Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 6 september 2012 [1]

Mål C-555/10

Europeiska kommissionen
mot

Republiken Österrike

”Talan om fördragsbrott — Direktiv 91/440/EEG — Utveckling av gemenskapens järnvägar — Direktiv 2001/14/EG — Tilldelning av infrastrukturkapacitet för järnvägar — Artikel 6.3 i och bilaga II till direktiv 91/440 — Artikel 14.2 i direktiv 2001/14 — Infrastrukturförvaltare — Oberoende med avseende på organisation och beslutsfattande — Holdingstruktur”

I – Inledning

1. Genom föreliggande fördragsbrottstalan har europeiska kommissionen yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har åsidosatt att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.3 i och bilaga II till direktiv 91/440/EEG [2], i dess lydelse enligt direktiv 2001/12/EG [3] (nedan kallat direktiv 91/440), samt artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14/EG [4], i dess lydelse enligt direktiv 2004/49/EG [5] (nedan kallat direktiv 2001/14). Republiken Österrike har yrkat att kommissionens talan ska ogillas.

2. Med förevarande talan fortsätter kommissionen raden av fördragsbrottsmål [6] som den väckt talan i under åren 2010 och 2011 avseende medlemsstaternas tillämpning av direktiven 91/440 och 2001/14 som huvudsakligen rör ett rättvist och icke-diskriminerande tillträde för järnvägsföretagen till infrastrukturen, det vill säga till järnvägsnätet. Ovannämnda mål ger domstolen möjlighet att för första gången ta ställning till liberaliseringen av järnvägarna i Europeiska unionen och framför allt tolka det så kallade ”första järnvägspaketet”.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 237, s. 25; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 45).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/12/EG av den 26 ändring av rådets direktiv 91/440/EEG om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 75, s. 1).

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg (EGT L 75, s. 29).

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/49/EG av den 29 april 2004 (EUT L 164, s. 44). Det kan konstateras att namnet på direktiv 2001/14 ändrades genom artikel 30 i direktiv 2004/49/EG. Det heter numera ”Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet och uttag av avgifter för nyttjande av järnvägsinfrastruktur”.

6 — Det rör sig om målen C-473/10, kommissionen mot Ungern, C-483/10, kommissionen mot Spanien, C-512/10, kommissionen mot Polen, C-528/10, kommissionen mot Grekland, C-545/10, kommissionen mot Republiken Tjeckien, C-556/10, kommissionen mot Tyskland, C-557/10, kommissionen mot Portugal, C-625/10, kommissionen mot Frankrike, C-627/10, kommissionen mot Slovenien, C-369/11, kommissionen mot Italien, och mål C-412/11, kommissionen mot Luxemburg.

3. Vad gäller den enda grunden i talan som avser det oberoende som krävs vid utövandet av de väsentliga uppgifterna förefaller förevarande mål ge upphov till samma rättsliga frågor avseende unionsrätten som den första invändningen i mål C-556/10, kommissionen mot Tyskland, eftersom de båda medlemsstaterna har antagit holdingmodellen vid vilken infrastrukturförvaltarens väsentliga uppgifter har delegerats till ett särskilt bolag inom koncernen som även omfattar järnvägsföretag. Av det skälet är min rättsliga argumentation i förevarande mål även tillämplig inom ramen för det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, trots vissa skillnader i de nationella bestämmelserna.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

4. I fjärde skälet i direktiv 91/440 anges följande:

”Framtida utveckling och effektiv drift av järnvägssystemet kan underlättas om en åtskillnad görs mellan transportverksamheten och förvaltningen av infrastrukturen. I denna situation är det nödvändigt att driva dessa två verksamheter var för sig och ha separat redovisning för dem.”

5. I artikel 6.1–6.3 i direktiv 91/440 föreskrivs följande:

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

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

2. Medlemsstaterna får även bestämma att denna åtskillnad kräver att det skall finnas speciella avdelningar inom ett enda företag eller att infrastrukturen skall förvaltas av en särskild enhet.

3. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att de uppgifter, enligt förteckningen i bilaga II, som ett rättvist och icke-diskriminerande tillträde till infrastrukturen är beroende av, anförtros organ eller företag som själva inte tillhandahåller järnvägstransporttjänster. Oberoende av de organisatoriska strukturerna måste det kunna påvisas att detta mål uppnåtts.

Medlemsstaterna får emellertid på järnvägsföretag eller annat organ överlåta uttag av avgifter och ansvar för förvaltningen av järnvägsinfrastrukturen, exempelvis investeringar, underhåll och finansiering.”

6. Bilaga II till direktiv 91/440 innehåller en förteckning över de väsentliga uppgifter som anges i artikel 6.3. Följande anges:

— Förberedelse och beslutsfattande i samband med tillstånd för järnvägsföretag inbegripet beviljande av individuella tillstånd.

— Beslutsfattande i samband med tilldelning av tåglägen inbegripet både fastställande och bedömning av tillgänglighet samt tilldelning av individuella tåglägen.

— Beslutsfattande i samband med fastställande och uttag av infrastruktur.

— Kontroll av att skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster uppfylls vid tillhandahållandet av vissa tjänster.

7. I skälen 11 och 16 i direktiv 2001/14 anges följande:

”(11) Systemen för fastställande och uttag av avgifter och tilldelning av kapacitet bör möjliggöra lika och icke-diskriminerande tillträde för alla företag och i möjligaste mån söka tillgodose behoven hos samtliga användare och trafiktyper på ett rättvist och icke-diskriminerande sätt.

…

(16) Systemen för fastställande och uttag av avgifter och tilldelning av kapacitet bör ta hänsyn till sund konkurrens vid tillhandahållandet av järnvägstjänster.”

8. I artikel 4.2 i direktiv 2001/14 föreskrivs följande:

”Om infrastrukturförvaltaren inte är oberoende i förhållande till samtliga järnvägsföretag, i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, skall de uppgifter som beskrivs i detta kapitel och är av annat slag än uppbörd av avgifter utföras av ett avgiftsorgan som är oberoende i förhållande till samtliga järnvägsföretag i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.”

9. I artikel 14.1 och 14.2 i direktiv 2001/14 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får fastställa ett regelverk för tilldelning av infrastrukturkapacitet samtidigt som det förvaltningsmässiga oberoende som avses i artikel 4 i direktiv 91/440/EEG respekteras. Särskilda regler för tilldelning av kapacitet skall fastställas. Infrastrukturförvaltaren svarar för kapacitetstilldelningsförfarandet. Han skall särskilt säkerställa att infrastrukturkapacitet tilldelas på ett rättvist och icke-diskriminerande sätt och i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

2. Om infrastrukturförvaltaren inte är oberoende i förhållande till samtliga järnvägsföretag, i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, skall den tilldelning som avses i punkt 1 och som beskrivs i detta kapitel utföras av ett tilldelningsorgan som är oberoende i förhållande till samtliga järnvägsföretag i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.”

B – *Nationell rätt*

10. Den andra delen i Bundesbahngesetz (lagen om de federala järnvägarna)[7], med rubriken ”ÖBB-Holding AG”, innehåller 2–4 §§.

11. 2 § första stycket i ovannämnda lag har följande lydelse:

”Grundande och bildande

1. Förbundsministern för transport, innovation och teknologi ska grunda och bilda ett kapitalbolag i form av ett aktiebolag med ett grundkapital på 1,9 miljarder euro, med beteckningen ’Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft’ (nedan kallat ÖBB-Holding AG), och säte i Wien, vars andelar enbart ska innehas av Förbundsstaten. Bildandet av bolaget är inte föremål för prövning.”

7 — BGBl. nr 825/1992, i dess lydelse som offentliggjorts i BGBl. I, nr 95/2009.

12. I 3 § i nämnda lag föreskrivs följande:

”Förvaltning av bolagsandelarna

Bolagsandelarna förvaltas av förbundsministern för transport, innovation och teknologi i Förbundsstatens namn.”

13. 4 § i denna lag har följande lydelse:

”ÖBB-Holding AG har som bolagsändamål att utöva sin äganderätt i de bolag i vilka det direkt eller indirekt innehar andelar för att ge strategisk vägledning.

2. Bolaget ska huvudsakligen

1) säkerställa en övergripande samordning av utarbetandet och genomförandet av bolagets strategier,

2) skapa transparens i de investerade offentliga medlen.

3. ÖBB-Holding AG kan dessutom vidta de åtgärder som krävs eller är lämpliga mot bakgrund av bolagets verksamhetsföremål och dess huvudsakliga uppgifter. I fråga om personalresurser omfattar detta bland annat strategiska åtgärder för att reglera bemanningen mellan bolagen.”

14. Den tredje delen av lagen om de federala järnvägarna har rubriken ”Omstrukturering av de österrikiska järnvägsbolagen”.

15. I 25 § i lagen om de federala järnvägarna föreskrivs följande:

”För att genomföra en omstrukturering av järnvägsbolagen i Österrike ska ÖBB-Holding AG senast den 31 maj 2004 grunda och bilda ett aktiebolag med ett grundkapital på 70 000 euro, med beteckningen ’ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft’ (nedan kallat ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG) med säte i Wien.”

16. I § 62 i Eisenbahngesetz (järnvägslagen) föreskrivs följande: [8]

”Tilldelningsorgan

1. Infrastrukturförvaltaren är tilldelningsorgan.

2. Ett järnvägsinfrastrukturföretag som är oberoende i förhållande till järnvägsföretag, i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, kan emellertid helt eller delvis, genom skriftligt avtal, överföra de uppgifter som har samband med funktionen som tilldelningsorgan till Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH eller till ett annat behörigt företag eller ett annat behörigt organ.

3. De uppgifter som har samband med den funktion som ett tilldelningsorgan har kan emellertid inte utföras av ett järnvägsinfrastrukturföretag som inte är oberoende i förhållande till järnvägsföretag i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande. Ett sådant järnvägsinfrastrukturföretag ska således genom skriftligt avtal överföra samtliga uppgifter som har samband med tilldelningsorganets funktion antingen till Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH eller till ett annat behörigt företag eller ett

8 — BGBl. nr 60/1957, i dess lydelse som offentliggjorts i BGBl. I, nr 95/2009.

annat behörigt organ, vad gäller de två sistnämnda enbart under förutsättning att det är oberoende i förhållande till järnvägsföretaget i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, som således på eget ansvar och i stället för detta företag ska utföra dessa uppgifter som tilldelningsorgan. Avtalet får inte innehålla någon bestämmelse som skulle hindra eller göra det omöjligt att lagenligt utöva de uppgifter som har samband med den funktion som tilldelningsorganet har.

4. Järnvägsinfrastrukturföretagen ska till Schienen-Control GmbH ange namnet på det företag som genom skriftligt avtal helt eller delvis anförtrotts de uppgifter som har samband med funktionen som tilldelningsorgan.”

17. I 74 § i Eisenbahngesetz anges följande:

”Konkurrenskontroll

1. Kommissionen för järnvägskontroll ska ex officio:

1) ålägga ett tilldelningsorgan att bete sig på ett icke-diskriminerande sätt eller förbjuda diskriminerande beteenden vad gäller tillträde till järnvägsinfrastrukturen samt samtliga villkor som sammanhänger härmed med avseende på administrativa, tekniska och finansiella arrangemang, såsom till exempel ersättning för användning och avseende tillhandahållande av andra tjänster inklusive samtliga villkor som sammanhänger härmed med avseende på administrativa, tekniska och finansiella arrangemang, såsom till exempel lämplig ersättning för kostnader och avgifter inom denna sektor, eller

2) ålägga ett järnvägstransportföretag att bete sig på ett icke-diskriminerande sätt eller förbjuda diskriminerande beteenden vad gäller tillhandahållande av tjänster och den kompletterande rangeringstjänsten samt samtliga villkor som sammanhänger härmed med avseende på administrativa, tekniska och finansiella arrangemang, såsom till exempel lämplig ersättning för kostnader och avgifter inom denna sektor, eller

3) helt eller delvis ogiltigförklara diskriminerande villkor för användning av järnvägsnätet, diskriminerande allmänna försäljningsvillkor, diskriminerande avtal eller diskriminerande handlingar.

2. Ovannämnda bestämmelser berör inte konkurrensdomstolens behörighet.”

18. I 70 § i Aktiengesetz (aktiebolagslagen) [9] föreskrivs följande:

”Aktiebolagets förvaltning

1. Bolagets ledning ska styra bolaget på eget ansvar på så sätt som krävs för bolagets bästa med beaktande av aktieägarnas, de anställdas samt det allmännas intressen.

2. Bolagets ledning kan bestå av en eller flera personer. Om en medlem i ledningen utnämns till ordförande så ska hans röst vara utslagsgivande vid lika röstetal om annat inte anges i stadgan.”

19. I 75 § aktiebolagslagen föreskrivs följande:

”Utnämning och uppsägning av medlemmar i ledningen

9 — BGBl. nr 98/1965.

1. Medlemmar i ledningen utnämns av bolagsstyrelsen för en period på högst fem år. Om en medlem i bolagets ledning utnämns för en viss längre period, för en obestämd period eller en obegränsad period så ska mandatperioden vara fem år. Den kan förnyas. Förnyelsen ska emellertid bekräftas skriftligen av ordföranden i bolagsstyrelsen. Dessa bestämmelser gäller även för anställningsavtal.

2. En juridisk person eller en personassociation (ett handelsbolag, ett kommanditbolag) kan inte utnämnas till medlem i bolagets ledning.

3. Om flera personer utnämns till medlemmar i ledningen kan bolagsstyrelsen utnämna en av dem till ordförande för ledningen.

4. Bolagsstyrelsen kan återkalla utnämningen till medlem i ledningen eller till ordförande i ledningen när en viktig grund föreligger. Det kan bland annat röra sig om ett allvarligt åsidosättande, bristande förmåga att säkerställa en god förvaltning eller att bolagsstämman har förklarat att den inte har förtroende för ledningen eller ordföranden, såvida detta inte skett av uppenbart subjektiva skäl. Denna bestämmelse är även tillämplig på en ledning som utnämnts av den första bolagsstyrelsen. En sådan förklaring är giltig så länge som det inte rättskraftigt har avgjorts att den är ogiltig. De rättigheter som följer av anställningsavtalet berörs däremot inte härav.”

20. I 3 § fjärde stycket i stadgan för ÖBB-Infrastruktur AG, i dess lydelse av den 30 juni 2010, föreskrivs följande:

”Det ligger även i det allmänna intresset för de bolag i vilka Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft direkt eller indirekt innehar majoriteten andelar att bolagets verksamhetsändamål, vid vilka allmänna strategiska mål ska beaktas, såvida detta inte påverkar ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschafts oberoende i förhållande till järnvägstransportföretag i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande som föreskrivs i unionsrätten och den österrikiska lagen om järnvägar (framför allt vad gäller tilldelning av tåglägen, fastställande av avgifter för tåglägen, utfärdande av säkerhetsintyg och antagande av driftsregler).”

III – Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

21. I maj 2007 sände kommissionen ett frågeformulär till de österrikiska myndigheterna för att kontrollera huruvida direktiven avseende det första järnvägspaketet hade införlivats i Republiken Österrike. Republiken Österrike besvarade underrättelsen genom skrivelse av den 2 augusti 2007.

22. Genom en skrivelse av den 27 juni 2008 skickade kommissionen en formell underrättelse till Republiken Österrike där medlemsstaten uppmanades att efterkomma direktiven 91/440, 95/18 och 2001/14. Republiken Österrike besvarade den formella underrättelsen genom skrivelse av den 30 september 2008.

23. Genom skrivelse av den 8 oktober 2009 sände kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Österrike där den fastställde att medlemsstaten inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 6.3 och bilaga II i direktiv 91/440, samt artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14. Kommissionen anmodade Republiken Österrike att vidta nödvändiga åtgärder för att efterkomma det motiverade yttrandet inom två månader från mottagandet därav. Genom skrivelse av den 9 december 2009 svarade Republiken Österrike på det motiverade yttrandet och bestred det fördragsbrott som kommissionen har påtalat.

24. Kommissionen ansåg inte att Republiken Österrikes svar var tillfredsställande och beslutade därför att väcka förevarande talan som inkom till domstolen den 26 november 2010.

25. Domstolens ordförande beslutade den 26 maj 2011 att ge Republiken Italien rätt att intervenera till stöd för Förbundsrepubliken Tysklands yrkanden.

26. Kommissionen, Republiken Österrike och Republiken Italien var företrädda vid förhandlingen, som ägde rum den 23 maj 2012.

IV – Parternas grunder och argument

27. Kommissionen har gjort gällande att det organ som har anförtrotts väsentliga uppgifter som avses i bilaga II till direktiv 91/440 ska vara oberoende i förhållande till det företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster, inte enbart i juridisk mening utan även i ekonomiskt hänseende.

28. Trots att det i artikel 6.3 i direktiv 91/440 inte uttryckligen krävs att det organ som har anförtrotts väsentliga uppgifter ska vara oberoende i förhållande till de företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster så ska begreppet företag som används i denna bestämmelse tolkas i enlighet med domstolens rättspraxis på så sätt att det omfattar samtliga organ som, även om de juridiskt rör sig om olika organ agerar som en ”ekonomisk enhet”.

29. Kommissionen har anfört att artikel 6.3 i direktiv 91/440 ska tolkas på så sätt att de väsentliga uppgifter som utförs av infrastrukturförvaltaren ska genomföras av ett järnvägsföretag som inte enbart är åtskilt i juridisk mening men även med avseende på organisation och beslutsfattande.

30. Kommissionen har vidare gjort gällande att om väsentliga uppgifter utförs av ett bolag som är beroende i förhållande till ett järnvägsholdingbolag, såsom är fallet när det gäller ÖBB-Infrastruktur AG, så ska det prövas i vilken omfattning och under vilka villkor det beroende bolaget, som dessutom är den infrastrukturförvaltare som anförtrotts att utöva väsentliga uppgifter, kan betraktas som oberoende i förhållande till det företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster (det vill säga deras holdingbolag och det bolag som är beroende av sistnämnda bolag som tillhandahåller tjänster för transport av personer och varor), trots att de tillhör samma grupp.

31. Republiken Österrike har emellertid inte antagit någon effektiv mekanism som garanterar att infrastrukturförvaltaren ÖBB-Infrastruktur AG är oberoende med avseende på organisation och beslutsfattande. Kommissionen har härav dragit slutsatsen att denna medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.3 i och bilaga II till direktiv 91/440 samt artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14.

32. Kommissionen har för det första gjort gällande att en oberoende myndighet, såsom till exempel regleringsmyndigheterna för järnvägar eller tredje man, ska kontrollera om kravet på oberoende är uppfyllt. Konkurrenterna måste ha möjlighet att klaga om kravet på oberoende åsidosatts. Ingen av dessa två bestämmelser har iakttagits i Österrike.

33. Kommissionen har för det andra anfört att det måste finnas bestämmelser i lag eller i vart fall avtal avseende oberoende i förhållandet mellan holdingbolaget och det bolag som anförtrotts väsentliga uppgifter, mellan sistnämnda företag och andra företag i koncernen som tillhandahåller järnvägstjänster eller andra organ som kontrolleras av holdingbolaget, framför allt bolagsstämman i det organ som anförtrotts väsentliga uppgifter.

34. Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att det i 3 § i stadgan och 10.3 § i arbetsordningen för ÖBB-Infrastruktur AG:s bolagsstyrelse föreskrivs att bolagsledningen vid utövandet av väsentliga uppgifter inte ska lyda under ÖBB-Holding AG:s bolagsstyrelse inte räcker för att utesluta eventuella intressekonflikter mellan ledningen i infrastrukturförvaltaren och holdingbolaget, eftersom ledningen, som kan utnämnas och uppsägas av holdingbolaget, skulle uppmuntras att inte fatta beslut i strid med holdingbolagets ekonomiska intressen.

35. Kommissionen har för det tredje anfört att medlemmarna i ledningen i holdingbolaget och andra företag inom holdingbolaget inte får vara medlemmar i ledningen i det bolag som anförtrotts väsentliga uppgifter.

36. Det kan nämligen svårligen göras gällande att ledningen i det bolag som har anförtrotts väsentliga uppgifter är oberoende i förhållande till ledningen i holdingbolaget i juridisk mening med avseende på beslutsfattande, om samma personer skulle sitta i ledningen i de båda bolagen. Det föreligger enligt kommissionen ingen bestämmelse i lag för att förhindra denna situation.

37. För det fjärde finns det ingen bestämmelse enligt vilken styrelsen i det bolag som har anförtrotts de väsentliga uppgifterna och personer som innehar ledande funktioner som ska utföra nämnda uppgifter efter det att de inte längre är verksamma i nämnda bolag under ett visst antal år inte får inneha ledande funktioner i holdingbolaget eller i andra inrättningar som kontrolleras av holdingbolaget. I detta avseende omfattas den av Österrike åberopade artikel 15 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, i vilken de grundläggande rättigheterna om fritt yrkesval och rätten att arbeta fastställs, av det allmänna förbehållet att begränsningar av grundläggande rättigheter ska föreskrivas i lag i artikel 52 i nämnda stadga. En rimlig begränsning av rätten att utöva yrkesverksamhet är således motiverad.

38. Kommissionen har för det femte gjort gällande att personer i ledande ställning i det bolag som har anförtrotts de väsentliga uppgifterna ska utses med tillämpning av noga fastställda villkor och ska vara underkastade sådana rättsliga skyldigheter att ett oberoende beslutsfattande säkerställs. Utnämning och uppsägning ska ske under överinseende av oberoende myndigheter.

39. Kommissionen har slutligen gjort gällande att de åtgärder som vidtagits för att säkerställa ÖBB-Infrastruktur AG:s oberoende i förhållande till ÖBB-Holding AG inte är tillräckliga.

40. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att det inte rör sig om att säkerställa infrastrukturförvaltarens ”ekonomiska oberoende” (i förhållande till järnvägsföretagen) utan om att införliva bestämmelserna i det första järnvägspaketet som dels är målinriktade (artikel 6.3 i direktiv 91/440), dels funktionsinriktade (artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14). I artikel 6.3 i direktiv 91/440 föreskrivs enbart ett mål som ska uppnås, nämligen att väsentliga uppgifter ska överföras till oberoende organ eller företag, och i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14 föreskrivs på vilket sätt dessa uppgifter ska utföras, nämligen av ett organ som är oberoende i förhållande till järnvägsföretag, i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande.

41. Enligt bestämmelserna i det första järnvägspaketet saknar det betydelse om ÖBB-Infrastruktur AG är ”ekonomiskt oberoende” i egenskap av organ i den mening som avses i artikel 6.3 i direktiv 91/440.

42. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att de prövningskriterier avseende oberoende som uppställs i bilaga 5 till arbetsdokument från kommissionens avdelningar SEC(2006) 530[10] inte sammanfaller med de i förevarande fall relevanta tvingande bestämmelserna i artikel 6.3 i direktiv 91/440, i bilaga II till direktiv 91/440 samt i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14. Denna handling har inte heller offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* och utgör inte en bindande rättsakt. Den kan således inte åberopas inom ramen för förevarande fall.

10 — Commission staff working document SEC(2006) 530 av den 3 maj 2006, ”Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives (’First Railway Package’), COM(2006) 189 final”, s. 31. Enbart tillgänglig på engelska.

43. Vad gäller kontroll av en oberoende myndighet har den österrikiska regeringen anfört att bildandet av Schienen-Control GmbH och Schienen-Control Kommission gör det möjligt att kontrollera att kraven på oberoende iakttagits för att undvika en snedvridning av konkurrensen. Dessutom kan en regleringsmyndighet som inte lyder under något organ, nämligen Schienen-Control Kommission, såväl ex officio som efter klagomål, inleda ett överträdelseförfarande. Kraven på oberoende kontrolleras således av en oberoende myndighet.

44. Den österrikiska regeringen har, med avseende på förekomsten av bestämmelser i lag eller i vart fall i avtal mellan holdingbolaget och de olika enheterna, gjort gällande att motsvarande skyldigheter som följer av direktivbestämmelserna, såsom kriterierna i artikel 14.2 i direktiv 2001/14 avseende förvaltning av tåglägen och i artikel 6.3 i direktiv 91/440 har införlivats fullt ut genom 62 § tredje stycket i Eisenbahngesetz.

45. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att kravet på att områdena infrastruktur och transporttjänster ska skiljas från varandra inom ÖBB-koncernen har beaktats, eftersom ledningen i ÖBB-Infrastruktur AG inte lyder under något annat organ och medlemmarna i ledningen utses i sin funktion för en period på 4-5 år och enbart kan sägas upp i förväg i välgrundade undantagsfall. Dessutom utesluts inte enbart direkt inflytande utan även indirekt inflytande på ledningen genom tilläggsbestämmelser i stadgan samt i arbetsordningen för bolagsstyrelsen och ledningen i ÖBB-Infrastruktur AG, enligt vilka bolagsstyrelsens samtliga rättigheter för godkännande inte är tillämpliga när en tillämpning av detta skulle äventyra det oberoende som krävs i unionsrätten och den österrikiska Eisenbahngesetz för ÖBB-Infrastruktur AG i frågor som har samband med tillgång till nätet.

46. Den österrikiska regeringen har anfört att de berörda direktiven inte föreskriver något förbud mot dubbla funktioner. Om en enda medlem i ledningen i ÖBB-Infrastruktur AG övergår till ledningen i ÖBB-Holding AG (i egenskap av kollegialt organ) eller om en medlem i ledningen i ÖBB-Infrastruktur AG övergår till bolagsstyrelsen i detta bolag så kan han inte ensam utöva något avgörande inflytande över bolaget eftersom en medlem i ledningen i ÖBB-Holding AG eller i bolagsstyrelsen inte kan utöva något inflytande på ÖBB-Infrastruktur AG. De bestämmelser om förvaltningens oberoende och åtskillnad av infrastruktur och försäljning som antagits i Eisenbahngesetz och Bundesbahnstrukturgesetz 2003 ska även tillämpas analogt som kriterier för dubbla funktioner.

47. Vad gäller avsaknaden av övergångsperioder mellan erhållandet av en plats som medlem i ledningen i det bolag som har anförtrotts de väsentliga uppgifterna eller som person som innehar ledande funktioner som ska utföra nämnda uppgifter och innehav av ledande funktioner i holdingbolaget är följande att säga. Det allmänna legalitetskravet avseende begränsningar av artikel 15.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ska föreskrivas i lag innebär att en tidsbegränsad begränsning av rätten att utöva yrkesverksamhet endast är tillåten om den föreskrivs i lag och är motiverad, vilket inte är fallet i förevarande fall, redan på den grunden att det inte finns någon motsvarande lagbestämmelse. En jämförelse med de bestämmelser som gäller inom el- och gassektorn är inte heller relevant, eftersom dessa bestämmelser antagits nyligen utan att vara tillämpliga på järnvägssektorn.

48. Den österrikiska regeringen har slutligen anfört att tillräckliga skyddsåtgärder har vidtagits och att det mål som eftersträvas med direktivet, nämligen att säkerställa en fungerande järnvägsmarknad utan diskriminering är uppfyllt. Såväl ledningens oberoende som oberoende för det bolag som har anförtrotts de väsentliga uppgifterna som regleringsmyndighetens konkurrensövervakning är nämligen förenliga med direktiven 2001/14 och 91/440.

49. Den italienska regeringen har erinrat om att kravet på åtskillnad som föreskrivs av unionslagstiftaren med avseende på järnvägstransport och förvaltningsinfrastruktur avser redovisningen i bokföringen.

50. Kommissionen har med avseende på holdingmodellen intagit motsatt ståndpunkt genom att dra slutsatsen att oförenlighet presumeras föreligga, eftersom denna modell är rättsligt erkänd men enbart kan vara förenlig med de berörda direktiven om holdingbolaget inte innehar eller utövar något av de privilegier som är typiska för holdingbolag.

51. Lagstiftningen var inte avsedd att införa skyldigheten att göra en åtskillnad mellan ägandestrukturer eller organisationsstrukturer med motsvarande verkan vad gäller ledningens autonomi, utan avsåg att iaktta och garantera medlemsstaternas och de berörda företagens handlingsfrihet att tillämpa olika organisationsmodeller.

52. Den italienska regeringen har varken mot bakgrund av ordalydelsen eller syftet med regleringen kunnat ansluta sig till kommissionens uppfattning att de väsentliga uppgifterna måste överföras till bolag utanför den koncern till vilken järnvägsföretag hör.

V – Bedömning

A – *Inledande synpunkter*

1. De antaganden som ligger till grund för talan om fördragsbrott

53. I Österrike har flera av de väsentliga uppgifter som avses i bilaga II till direktiv 91/440 anförtrotts infrastrukturförvaltaren, det vill säga ÖBB-Infrastruktur AG. Detta bolag är oberoende i juridisk mening men hör till en koncern som styrs av ett holdingbolag till vilket även företag som tillhandahåller järnvägstjänster hör.

54. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 6.3 i direktiv 91/440, genom att inte ha föreskrivit några effektiva mekanismer för att garantera infrastrukturföretaget ÖBB-Infrastruktur AG:s oberoende med avseende på organisation och beslutsfattande och dess oberoende vid utförandet av väsentliga uppgifter.

55. Kommissionens argumentation grundar sig på tre antaganden.

56. Det första antagandet består i att även om en struktur där infrastrukturförvaltaren hör till samma koncern som ett järnvägsföretag – och båda är dotterbolag till ett holdingbolag – i sig är tillåten, så kan det oberoende med avseende på väsentliga uppgifter som föreskrivs i artikel 6.3 i direktiv 91/440 i ett sådant fall enbart förverkligas om kravet på ekonomiskt oberoende, som finns implicit i denna bestämmelse, garanteras.

57. Det andra antagandet består i att om en struktur med holdingbolag föreligger kan ett sådant ekonomiskt oberoende enbart förverkligas om medlemsstaten föreskriver extra säkerhetsåtgärder som motsvarar en konkret skyldighet för medlemsstaten att anta specifika och detaljerade bestämmelser. Kommissionen har anfört att de åtgärder som anges i bilaga 5 i arbetsdokument från kommissionens avdelningar SEC(2006) 530 utgör sådana åtgärder, trots att handlingen är av icke-bindande natur.

58. Kommissionens tredje antagande förefaller bestå i att de berörda österrikiska bolagen, till följd av holdingbolagsstrukturen, skulle kunna kringgå eller åsidosätta de skyldigheter som unionslagstiftaren eller den nationella lagstiftaren föreskrivit.

2. Huruvida medlemsstaten har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott

59. Domstolen har redan haft ett flertal tillfällen att uttala sig om omfattningen av de skyldigheter som följer av direktiven vad gäller ett korrekt införlivande av dem i medlemsstaterna. Domstolen har bland annat fastställt att det inte ankommer på den att göra en korrigerande tolkning av ordalydelsen i en artikel i direktivet.

60. Domstolen har i domen i målet kommissionen mot Grekland [11] funnit att Republiken Grekland hade rätt att grunda sin nationella lagstiftning på den klara lydelsen i direktiv 92/83/EEG [12], som tillät att Republiken Grekland tillämpade en punktskattesats för ouzo som understeg minimiskattesatsen. Domstolen ogillade således kommissionens talan, genom vilken kommissionen hade gjort gällande att denna medlemsstat hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 90 första stycket EG och hävdat att medlemsstaterna, även vid ett uttryckligt medgivande enligt sekundärrätten, var skyldiga att iaktta primärrätten, av vilket kommissionen drog slutsatsen att för det fall den nationella åtgärden skulle visa sig vara oförenlig med primärrätten hade medlemsstaten inte rätt att utnyttja nämnda medgivande.

61. På samma sätt slog domstolen i domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket [13] fast att Förenade kungariket, vars nationella lagstiftning är förenlig med den klara och tydliga lydelsen i artikel 2.1 i trettonde direktivet, [14] inte kan klandras för att ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt denna bestämmelse på grund av sin underlåtenhet att göra en tolkning som syftar till att rätta till nämnda bestämmelse, för att på så sätt iaktta den allmänna logiken i det gemensamma systemet för mervärdesskatt och avhjälpa gemenskapslagstiftarens fel, som åberopats av kommissionen och som enligt densamma framgår av motiveringen i förslaget till det åttonde direktivet.

62. Domstolen framhöll i ovannämnda dom att enligt fast rättspraxis kräver rättssäkerhetsprincipen att en unionsrättslig bestämmelse gör det möjligt för dem som berörs därav att få kännedom om den exakta omfattningen av de skyldigheter som de åläggs genom bestämmelsen. Enskilda ska nämligen på ett otvetydigt sätt kunna få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och kunna vidta åtgärder i enlighet därmed. [15] Denna rättspraxis tar visserligen sikte på relationer mellan enskilda och myndigheter, men den har även betydelse när det gäller införlivandet av ett direktiv på skatteområdet.

63. Domstolen har nyligen framhållit den objektiva karaktären av en fastställelse av fördragsbrott. [16] Ett fördragsbrott kan dock inte föreligga om den åtgärd som kommissionen har begärt att medlemsstaten ska vidta inte återges i direktivets ordalydelse och enbart utgör en av flera möjliga åtgärder för införlivande av direktivet.

64. Kommissionen har i sin duplik framhållit att förevarande mål avser ett ofullständigt införlivande och inte en felaktig tillämpning av direktivet. Det ska således undersökas om holdingstrukturen, som omfattar den infrastrukturförvaltare som anförtrotts väsentliga uppgifter och järnvägsföretag, enbart är förenlig med artikel 6.3 i direktiv 91/440, om infrastrukturförvaltaren är ekonomiskt oberoende i förhållande till sitt moderbolag och om ett sådant oberoende inte kan uppnås utan att medlemsstaten vidtar de konkreta åtgärder som kommissionen begärt.

11 — Dom av den 5 oktober 2004 i mål C-475/01 (REG 2004, s. I-8923).

12 — Rådets direktiv 92/83/EEG av den 19 oktober 1992 om harmonisering av strukturerna för punktskatter på alkohol och alkoholdrycker (EGT L 316, s. 21).

13 — Dom av den 15 juli 2010 i mål C-582/08 (REU 2010, s. I-7191), punkterna 46–51.

14 — Rådets trettonde direktiv 86/560/EEG av den 17 november 1986 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om omsättningsskatter – Regler om återbetalning av mervärdesskatt till skattskyldiga personer som inte är etablerade i gemenskapens territorium (EGT L 326, s. 40).

15 — Dom av den 10 mars 2009 i mål C-345/06, Heinrich (REG 2009, s. I-1659), punkt 44 och där angiven rättspraxis.

16 — Se dom den 10 maj 2012 i mål C-39/10, kommissionen mot Estland, punkt 63.

B – *Oberoende för de organ som anförtrotts väsentliga uppgifter*

65. Genom direktiv 91/440 inleddes avregleringen av järnvägstransporter genom att transportföretagen fick tillgång till järnvägsinfrastrukturen. Den viktiga åtgärd som följde rätten till tillgång var att infrastrukturförvaltningen åtskildes från tillhandahållande av transporttjänster. Principen om åtskiljande avsåg emellertid inte strukturerna utan funktionerna, och här enbart räkenskapsfunktionen. Det anges enbart som ett frivilligt alternativ att denna åtskillnad kan omfatta ”särskilda avdelningar inom ett enda företag eller att infrastrukturen skall förvaltas av en särskild enhet”. Den integrerade nationella modellen bestod således.

66. Syftet med direktiven 95/18/EG och 95/19/EG[17] och direktiven i det första järnvägspaketet av år 2001 var att genomföra rätten till ett rättvist och icke-diskriminerande tillträde genom att föreskriva utfärdande av medgivanden till transportföretag och regler för tilldelning av kapaciteter och tariffer. För att säkerställa ett sådant tillträde fastställdes principen om oberoende för organ som anförtrotts väsentliga uppgifter i artikel 6.3 i direktiv 91/440.

67. De väsentliga uppgifterna anges i bilaga II till direktiv 91/440. Det rör sig om utfärdande av licenser till järnvägsföretag, tilldelning av kapacitet, tilldelning av individuella tåglägen, fastställande av den ersättning som ska betalas av transportföretag och övervakning av att skyldigheten att tillhandahålla allmänna tjänster iakttas.

68. I artikel 6.3 i direktiv 91/440 och artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14 hänvisas till oberoende för det organ eller företag som ger tillgång till nätverket, för avgiftsorgan, och för tilldelningsorgan av infrastrukturkapacitet. Det rör sig om tre uppgifter som inte kan utföras av ett transportföretag. Dessa uppgifter kan antigen utföras av förvaltaren om denna själv inte tillhandahåller transporttjänster och är oberoende av alla järnvägstransportföretag, framför allt traditionella företag, eller i annat fall av en inrättning, det vill säga av ett organ eller ett företag som är oberoende i förhållande till järnvägsföretag i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.

69. Samtliga beslut som fattas av organ som anförtrotts väsentliga uppgifter kan överklagas vid ett oberoende regleringsorgan som inrättats genom artikel 30.1 i direktiv 2001/14.

70. Inom det integrerade systemet med holdingbolag är infrastrukturförvaltaren likaså det oberoende organ som ansvarar för tilldelning av tåglägen, uttag av tågavgifter, utfärdande av säkerhetsintyg och antagande av funktionsregler. Även efter det att det första järnvägspaketet antogs erkändes att detta system fortfarande var tillåtet.[18] I rapporten från år 2006 avseende genomförandet av det första järnvägspaketet företrädde kommissionen uppfattningen att den institutionella åtskillnaden inte kan härledas ur direktivets ordalydelse. Kommissionen anförde även att den institutionella åtskillnaden är att föredra.[19]

71. Av artikel 6 i direktiv 91/440 framgår att en institutionell åtskillnad inte kan åläggas medlemsstaterna. Enligt artikel 6.1 i direktiv 91/440 ska räkenskaperna för tillhandahållande av transporttjänster och för förvaltningen av infrastrukturen hållas åtskilda. Av ordalydelsen i punkt 2 framgår klart att det i princip inte föreligger någon skyldighet att göra en institutionell åtskillnad: ”Medlemsstaterna får även bestämma att denna åtskillnad kräver att det skall finnas speciella avdelningar inom ett enda företag eller att infrastrukturen skall förvaltas av en särskild enhet.”

17 — Rådets direktiv 95/18/EG av den 19 juni 1995 om tillstånd för järnvägsföretag (EGT L 143, s. 70), och rådets direktiv 95/19/EG av den 19 juni 1995 om tilldelning av järnvägsinfrastrukturkapacitet och uttag av infrastrukturavgifter (EGT L 143, s. 75).

18 — När rådet antog detta paket förklarade Tyskland att väsentliga uppgifter och järnvägstransporttjänster kan utföras av oberoende företag i juridisk mening men kopplade till varandra i form av ett holdingbolag (2324:e mötet i rådet (transport), den 20 och 21 december 2000’). Österrike har i detalj förklarat utvecklingen av unionslagstiftningen i detta avseende.

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”, se kommissionens arbetsdokument SEC(2006) 530, s. 31.

72. Det är först i punkt 3 i nämnda artikel 6 som en åtskillnad avseende ”de [väsentliga] uppgifter[na], enligt förteckningen i bilaga II, … [för att säkerställa] ett rättvist och icke-diskriminerande tillträde till infrastrukturen” föreskrivs, eftersom det organ eller företag som anförtrotts dessa uppgifter *själva* inte får tillhandahålla järnvägstransporttjänster. I denna bestämmelse preciseras att det, ”[o]beroende av de organisatoriska strukturerna”, inte finns några institutionella tvång såvida det kan ”påvisas” att målet att få en rättvis och icke-diskriminerande tillgång kan uppnås.

73. Man kan således dra slutsatsen att det integrerade systemet i holdingbolaget är tillåtet enligt direktivet och att det i direktivet inte föreskrivs att det måste göras en institutionell åtskillnad mellan förvaltaren och det traditionella företaget. Vid utförandet av väsentliga uppgifter kan holdingmodellen emellertid ge upphov till svårigheter, eftersom holdingbolaget kontrollerar transportföretaget och förvaltaren.

74. Enligt direktiv 2001/14 hänför sig graden av oberoende för de organ som anförtrotts väsentliga uppgifter till oberoende i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande. [20]

75. Holdingstrukturen uppfyller utan tvekan såväl det första som det andra kriteriet. Det råder inget tvivel om att det dotterbolag som ett holdingbolag har grundat är rättsligt oberoende. Oberoendet med avseende på organisation följer delvis av att det rör sig om särskilda juridiska personer vilket kräver egna beslutsfattande organ för bolaget. Detta krav sträcker sig delvis till organisationsnivån. Bolaget får inte förbli ett tomt skal utan måste förfoga över egna personliga och faktiska tillgångar. I artikel 6.3 i direktiv 91/440 krävs slutligen att det måste kunna påvisas att målet att säkerställa oberoende för de organ som anförtrotts väsentliga uppgifter uppnåtts. Det är således det tredje kriteriet som visar sig vara problematiskt.

76. Kommissionen har begärt att flera konkreta åtgärder som inte anges i ordalydelsen i direktivet vidtas för att säkerställa beslutsmässigt oberoende för det organ som anförtrotts väsentliga uppgifter, i förevarande fall i holdingmodellen, nämligen infrastrukturförvaltaren. Det stämmer att samtliga åtgärder bidrar till att säkerställa beslutsmässigt oberoende för transportförvaltaren.

77. I artikel 6.3 i direktiv 91/440 anges inte förutsättningarna för detta oberoende. Det är denna lucka som kommissionen har försökt att fylla ut, bland annat genom att hänvisa till bilaga 5 i arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar SEC(2006) 530 som har bifogats rapporten om genomförande av det första järnvägspaketet.

78. I nämnda bilaga anges att regleringsorganet ska ingripa för att undersöka huruvida kriteriet oberoende har iakttagits samt vid utnämning och uppsägning av personer i infrastrukturförvaltningens ledning. Dessutom krävs ett förbud mot dubbla funktioner i de ledande organen i hela koncernen, en övergångsperiod för medlemmar i ledningen när de går från ett bolag till ett annat i holdingbolaget och sekretess för den information som har använts av infrastrukturförvaltaren.

79. Domstolen har emellertid uppmanats att ange samtliga exakta villkor för medlemsstaterna som enbart anges i rapporten om genomförande av det första järnvägspaketet och som följaktligen inte återfinns i ordalydelsen i direktiv 91/440.

80. Enligt fast rättspraxis har kommissionen bevisbördan för det påstådda fördragsbrottet. Den ”ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida detta fördragsbrott föreligger, och den kan därvid inte stödja sig på någon presumtion”.

20 — Det bör påpekas att detta ”oberoende” är av en annan typ än till exempel i uttrycket ”fullständigt oberoende” i artikel 28.1 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, s. 31) som är tillämpligt på myndigheter som ska säkerställa skydd för personuppgifter. Se i detta avseende dom av den 9 mars 2010 i mål C-518/07, kommissionen mot Tyskland (REU 2010, s. I-1885), punkt 17 och följande punkter, och generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande av den 3 juli 2012 i mål C-614/10, kommissionen mot Österrike, som är anhängigt vid domstolen, punkt 20 och följande punkert.

81. Kommissionen har själv erkänt att det vid dess begäran till medlemsstaterna som har lett till talan vid domstolen rör sig om kommissionens tolkning av direktiv 91/440 i bilaga 5 till ovannämnda arbetsdokument SEC(2006) 530. Bilagan är inte formellt juridiskt bindande. I detta kommer en av kommissionen föreslagen tolkning av begreppet i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, till uttryck. Det ska erinras om att de omtvistade konkreta skyldigheterna aldrig återfunnits i direktivets ordalydelse eller i en annan rättsligt bindande text i unionsrätten, vare sig vid tidpunkten för antagandet av direktivet eller vid utgången av införlivandefristen.

82. Kommissionen har utöver en konstruktiv tolkning av principen om oberoende med avseende på organisation och beslutsfattande som uppställs i direktiven 91/440 och 2001/14 grundat sig på en argumentation som består av två delar som anknyter till ändamålsenlig verkan.

83. Den första delen grundar sig på konkurrensrätten och – med hänsyn till holdingmodellen och därmed förekomsten av ett moderbolag och dess dotterbolag – på en tolkning av principen om förvaltarens oberoende, enligt vilken förvaltaren endast kan vara ett ”fristående företag” i den mening som avses i konkurrensrätten. Vissa befogenheter som holdingbolaget normalt sett har i förhållande till sitt dotterbolag, som är förvaltare i den mening som avses i bolagsrätten, skulle således kringgås.

84. Den andra delen grundar sig på regleringsrätten och utgår från att en gemensam regleringsrätt avseende förvaltarens oberoende och regleringorganets befogenheter ska tillämpas inom järnvägssektorn. Kommissionen har härvid åberopat domstolens rättspraxis avseende nät.

85. Enligt kommissionen kan det i avsaknad av bevis på motsatsen antas att holdingbolaget faktiskt utövar ekonomisk kontroll över dotterbolaget som i egenskap av järnvägsinfrastrukturförvaltare anförtrotts väsentliga uppgifter. Jag anser emellertid att en analogi med dotterbolagens och moderbolagens ekonomiska enhet i den mening som avses i konkurrensrätten inte är övertygande, eftersom holdingsystemet som sådant ifrågasätts, trots att det uttryckligen tillåts i direktiven 91/440 och 2001/14. Republiken Österrike har med rätta dragit slutsatsen att holdingstrukturen, trots den omständigheten att den är tillåten enligt unionsrätten, inte skulle kunna tillämpas, om dotterbolaget till ett holdingbolag inte kunnat utöva de väsentliga uppgifterna för en infrastrukturförvaltare när ett annat dotterbolag till holdingbolaget tillhandahåller järnvägstransporttjänster.

86. Det ska inom ramen för konkurrenslagstiftningen enligt min mening dessutom visas att en ekonomisk enhet föreligger. Detta gäller i än högre grad inom ramen för en talan om fördragsbrott avseende ett ofullständigt införlivande som väcks trots att detta inte finner stöd i direktivets ordalydelse. Den skyldighet att visa att dotterbolaget är oberoende som följer av konkurrenslagstiftningen kan emellertid inte överföras till förfarandet om fördragsbrott. Enbart den omständigheten att holdingbolaget innehar de flesta eller samtliga andelar eller därmed sammanhängande rösträtter i den enhet som anförtrotts väsentliga uppgifter räcker inte, i annat fall skulle det ”normala” systemet holdingbolag som sådant äventyras. Det tillvägagångssätt som kommissionen föreslagit i fall där holdingbolagets mål uttryckligen är att bilda ett dotterbolag som ska anförtros offentliga uppgifter och vars oberoende föreskrivs i särskilda bestämmelser kan ifrågasättas. Det måste enligt min mening visas att det föreligger en faktisk samverkan mellan dotterbolagen i ett holdingbolag.

87. Det ankommer således på kommissionen att visa att systemet skapar en uppenbar intressekonflikt, varav enbart slutsatsen kan dras att oberoendet vid utövandet av väsentliga uppgifter påverkats. Såsom kommissionen har anfört har domstolen slagit fast att den omständigheten att moderbolaget innehar samtliga andelar inte innebär att dotterbolaget inte handlar oberoende. [21] Det ankommer följaktligen på kommissionen att visa att risken för en intressekonflikt är så stor att den kräver förebyggande åtgärder som inte föreskrivs i direktivets ordalydelse.

88. Kommissionens uppfattning som grundar sig på hypotesen av en form av ”automatiskt missbruk” som följer av strukturen hos holdingbolaget som sådant kan inte godtas inom ramen för fördragsbrottsförfarandet, som inte avser en felaktig tillämpning utan ett ofullständigt införlivande av direktivet.

89. Jag anser inte att det är följdriktigt att kräva att en medlemsstat antar ytterligare bestämmelser när de berörda rättssubjekten, hypotetiskt, inte iakttagit de rättsliga skyldigheter som skyddar dotterbolagets oberoende.

90. Det ska tilläggas att frågan om nätförvaltaren har varit den mest kontroversiella i det tredje energipaketet. Bestämmelserna om omvandling av integrerade företag till aktiebolag inom ramen för vilka förvaltaren har en separat ledning och förvaltning återfinns i artikel 9 och följande artiklar i kapitel IV och V i direktiv 2009/72/EG samt i motsvarande bestämmelser i direktiv 2009/73. [22] De berörda bestämmelserna i direktiv 2009/72 uppfyller samtliga krav som kommissionen ställt när det gäller Republiken Österrike.

91. Kommissionen har enligt min mening inte visat att det enda sättet att uppfylla kravet på oberoende, i juridisk mening och med avseende på organisation eller beslutsfattande, är att föreskriva bestämmelser i lagar, författningar eller avtal som motsvarar de åtgärder som anges i ansökan.

92. Kraven vad gäller behörighet för det oberoende regleringsorganet som upprättades genom artikel 30.1 i direktiv 2001/14 kan inte härledas ur artikel 6.3 i direktiv 91/440, eftersom denna fråga helt och hållet regleras i förstnämnda bestämmelse som ger regleringsorganet behörighet om en sökande behandlas på ett diskriminerande sätt eller på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen, och med avseende på iakttagandet av avgiftsbestämmelserna. [23]

93. Ett förbud mot dubbla funktioner har samband med principen om oförenlighet som är inneboende i begreppet oberoende med avseende på beslutsfattande. Denna princip som unionslagstiftaren inte har definierat i direktiven 91/440 och 2001/14 kan emellertid uttryckas med olika abstraktionsgrader och har förankrats på olika sätt i olika bestämmelser.

94. När det gäller holdingstrukturen så påverkar bestämmelserna på bolagsrättens område den konkreta tillämpningen av principen om oförenlighet. En dubbel funktion i systemet i medlemsstat A kan sakna reell betydelse även om den i systemet i medlemsstat B kan anses vara oförenlig med dotterbolagets oberoende med avseende på beslutsfattande. Av det skälet kan avsaknaden av en sådan bestämmelse inte automatiskt betraktas som ett åsidosättande av medlemsstaten.

21 — Kommissionen har hänvisat till dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen (REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25), punkt 134, och av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), punkterna 6 och 13–18).

22 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, s. 55) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, s. 94).

23 — I detta avseende hänvisas till kommissionens fjärde invändning i det ovannämnda målet C-556/10, kommissionen mot Tyskland, där kommissionen föreslagit en vid tolkning av artikel 30.4 i direktiv 2001/14 och av artikel 7.10 i direktiv 91/440.

95. Den av kommissionen krävda åtgärden som består i ett förbud mot dubbla funktioner omfattar under alla förhållanden inte samtliga situationer vid vilka oberoende vid utövandet av väsentliga uppgifter skulle kunna föranleda tveksamhet på grund av oförenlighet. Man skulle till exempel kunna nämna det fall där tre bröder ingår i bolagsstyrelser, den äldre i holdingbolaget och de båda yngre bröderna i det dotterbolag som anförtrotts förvaltningen av infrastrukturen respektive det som anförtrotts förvaltningen av järnvägstjänster. Det är emellertid inte möjligt att ur artikel 6.3 i direktiv 91/440 härleda en skyldighet att på förhand anta en bestämmelse som förbjuder dubbla funktioner, även om konkreta situationer i vilka specifika dubbla funktioner förekommer med lätthet skulle kunna betraktas som en felaktig tillämpning av nämnda bestämmelse.

96. Samma resonemang kan föras vad gäller kravet att medlemmarna i ledningen i det bolag som anförtrotts väsentliga uppgifter, samt personer som innehar ledande funktioner och personal som ska utföra väsentliga uppgifter, under ett visst rimligt antal år efter det att den berörda enheten lämnats ska hindras från att inneha ledande funktioner i holdingbolaget eller i andra inrättningar som kontrolleras av holdingbolaget.

97. En sådan bestämmelse återfinns i artikel 19.3 i direktiven 2009/72 och 2009/73, i vilken det föreskrivs att företagsledningen och ledamöter i administrativa organ inte kan utses, om de inte visar att de inte haft någon yrkesmässig relation till det integrerade företaget sedan tre år tillbaka. I artikel 19.7 föreskrivs att dessa personer efter avslutad tjänsteperiod inte får ha någon förbindelse med det integrerade företaget under minst fyra år. I artikel 19.4 föreskrivs att oberoende systemansvariga för överföringsanställda under deras verksamhet inte får ha någon position i en annan del av holdingbolaget inom energisektorn.

98. De berörda direktiven för järnvägssektorn innehåller emellertid inte så detaljerade bestämmelser och sådana bestämmelser kan inte heller härledas ur direktiven genom tolkning.

99. Vad gäller kravet att infrastrukturförvaltaren ska förfoga över egen personal och hålla till i egna lokaler, kan det konstateras att detta krav praktiskt sett har uppfyllts i Republiken Österrike och att en skyldighet att föreskriva en sådan bestämmelse inte kan härledas ur artikel 6.3 i direktiv 91/440. Vad gäller kommunikationen mellan infrastrukturförvaltarens personal och personalen i andra företag inom koncernen är jag av samma uppfattning som Republiken Österrike, nämligen att kommissionen inte har visat på vilket sätt bestämmelserna om sekretess i medarbetarnas avtal inte skulle vara tillräcklig.

100. Kommissionen har i sin replik frånfallit sin invändning avseende informationssystems säkerhet. Denna fråga behöver således inte granskas.

101. Talan ska således ogillas i den del den avser ofullständigt införlivande. Med avseende på tillämpningen av direktivet är holdingmodellen inte problemfri, såsom jag redan påpekat i domen i målet Westbahn Management.[24] Kommissionen har i förevarande fall emellertid inte klandrat Republiken Österrike för en felaktig tillämpning av direktivet och har inte heller lagt fram tillräcklig bevisning för detta.

VI – Rättegångskostnader

102. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

103. Republiken Österrike har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Detta yrkande ska bifallas, om fördragsbrottstalan, i likhet med vad jag föreslår, bifalls i sin helhet.

24 — Se mitt förslag till avgörande i mål C-136/11, Westbahn Management, punkt 47 och följande punkter.

104. I enlighet med artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna ska Republiken Italien, som har intervenerat i målet, bära sina rättegångskostnader.

VII – Förslag till avgörande

105. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

3) Republiken Italien ska bära sina rättegångskostnader.