ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

28 februari 2013 *

„Niet-nakoming — Vervoer — Ontwikkeling van spoorwegen in de Gemeenschap — Richtlijn 91/440/EEG — Artikel 6, lid 3, en bijlage II — Richtlijn 2001/14/EG — Artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2 — Infrastructuurbeheerder — Onafhankelijkheid in organisatorisch opzicht voor besluitvorming — Holdingstructuur — Onvolledige uitvoering”

In zaak C-555/10,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU, ingesteld op 26 november 2010,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun en R. Vidal Puig als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Republiek Oostenrijk, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer en U. Zechner als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door:

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte,

wijst HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, A. Borg Barthet (rapporteur), E. Levits, J.-J. Kasel en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: N. Jääskinen,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 23 mei 2012,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 september 2012,

* Procestaal: Duits.

het navolgende

Arrest

1 Met haar verzoekschrift verzoekt de Europese Commissie het Hof vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door na te laten de maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om te waarborgen dat de eenheid waaraan de uitoefening van de essentiële taken vermeld in bijlage II bij richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (PB L 237, blz. 25), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/12/EG het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 (PB L 75, blz. 1; hierna: „richtlijn 91/440"), is toevertrouwd, onafhankelijk is van de onderneming die de spoorwegdiensten verricht, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 6, lid 3, en bijlage II bij die richtlijn en de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur (PB L 75, blz. 29), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 (PB L 315, blz. 44; hierna: „richtlijn 2001/44").

Toepasselijke bepalingen

Recht van de Unie

Richtlijn 91/440

2 In de vierde overweging van de considerans van richtlijn 91/440 staat:

„Overwegende dat de toekomstige ontwikkeling en een efficiënte exploitatie van het spoorwegnet kunnen worden vergemakkelijkt door de exploitatie van de vervoerdiensten te scheiden van het beheer van de infrastructuur; dat het onder deze omstandigheden nodig is voor beide genoemde activiteiten in alle gevallen in een afzonderlijk beheer en een afzonderlijke boekhouding te voorzien".

3 Artikel 6, leden 1 tot en met 3, van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat gescheiden verlies- en winstrekeningen en balansen worden opgesteld en gepubliceerd voor de activiteiten met betrekking tot de levering van vervoersdiensten door spoorwegondernemingen enerzijds, en voor de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur anderzijds. Overheidsmiddelen die voor een van deze twee activiteiten worden verstrekt, mogen niet worden overgedragen naar de andere activiteit.

Dit verbod moet terug te vinden zijn in de wijze waarop de boekhoudingen van deze twee activiteiten gevoerd worden.

2. De lidstaten kunnen voorts bepalen dat deze scheiding tot uitdrukking komt in het bestaan van afzonderlijke afdelingen binnen een zelfde onderneming of dat de infrastructuur door een afzonderlijke eenheid wordt beheerd.

3. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in bijlage II vermelde [essentiële] taken die voor billijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur bepalend zijn, worden toevertrouwd aan instanties of ondernemingen die zelf geen spoorvervoersdiensten verlenen. Aangetoond moet worden dat deze doelstelling is bereikt, ongeacht de organisatiestructuur.

De lidstaten kunnen de spoorwegondernemingen of elke andere instantie evenwel belasten met de inning van de gebruiksrechten en de verantwoordelijkheid voor het beheer van de spoorweginfrastructuur zoals investeringen, onderhoud en financiering."

4 Bijlage II bij richtlijn 91/440 bevat de lijst van essentiële taken als bedoeld in artikel 6, lid 3:

"

— voorbereiding en besluitvorming inzake het verlenen van vergunningen aan spoorwegondernemingen, waaronder het verlenen van afzonderlijke vergunningen;

— besluitvorming inzake infrastructuurcapaciteitstoewijzing, waaronder zowel de omschrijving als de beoordeling van de beschikbaarheid en de infrastructuurcapaciteitstoewijzing voor afzonderlijke spoorwegtrajecten;

— besluitvorming inzake de heffingen voor het gebruik van de infrastructuur;

— toezicht op de naleving van de verplichting tot verlening van bepaalde openbare diensten."

Richtlijn 2001/14

5 De punten 11 en 16 van de considerans van richtlijn 2001/14 luiden als volgt:

„(11) De regelingen voor gebruiksrechten en capaciteitstoewijzing moeten alle ondernemingen gelijkwaardige en niet-discriminerende toegang bieden waarbij zo veel mogelijk moet worden getracht op eerlijke en niet-discriminerende wijze aan de behoeften van alle gebruikers en verkeerstypen tegemoet te komen.

[...]

(16) De regelingen voor tarifering en capaciteitstoewijzing moeten eerlijke concurrentie bij de verstrekking van spoorwegdiensten mogelijk maken."

6 Artikel 4, lid 2, van deze richtlijn bevat de volgende bepaling:

„Is de infrastructuurbeheerder in juridisch of organisatorisch opzicht of wat de besluitvorming betreft, niet onafhankelijk van spoorwegondernemingen, dan vallen de in dit hoofdstuk beschreven taken, met uitzondering van de inning van de gebruiksrechten, onder de bevoegdheid van een tariferingsinstantie die wel in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk is van spoorwegondernemingen."

7 Artikel 14, leden 1 en 2, van voormelde richtlijn luidt:

„1. De lidstaten kunnen voor de toewijzing van infrastructuurcapaciteit een kader creëren, waarbij de onafhankelijkheid van de beheerder, bedoeld in artikel 4 van richtlijn 91/440/EEG, geëerbiedigd moet worden. Er worden specifieke regels voor de capaciteitstoewijzing opgesteld. De infrastructuurbeheerder zorgt voor de afwikkeling van de capaciteitstoewijzingsprocedures. Hij draagt er met name zorg voor dat de infrastructuurcapaciteit op een billijke, niet-discriminerende wijze en overeenkomstig het gemeenschapsrecht wordt toegewezen.

2. Indien de infrastructuurbeheerder in juridisch of organisatorisch opzicht, of wat de besluitvorming betreft, niet onafhankelijk is van een spoorwegonderneming, worden de in lid 1 bedoelde en in dit hoofdstuk omschreven taken uitgeoefend door een toewijzende instantie die in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft, onafhankelijk is van een spoorwegonderneming."

Oostenrijks recht

8 Het tweede deel van de federale spoorwegwet (Bundesbahngesetz, BGBl. 825/1992), zoals gewijzigd (BGBl. I, 95/2009), dat de §§ 2 tot en met 4 omvat, is getiteld „ÖBB-Holding [...]".

9 § 2 van deze wet bepaalt onder het opschrift „Oprichting":

„1. De federale minister van Verkeer, Innovatie en Technologie richt een naamloze vennootschap op met een maatschappelijk kapitaal van 1,9 miljard EUR, genaamd ‚Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft' (hierna: ‚ÖBB-Holding AG') en gevestigd te Wenen, waarvan de aandelen uitsluitend zijn voorbehouden aan de federale Staat. Er vindt geen controle van de oprichting van de vennootschap plaats."

10 § 3 van deze wet, getiteld „Beheer van de aandelen", luidt:

„De aandelen worden namens de federale Staat beheerd door de federale minister van Verkeer, Innovatie en Technologie."

11 § 4 van deze wet bepaalt het volgende:

„1. ÖBB-Holding AG heeft als statutair doel de uitoefening van haar eigendomsrechten in de vennootschappen waarin zij direct of indirect participeert, teneinde een strategische koers vast te stellen.

2. De vennootschap heeft als hoofdtaken:

1) zorgen voor de algehele coördinatie van de opstelling en uitvoering van de strategieën van de vennootschappen;

2) de transparantie van de ingezette overheidsmiddelen garanderen.

3. ÖBB-Holding AG kan voorts alle maatregelen nemen die met het oog op haar statutaire doel en haar hoofdtaken noodzakelijk of dienstig zijn. Daartoe behoren op het gebied van personeelszaken met name strategische maatregelen voor de afstemming van het personeelsbestand tussen de vennootschappen."

12 Het derde deel van de federale spoorwegwet heeft het opschrift „Herstructurering van de Oostenrijkse Federale Spoorwegen".

13 § 25 van deze wet bepaalt:

„Ter uitvoering van de herstructurering van de Oostenrijkse Federale Spoorwegen zal ÖBB-Holding [...] uiterlijk op 31 mei 2004 een naamloze vennootschap met een maatschappelijk kapitaal van 70 000 EUR, genaamd ‚ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft' (hierna: ‚ÖBB-Infrastruktur [...]') en gevestigd te Wenen, oprichten."

14 § 62 van de spoorwegwet (Eisenbahngesetz, BGB1. 60/1957), zoals gewijzigd (BGBl. I, 95/2009), bepaalt onder het opschrift „Toewijzende instantie”:

„1. De toewijzende instantie is de spoorweginfrastructuurbeheerder.

2. Een spoorweginfrastructuurbeheerder die in juridisch en organisatorisch opzicht en op het gebied van de besluitvorming onafhankelijk is van spoorwegvervoersondernemingen, kan de taken verbonden aan de functie van toewijzende instantie bij schriftelijke overeenkomst evenwel ook geheel of gedeeltelijk overdragen aan Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, een andere bevoegde onderneming of een andere bevoegde instantie.

3. De taken verbonden aan de functie van toewijzende instantie mogen evenwel niet worden uitgeoefend door een spoorweginfrastructuurbeheerder die in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft niet onafhankelijk is van spoorwegvervoersondernemingen. Een dergelijke spoorweginfrastructuurbeheerder draagt alle taken verbonden aan de functie van toewijzende instantie bij schriftelijke overeenkomst over aan hetzij Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, hetzij een andere bevoegde onderneming of instantie – wat de laatste twee betreft, uitsluitend wanneer zij in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk zijn van spoorwegvervoersondernemingen –, die vervolgens die taken van toewijzende instantie in de plaats van die beheerder onder eigen verantwoordelijkheid uitvoert; de overeenkomst mag geen bepaling bevatten die de uitoefening overeenkomstig de wet van de taken van de functie van toewijzende instantie belemmert of onmogelijk maakt.

4. De spoorweginfrastructuurbeheerders delen aan Schienen-Control GmbH de naam mee van de onderneming waaraan zij de taken verbonden met de functie van toewijzende instantie contractueel geheel of gedeeltelijk hebben overgedragen.”

15 § 74 van voormelde wet bepaalt onder het opschrift „Mededingingstoezicht” het volgende:

„1. De Schienen-Control Kommission kan ambtshalve:

1) een toewijzende instantie een niet-discriminerend gedrag voorschrijven, of een discriminerend gedrag verbieden, wat de toegang tot de spoorweginfrastructuur betreft, waaronder alle daaraan verbonden voorwaarden op administratief, technisch en financieel vlak, zoals de gebruiksrechten, alsmede wat de levering van andere prestaties betreft, waaronder alle daaraan verbonden voorwaarden op administratief, technisch en financieel vlak, zoals een passende kostenvergoeding en de in de sector gangbare tarifering, of

2) een spoorvervoersonderneming een niet-discriminerend gedrag voorschrijven, of een discriminerend gedrag verbieden, wat de levering van diensten en de bijkomende verrichting van rangeerwerkzaamheden betreft, waaronder alle daaraan verbonden voorwaarden op administratief, technisch en financieel vlak, zoals een passende kostenvergoeding en de in de sector gangbare tarifering, of

3) discriminerende voorwaarden voor het gebruik van het spoorwegnet, discriminerende algemene verkoopvoorwaarden, discriminerende overeenkomsten of discriminerende documenten geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren.

2. Deze bepalingen laten de bevoegdheden van de bevoegde rechter voor mededingingszaken onverlet.”

16 § 70 van de wet op de naamloze vennootschappen (Aktiengesetz, BGBl. 98/1965) bevat onder het opschrift „Leiding van de naamloze vennootschap" de volgende bepalingen:

„1. Het bestuur geeft onder eigen verantwoordelijkheid zodanig leiding aan de vennootschap als het welzijn van de onderneming, rekening houdend met de belangen van de aandeelhouders en van de werknemers alsook met het openbaar belang, vereist.

2. Het bestuur kan uit een of meer personen bestaan. Indien een bestuurslid als voorzitter wordt aangewezen, is zijn stem beslissend bij staking van de stemmen, behoudens andersluidende bepaling in de statuten."

17 § 75 van het Aktiengesetz, „Benoeming en ontslag van het bestuur", bepaalt:

„1. De leden van het bestuur worden door de raad van commissarissen benoemd voor de duur van ten hoogste vijf jaar. Wordt een bestuurslid benoemd voor een bepaalde langere duur, voor onbepaalde duur of zonder tijdsaanduiding, heeft zijn ambtstermijn een duur van vijf jaar. Hij is herbenoembaar, maar de herbenoeming moet door de voorzitter van de raad van commissarissen schriftelijk worden bevestigd. Deze bepalingen zijn mutatis mutandis van toepassing op de arbeidsovereenkomst.

2. Een rechtspersoon of een personenvennootschap (vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap) kan niet tot lid van het bestuur worden benoemd.

3. Wanneer meerdere personen tot lid van het bestuur worden benoemd, kan de raad van commissarissen een van hen aanwijzen als voorzitter van het bestuur.

4. De raad van commissarissen kan de benoeming van een lid van het bestuur en de aanwijzing als voorzitter van het bestuur om gewichtige redenen intrekken. Een dergelijke reden is onder meer ernstig plichtsverzuim, ongeschiktheid om behoorlijk leiding te geven of verlies van het vertrouwen van de algemene vergadering, tenzij het vertrouwen om kennelijk subjectieve redenen is opgezegd. Deze bepaling is ook van toepassing op het bestuur dat is benoemd door de eerste raad van commissarissen. De intrekking blijft van kracht zolang de nietigheid ervan niet bij gewijsde is vastgesteld, zonder dat dit de rechten op basis van de arbeidsovereenkomst aantast."

18 § 3, lid 4, van de statuten van ÖBB-Infrastruktur, in de versie van 30 juni 2010, bepaalt het volgende:

„De verwezenlijking van dit maatschappelijk doel is ook in het gemeenschappelijk belang van de vennootschappen waarin [ÖBB-Holding] direct of indirect een meerderheidsbelang heeft, en moet stroken met de algemene strategische doelstellingen – voor zover dat geen inbreuk maakt op de in het gemeenschapsrecht en het Eisenbahngesetz voorziene onafhankelijkheid in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft van ÖBB-Infrastruktur [...] ten opzichte van spoorvervoersondernemingen (met name wat de toewijzing van de trajecten, de heffing van rechten voor het gebruik van de trajecten, de veiligheidscertificering en de opstelling van exploitatievoorschriften betreft)."

Precontentieuze procedure en procedure voor het Hof

19 In mei 2007 heeft de Commissie een vragenlijst aan de Oostenrijkse autoriteiten gezonden om de omzetting door de Republiek Oostenrijk van de richtlijnen 2001/12, 2001/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 tot wijziging van richtlijn 95/18/EG van de Raad betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen (PB L 75, blz. 26) en 2001/14 (hierna, samen: „eerste spoorwegpakket") te controleren. Deze lidstaat heeft daarop geantwoord bij brief van 2 augustus 2007.

20 Bij brief van 27 juni 2008 heeft de Commissie de Republiek Oostenrijk aangemaand te voldoen aan de richtlijnen 91/440, 95/18 en 2001/14.

21 Bij brief van 30 september 2008 heeft de Republiek Oostenrijk op deze aanmaningsbrief geantwoord.

22 Op 19 maart 2009 hebben vertegenwoordigers van de Commissie en van de Oostenrijkse regering elkaar in Brussel ontmoet om de verenigbaarheid van de Oostenrijkse wetgeving en het Oostenrijkse spoorwegstelsel met de richtlijnen van het eerste spoorwegpakket te onderzoeken. Na die bijeenkomst heeft het directoraat-generaal „Energie en vervoer" van de Commissie de Republiek Oostenrijk op 9 juni 2009 een brief gestuurd, waarop deze laatste bij brief van 16 juli 2009 heeft geantwoord.

23 Bij brief van 8 oktober 2009 heeft de Commissie de Republiek Oostenrijk een met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij vaststelde dat deze staat de verplichtingen niet was nagekomen die op hem rusten krachtens artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 en bijlage II daarbij en de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14. De Commissie heeft deze staat uitgenodigd om de nodige maatregelen te treffen om aan het met redenen omklede advies te voldoen binnen een termijn van twee maanden na de ontvangst ervan.

24 Bij brief van 9 december 2009 heeft de Republiek Oostenrijk op het met redenen omkleed advies geantwoord en de door de Commissie verweten niet-nakoming betwist.

25 Omdat de Commissie met het antwoord van de Republiek Oostenrijk geen genoegen kon nemen, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

26 Bij beschikking van de president van het Hof van 26 mei 2011 is de Italiaanse Republiek toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Republiek Oostenrijk.

Het beroep

Argumenten van partijen

27 De Commissie betoogt dat de eenheid waaraan de in bijlage II bij richtlijn 91/440 bedoelde essentiële taken worden toevertrouwd economisch, en niet alleen juridisch, onafhankelijk moet zijn van de onderneming die de spoorwegdiensten verricht.

28 Dienaangaande geeft zij aan dat artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 weliswaar niet met zoveel woorden vereist dat de eenheid waaraan bedoelde essentiële taken worden toevertrouwd „onafhankelijk" is van de ondernemingen die de spoorwegdiensten verrichten, maar dat de term „onderneming" in die bepaling niettemin overeenkomstig de rechtspraak van het Hof aldus moet worden uitgelegd dat daaronder alle eenheden vallen die, ook al zijn zij juridisch gescheiden, als een „economische eenheid" optreden.

29 Volgens de Commissie moet artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 aldus worden uitgelegd dat de in bijlage II bij deze richtlijn opgesomde essentiële taken moeten worden verricht door een eenheid die niet alleen rechtens, maar ook organisatorisch en voor de besluitvorming onafhankelijk is van de spoorwegondernemingen.

30 De Commissie zet vervolgens uiteen dat wanneer bedoelde essentiële taken worden verricht door een van een spoorwegholding afhankelijke onderneming, zoals het geval is met ÖBB-Infrastruktur, bepaald moet worden in hoeverre en onder welke voorwaarden die onderneming, die ook de met die essentiële

taken belaste infrastructuurbeheerder is, kan worden beschouwd als „onafhankelijk" van de onderneming die de spoorwegdiensten verricht, te weten de holding en de van deze laatste afhankelijke ondernemingen, ook al behoren zij tot eenzelfde groep.

31 In de Republiek Oostenrijk bestaan geen doeltreffende mechanismen om de onafhankelijkheid op organisatorisch vlak en voor de besluitvorming van de spoorweginfrastructuurbeheerder ÖBB-Infrastruktur te waarborgen. De Commissie leidt hieruit af dat deze lidstaat daarmee verzuimt te voldoen aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens artikel 6, lid 3, en bijlage II van richtlijn 91/440 en de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14.

32 Om te onderzoeken of de lidstaten kunnen aantonen dat hun nationale spoorwegholdings of andere toezichthoudende organen de noodzakelijke onafhankelijkheid van de in bijlage II bij richtlijn 91/440 vermelde essentiële taken waarborgen, dat de moedermaatschappij en de dochteronderneming geen economische eenheid mogen vormen en niet als één onderneming mogen optreden en dat belangenconflicten worden vermeden, heeft de Commissie reeds in 2006 aangegeven aan welke criteria zij de door richtlijn 2001/14 vereiste onafhankelijkheid toetst en welke maatregelen die onafhankelijkheid moeten waarborgen. Het betreft hier de criteria die vermeld staan in bijlage 5 bij het werkdocument van de diensten van de Commissie bij het verslag van 3 mei 2006 over de tenuitvoerlegging van het eerste spoorwegnet [COM(2006) 189] (hierna: „bijlage 5").

33 In dit verband merkt de Commissie in de eerste plaats op dat op de inachtneming van de onafhankelijkheidsverplichtingen moet worden toegezien door een onafhankelijke instantie, zoals de instantie die de spoorwegen reguleert, of een derde. Concurrenten moeten kunnen klagen indien het onafhankelijkheidsvereiste niet wordt geëerbiedigd. Volgens de Commissie is geen van beide in Oostenrijk het geval.

34 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat er wettelijke of op zijn minst contractuele regelingen met betrekking tot de onafhankelijkheid moeten bestaan in de verhouding tussen de holdingvennootschap en de met de essentiële taken bedoeld in bijlage II bij richtlijn 91/440 belaste instantie, tussen die instantie en andere ondernemingen van de groep die spoordiensten verlenen, of de andere instanties die door de holdingvennootschap worden gecontroleerd, met name de aandeelhoudersvergadering van de entiteit die met de essentiële taken is belast.

35 De Commissie stelt dat het feit dat § 3 van de statuten en § 10, lid 3, van het reglement van de raad van commissarissen van ÖBB-Infrastruktur AG bepalen dat het bestuur van deze onderneming bij de uitoefening van de essentiële taken niet onderworpen is aan instructies van de raad van commissarissen of van ÖBB-Holding AG, niet voldoende is om eventuele belangenconflicten tussen de bestuurders van de infrastructuurbeheerder en de holding uit te sluiten, aangezien de bestuurders, die door de holding kunnen worden benoemd en ontslagen, geneigd zullen zijn geen met de economische belangen van hun holding strijdige besluiten te nemen.

36 In de derde plaats mogen volgens de Commissie de leden van het bestuur van de holding en van andere ondernemingen van de holding geen deel uitmaken van het bestuur van de entiteit die met de essentiële taken bedoeld in bijlage II bij richtlijn 91/440 is belast.

37 Volgens haar kan het bestuur van de met de essentiële taken belaste entiteit namelijk moeilijk onafhankelijk van het bestuur van de holding op het gebied van de besluitvorming worden genoemd wanneer de twee besturen uit dezelfde personen bestaan. De Commissie merkt op dat geen wettelijke bepaling eraan in de weg staat dat een dergelijke situatie zich voordoet.

38 In de vierde plaats verbiedt geen enkele bepaling de leden van het bestuur van de met de essentiële taken bedoeld in bijlage II bij richtlijn 91/440 belaste entiteit en het leidinggevend personeel dat die taken vervult, gedurende een redelijk aantal jaren na hun vertrek bij de betrokken entiteit een leidinggevende positie te bekleden in de holdingvennootschap of in andere door de holding

gecontroleerde ondernemingen. In dit verband is artikel 15 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat door Oostenrijk is ingeroepen en dat een grondrecht op de vrijheid van beroep en het recht te werken instelt, evenwel onderworpen aan het algemene voorbehoud van artikel 52 van dit Handvest. Een redelijke beperking van de uitoefening van een beroepsactiviteit is derhalve gerechtvaardigd.

39 In de vijfde plaats stelt de Commissie dat de raad van bestuur van de met de essentiële taken in de zin van bijlage II bij richtlijn 91/440 belaste entiteit moet worden benoemd volgens duidelijk vastgelegde voorwaarden, waaraan juridische verplichtingen zijn gekoppeld die de volledige onafhankelijkheid van zijn besluitvorming garanderen. Benoeming en ontslag behoren plaats te vinden onder toezicht van een onafhankelijke autoriteit.

40 In de zesde plaats geeft de Commissie aan dat de met bedoelde essentiële functies belaste entiteit over eigen personeel en een aparte ruimte of een ruimte met beschermde toegang moet beschikken.

41 Tot slot voert de Commissie aan dat de maatregelen ter verzekering van de onafhankelijkheid van ÖBB-Infrastruktur ten opzichte van ÖBB-Holding onvoldoende zijn.

42 Voorts heeft de Commissie er de aandacht op gevestigd dat in andere gereglementeerde sectoren wettelijke bepalingen bestaan die de in bijlage 5 vermelde criteria hanteren. In haar met redenen omkleed advies heeft zij dan ook de tijdvakken vermeld waarin sprake was van onverenigbaarheid tussen bepaalde functies die voorzien zijn in de bepalingen betreffende de interne markt voor elektriciteit en de interne markt voor aardgas.

43 De Oostenrijkse regering stelt dat het niet gaat om het tot stand brengen van een „economische onafhankelijkheid" van de infrastructuurbeheerder, maar om de uitvoering van de bepalingen van het eerste spoorwegpakket, die enerzijds gericht zijn op de te bereiken doelstelling – artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 – en anderzijds op de taken – artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14. Artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 geeft slechts één te bereiken doelstelling aan, namelijk het toevertrouwen van de in bijlage II bij die richtlijn bedoelde essentiële taken aan onafhankelijke instanties of ondernemingen, en de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14 regelen de wijze van uitoefening van die taken, namelijk door een instantie die in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk is van spoorwegondernemingen.

44 Volgens de bepalingen van het eerste spoorwegpakket is het dus niet van belang of ÖBB-Infrastruktur als „instantie" in de zin van artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440, „economisch" onafhankelijk is.

45 De Oostenrijkse regering voert aan dat de onderzoekscriteria inzake het bewijs van onafhankelijkheid bedoeld in bijlage 5 niet overeenkomen met de in casu relevante dwingende bepalingen van artikel 6, lid 3, en bijlage II van richtlijn 91/440 en de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14. Bovendien is dat document niet gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en vormt het geen dwingende wettelijke bepaling. Het kan in de onderhavige procedure dus niet worden gebruikt.

46 De Italiaanse regering merkt op dat de verplichting tot scheiding die de Uniewetgever heeft bepaald wat de functies spoorvervoer en infrastructuurbeheer betreft, een boekhoudkundige is.

47 Deze lidstaat zet uiteen dat de Commissie met haar vermoeden van onverenigbaarheid wat het holdingmodel betreft in zoverre een tegenstrijdige benadering verdedigt dat dit model wettelijk is erkend, maar met de betrokken richtlijnen enkel verenigbaar kan zijn wanneer de holding geen van de typische voorrechten van een holding bezit of uitoefent.

48 De wetgever heeft geen verplichting tot scheiding van eigendomsstructuren of organisatiestructuren met vergelijkbare gevolgen op het vlak van autonomie van bestuur willen invoeren, maar heeft de vrijheid van de lidstaten en de betrokken ondernemingen om voor uiteenlopende organisatiemodellen te kiezen willen eerbiedigen en garanderen.

Beoordeling door het Hof

49 Met haar enige middel verwijt de Commissie de Republiek Oostenrijk dat zij geen specifieke maatregelen heeft getroffen om de onafhankelijkheid te waarborgen van de spoorweginfrastructuurbeheerder, ÖBB-Infrastruktur, waaraan bepaalde essentiële taken bedoeld in bijlage II bij richtlijn 91/440 zijn toevertrouwd, ofschoon ÖBB-Infrastruktur behoort tot een holding, ÖBB-Holding, die spoorwegvervoersondernemingen omvat.

50 Volgens de Commissie is de onafhankelijkheid van die beheerder in juridisch en organisatorisch opzicht en voor de besluitvorming in de zin van de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14 slechts gewaarborgd indien de lidstaat specifieke gedetailleerde regels overeenkomstig bijlage 5 vaststelt.

51 In dit verband zij in herinnering gebracht dat artikel 6, leden 1 en 2, van richtlijn 91/440 slechts een boekhoudkundige scheiding verlangt tussen de vervoersactiviteiten van de spoorwegondernemingen en de activiteiten betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur. De scheiding tussen de activiteiten met betrekking tot de levering van vervoersdiensten door spoorwegondernemingen en die betreffende het beheer van de spoorweginfrastructuur kan tot uitdrukking komen in het bestaan van afzonderlijke afdelingen binnen een zelfde onderneming, zoals dat het geval is in het kader van een holding.

52 Artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440 bepaalt echter dat de lidstaten, om een billijke en niet-discriminerende toegang tot de spoorweginfrastructuur te waarborgen, de maatregelen treffen die noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de in bijlage II bij die richtlijn opgesomde essentiële taken worden toevertrouwd aan instanties of ondernemingen die zelf geen spoorvervoersdiensten verlenen. Aangetoond moet worden dat deze doelstelling is bereikt, ongeacht de organisatiestructuur.

53 Hoe dan ook geven de artikelen 4, lid 2, en 14, lid 2, van richtlijn 2001/14 aan dat de tariferingsinstantie en de toewijzende instantie in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk zijn.

54 In casu is ÖBB-Infrastruktur als spoorweginfrastructuurbeheerder opgenomen in de onderneming ÖBB-Holding, die als holding tevens toeziet op de spoorwegondernemingen. Om de tariferings- en toewijzingsfuncties te kunnen uitoefenen moet ÖBB-Infrastruktur dus in juridisch en organisatorisch opzicht en wat de besluitvorming betreft onafhankelijk zijn van ÖBB-Holding.

55 In dit verband wordt niet betwist dat ÖBB-Infrastruktur eigen rechtspersoonlijkheid heeft ten opzichte van ÖBB-Holding en eigen organen en middelen ten opzichte van die van ÖBB-Holding.

56 Voor het overige merkt de Commissie in haar verzoekschrift op dat, ter beoordeling van de onafhankelijkheid voor de besluitvorming van een infrastructuurbeheerder die, zoals ÖBB-Infrastruktur, is opgenomen in een onderneming waarvan sommige entiteiten spoorwegondernemingen zijn, de in bijlage 5 genoemde criteria moeten worden toegepast.

57 Zo bepaalt genoemde bijlage dat op de inachtneming van de onafhankelijkheidsvereisten moet worden toegezien door een onafhankelijke autoriteit of door een derde, dat op het gebied van de onafhankelijkheid wettelijke of op zijn minst contractuele regelingen moeten bestaan, dat een verbod moet worden gesteld op de dubbele functies tussen de directieorganen van de diverse ondernemingen

van de holding, dat een wachttijd moet gelden in geval van overgang van bestuursleden tussen de eenheid die is belast met de in bijlage II bij richtlijn 91/440 opgesomde essentiële taken en enige andere entiteit van de holding en dat op de beëindiging van de ambtstermijn en de benoeming van de bestuurders van de spoorweginfrastructuurbeheerder moet worden toegezien door een onafhankelijke instantie.

58 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat bijlage 5 rechtens niet bindend is. Zij is nooit in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt en is gepubliceerd vijf jaar na de inwerkingtreding van richtlijn 2001/14, dat wil zeggen drie jaar na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van deze laatste. Ten tijde van de uitvoering van de richtlijnen 91/440 en 2001/14 bestonden de in die bijlage opgesomde criteria dus niet. Afgezien van dit chronologische aspect zijn bovendien genoemde bijlage en de erin opgenomen criteria niet overgenomen in de tekst van richtlijn 91/440 noch in die van richtlijn 2001/14 en evenmin in enige andere wettekst. Bijgevolg kan een lidstaat niet worden verweten dat hij die criteria niet heeft opgenomen in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen ter uitvoering van de richtlijnen 91/440 en 2001/14.

59 In de tweede plaats kan de vergelijking die de Commissie maakt met de bepalingen betreffende de interne markt voor elektriciteit en de interne markt voor aardgas niet worden aanvaard. Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB L 211, blz. 55) en richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG (PB L 211, blz. 94) verlenen de regulerende instanties ruime toezichthoudende bevoegdheden wat betreft de onafhankelijkheid van de transmissiesysteembeheerder. Overeenkomstig artikel 19, lid 2, van elk van deze twee richtlijnen kan de regulerende instantie bezwaar aantekenen tegen de benoeming en de beëindiging van de ambtstermijn van leden van de algemene directie en de bestuursorganen van de transmissiesysteembeheerder. Artikel 19, lid 3, van deze beide richtlijnen bepaalt dat in de drie jaar voor de benoeming van de personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer of de leden van de bestuursorganen van de transmissiesysteembeheerder, zij direct en indirect geen professionele positie of verantwoordelijkheid of belang in of zakelijke betrekkingen hebben met het verticaal geïntegreerde bedrijf of een onderdeel ervan en/of met de aandeelhouders die er zeggenschap over uitoefenen, anders dan de transmissiesysteembeheerder. Volgens artikel 19, lid 4, van beide richtlijnen kunnen de werknemers van de transmissiesysteembeheerder geen andere activiteit met een ander onderdeel van de holding van de energiesector uitoefenen. Artikel 19, lid 7, van de richtlijnen 2009/72 en 2009/73 bepaalt dat de uitoefening van functies binnen de transmissiesysteembeheerder gedurende bepaalde tijd onverenigbaar is met de uitoefening van een activiteit die verband houdt met een ander onderdeel van de verticaal geïntegreerde onderneming.

60 Zo bevatten deze twee richtlijnen uitdrukkelijk bepalingen betreffende de voorwaarden voor de uitoefening van activiteiten binnen de transmissiesysteembeheerder en perioden van onverenigbaarheid, hetgeen niet het geval is met richtlijn 2001/14, die niet preciseert welke onafhankelijkheidscriteria moeten worden vervuld tussen de infrastructuurbeheerder die belast is met de in bijlage II bij richtlijn 91/440 opgesomde essentiële functies en de spoorwegondernemingen. Bijgevolg kunnen die criteria kunnen niet worden afgeleid uit de richtlijnen 91/440 en 2001/14 en kunnen zij de Republiek Oostenrijk niet worden opgelegd.

61 In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de niet-uitvoering in Oostenrijks recht van de criteria zoals die voortvloeien uit bijlage 5, op zich niet de conclusie wettigt dat ÖBB-Infrastruktur als infrastructuurbeheerder voor de besluitvorming niet onafhankelijk is van ÖBB-Holding.

62 Volgens vaste rechtspraak dient in het kader van een procedure wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU de Commissie de beweerde niet-nakoming aan te tonen. Zij dient derhalve het Hof de gegevens te verstrekken die dit nodig heeft om na te gaan of van niet-nakoming sprake is, zonder zich op enig vermoeden te kunnen baseren (zie onder meer arresten van 26 april 2005,

Commissie/Ierland, C-494/01, Jurispr. blz. I-3331, punt 41; 6 oktober 2009, Commissie/Finland, C-335/07, Jurispr. blz. I-9459, punt 46, en 10 december 2009, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-390/07, punt 43).

63 De Commissie heeft echter geen concreet bewijs verstrekt waaruit blijkt dat ÖBB-Infrastruktur voor de besluitvorming niet onafhankelijk is van ÖBB-Holding.

64 Hieruit volgt dat de Commissie er niet in is geslaagd te bewijzen dat de Republiek Oostenrijk noodzakelijkerwijs moest ingrijpen om de onafhankelijkheid in juridisch en organisatorisch opzicht en voor de besluitvorming tussen de infrastructuurbeheerder belast met de wezenlijke functies van bijlage II bij richtlijn 91/440 en de spoorwegondernemingen te waarborgen.

65 Zoals de advocaat-generaal dienaangaande reeds heeft opgemerkt in de punten 95 en 99 van zijn conclusie, zijn de verplichting, een verbod te stellen op dubbele functies, en de verplichting, van de infrastructuurbeheerder te verlangen dat hij over eigen personeel en eigen ruimtes beschikt, geen verplichtingen die kunnen worden afgeleid uit artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/440. Voorts heeft de Commissie niet aangetoond om welke redenen de clausules over de bescherming van de vertrouwelijkheid in de contracten van de medewerkers ontoereikend waren.

66 Bijgevolg was het aan de Commissie, gelet op niet enkel de doelstellingen van de richtlijnen 91/440 en 2001/14, maar ook de context – mede privé – van de betrekkingen tussen ÖBB-Infrastruktur en ÖBB-Holding, aan te tonen dat ÖBB-Infrastruktur in de praktijk voor de besluitvorming niet onafhankelijk was van ÖBB-Holding.

67 Uit het voorgaande volgt dat het beroep van de Commissie moet worden verworpen.

Kosten

68 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Republiek Oostenrijk in de kosten worden verwezen.

69 Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering zal de Italiaanse Republiek haar eigen kosten dragen.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

3) De Italiaanse Republiek zal haar eigen kosten dragen.

ondertekeningen