposta di direttiva.

62. In suddetta sentenza, la Corte ha sottolineato che, secondo una costante giurisprudenza, il principio della certezza del diritto richiede che una normativa dell'Unione consenta agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone loro. Infatti, i soggetti dell'ordinamento devono poter conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza [15]. È vero che questa giurisprudenza riguarda i rapporti tra i singoli e la pubblica autorità. Tuttavia, essa è parimenti pertinente nell'ambito della trasposizione di una direttiva concernente il settore fiscale.

63. In una sentenza recente la Corte ha sottolineato il carattere obiettivo della constatazione dell'inadempimento [16]. Tuttavia, non ricorre un inadempimento se l'azione che la Commissione chiede allo Stato membro non compare nel testo della direttiva e costituisce una sola delle possibili azioni da intraprendere per trasporre la direttiva.

64. La Commissione sottolinea che la presente causa verte sulla trasposizione incompleta, e non sull'errata applicazione della direttiva. Sarebbe pertanto opportuno verificare se la struttura della holding, la quale comprende il gestore dell'infrastruttura cui sono affidate funzioni essenziali e alcune società ferroviarie, sia compatibile con l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, solo qualora il gestore dell'infrastruttura sia economicamente indipendente dalla capogruppo, e se una siffatta indipendenza non possa essere realizzata senza che lo Stato membro adotti delle misure positive richieste dalla Commissione.

B – *Indipendenza degli organi ai quali sono affidate funzioni essenziali*

65. La direttiva 91/440 ha dato inizio alla liberalizzazione del trasporto ferroviario, istituendo un diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria a favore delle imprese di trasporto. La misura importante che accompagna siffatto diritto di accesso era costituita dalla separazione della gestione dell'infrastruttura dall'attività dei servizi di trasporto. Tuttavia, il principio di separazione contemplava non le strutture, bensì le funzioni, e, ancora, unicamente la funzione contabile. Solo a titolo opzionale viene indicato che la separazione possa comportare «sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa o che la gestione dell'infrastruttura sia esercitata da un ente distinto». Il modello nazionale integrato resterebbe pertanto intatto.

66. Le direttive 95/18/CE e 95/19/CE [17], e successivamente quelle del primo pacchetto ferroviario del 2001, hanno avuto come obiettivo l'attuazione del diritto di accesso equo e non discriminatorio, prevedendo la concessione di licenze per le imprese di trasporto e regole per la ripartizione della capacità e per l'imposizione dei diritti di utilizzo. Al fine di assicurare un siffatto accesso, l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 ha sancito il principio dell'indipendenza dell'organo cui sono affidate funzioni essenziali.

15 — Sentenza del 10 marzo 2009, Heinrich (C-345/06, Racc. pag. I-1659, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

16 — V. sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Estonia (C-39/10, punto 63).

17 — Direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie (GU L 143, pag. 70), e direttiva 95/19/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, riguardante la ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e la riscossione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura (GU L 143, pag. 75).

67. Le funzioni essenziali sono menzionate all'allegato II della direttiva 91/440. Si tratta della concessione di licenze alle imprese ferroviarie, della ripartizione della capacità, dell'assegnazione di singole linee ferroviarie, della determinazione dei diritti che le imprese sono tenute a versare, nonché del controllo del rispetto degli obblighi di servizio pubblico.

68. L'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 e gli articoli 4, paragrafo 2, e 14, paragrafo 2, della direttiva 2001/14 fanno rispettivamente riferimento all'indipendenza di «enti o società» di accesso alla rete, di un «organismo incaricato della determinazione dei diritti» e di un «organismo preposto all'assegnazione della capacità». Si tratta di tre funzioni che non possono in alcun caso essere esercitate da un'impresa di trasporto. Tali funzioni possono essere esercitate dal gestore, qualora non presti «a [sua] volta» servizi di trasporto, indipendente da qualsiasi impresa ferroviaria, e segnatamente dall'operatore storico, o, nel caso contrario, da un «organismo», ossia un ente o un'impresa indipendente dalle imprese ferroviarie sul «piano giuridico, organizzativo e decisionale».

69. Tutte le decisioni degli organi cui sono affidate funzioni essenziali possono essere impugnate dinanzi ad un organismo di regolamentazione indipendente istituito dall'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2001/14.

70. Nel sistema integrato della holding, il gestore dell'infrastruttura è parimenti l'organo indipendente responsabile dell'assegnazione delle linee ferroviarie, dell'imposizione dei diritti per l'utilizzo delle medesime, della certificazione in materia di sicurezza e della fissazione di regole sul funzionamento. Persino dopo l'adozione del primo pacchetto ferroviario, era riconosciuto che tale sistema era sempre autorizzato [18]. Nel rapporto del 2006, concernente l'attuazione del primo pacchetto ferroviario, i servizi della Commissione si sono espressi nel senso che la separazione istituzionale non può in alcun caso essere dedotta dal testo della direttiva; in tal sede, essi indicano parimenti di privilegiare tale separazione istituzionale [19].

71. Si evince dall'articolo 6 della direttiva 91/440 che una separazione istituzionale non può essere imposta agli Stati membri. L'articolo 6, paragrafo 1, impone, nell'ambito essenzialmente relativo agli aiuti di Stato, una separazione contabile fra le attività relative all'esercizio dei servizi di trasporto e quelle relative alla gestione dell'infrastruttura. Il testo del paragrafo 2 mostra chiaramente che non sussiste, in linea di principio, alcun obbligo di separazione istituzionale: «[g]li Stati membri possono inoltre prevedere che detta separazione comporti sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa o che la gestione dell'infrastruttura sia esercitata da un ente distinto».

72. È solo al paragrafo 3 di siffatto articolo 6 che, in relazione alle «funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura, elencate all'allegato II», viene richiesta una separazione, in quanto l'ente o l'impresa non devono prestare *a loro volta* servizi di trasporto ferroviario. Ciononostante, questa stessa disposizione precisa che non sussistono obblighi di natura istituzionale «indipendentemente dalle strutture organizzative», nella misura in cui è necessario «provare» che l'obiettivo dell'accesso equo e non discriminatorio può essere realizzato.

73. Si deve pertanto concludere nel senso che la direttiva autorizza il sistema integrato della holding e non impone una separazione istituzionale fra il gestore e l'operatore storico. Tuttavia, è nell'ambito della gestione delle funzioni essenziali che il modello della holding può sollevare delle difficoltà, in quanto una siffatta holding rappresenta l'impresa di trasporti e il gestore.

18 — In occasione dell'adozione di tale pacchetto da parte del Consiglio dell'Unione europea, la Repubblica federale tedesca ha dichiarato che le funzioni essenziali e il servizio di trasporto ferroviario possono essere assunti da «imprese indipendenti sul piano giuridico, ma legate nel quadro di una holding» (2324ª sessione del Consiglio «Trasporti», del 20 e 21 dicembre 2000). La Repubblica d'Austria spiega in dettaglio l'evoluzione della normativa dell'Unione al riguardo.

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», v. Commission staff working document SEC(2006) 530, pag. 31.

74. La direttiva 2001/14 menziona il fatto che il grado di indipendenza per gli organi cui sono affidate funzioni essenziali significa un'indipendenza sul piano «giuridico, organizzativo e decisionale» [20].

75. La struttura della holding osserva senza dubbio il primo criterio, se non addirittura il secondo. L'indipendenza giuridica mediante la costituzione di una controllata in seno ad una holding è certa. L'indipendenza organizzativa risulta parzialmente dalla personalità giuridica separata, la quale esige organi decisionali propri della società. Tale requisito si estende in parte al livello sostanziale dell'organizzazione. L'ente non deve restare una conchiglia vuota, ma deve avere risorse proprie personali e materiali. Infine, l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 esige che è necessario «provare» la realizzazione dell'indipendenza degli organi cui sono affidate funzioni essenziali. È dunque il terzo criterio a rivelarsi problematico.

76. La Commissione esige l'adozione di più misure positive che non figurano nel testo delle direttive 91/440 e 2001/14, al fine di assicurare l'indipendenza decisionale dell'organo cui sono affidate funzioni essenziali, nella specie nel modello della holding, ossia del gestore dell'infrastruttura. È vero che l'insieme di tali misure concorre ad assicurare un'indipendenza decisionale effettiva del gestore del trasporto.

77. Osservo che l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 non precisa le condizioni di tale indipendenza. È questo vuoto che la Commissione tenta di colmare, facendo segnatamente riferimento all'allegato 5 del documento di lavoro SEC(2006) 530 dei servizi della Commissione, annesso al rapporto sull'attuazione del primo pacchetto ferroviario.

78. Suddetto allegato menziona l'intervento dell'organo di controllo per verificare il rispetto dell'indipendenza e per intervenire nella nomina e nella revoca degli amministratori del gestore dell'infrastruttura. Inoltre, esso esige il divieto di doppio incarico negli organi direttivi dell'insieme del gruppo, un periodo di carenza dei dirigenti allorché si trasferiscono da un ente all'altro della holding e l'ermeticità delle informazioni trattate da suddetto gestore.

79. Ora, alla Corte viene chiesto di imporre agli Stati membri l'insieme di tali condizioni precise, le quali figurano unicamente nel rapporto sull'attuazione del primo pacchetto ferroviario e che, di conseguenza, non figurano nel testo della direttiva 91/440.

80. Secondo una giurisprudenza costante, l'onere di dimostrare l'inadempimento incombe alla Commissione, la quale «deve fornire alla Corte gli elementi necessari perché questa accerti la sussistenza dell'inadempimento, senza potersi basare su alcuna presunzione».

81. La Commissione riconosce essa stessa che ciò che domanda agli Stati membri e che ha fondato il ricorso alla Corte è la sua interpretazione della direttiva 91/440 nell'allegato 5 del documento di lavoro SEC(2006) 530. Tale allegato non ha valore giuridico vincolante. Esso esprime un'interpretazione che i servizi della Commissione propongono in relazione alla nozione di indipendenza giuridica, organizzativa e decisionale. Rammento che gli obblighi positivi controversi non sono mai stati oggetto del testo di suddetta direttiva o di un altro testo vincolante del diritto dell'Unione, né all'epoca dell'adozione della direttiva né alla scadenza del termine di recepimento.

82. La Commissione evidenzia, al di là di un'interpretazione costruttiva del principio dell'indipendenza organizzativa e decisionale enunciata nelle direttive 91/440 e 2001/14, un argomento che riguarda due aspetti ed è legato all'effetto utile.

20 — È opportuno sottolineare che tale «indipendenza» riveste natura diversa da quella che, ad esempio, nell'espressione «pienamente indipendenti», si applica alle autorità incaricate di sorvegliare la protezione dei dati personali, contemplata dall'articolo 28, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31). V., al riguardo, sentenza del 9 marzo 2010, Commissione/Germania (C-518/07, Racc. pag. I-1885, punti 17 e segg.), nonché paragrafo 20 e segg. delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Mazák nella causa Commissione/Austria (C-614/10, pendente dinanzi alla Corte).

83. Il primo poggia sul diritto della concorrenza e, avuto riguardo al modello della holding e dunque in presenza di una società controllante e delle sue controllate, su un'interpretazione del principio dell'indipendenza del gestore, in forza della quale quest'ultimo potrebbe essere solamente un'«impresa autonoma» ai sensi del diritto della concorrenza. Taluni poteri normali della holding sul gestore controllato ai sensi del diritto delle società ne risulterebbero pertanto compromessi.

84. Il secondo poggia sul diritto di regolamentazione e si fonda sull'idea che al settore ferroviario dovrebbe essere applicato un diritto comune della regolamentazione concernente l'indipendenza del gestore e i poteri dell'organismo di regolamentazione. La Commissione rimanda alla giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia in relazione alle reti.

85. Secondo la Commissione, salvo prova contraria, occorre presumere che la holding eserciti effettivamente un controllo economico sulla società controllata che gestisce l'infrastruttura e alla quale sono affidate funzioni essenziali. Tuttavia, a mio avviso, l'applicazione dell'analogia con l'unità economica delle controllate e della controllante ai sensi del diritto della concorrenza non persuade, in quanto essa condanna il sistema stesso della holding, nonostante esso sia espressamente ammesso dalle direttive 91/440 e 2001/14. A ragione la Repubblica d'Austria conclude nel senso che, qualora la controllata di una holding non possa esercitare le funzioni essenziali di un gestore dell'infrastruttura laddove un'altra controllata della medesima holding presti servizi di trasporto ferroviario, l'opzione di utilizzare la struttura della holding, peraltro lecita in forza del diritto dell'Unione, diverrebbe di fatto impossibile.

86. Inoltre, nell'ambito del diritto della concorrenza, l'unità economica deve essere dimostrata. Ciò vale, a fortiori, nell'ambito di un ricorso per inadempimento concernente una trasposizione incompleta ed avviato nonostante il testo della direttiva non vada in tale direzione. Cionondimeno, l'obbligo, imposto dal diritto della concorrenza, di dovere quindi dimostrare l'indipendenza della controllata non potrebbe essere trasposto al procedimento per inadempimento. La mera circostanza che la holding detiene la maggioranza o la totalità delle azioni o dei relativi diritti di voto dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali non è sufficiente, in quanto il sistema «normale» della holding verrebbe altrimenti condannato in quanto tale. Inoltre, mi sembra discutibile applicare l'approccio suggerito dalla Commissione ai casi in cui l'obiettivo esplicito della struttura della holding consiste nel costituire una società controllata cui sono affidati compiti di natura pubblica e la cui indipendenza è prevista da disposizioni specifiche. Ora, a mio avviso, l'eventuale collusione di fatto fra le controllate di una holding deve esser dimostrata.

87. Spetta dunque alla Commissione dimostrare che il sistema crea un conflitto di interessi manifesto che conduce inevitabilmente ad un pregiudizio all'indipendenza nell'esercizio di funzioni essenziali. Come riconosciuto dalla Commissione, la Corte ha stabilito che il controllo al 100% da parte della controllante non esclude un comportamento indipendente della controllata [21]. Di conseguenza, spetta alla Commissione dimostrare che il rischio di un conflitto di interessi è talmente forte da esigere misure preventive non previste nel testo della direttiva.

88. La tesi della Commissione, che poggia sull'ipotesi di una forma di «abuso automatico» che risulterebbe dalla struttura stessa della holding, non può essere accolta nell'ambito del procedimento per inadempimento, il quale contempla non un'applicazione errata, bensì una trasposizione incompleta della direttiva.

89. Inoltre, non mi sembra coerente esigere da uno Stato membro l'adozione di regole supplementari qualora i soggetti di cui trattasi non rispettino, per ipotesi, gli obblighi giuridici che tutelano l'indipendenza della controllata.

21 — La Commissione fa riferimento alle sentenze del 14 luglio 1972, Imperial Chemical Industries/Commissione (48/69, Racc. pag. 619, punto 134), e del 24 ottobre 1996, Viho/Commissione (C-73/95 P, Racc. pag. I-5457, punti 6 e 13-18).

90. Aggiungo che la questione del gestore della rete è stata la più controversa del terzo pacchetto energia. Le disposizioni che trasformano le imprese integrate in società per azioni in seno alle quali il gestore beneficia di una gestione e di un consiglio di amministrazione separati dalla controllante figurano agli articoli 9 e seguenti dei capi IV e V della direttiva 2009/72/CE, nonché nelle disposizioni gemelle della direttiva 2009/73 [22]. Le disposizioni di cui trattasi della direttiva 2009/72 soddisfano tutti i requisiti che la Commissione ha formulato nei confronti della Repubblica d'Austria.

91. In conclusione, a mio avviso, la Commissione non è riuscita a dimostrare che l'unico mezzo per soddisfare il requisito dell'indipendenza giuridica, organizzativa e decisionale sarebbe prevedere norme legislative, regolamentari o convenzionali corrispondenti alle misure elencate nella richiesta.

92. Infatti, i requisiti attinenti alle competenze dell'organismo di regolamentazione indipendente istituito dall'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 2001/14 non possono essere dedotti dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440, in quanto tale questione è esaustivamente disciplinata dalla prima disposizione citata, la quale conferisce dei poteri all'organismo di controllo in caso di una disparità di trattamento o di discriminazione di un richiedente e in relazione al rispetto delle norme in materia di imposizione dei diritti di utilizzo [23].

93. Un divieto di doppio incarico è legato al principio di incompatibilità, inerente alla nozione di indipendenza decisionale. Tuttavia, tale principio, non definito dal legislatore dell'Unione nelle direttive 91/440 e 2001/14, può essere espresso secondo diversi gradi di astrazione, ed è sancito in maniera diversa dalle differenti normative.

94. Nel contesto della struttura di una holding, le disposizioni del diritto delle società incidono sull'applicazione concreta del principio di incompatibilità; un doppio incarico nel sistema di uno Stato membro A può restare senza conseguenze effettive, nonostante esso possa essere considerato incompatibile con l'indipendenza decisionale della controllata nel sistema di uno Stato membro B. Per questo motivo, l'assenza di regole al riguardo non può automaticamente essere considerata un'infrazione dello Stato membro.

95. In ogni caso, la misura richiesta dalla Commissione, avente ad oggetto un divieto di doppio incarico, non copre tutte le situazioni in cui l'indipendenza delle funzioni essenziali sia opinabile in ragione di un'incompatibilità. Si pensi, a titolo di esempio, alla situazione in cui tre fratelli facciano parte dei consigli di amministrazione, il maggiore nella holding, e i minori in società controllate rispettivamente incaricate della gestione dell'infrastruttura e dei servizi ferroviari. Ora, non è possibile dedurre dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 un obbligo di prevedere ex ante una regola che vieta il doppio incarico, anche se le specifiche situazioni concrete di doppio incarico potrebbero facilmente essere considerate, a mio avviso, un'applicazione errata di suddetta disposizione.

96. Il medesimo ragionamento vale per il requisito, secondo il quale agli amministratori dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali, nonché ai dirigenti e al personale incaricati di svolgere le funzioni essenziali, dovrebbe essere impedito, per un numero ragionevole di anni dopo aver lasciato l'ente di cui trattasi, di accettare qualsiasi posto dirigenziale in seno alla holding o ad altri enti da questa controllati.

22 — Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE (GU L 211, pag. 55), e direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE (GU L 211, pag. 94).

23 — Al riguardo, rimando alla quarta censura della Commissione nella causa Commissione/Germania, cit., dove la Commissione propone un'interpretazione estensiva dell'articolo 30, paragrafo 4, della direttiva 2001/14 e dell'articolo 7, paragrafo 10, della direttiva 91/440.

97. Una regola a ciò intesa è stata adottata all'articolo 19, paragrafo 3, delle direttive 2009/72 e 2009/73, il quale prevede che i responsabili della gestione e i membri degli organi amministrativi non possono essere nominati se non deducono l'assenza di rapporti professionali con l'impresa integrata da tre anni. L'articolo 19, paragrafo 7, stabilisce che, dopo la cessazione del loro mandato, tali persone non possano intrattenere rapporti con l'impresa integrata per un periodo di quattro anni. Infine, durante la loro attività, l'articolo 19, paragrafo 4, stabilisce che i dipendenti del gestore della rete non possono svolgere attività con un'altra parte della holding del settore dell'energia.

98. Ora, una siffatta regolamentazione dettagliata non è inclusa nelle direttive ferroviarie di cui trattasi e non può essere desunta in via esegetica.

99. Quanto al requisito che impone che il gestore dell'infrastruttura abbia personale e locali propri, rilevo che esso viene soddisfatto, nella prassi, dalla Repubblica d'Austria e che un obbligo di prevedere una disposizione speciale a tal fine non può essere ricavato dall'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440. Quanto alla comunicazione fra il personale del gestore dell'infrastruttura e quello di altre imprese del gruppo, condivido l'argomento della Repubblica d'Austria, ossia che la Commissione non ha dimostrato sotto quale profilo siano insufficienti le clausole a tutela della riservatezza stipulate nei contratti con i collaboratori.

100. Infine, la censura attinente alla sicurezza informatica è stata abbandonata dalla Commissione nella sua replica, cosicché una discussione sul punto non è necessaria.

101. Concludo, pertanto, nel senso che il ricorso avente ad oggetto la trasposizione incompleta della direttiva non può essere accolto. Quanto all'applicazione della direttiva, il modello della holding non è scevro da problemi, come già rilevato nell'ambito delle mie conclusioni nella causa Westbahn Management [24]. Tuttavia nella presente causa la Commissione non addebita alla Repubblica d'Austria un'applicazione erronea né fornisce prove convincenti.

VI – Sulle spese

102. Ai sensi dell'articolo 69, paragrafo 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda.

103. Dal momento che la Repubblica d'Austria ha chiesto la condanna della Commissione alle spese, si dovrà accogliere tale domanda se, come suggerisco, il ricorso per inadempimento sarà respinto in toto.

104. Conformemente all'articolo 69, paragrafo 4, primo comma, del regolamento di procedura, la Repubblica italiana, che ha chiesto l'autorizzazione ad intervenire nella presente causa, sopporterà le proprie spese.

VII – Conclusione

105. Avendo riguardo alle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di statuire come segue:

1) Il ricorso è respinto.

2) La Commissione europea è condannata alle spese.

3) La Repubblica italiana sopporta le proprie spese.

24 — V. paragrafi 47 e segg. delle mie conclusioni nella causa Westbahn Management (C-136/11, pendente dinanzi alla Corte).