Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

28. februar 2013 *

»Traktatbrud — transport — udvikling af Fællesskabets jernbaner — direktiv 91/440/EØF — artikel 6, stk. 3, og bilag II — direktiv 2001/14/EF — artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2 — infrastrukturforvalter — uafhængighed med hensyn til organisation og beslutningstagning — holdingstruktur — ufuldstændig gennemførelse«

I sag C-555/10,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF, anlagt den 26. november 2010,

Europa-Kommissionen ved H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun og R. Vidal Puig, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Republikken Østrig ved C. Pesendorfer og U. Zechner, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af:

Den Italienske Republik ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Fiorentino, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Tizzano, og dommerne A. Borg Barthet (refererende dommer), E. Levits, J.-J. Kasel og M. Berger,

generaladvokat: N. Jääskinen

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. maj 2012,

* Processprog: tysk.

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 6. september 2012,

afsagt følgende

Dom

1 Europa-Kommissionen har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 6, stk. 3, i og bilag II til Rådets direktiv 91/440/EØF af 29. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT L 237, s. 25), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/12/EF af 26. februar 2001 (EFT L 75, s. 1, herefter »direktiv 91/440«), samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/14/EF af 26. februar 2001 om tildeling af jernbaneinfrastrukturkapacitet og opkrævning af afgifter for brug af jernbaneinfrastruktur (EFT L 75, s. 29), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/58/EF af 23. oktober 2007 (EUT L 315, s. 44, herefter »direktiv 2001/14«), idet den ikke har truffet de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at den enhed, hvortil udøvelsen af de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, er uafhængig i forhold til den virksomhed, der leverer jernbanetransportydelserne.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 91/440

2 Fjerde betragtning til direktiv 91/440 lyder:

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

3 Direktivets artikel 6, stk. 1-3, bestemmer følgende:

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

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

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

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

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

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

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

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

– beslutningstagning i forbindelse med opkrævning af infrastrukturafgifter

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

Direktiv 2001/14

5 Følgende fremgår af 11. og 16. betragtning til direktiv 2001/14:

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

[...]

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

6 Dette direktivs artikel 4, stk. 2, bestemmer:

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

7 Nævnte direktivs artikel 14, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

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

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

Østrigsk ret

8 Andel del af Bundesbahnengesetz (forbundsloven om jernbaner) (BGB1. 825/1992), med senere ændringer (BGB1. I, 95/2009), som omfatter §§ 2-4, har titlen »ÖBB-Holding […]«.

9 Denne lovs § 2 med overskriften »Stiftelse og opbygning« bestemmer i stk. 1:

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

10 Nævnte lovs § 3 med overskriften »Forvaltning af aktierne« har følgende ordlyd:

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

11 Samme lovs § 4 bestemmer:

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

2. Selskabets væsentligste opgaver er at sikre:

1) overordnet koordinering af udarbejdelsen og gennemførelsen af selskabernes strategi

2) gennemskuelighed for så vidt angår de indskudte offentlige midler.

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

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

13 Lovens § 25 bestemmer:

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

14 § 62 i Eisenbahngesetz (loven om jernbaner) (BGBl. 60/1957), med senere ændringer (BGBl. I, 95/2009), har overskriften »Tildelingsorgan«:

»1. Jernbaneinfrastrukturvirksomheden er tildelingsorgan.

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

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

egnet organ – for de to sidstnævntes enheders vedkommende dog kun, hvis de er uafhængige af jernbanevirksomheder med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning – som det derefter påhviler at varetage de nævnte opgaver for et tilsynsorgan på eget ansvar i den pågældende virksomheds eller det pågældende organs sted; der må ikke være bestemmelser i aftalen, som hæmmer eller hindrer varetagelsen i overensstemmelse med loven af de opgaver, som vedrører tildelingsorganets funktion.

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

15 Nævnte lovs § 74 med overskriften »Tilsyn med konkurrencen« bestemmer:

»1. Jernbanetilsynskommissionen skal ex officio:

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

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

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

2. Ovenstående bestemmelser berører ikke konkurrencedomstolens beføjelser.«

16 § 70 i Aktiengesetz (aktieselskabsloven) (BGBl. 98/1965) med overskriften »Ledelse af aktieselskaber« bestemmer:

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

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

17 Aktieselskabslovens § 75 med overskriften »Udnævnelse og afsættelse af direktionsmedlemmer« bestemmer:

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

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

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

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

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

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

Den administrative procedure og forhandlingerne for Domstolen

19 I maj 2007 tilsendte Kommissionen de østrigske myndigheder en række spørgsmål med henblik på at kontrollere Republikken Østrigs gennemførelse af henholdsvis direktiv 2001/12, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/13/EF af 26. februar 2001 om ændring af Rådets direktiv 95/18/EF om udstedelse af licenser til jernbanevirksomheder (EFT L 75, s. 26) og direktiv 2001/14 (herefter samlet »den første jernbanepakke«). Medlemsstaten svarede ved skrivelse af 2. august 2007.

20 Ved skrivelse af 27. juni 2008 pålagde Kommissionen Republikken Østrig at efterkomme direktiv 91/440, direktiv 95/18 og direktiv 2001/14.

21 Ved skrivelse af 30. september 2008 besvarede Republikken Østrig denne åbningsskrivelse.

22 Den 19. marts 2009 mødtes repræsentanter for Kommissionen og for den østrigske regering i Bruxelles for at drøfte den østrigske lovgivnings og det østrigske jernbanesystems forenelighed med direktiverne i den første jernbanepakke. Efter dette møde tilsendte Kommissionens Generaldirektorat for Energi og Transport den 9. juni 2009 Republikken Østrig en skrivelse, som sidstnævnte besvarede ved skrivelse af 16. juli 2009.

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

24 Ved skrivelse af 9. december 2009 besvarede Republikken Østrig den begrundede udtalelse og bestred det traktatbrud, Kommissionen har foreholdt den.

25 Da Kommissionen ikke er tilfreds med Republikken Østrigs svar, har den besluttet at indbringe det foreliggende søgsmål.

26 Ved kendelse af 26. maj 2011 har Domstolens præsident givet Den Italienske Republik tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Republikken Østrigs påstande.

Om søgsmålet

Parternes argumenter

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

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

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

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

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

32 Med henblik på at undersøge, om medlemsstaterne er i stand til at bevise, at deres nationale jernbaneholdingselskaber eller andre kontrolmekanismer sikrer den nødvendige uafhængighed for de væsentlige funktioner, som er angivet i bilag II til direktiv 91/440, at moderselskabet og datterselskabet ikke kan udgøre en økonomisk enhed og ikke kan handle som én virksomhed, og at interessekonflikter undgås, har Kommissionen fra 2006 offentliggjort de kriterier, på grundlag af hvilke den undersøger den uafhængighed, som kræves i henhold til direktiv 2001/14 og de foranstaltninger, som er fastsat for at sikre denne uafhængighed. Der er tale om de kriterier, som er fastlagt i bilag 5 til Kommissionens tjenestegrenes arbejdsdokument, som ledsager rapporten af 3. maj 2006 om gennemførelsen af den første jernbanepakke (KOM(2006) 189) (herefter »bilag 5«).

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

34 For det andet finder Kommissionen, at der skal findes lovgivningsmæssige eller i det mindste aftalemæssige bestemmelser om uafhængighed i forholdet mellem holdingselskabet og den enhed, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, mellem denne

enhed og andre virksomheder i koncernen, som leverer jernbaneydelser, eller de øvrige af holdingselskabet kontrollerede organer og enheder, herunder generalforsamlingen af aktionærer og den enhed, hvortil de væsentlige funktioner er overdraget.

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

36 For det tredje finder Kommissionen, at medlemmer af direktionen for holdingselskabet og for andre virksomheder under dette holdingselskab ikke må indgå i direktionen for den enhed, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget.

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

38 For det fjerde er der ingen bestemmelse, der forbyder medlemmer af direktionen for den enhed, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, og overordnede medarbejdere, som varetager disse væsentlige funktioner, i et rimeligt antal år efter, at de har forladt den pågældende enhed, at tiltræde en overordnet stilling i holdingselskabet eller andre enheder, som kontrolleres af dette. Hvad dette angår gælder der imidlertid for artikel 15 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – som Republikken Østrig har påberåbt sig, og hvori der fastsættes en grundlæggende ret til erhvervsfrihed og til at arbejde – det i charterets artikel 52 fastsatte generelle forbehold om lovmedholdelighed. En rimelig begrænsning af udøvelsen af en erhvervsmæssig virksomhed er derfor berettiget.

39 For det femte har Kommissionen anført, at der for udnævnelsen af bestyrelsen for den enhed, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, skal gælde klare betingelser og retlige forpligtelser, der sikrer, at bestyrelsens beslutninger træffes i fuld uafhængighed. Udnævnelse og afsættelse af bestyrelsesmedlemmer skal ske under en uafhængig myndigheds kontrol.

40 For det sjette har Kommissionen anført, at den enhed, hvortil de nævnte væsentlige funktioner er overdraget, skal have sit eget personale og være placeret i separate lokaler eller lokaler med beskyttet adgang.

41 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at de sikkerhedsforanstaltninger, der er truffet for at sikre ÖBB-Infrastrukturs uafhængighed af ÖBB-Holding, ikke er tilstrækkelige.

42 Kommissionen har desuden henledt opmærksomheden på, at der i andre regulerede sektorer findes lovbestemmelser, som gengiver kriterierne nævnt i bilag 5. Kommissionen har således i den begrundede udtalelse henvist til de »afkølingsperioder«, som foreskrives i de bestemmelser, som finder anvendelse på det indre marked for elektricitet og det indre marked for naturgas, hvorunder udøvelsen af visse funktioner ikke er tilladt.

43 Republikken Østrig har gjort gældende, at det ikke er nødvendigt at sikre jernbaneinfrastrukturforvalteren »økonomisk uafhængighed«, eftersom bestemmelserne i den første jernbanepakke er rettet mod dels de mål, der skal gennemføres, og som er fastsat i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, dels funktionerne, som er fastsat i artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv

2001/14. I artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 kræves det kun, at der skal gennemføres en målsætning, nemlig at de i bilag II til dette direktiv angivne væsentlige funktioner overdrages til uafhængige organer eller selskaber, og i artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 foreskrives den måde, hvorpå funktionerne skal udøves, nemlig af et organ, som er uafhængigt af jernbanevirksomhederne med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning.

44 Ifølge ordlyden af bestemmelserne i den første jernbanepakke er det derfor irrelevant, om ÖBB-Infrastruktur som »organ« i den forstand, hvori dette begreb er anvendt i artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440, er »økonomisk« uafhængigt.

45 Ifølge Republikken Østrig stemmer de kriterier for, at det kan påvises, at der foreligger uafhængighed, som er fastlagt i bilag 5, ikke overens med de bindende bestemmelser, som er relevante i denne forbindelse, og som er fastsat i artikel 6, stk. 3, i og bilag II til direktiv 91/440 samt artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14. Desuden er det nævnte dokument ikke blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* og udgør ikke en bindende retsakt. Det kan derfor ikke anvendes i den foreliggende sag.

46 Den Italienske Republik har bemærket, at EU-lovgivers krav om, at funktionerne jernbanetransport og infrastrukturforvaltning er adskilt, er af regnskabsmæssig art.

47 Denne medlemsstat har understreget, at Kommissionen med hensyn til holdingselskabsmodellen forsvarer en holdning, som er selvmodsigende, idet den fører til en formodning om, at denne model er uforenelig med de omhandlede direktiver, idet modellen ganske vist retligt anerkendes, men kun er forenelig med de omhandlede direktiver, hvis holdingselskabet hverken besidder eller udøver nogen af de beføjelser, der kendetegner et sådant holdingselskab.

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

Domstolens bemærkninger

49 Kommissionen kritiserer med sit eneste klagepunkt Republikken Østrig for, at den ikke har truffet specifikke foranstaltninger, der sikrer uafhængigheden for jernbaneinfrastrukturforvalteren ÖBB-Infrastruktur AG, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, selv om ÖBB-Infrastruktur tilhører et holdingselskab, ÖBB-Holding, der omfatter jernbanetransportvirksomheder.

50 Det er således Kommissionens opfattelse, at det for at sikre nævnte forvalters uafhængighed med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning som omhandlet i direktiv 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14 er nødvendigt, at medlemsstaten vedtager specifikke og detaljerede regler som dem, der følger af bilag 5.

51 Det bemærkes herved, at artikel 6, stk. 1 og 2, i direktiv 91/440 kun kræver en regnskabsmæssig adskillelse af jernbanevirksomhedernes udførelse af transportydelserne og forvaltningen af jernbaneinfrastrukturen, idet adskillelsen mellem jernbanevirksomhedernes levering af transportydelserne og forvaltningen af jernbaneinfrastrukturen kan ske ved særskilte organisatoriske afdelinger inden for den samme virksomhed, som det er tilfældet inden for rammerne af et holdingselskab.

52 Artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440 bestemmer imidlertid, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at fastlæggelse af retfærdig og ikke-diskriminerende adgang til infrastruktur som opført på listen i bilag II overdrages organer eller selskaber, der ikke selv udfører nogen form for jernbanetransport. Uanset strukturform skal det fremgå, at denne målsætning er opfyldt.

53 Under alle omstændigheder fremgår det af artikel 4, stk. 2, og artikel 14, stk. 2, i direktiv 2001/14, at de enheder, hvortil opkrævning af afgifter og fordeling er overdraget, skal være uafhængige med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning.

54 I nærværende sag er ÖBB-Infrastruktur som jernbaneinfrastrukturforvalter integreret i virksomheden ÖBB-Holding, der som holdingselskab også overvåger jernbanevirksomheder. For at varetage funktionerne i form af opkrævning af afgifter og fordeling skal ÖBB-Infrastruktur derfor være uafhængig af ÖBB-Holding med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning.

55 Det er i den henseende ubestridt, at ÖBB-Infrastruktur er en selvstændig juridisk person i forhold til ÖBB-Holding, og at selskabet råder over egne organer og ressourcer, som adskiller sig fra ÖBB-Holdings organer og ressourcer.

56 Kommissionen har endvidere i stævningen gjort gældende, at kriterierne fastsat i bilag 5 skal anvendes ved bedømmelsen af uafhængigheden med hensyn til beslutningstagning for en infrastrukturforvalter, der som ÖBB-Infrastruktur er integreret i en virksomhed, hvorunder visse enheder er jernbanevirksomheder.

57 Nævnte bilag fastsætter således, at kontrollen af, at uafhængighedskravene overholdes, skal varetages af en uafhængig myndighed eller en tredjemand, at der skal findes lovgivningsmæssige eller i det mindste aftalemæssige bestemmelser om uafhængighed, at der skal være fastsat et forbud mod dobbelte funktioner i de ledende organer i de forskellige holdingselskaber, at der skal indføres en karensperiode for ledende medlemmer, der overgår fra den enhed, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, til enhver anden enhed i holdingselskabet, og at afsættelse og udnævnelse af medlemmer af direktionen for jenbaneinfrastrukturforvalteren skal ske under en uafhængig myndigheds kontrol.

58 Det bemærkes for det første, at bilag 5 ikke har bindende retlig virkning. Det er således aldrig blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* og blev offentliggjort fem år efter ikrafttrædelsen af direktiv 2001/14, dvs. tre år efter udløbet af fristen for gennemførelse heraf. På tidspunktet for gennemførelse af direktiv 91/440 og 2001/14 eksisterede de kriterier, der er opregnet i dette bilag, således ikke. Desuden og uafhængigt af denne kronologiske afvigelse er nævnte bilag og kriterierne heri hverken blevet gengivet i teksten til direktiv 91/440 eller i teksten til direktiv 2001/14 eller i nogen anden retsakt. Det kan derfor ikke foreholdes en medlemsstat ikke at have gengivet disse kriterier i de lovbestemmelser eller de administrativt fastsatte bestemmelser til gennemførelse af direktiv 91/440 og 2001/14.

59 For det andet kan den sammenligning, som Kommissionen har foretaget, med bestemmelserne vedrørende det indre marked for elektricitet og det indre marked for naturgas ikke tiltrædes. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (EUT L 211, s. 55) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (EUT L 211, s. 94) tillægger den regulerende myndighed vide beføjelser på overvågningsområdet hvad angår transmissionssystemoperatørens uafhængighed. I medfør af hvert af disse direktivers artikel 19, stk. 2, kan den regulerende myndighed gøre indsigelse vedrørende udnævnelsen og afsættelsen af medlemmerne af transmissionssystemoperatørens overordnede ledelse og af dennes administrative organer. Hvert af de nævnte direktivers artikel 19, stk. 3, bestemmer således, at de personer, der har ansvaret for transmissionssystemoperatørens ledelse, og/eller medlemmerne af dennes administrative

organer ikke direkte eller indirekte må have haft nogen stilling eller noget ansvar, nogen interesse eller noget forretningsforhold med den vertikalt integrerede virksomhed eller dele af denne eller med dens kontrollerende aktionærer ud over transmissionssystemoperatøren i en periode på tre år før deres udnævnelse. I henhold til hvert af de samme direktivers artikel 19, stk. 4, må transmissionssystemoperatørens ansatte ikke direkte eller indirekte have nogen anden stilling i nogen anden del af holdingselskabet i energisektoren. Artikel 19, stk. 7, i både direktiv 2009/72 og 2009/73 bestemmer, at en forudgående varetagelse af funktioner hos transmissionssystemoperatøren i en periode ikke kan forenes med en stilling i nogen anden del af den vertikalt integrerede virksomhed.

60 Disse to direktiver indeholder således udtrykkelige bestemmelser om betingelserne for udøvelse af virksomhed i det selskab, som udgør transmissionssystemoperatøren, og om »afkølingsperioder«, hvilket ikke er tilfældet for direktiv 2001/14, der ikke præciserer de uafhængighedskriterier, som skal sikres mellem den infrastrukturforvalter, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, og jernbanevirksomhederne, hvorfor disse kriterier således ikke kan udledes af direktiv 91/440 og 2001/14, og Republikken Østrig derfor ikke kan pålægges at overholde dem.

61 Det må under disse omstændigheder konstateres, at den manglende gennemførelse i østrigsk ret af kriterier som dem, der følger af bilag 5, ikke i sig selv kan føre til den konklusion, at ÖBB-Infrastruktur som infrastrukturforvalter ikke er uafhængig i forhold til ÖBB-Holding hvad angår beslutningstagning.

62 Det fremgår af fast retspraksis, at det under en traktatbrudssag anlagt i medfør af artikel 258 TEUF påhviler Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger. Det er således Kommissionen, som skal fremføre de omstændigheder, der er nødvendige, for at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud, og Kommissionen kan ikke påberåbe sig nogen formodning herom (jf. bl.a. dom af 26.4.2005, sag C-494/01, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 3331, præmis 41, af 6.10.2009, sag C-335/07, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 9459, præmis 46, og af 10.12.2009, sag C-390/07, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 43).

63 Kommissionen har imidlertid ikke fremlagt nogen konkrete beviser, der godtgør, at ÖBB-Infrastruktur ikke er uafhængig af ÖBB-Holding hvad angår fremgangsmåderne for beslutningstagning.

64 Kommissionen har derfor ikke ført bevis for, at Republikken Østrig nødvendigvis skulle træffe positive foranstaltninger for at sikre uafhængighed med hensyn til retlig status, organisation og beslutningstagning mellem den infrastrukturforvalter, hvortil de i bilag II til direktiv 91/440 angivne væsentlige funktioner er overdraget, og jernbanevirksomhederne.

65 Det bemærkes herved, og som generaladvokaten har anført i punkt 95 og 99 i forslaget til afgørelse, at forpligtelsen til at indføre en regel om forbud mod dobbelte funktioner og kravet om, at infrastrukturforvalteren har sit eget personale og sine egne lokaler, ikke udgør forpligtelser, der kan udledes af artikel 6, stk. 3, i direktiv 91/440. Kommissionen har heller ikke bevist, hvorledes bestemmelserne om fortrolighed i medarbejdernes aftaler ikke var tilstrækkelige.

66 Det påhvilede således Kommissionen, henset ikke blot til målene med direktiv 91/440 og 2001/14, men også til samtlige omstændigheder, herunder også af privatretlig art, som danner rammerne for forholdet mellem ÖBB-Infrastruktur og ÖBB-Holding, at føre bevis for, at ÖBB-Infrastruktur i praksis ikke er uafhængig i forhold til ÖBB-Holding med hensyn til beslutningstagning.

67 Henset til samtlige de ovenfor anførte bemærkninger bør Republikken Østrig frifindes.

Sagens omkostninger

68 I medfør af procesreglementets artikel 138, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Republikken Østrig har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

69 I henhold til procesreglementets artikel 140, stk. 1, bærer Den Italienske Republik sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Republikken Østrig frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.

3) Den Italienske Republik bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter