Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

28 de fevereiro de 2013*

«Incumprimento de Estado — Transporte — Desenvolvimento dos caminhos de ferro comunitários — Diretiva 91/440/CE — Artigo 6.º, n.º 3, e anexo II — Diretiva 2001/14/CE — Artigos 4.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2 — Gestor da infraestrutura — Independência organizativa e decisória — Estrutura de holding — Transposição incompleta»

No processo C-555/10,

que tem por objeto uma ação por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, entrada em 26 de novembro de 2010,

Comissão Europeia, representada por H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun e R. Vidal Puig, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República da Áustria, representada por C. Pesendorfer e U. Zechner, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

apoiada por:

República Italiana, representada por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Fiorentino, avvocato dello Stato, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

interveniente,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano, presidente de secção, A. Borg Barthet (relator), E. Levits, J.-J. Kasel e M. Berger, juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,

secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 23 de maio de 2012,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 6 de setembro de 2012,

* Língua do processo: alemão.

profere o presente

Acórdão

1 Na sua petição, a Comissão Europeia pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República da Áustria, não tendo adotado as medidas necessárias para garantir que a entidade à qual foram confiadas as funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440/CEE do Conselho, de 29 de julho de 1991, relativa ao desenvolvimento dos caminhos de ferro comunitários (JO L 237, p. 25), conforme alterada pela Diretiva 2001/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001 (JO L 75, p. 1, a seguir «Diretiva 91/440»), seja independente da empresa que fornece os serviços de transporte ferroviário, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.º 3, e do anexo II desta diretiva, bem como dos artigos 4.°, n.º 2, e 14.°, n.º 2, da Diretiva 2001/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001, relativa à repartição de capacidade da infraestrutura ferroviária e à aplicação de taxas de utilização da infraestrutura ferroviária (JO L 75, p. 29), conforme alterada pela Diretiva 2007/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007 (JO L 315, p. 44, a seguir «Diretiva 2001/14»).

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 91/440

2 O quarto considerando da Diretiva 91/440 enuncia:

«Considerando que o desenvolvimento futuro e uma exploração eficaz da rede ferroviária podem ser facilitados através de uma distinção entre a exploração de serviços de transporte e a exploração das infraestruturas; que, nestas condições, é necessário que aquelas duas atividades tenham obrigatoriamente contabilidades distintas e possam ser geridas separadamente;»

3 O artigo 6.º, n.ºs 1 a 3, desta diretiva prevê:

«1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que sejam elaboradas e publicadas separadamente as contas de ganhos e perdas e os balanços relativos, por um lado, à atividade de prestação de serviços de transporte por empresas de transporte ferroviário e, por outro, à atividade de gestão da infraestrutura ferroviária. O financiamento pelo Estado de uma das atividades não pode ser transferido para a outra.

A contabilidade relativa a cada atividade é mantida de forma a refletir esta proibição.

2. Os Estados-Membros podem, além disso, prever que esta separação comporte divisões orgânicas distintas dentro da mesma empresa ou que a gestão da infraestrutura seja assegurada por uma entidade distinta.

3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as funções determinantes para um acesso equitativo e não discriminatório à infraestrutura, descritas no anexo II, sejam atribuídas a entidades ou empresas que não efetuem, elas próprias, serviços de transporte ferroviário. Independentemente do tipo de estrutura organizativa, deve ser demonstrado que aquele objetivo foi atingido.

Contudo, os Estados-Membros podem encarregar as empresas de transporte ferroviário, ou qualquer outra entidade, da cobrança das taxas e da responsabilidade da gestão da infraestrutura ferroviária, nomeadamente dos investimentos, da manutenção e do financiamento.»

4 O anexo II da referida diretiva menciona a lista das funções determinantes a que se refere o artigo 6.º, n.º 3:

«— preparação e processo de decisão relativo à concessão de licenças a empresas de transporte ferroviário, incluindo a concessão de licenças individuais,

— processo de decisão relativo à atribuição de canais horários, incluindo a definição e a avaliação da disponibilidade e a atribuição de canais horários individuais,

— processo de decisão relativo à tarificação da utilização da infraestrutura,

— supervisão do cumprimento das obrigações de serviço público impostas pela prestação de determinados serviços.»

Diretiva 2001/14

5 Os considerandos 11 e 16 da Diretiva 2001/14 referem:

«(11) Os regimes de tarificação e de repartição de capacidade devem proporcionar a todas as empresas um acesso equitativo e não discriminatório e procurar, na medida do possível, satisfazer as necessidades de todos os utilizadores e todos os tipos de tráfego, de um modo equitativo e não discriminatório.

[...]

(16) Os regimes de tarificação e de repartição de capacidade devem favorecer uma concorrência leal no fornecimento de serviços ferroviários.»

6 O artigo 4.º, n.º 2, desta diretiva dispõe:

«Se o gestor da infraestrutura não for independente das empresas de transporte ferroviário, no plano jurídico, organizativo e decisório, as funções descritas no presente capítulo, com exceção da cobrança de taxas, serão desempenhadas por um organismo de tarificação independente, no plano jurídico, organizativo e decisório, das empresas de transporte ferroviário.»

7 Nos termos do artigo 14.º, n.ºs 1 e 2, da referida diretiva:

«1. Os Estados-Membros podem definir um quadro para a repartição da capacidade de infraestrutura, respeitando todavia a independência de gestão prevista no artigo 4.º da Diretiva 91/440/CEE. Devem ser fixadas regras específicas de repartição da capacidade. O gestor da infraestrutura deve cumprir os procedimentos de repartição da capacidade e garantir em especial que a capacidade de infraestrutura seja repartida de forma equitativa e não discriminatória e segundo o direito comunitário.

2. Se, no plano jurídico, organizativo e decisório, o gestor da infraestrutura não for independente das empresas de transporte ferroviário, as funções referidas no n.º 1 e descritas no presente capítulo serão desempenhadas por um organismo de repartição independente das empresas de transporte ferroviário, no plano jurídico, organizativo e decisório.»

Direito austríaco

8 A segunda parte da Lei federal relativa aos caminhos de ferro (Bundesbahngesetz, BGB1. 825/1992), conforme alterada (BGB1. I, 95/2009), que abrange os §§ 2 a 4, intitula-se «ÖBB-Holding [...]».

9 O § 2 desta lei, intitulado «Constituição e criação», dispõe, no seu n.º 1:

«1. O Ministro Federal dos Transportes, Inovação e Tecnologia deve constituir e criar uma sociedade de capitais por ações, dotada de um capital social de 1,9 mil milhões de euros, denominada 'Österreichische Bundesbahnen Holding Aktiengesellschaft' (a seguir 'ÖBB-Holding […]'), com sede em Viena, e cujas ações são reservadas exclusivamente ao Estado federal. A criação da sociedade não é objeto de apreciação.»

10 Nos termos do § 3 da referida lei, intitulado «Gestão dos títulos de participação»:

«A gestão dos títulos de participação é assegurada, em nome do Estado Federal, pelo Ministro Federal dos Transportes, Inovação e Tecnologia.»

11 O § 4 desta mesma lei prevê:

«1. A ÖBB-Holding […] tem por objeto social o exercício dos seus direitos de propriedade nas sociedades em que detém uma participação direta ou indireta, com o objetivo de fixar uma orientação estratégica.

2. A sociedade tem por missões principais:

1) assegurar a coordenação geral da elaboração e da execução das estratégias das sociedades;

2) garantir a transparência dos fundos públicos afetos.

3. A ÖBB-Holding [...] pode ainda adotar todas as medidas necessárias ou oportunas na perspetiva do objeto social que lhe foi fixado e das suas principais missões. Pode designadamente tratar-se, em matéria de recursos humanos, de medidas estratégicas relativas à compensação de pessoal entre as sociedades.»

12 A terceira parte da Lei federal relativa aos caminhos de ferro intitula-se «Reestruturação da sociedade dos caminhos de ferro austríacos».

13 O § 25 desta lei dispõe:

«Para efeitos de implementação da reestruturação da sociedade dos caminhos de ferro austríacos, a ÖBB-Holding […] tem a obrigação de constituir e criar, o mais tardar até 31 de maio de 2004, uma sociedade de capitais por ações, dotada de um capital social de 70 000 euros, denominada 'ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft' (a seguir 'ÖBB-Infrastruktur […]'), com sede em Viena.»

14 O § 62 da Lei relativa aos caminhos de ferro (Eisenbahngezetz, BGB1. 60/1957), conforme alterada (BGB1. I, 95/2009), intitula-se «Organismo de repartição»:

«1. O organismo de repartição é a empresa de infraestrutura ferroviária.

2. Uma empresa de infraestrutura ferroviária independente relativamente a empresas ferroviárias no plano jurídico, organizativo e decisório pode, no entanto, também confiar, no todo ou em parte, por contrato escrito, as atribuições conexas com a função de organismo de repartição à Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, a outra empresa competente ou a outra entidade competente.

3. No entanto, as atribuições conexas com a função de organismo de repartição não podem ser assumidas por uma empresa de infraestrutura ferroviária que não seja independente relativamente a empresas ferroviárias no plano jurídico, organizativo e decisório. Tal empresa de infraestrutura ferroviária deve pois confiar, por contrato escrito, todas as atribuições conexas com a função de organismo de repartição seja à Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH ou a outra empresa ou entidade competente — e, unicamente, quanto a estas duas últimas, se estas forem independentes em relação a empresas ferroviárias no plano jurídico, organizativo e decisório –, que ficam com a obrigação de assumir, sob a sua própria responsabilidade e em lugar desta empresa, as funções que incumbem a um organismo de repartição; o contrato não pode conter qualquer regra que dificulte ou impeça o exercício conforme com a lei das atribuições conexas com a função de organismo de repartição.

4. As empresas de infraestrutura ferroviária devem comunicar à Schienen Control GmbH o nome da empresa a que confiaram por contrato a totalidade ou parte das atribuições conexas com a função de organismo de repartição.»

15 O § 74 da referida lei, intitulado «Controlo da concorrência», dispõe:

«1. A comissão de controlo ferroviário deve, oficiosamente:

1) impor um comportamento não discriminatório ou proibir um comportamento discriminatório a um organismo de repartição no que respeita ao acesso à infraestrutura ferroviária, incluindo todas as condições que lhe estão associadas em termos de regras administrativas, técnicas e financeiras como, por exemplo, os direitos de utilização, bem como no que respeita a outras prestações, incluindo todas as condições que lhes estão associadas em termos de regras administrativas, técnicas e financeiras como, por exemplo, o reembolso adequado das despesas e a tarificação praticada no setor, ou

2) impor um comportamento não discriminatório e proibir um comportamento discriminatório a uma empresa de transporte ferroviário no que respeita à prestação de serviços e à prestação suplementar de triagem, incluindo todas as condições que lhes estão associadas em termos de regras administrativas, técnicas e financeiras como, por exemplo, o reembolso adequado das despesas e a tarificação praticada no setor, ou

3) declarar total ou parcialmente nulas condições de utilização da rede ferroviária discriminatórias, condições gerais de venda discriminatórias, contratos discriminatórios ou outros documentos discriminatórios.

2. Estas disposições não prejudicam as competências do tribunal da concorrência.»

16 O § 70 da Lei relativa às sociedades anónimas (Aktiengesetz BGBl. 98/1965), intitulado «Gestão da sociedade anónima», prevê:

«1. A direção gere a sociedade sob a sua própria responsabilidade, em benefício da empresa, tendo em conta os interesses dos acionistas e dos trabalhadores, bem como o interesse público.

2. A direção pode ser constituída por uma ou várias pessoas. Se um membro da direção for designado para o cargo de presidente, tem voto de qualidade em caso de empate, salvo disposição em contrário dos estatutos.»

17 O § 75 da Lei relativa às sociedades anónimas, intitulado «Nomeação e destituição da direção», dispõe:

«1. Os membros da direção são nomeados pelo conselho de supervisão por um mandato com a duração máxima de cinco anos. Em caso de nomeação de um membro da direção por um período determinado mais longo, por tempo indeterminado ou sem indicação de prazo, o seu mandato tem uma duração de cinco anos. O mandato é renovável, devendo, no entanto, a renovação ser confirmada por escrito pelo presidente do conselho de supervisão. Estas disposições são aplicáveis *mutatis mutandis* ao contrato de trabalho.

2. Uma pessoa coletiva ou uma sociedade constituída por pessoas (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita) não pode ser nomeada membro da direção.

3. Se várias pessoas forem nomeadas membros da direção, o conselho de supervisão pode designar uma delas para o cargo de presidente da direção.

4. O conselho de supervisão pode revogar a nomeação de um membro da direção e a designação para o cargo de presidente da direção por razões graves, designadamente um incumprimento grave, a incapacidade de assegurar a boa gestão ou a retirada de confiança pela assembleia geral, exceto se a confiança tiver sido retirada por razões manifestamente subjetivas. Esta disposição é igualmente aplicável à direção nomeada pelo primeiro conselho de supervisão. A revogação continua em vigor enquanto não transitar em julgado uma decisão declarando a sua ineficácia, sem que isso prejudique os direitos decorrentes do contrato de trabalho.»

18 O § 3, n.º 4, dos Estatutos da ÖBB-Infrastruktur, na versão de 30 de junho de 2010, dispõe:

«A realização deste objeto social é também no interesse comum das sociedades em que a [ÖBB-Holding] detém, direta ou indiretamente, uma participação maioritária, e deve respeitar os objetivos estratégicos gerais, na medida em que isso não afete a independência jurídica, organizativa e decisória, prevista pelo direito comunitário e pela lei austríaca relativa aos caminhos de ferro, da ÖBB-Infrastruktur […] relativamente a empresas de transporte ferroviário (em especial, no que respeita à repartição dos canais horários, à tarificação dos canais horários, à certificação em matéria de segurança e à determinação das regras de funcionamento).»

Procedimento pré-contencioso e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

19 Em maio de 2007, a Comissão enviou um questionário às autoridades austríacas, com o objetivo de verificar a transposição, por parte da República da Áustria, da Diretiva 2001/12, da Diretiva 2001/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2001, que altera a Diretiva 95/18/CE do Conselho relativa às licenças das empresas de transporte ferroviário (JO L 75, p. 26), e da Diretiva 2001/14 (a seguir, conjuntamente, «primeiro pacote ferroviário»). O referido Estado-Membro respondeu por carta de 2 de agosto de 2007.

20 Por carta de 27 de junho de 2008, a Comissão notificou a República da Áustria para que adequasse a sua legislação às Diretivas 91/440, 95/18 e 2001/14.

21 Por carta de 30 de setembro de 2008, a República da Áustria respondeu a esta notificação para cumprir.

22 Em 19 de março de 2009, representantes da Comissão e do Governo austríaco encontraram-se em Bruxelas, para examinar a compatibilidade da legislação e do regime ferroviário austríaco com as diretivas do primeiro pacote ferroviário. Na sequência deste encontro, a Direção-Geral «Energia e Transportes» da Comissão enviou, em 9 de junho de 2009, uma carta à República da Áustria, a que esta respondeu por carta de 16 de julho de 2009.

23 Por carta de 8 de outubro de 2009, a Comissão enviou à República da Áustria um parecer fundamentado no qual declarava que este Estado-Membro não tinha cumprido as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 6.º, n.º 3, e do anexo II da Diretiva 91/440, bem como dos artigos 4.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2, da Diretiva 2001/14. A Comissão convidou-a a adotar as medidas exigidas para dar cumprimento ao parecer fundamentado no prazo de dois meses a contar da receção do mesmo.

24 Por carta de 9 de dezembro de 2009, a República da Áustria respondeu ao parecer fundamentado e contestou o incumprimento imputado pela Comissão.

25 Não satisfeita com a resposta da República da Áustria, a Comissão decidiu intentar a presente ação.

26 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 26 de maio de 2011, a República Italiana foi autorizada a intervir em apoio dos pedidos da República da Áustria.

Quanto à ação

Argumentos das partes

27 A Comissão alega que a entidade à qual foi atribuído o exercício das funções determinantes referidas no anexo II da Diretiva 91/440 deve ser independente economicamente, e não apenas no plano jurídico, da empresa que presta os serviços de transporte ferroviário.

28 A este respeito, a Comissão argumenta que, embora o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440 não exija expressamente que a entidade à qual é atribuído o exercício das referidas funções determinantes seja «independente» das sociedades que prestam os serviços de transporte ferroviário, o termo «empresa», utilizado nesta disposição, deve, no entanto, ser interpretado, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, no sentido de que abrange todas as entidades que, ainda que juridicamente separadas, atuam como uma «unidade económica».

29 Segundo a Comissão, há que interpretar o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440 no sentido de que as funções determinantes enumeradas no anexo II desta diretiva devem ser asseguradas por uma entidade não só distinta das empresas de transporte ferroviário, na perspetiva do direito, mas também independente destas nos planos organizativo e decisório.

30 A Comissão alega, em seguida, que, quando as ditas funções determinantes são exercidas por uma sociedade dependente de uma *holding* ferroviária, como é o caso da ÖBB-Infrastruktur, há que avaliar em que medida e em que condições esta sociedade, que é, aliás, o gestor da infraestrutura ferroviária encarregado de exercer estas funções determinantes, pode ser considerada «independente» da empresa que presta os serviços de transporte ferroviário, a saber, a *holding* e as sociedades dependentes desta última que asseguram os serviços de transporte de pessoas e mercadorias, não obstante pertencerem a um mesmo grupo.

31 Ora, a República da Áustria não previu mecanismos eficazes para garantir a independência organizacional e decisória do gestor da infraestrutura ferroviária ÖBB-Infrastruktur. A Comissão conclui daí que este Estado-Membro não cumpriu assim as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.º 3, e do anexo II da Diretiva 91/440, bem como dos artigos 4.°, n.º 2, e 14.°, n.º 2, da Diretiva 2001/14.

32 A fim de examinar se os Estados-Membros estão em condições de demonstrar que as suas sociedades *holding* de transporte ferroviário nacionais ou outros organismos de controlo garantem a independência necessária das funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440, que a sociedade-mãe e a filial não podem constituir uma entidade económica e não podem agir enquanto empresa única e que são evitados os conflitos de interesses, a Comissão deu a conhecer, desde 2006, os critérios com base nos quais examina a independência exigida pela Diretiva 2001/14 e as medidas previstas para garantir esta independência. Trata-se dos critérios mencionados no anexo 5 do documento de trabalho dos serviços da Comissão, que acompanha o Relatório de 3 de maio de 2006 sobre a execução do primeiro pacote ferroviário [COM(2006) 189] (a seguir «anexo 5»).

33 A este respeito, em primeiro lugar, a Comissão argumenta que o cumprimento das obrigações de independência deve ser controlado por uma autoridade independente, como a entidade reguladora ferroviária, ou por um terceiro. Os concorrentes devem poder apresentar reclamações, em caso de incumprimento do requisito de independência. A Comissão considera que nenhuma destas duas disposições é respeitada pela República da Áustria.

34 Em segundo lugar, a Comissão considera que devem existir disposições legislativas ou, pelo menos, contratuais em matéria de independência na relação entre a *holding* e a entidade encarregada das funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 92/440, entre esta última e outras empresas do grupo que prestam serviços de transporte ferroviário, ou as outras instâncias que são controladas pela *holding*, designadamente a assembleia dos acionistas da entidade encarregada dessas funções determinantes.

35 A Comissão alega que o facto de o § 3 dos Estatutos e o § 10, n.º 3, do Regulamento Interno do Conselho de Supervisão da ÖBB-Infrastruktur disporem que a direção desta sociedade não está sujeita, no exercício das funções determinantes, às instruções do conselho de supervisão ou da ÖBB-Holding não basta para excluir eventuais conflitos de interesses entre os dirigentes do gestor da infraestrutura ferroviária e a *holding*, tendo em conta que os dirigentes, que podem ser nomeados e destituídos por esta última, são incentivados a não tomar decisões contrárias aos interesses económicos da sua *holding*.

36 Em terceiro lugar, a Comissão considera que os membros da direção da *holding* e de outras empresas da *holding* não devem fazer parte da direção da entidade encarregada das funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440.

37 Com efeito, segundo a Comissão, é difícil alegar que a direção da entidade encarregada das funções determinantes é independente, no plano decisório, da direção da *holding*, uma vez que as duas direções são compostas pelas mesmas pessoas. A Comissão observa que nenhuma disposição legal se opõe a que se verifique semelhante situação.

38 Em quarto lugar, nenhuma disposição proíbe os administradores da entidade encarregada das funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440 e os quadros superiores responsáveis por essas funções determinantes de aceitarem, durante um número razoável de anos, depois de terem saído da entidade em causa, um lugar de quadro superior na *holding* ou noutras entidades que estejam sob o controlo desta. A este respeito, o artigo 15.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, invocado pela República da Áustria, que estabelece um direito fundamental à

liberdade profissional e ao direito de trabalhar, está, todavia, subordinado à reserva geral de legalidade prevista no artigo 52.º da referida Carta. É, pois, justificada uma limitação razoável do exercício de uma atividade profissional.

39 Em quinto lugar, a Comissão sustenta que o conselho de administração da entidade encarregada das funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440 deve ser nomeado de acordo com condições claramente definidas e com compromissos jurídicos que assegurem a independência total da sua tomada de decisão. A sua nomeação e a sua destituição deveriam ser controladas por uma autoridade independente.

40 Em sexto lugar, a Comissão alega que a entidade encarregada das referidas funções determinantes deve ter pessoal próprio e ocupar instalações separadas ou de acesso protegido.

41 Por último, a Comissão argumenta que as medidas de salvaguarda adotadas para garantir a independência da ÖBB-Infrastruktur face à ÖBB-Holding não são suficientes.

42 Por outro lado, a Comissão também chamou a atenção para a existência, noutros setores regulamentados, de disposições regulamentares que reproduzem os critérios mencionados no anexo 5. No parecer fundamentado, a Comissão referiu, assim, os períodos de incompatibilidade entre certas funções previstas nas disposições aplicáveis ao mercado interno da eletricidade e ao mercado interno do gás natural.

43 A República da Áustria alega que não há que implementar uma «independência económica» do gestor da infraestrutura, dado que as disposições do primeiro pacote ferroviário se orientam, por um lado, pelos objetivos a alcançar previstos no artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440 e, por outro, pelas funções previstas nos artigos 4.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2, da Diretiva 2001/14. O artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440 impõe apenas que se atinja um objetivo, a saber, confiar as funções determinantes enumeradas no seu anexo II a instâncias ou empresas independentes, e os artigos 4.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2, da Diretiva 2001/14 impõem a maneira de exercer estas funções, a saber, através de um organismo independente das empresas de transporte ferroviário nos planos jurídico, organizativo e decisório.

44 Assim, nos termos do disposto no primeiro pacote ferroviário, pouco importa que a ÖBB-Infrastruktur, enquanto «entidade», na aceção do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440, seja «economicamente» independente.

45 A República da Áustria sustenta que os critérios de análise relativos à prova da independência, previstos no anexo 5, não coincidem com as disposições vinculativas pertinentes no presente caso, fixadas tanto no artigo 6.º, n.º 3, e no anexo II da Diretiva 91/440 como nos artigos 4.º, n.º 2, e 14.º, n.º 2, da Diretiva 2001/14. Além disso, este documento não foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* e não constitui um ato jurídico. Assim, não pode ser utilizado no âmbito do presente processo.

46 A República Italiana recorda que a obrigação de separação prevista pelo legislador da União, no que respeita às funções de transporte ferroviário e de gestão da infraestrutura, é de natureza contabilística.

47 No que diz respeito ao modelo de *holding*, este Estado-Membro sustenta que a Comissão, ao concluir pela presunção de incompatibilidade, defende uma abordagem contraditória, na medida em que entende que esse modelo, embora seja legalmente reconhecido, só pode ser compatível com as diretivas em causa se a sociedade *holding* não detiver ou não exercer nenhuma das prerrogativas típicas de uma *holding*.

48 A legislação da União não pretendeu de modo nenhum estabelecer uma obrigação de separação das estruturas de propriedade ou dos regimes organizacionais com efeitos equivalentes ao nível da autonomia de gestão, tendo, sim, pretendido respeitar e garantir o poder discricionário dos Estados-Membros e das empresas interessadas em adotar diferentes tipos de modelos de organização.

Apreciação do Tribunal de Justiça

49 Com a sua única acusação, a Comissão censura a República da Áustria por não ter adotado medidas específicas que permitam garantir a independência do gestor da infraestrutura ferroviária ÖBB-Infrastruktur, ao qual foram atribuídas certas funções determinantes previstas no anexo II da Diretiva 91/440, ainda que a ÖBB-Infrastruktur pertença a uma *holding*, a ÖBB-Holding, que integra empresas de transporte ferroviário.

50 Com efeito, a Comissão considera que, de modo a garantir a independência do referido gestor nos planos jurídico, organizativo e decisório, no sentido dos artigos 4.°, n.º 2, e 14.°, n.º 2, da Diretiva 2001/14, é necessário que o Estado-Membro adote regras específicas e pormenorizadas, como as que decorrem do anexo 5.

51 A este respeito, há que recordar que o artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 91/440 apenas exige uma separação contabilística entre as atividades de transporte prestadas pelas empresas de transporte ferroviário e as atividades de gestão da infraestrutura ferroviária, podendo a separação entre as atividades de prestação de serviços de transporte por empresas de transporte ferroviário e as relativas à gestão da infraestrutura ferroviária ser feita através de divisões orgânicas distintas dentro da mesma empresa, como acontece no quadro de uma *holding*.

52 Contudo, o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440 prevê que, com vista a assegurar um acesso equitativo e não discriminatório à infraestrutura ferroviária, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as funções determinantes que são enumeradas no anexo II desta diretiva sejam atribuídas a entidades ou empresas que não efetuem, elas próprias, serviços de transporte ferroviário, e, independentemente do tipo de estrutura organizativa prevista, deve ser demonstrado que este objetivo foi atingido.

53 Em qualquer caso, os artigos 4.°, n.º 2, e 14.°, n.º 2, da Diretiva 2001/14 preveem que as entidades encarregadas das funções de tarificação e de repartição são independentes no plano jurídico, organizativo e decisório.

54 No caso em apreço, a ÖBB-Infrastruktur está integrada, enquanto gestor da infraestrutura ferroviária, na empresa ÖBB-Holding, que, na sua qualidade de *holding*, supervisiona também empresas de transporte ferroviário. Portanto, para poder assumir as funções de tarificação e de repartição, a ÖBB-Infrastruktur deve ser independente da ÖBB-Holding, no plano jurídico, organizativo e decisório.

55 A este respeito, é pacífico que a ÖBB-Infrastruktur dispõe, por um lado, de personalidade jurídica distinta da da ÖBB-Holding e, por outro, de órgãos e de recursos próprios, diferentes dos da ÖBB-Holding.

56 Quanto ao resto, a Comissão alega, na sua petição, que, para apreciar a independência decisória de um gestor da infraestrutura que, como a ÖBB-Infrastruktur, está integrado numa empresa da qual certas unidades são empresas de transporte ferroviário, há que aplicar os critérios previstos no anexo 5.

57 O referido anexo prevê, assim, que o respeito das obrigações de independência deve ser objeto de controlo por parte de uma autoridade independente ou de um terceiro, que devem existir disposições legais ou pelo menos contratuais em matéria de independência, que se deve prever uma proibição das duplas funções entre os órgãos de direção das diferentes sociedades da *holding*, que deve ser estipulado

um prazo de carência no caso de transferência de membros da direção entre a entidade a quem foram atribuídas funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440 e qualquer outra entidade da *holding* e que a destituição e a nomeação dos administradores do gestor da infraestrutura ferroviária devem ser feitas sob o controlo de uma autoridade independente.

58 Em primeiro lugar, deve salientar-se que o anexo 5 não tem força jurídica vinculativa. Com efeito, nunca foi objeto de publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* e foi tornado público cinco anos depois da entrada em vigor da Diretiva 2001/14, isto é, três anos após o termo do prazo de transposição desta diretiva. Assim, no momento da execução das Diretivas 91/440 e 2001/14, os critérios enumerados neste anexo não existiam. Além disso, e independentemente desta diferença cronológica, o referido anexo e os critérios que nele figuram não foram reproduzidos nem no texto da Diretiva 91/440, nem no da Diretiva 2001/14, nem em nenhum outro ato legislativo. Portanto, não se pode acusar este Estado-Membro de não ter introduzido esses critérios nas disposições legais ou regulamentares de transposição das Diretivas 91/440 e 2001/14.

59 Em segundo lugar, a comparação feita pela Comissão entre as disposições relativas ao mercado interno da eletricidade e ao mercado interno do gás natural não pode ser acolhida. Com efeito, a Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE (JO L 211, p. 55), e a Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE (JO L 211, p. 94), conferem à entidade reguladora amplos poderes em matéria de fiscalização, no que se refere à independência do operador da rede de transporte. Em conformidade com o artigo 19.º, n.º 2, de cada uma destas diretivas, a entidade reguladora pode levantar objeções relativamente à nomeação e à destituição dos membros da direção-geral e dos órgãos administrativos do operador da rede de transporte. O artigo 19.º, n.º 3, de cada uma destas diretivas prevê que não devem ter sido exercidos, direta ou indiretamente, nos três anos que precedem a nomeação das pessoas responsáveis pela gestão e/ou dos membros dos órgãos de administração do operador da rede de transporte, quaisquer posições ou responsabilidades profissionais, interesses ou relações de negócios com a empresa verticalmente integrada ou com qualquer parte da mesma ou com os seus acionistas maioritários, para além do operador da rede de transporte. Em conformidade com o artigo 19.º, n.º 4, de cada uma destas mesmas diretivas, os empregados do operador da rede de transporte não podem ter qualquer outra posição em qualquer outra parte da sociedade *holding* do setor da energia. O artigo 19.º, n.º 7, de cada uma das Diretivas 2009/72 e 2009/73 prevê um período de incompatibilidade entre o exercício de funções no operador da rede de transporte e o exercício de uma atividade relacionada com qualquer outra parte da empresa verticalmente integrada.

60 Consequentemente, estas duas diretivas preveem expressamente disposições relativas às condições de exercício de atividades na sociedade operadora da rede e a períodos de incompatibilidade, o que não acontece com a Diretiva 2001/14, que não precisa os critérios relativos à independência que deve ser assegurada entre o gestor da infraestrutura encarregado de funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440 e as empresas de transporte ferroviário, pelo que esses critérios não podem ser inferidos das Diretivas 91/440 e 2001/14 e o seu respeito não pode ser imposto à República da Áustria.

61 Nestas circunstâncias, há que declarar que a não transposição para o direito austríaco de critérios como os previstos no anexo 5 não pode, por si só, levar a concluir pela ausência de independência decisória da ÖBB-Infrastruktur, enquanto gestor da infraestrutura, em relação à ÖBB-Holding.

62 Ora, é jurisprudência assente que, no âmbito de uma ação por incumprimento nos termos do artigo 258.º TFUE, incumbe à Comissão demonstrar a existência do incumprimento alegado. Compete-lhe, portanto, fornecer ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários à verificação, por este, da existência desse incumprimento, não podendo basear-se numa qualquer presunção

(v., nomeadamente, acórdãos de 26 de abril de 2005, Comissão/Irlanda, C-494/01, Colet., p. I-3331, n.º 41; de 6 de outubro de 2009, Comissão/Finlândia, C-335/07, Colet., p. I-9459, n.º 46; e de 10 de dezembro de 2009, Comissão/Reino Unido, C-390/07, Colet., p. I-214, n.º 43).

63 Contudo, a Comissão não apresentou nenhuma prova concreta que demonstre que a ÖBB-Infrastruktur não é independente da ÖBB-Holding relativamente às modalidades de tomada de decisões.

64 Consequentemente, a Comissão não conseguiu demonstrar que a República da Áustria devia necessariamente tomar medidas positivas para garantir a independência jurídica, organizativa e decisória entre o gestor da infraestrutura encarregado de funções determinantes enumeradas no anexo II da Diretiva 91/440 e as empresas de transporte ferroviário.

65 A este respeito, como o advogado-geral observou nos n.ºs 95 e 99 das suas conclusões, a obrigação de prever uma regra que proíba as duplas funções e a que exige que o gestor da infraestrutura tenha pessoal e instalações próprios não constituem obrigações que possam ser inferidas do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 91/440. Do mesmo modo, a Comissão não demonstrou em que é que as cláusulas de proteção da confidencialidade estipuladas nos contratos dos colaboradores não são suficientes.

66 Consequentemente, incumbia à Comissão, à luz não só dos objetivos das Diretivas 91/440 e 2001/14 mas também de todos os elementos, incluindo de natureza privada, que regulam as relações entre a ÖBB-Infrastruktur e a ÖBB-Holding, demonstrar que, na prática, a ÖBB-Infrastruktur não gozava de independência decisória em relação à ÖBB-Holding.

67 Resulta das considerações que antecedem que a ação intentada pela Comissão deve ser julgada improcedente.

Quanto às despesas

68 Por força do disposto no artigo 138,°, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República da Áustria pedido a condenação da Comissão e tendo esta sido vencida, há que a condenar nas despesas.

69 Nos termos do artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a República Italiana suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) A ação é julgada improcedente.

2) A Comissão Europeia é condenada nas despesas.

3) A República Italiana suporta as suas próprias despesas.

Assinaturas