Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 28 februari 2013 *

”Fördragsbrott — Transport — Utveckling av gemenskapens järnvägar — Direktiv 91/440/EEG — Artikel 6.3 och bilaga II — Direktiv 2001/14/EG — Artiklarna 4.2 och 14.2 — Infrastrukturförvaltare — Oberoende med avseende på organisation och beslutsfattande — Holdingstruktur — Ofullständigt införlivande”

I mål C-555/10,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 26 november 2010,

Europeiska kommissionen, företrädd av H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun och R. Vidal Puig, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Österrike, företrädd av C. Pesendorfer och U. Zechner, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Republiken Italien, företrädd av G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Fiorentino, avvocato dello Stato, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Tizzano samt domarna A. Borg Barthet (referent), E. Levits, J.-J. Kasel och M. Berger,

generaladvokat: N. Jääskinen,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 maj 2012,

* Rättegångsspråk: tyska.

och efter att den 6 september 2012 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt dels artikel 6.3 i rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 237, s. 25; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 45), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/12/EG av den 26 februari 2001 (EGT L 75, s. 1) (nedan kallat direktiv 91/440) och bilaga II till direktivet, dels artiklarna 4.2 och 14.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 26 februari 2001 om tilldelning av infrastrukturkapacitet, uttag av avgifter för utnyttjande av järnvägsinfrastruktur och utfärdande av säkerhetsintyg (EGT L 75, s. 29), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/58/EG av den 23 oktober 2007 (EUT L 315, s. 44) (nedan kallat direktiv 2001/14), genom att inte vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att den enhet vilken anförtros utövandet av sådana väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440 är oberoende i förhållande till det företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

Direktiv 91/440

2 I det fjärde skälet i direktiv 91/440 anges följande:

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

3 Artikel 6.1–6.3 i direktiv 91/440 har följande lydelse:

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

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

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

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

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

4 Förteckningen över de väsentliga uppgifter som avses i artikel 6.3 finns i bilaga II till direktiv 91/440 och har följande lydelse:

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

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

– Beslutsfattande i samband med fastställande och uttag av [avgifter för] infrastruktur.

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

Direktiv 2001/14

5 Skälen 11 och 16 i direktiv 2001/14 har följande lydelse:

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

…

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

6 I artikel 4.2 i direktiv 2001/14 anges följande:

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

7 I artikel 14.1 och 14.2 i direktiv 2001/14 anges följande:

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

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

Österrikisk rätt

8 Den andra delen i lagen om de federala järnvägarna (Bundesbahngesetz, BGBl. 825/1992), i dess ändrade lydelse (BGBl. I, 95/2009), som innehåller 2–4 §§, har rubriken ”ÖBB-Holding …”.

9 I 2 § i lagen om de federala järnvägarna. med rubriken ”Grundande och upprättande”, anges följande i första punkten:

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

10 I 3 § i lagen om de federala järnvägarna anges under rubriken ”Förvaltning av bolagsandelarna” följande:

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

11 I 4 § i lagen om de federala järnvägarna anges följande:

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

2. Bolaget ska huvudsakligen

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

2) säkerställa transparens vad avser de investerade offentliga medlen.

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

12 Den tredje delen i lagen om de federala järnvägarna har rubriken ”Omstrukturering av det österrikiska federala järnvägsbolaget”.

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

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

14 I 62 § i järnvägslagen (Eisenbahngesetz, BGBl. 60/1957), i ändrad lydelse (BGBl. I, 95/2009), med rubriken ”Tilldelningsorgan”, föreskrivs följande:

”1. Infrastrukturförvaltaren är tilldelningsorgan.

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

3. De uppgifter som har samband med den funktion som ett tilldelningsorgan har kan emellertid inte utföras av ett järnvägsinfrastrukturföretag som inte är oberoende i förhållande till järnvägsföretagen i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande. Ett sådant järnvägsinfrastrukturföretag ska således genom skriftligt avtal överföra samtliga uppgifter som har samband med tilldelningsorganets funktion antingen till Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH eller till ett annat behörigt företag eller ett annat behörigt organ, vad gäller de två sistnämnda enbart under förutsättning att det är oberoende i förhållande till järnvägsföretaget i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande, som således på eget ansvar och i stället för detta företag ska utföra dessa uppgifter som tilldelningsorgan. Avtalet får inte innehålla någon bestämmelse som skulle hindra eller göra det omöjligt att lagenligt utöva de uppgifter som har samband med den funktion som tilldelningsorganet har.

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

15 I 74 § i järnvägslagen, med rubriken "Konkurrenskontroll", föreskrivs följande:

"1. Kommissionen för järnvägskontroll ska ex officio

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

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

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

2. Ovannämnda bestämmelser berör inte konkurrensdomstolens behörighet."

16 I 70 § i aktiebolagslagen (Aktiengesetz, BGBl. 98/1965), med rubriken "Aktiebolagets förvaltning", föreskrivs följande:

"1. Bolagets styrelse ska styra bolaget på eget ansvar på så sätt som krävs för bolagets bästa med beaktande av aktieägarnas och de anställdas intresse samt allmänintresset.

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

17 I 75 § aktiebolagslagen, med rubriken ”Utnämning och uppsägning av medlemmar i styrelsen”, föreskrivs följande:

”1. Medlemmar i styrelsen utnämns av förvaltningsrådet för en period på högst fem år. Om en medlem i styrelsen utnämns för en viss längre period, för en obestämd period eller en obegränsad period ska mandatperioden vara fem år. Den kan förnyas. Förnyelsen ska emellertid bekräftas skriftligen av ordföranden i förvaltningsrådet. Dessa bestämmelser gäller i tillämpliga delar även för anställningsavtal.

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

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

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

18 I 3 § punkt 4 i stadgan för ÖBB-Infrastruktur, i dess lydelse av den 30 juni 2010, föreskrivs följande:

”Det ligger även i det gemensamma intresset för de bolag i vilka [ÖBB-Holding] direkt eller indirekt innehar majoriteten andelar att bolagets verksamhetsföremål infrias, med beaktande av de allmänna strategiska målen, såvida detta inte påverkar ÖBB-Infrastrukturs … oberoende i förhållande till järnvägstransportföretag i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande, såsom föreskrivs i unionsrätten och i lagen om järnvägar (framför allt vad gäller tilldelning av tåglägen, fastställande av avgifter för tåglägen, utfärdande av säkerhetsintyg och antagande av driftsregler).”

Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

19 I maj 2007 sände kommissionen ett frågeformulär till de österrikiska myndigheterna för att kontrollera huruvida direktiv 2001/12, Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/13/EG av den 26 februari 2001 om ändring av rådets direktiv 95/18/EG om tillstånd för järnvägsföretag (EGT L 75, s. 26) och direktiv 2001/14 (nedan tillsammans kallade det första järnvägspaketet) hade införlivats i Republiken Österrike. Republiken Österrike svarade genom skrivelse av den 2 augusti 2007.

20 Genom skrivelse av den 27 juni 2008 skickade kommissionen en formell underrättelse till Republiken Österrike där medlemsstaten uppmanades att efterkomma direktiven 91/440, 95/18 och 2001/14.

21 Republiken Österrike besvarade den formella underrättelsen genom skrivelse av den 30 september 2008.

22 Den 19 mars 2009 möttes företrädare för kommissionen och den österrikiska regeringen i Bryssel för att undersöka huruvida den österrikiska lagstiftningen och järnvägssystemet var förenliga med direktiven i det första järnvägspaketet. Efter detta möte skickade kommissionens generaldirektorat för energi och transport den 9 juni 2009 en skrivelse till Republiken Österrike, vilken medlemsstaten besvarade genom skrivelse av den 16 juli 2009.

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

24 Genom skrivelse av den 9 december 2009 svarade Republiken Österrike på det motiverade yttrandet och bestred det fördragsbrott som kommissionen gjort gällande.

25 Kommissionen ansåg inte att Republiken Österrikes svar var tillfredsställande och beslutade därför att väcka förevarande talan.

26 Domstolens ordförande beslutade den 26 maj 2011 att tillåta Republiken Italien att intervenera till stöd för Republiken Österrike.

Talan

Parternas argument

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

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

29 Enligt kommissionen ska artikel 6.3 i direktiv 91/440 tolkas så, att de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktivet ska utföras av en enhet som inte enbart är åtskild från järnvägsföretagen i juridisk mening, utan även med avseende på organisation och beslutsfattande.

30 Kommissionen har vidare gjort gällande att om väsentliga uppgifter utförs av ett bolag som är beroende i förhållande till ett järnvägsholdingbolag, såsom är fallet när det gäller ÖBB-Infrastruktur, ska det prövas i vilken omfattning och under vilka villkor detta bolag, som dessutom är den infrastrukturförvaltare som anförtrotts dessa väsentliga uppgifter, kan betraktas som ”oberoende” i förhållande till det företag som tillhandahåller järnvägstransporttjänster – det vill säga holdingbolaget och de bolag som är beroende av detta, som tillhandahåller tjänster för transport av personer och varor –, trots att de tillhör samma koncern.

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

32 För att bedöma huruvida medlemsstaterna kan visa att deras nationella järnvägsholdingbolag eller andra regleringsorgan säkerställer det nödvändiga oberoendet för de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440, att moderbolaget och dotterbolaget inte kan utgöra en ekonomisk enhet och inte kan agera som ett enda företag samt att intressekonflikter undviks, tillkännagav kommissionen

år 2006 de kriterier som ligger till grund för dess bedömning av det oberoende som krävs enligt direktiv 2001/14 och av de åtgärder som vidtagits för att säkerställa detta oberoende. Dessa kriterier återfinns i bilaga 5 till det arbetsdokument från kommissionens avdelningar som bifogats rapporten av den 3 maj 2006 angående genomförandet av det första järnvägspaketet (KOM(2006) 189) (nedan kallad bilaga 5).

33 Kommissionen har i detta hänseende för det första gjort gällande att en oberoende myndighet, såsom regleringsmyndigheterna för järnvägar, eller tredje man, ska kontrollera om kravet på oberoende är uppfyllt. Konkurrenterna måste ha möjlighet att klaga om kravet på oberoende åsidosatts. Kommissionen anser att ingen av dessa två bestämmelser har iakttagits av Republiken Österrike.

34 Kommissionen har för det andra anfört att det måste finnas bestämmelser i lag eller i vart fall i avtal avseende oberoende i förhållandet mellan holdingbolaget och den enhet som anförtrotts de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440, mellan sistnämnda enhet och andra företag i företagsgruppen som tillhandahåller järnvägstjänster eller andra organ som kontrolleras av holdingbolaget, bland annat bolagsstämman i den enhet som anförtrotts dessa väsentliga uppgifter.

35 Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att det i 3 § i stadgan och 10 § punkt 3 i arbetsordningen för ÖBB-Infrastrukturs förvaltningsråd föreskrivs att styrelsen vid utövandet av nämnda väsentliga uppgifter inte ska lyda under förvaltningsrådet eller ÖBB-Holding inte räcker för att utesluta eventuella intressekonflikter mellan ledningen i järnvägsinfrastrukturförvaltaren och holdingbolaget. Ledningen kan nämligen utnämnas och sägas upp av holdingbolaget, och det ligger i ledningens intresse att inte fatta beslut i strid med holdingbolagets ekonomiska intressen.

36 Kommissionen har för det tredje anfört att ledamöterna i styrelsen i holdingbolaget och andra företag inom holdingbolaget inte får ingå i styrelsen för den enhet som anförtrotts de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440.

37 Enligt kommissionen kan det nämligen svårligen göras gällande att styrelsen i den enhet som har anförtrotts nämnda väsentliga uppgifter är oberoende i förhållande till styrelsen i holdingbolaget med avseende på beslutsfattande, om samma personer skulle sitta i ledningen i de båda enheterna. Det föreligger enligt kommissionen ingen bestämmelse i lag för att förhindra att en sådan situation uppstår.

38 För det fjärde finns det ingen bestämmelse enligt vilken styrelseledamöterna i den enhet som har anförtrotts de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440 och personer i ledande ställning som hanterar nämnda uppgifter efter det att de inte längre är verksamma i nämnda enheter under ett rimligt antal år inte får inneha ledande funktioner i holdingbolaget eller i andra inrättningar som kontrolleras av holdingbolaget. I detta avseende omfattas den av Republiken Österrike åberopade artikel 15 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – i vilken en grundläggande rätt till fritt yrkesval och att arbeta fastställs – av det allmänna legalitetsförbehållet i artikel 52 i nämnda stadga. En rimlig begränsning av rätten att utöva yrkesverksamhet är således motiverad.

39 Kommissionen har för det femte gjort gällande att styrelseledamöterna i den enhet som har anförtrotts sådana väsentliga uppgifter som de som anges i bilaga II till direktiv 91/440 ska utnämnas med tillämpning av tydligt fastställda villkor och ska vara underkastade sådana rättsliga ålägganden att ett fullständigt oberoende med avseende på beslutsfattande garanteras. Utnämning och uppsägning ska ske under överinseende av en oberoende myndighet.

40 För det sjätte har kommissionen gjort gällande att den enhet som anförtrotts väsentliga uppgifter ska förfoga över egen personal och hålla till i separata lokaler eller lokaler till vilka utomstående saknar tillträde.

41 Slutligen har kommissionen gjort gällande att de åtgärder som vidtagits för att säkerställa ÖBB-Infrastrukturs oberoende i förhållande till ÖBB-Holding inte är tillräckliga.

42 Kommissionen har också uppmärksammat att det i andra reglerade sektorer finns bestämmelser där samma kriterier som de i bilaga 5 används. I sitt motiverade yttrande hänvisade kommissionen till den tidsperiod som föreskrivs i de bestämmelser som ska tillämpas på inre marknaden för el och den inre marknaden för naturgas, under vilken innehav av vissa tjänster är oförenliga.

43 Republiken Österrike har gjort gällande att det inte rör sig om att säkerställa järnvägsinfrastrukturförvaltarens ”ekonomiska oberoende”, eftersom bestämmelserna i det första järnvägspaketet dels är målinriktade (artikel 6.3 i direktiv 91/440), dels funktionsinriktade (artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14). I artikel 6.3 i direktiv 91/440 föreskrivs enbart ett mål som ska uppnås, nämligen att de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktivet ska överföras till oberoende organ eller företag, och i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14 föreskrivs på vilket sätt dessa uppgifter ska utföras, nämligen av ett organ som är oberoende i förhållande till järnvägsföretag, i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.

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

45 Republiken Österrike har anfört att de prövningskriterier avseende oberoende som uppställs i bilaga 5 inte sammanfaller med de i förevarande fall relevanta tvingande bestämmelserna i artikel 6.3 i direktiv 91/440, i bilaga II till direktiv 91/440 samt i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14. Den handling som innehöll denna bilaga 5 har inte heller offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* och utgör inte en bindande rättsakt. Den kan således inte åberopas inom ramen för förevarande förfarande.

46 Republiken Italien har erinrat om att kravet på åtskillnad som föreskrivs av unionslagstiftaren med avseende på järnvägstransportverksamhet och infrastrukturförvaltning avser bokföringen.

47 Republiken Italien har understrukit att kommissionen med avseende på holdingmodellen har intagit en ståndpunkt som är motsägelsefull genom att den leder till presumtionen att oförenlighet föreligger. Modellen erkänns nämligen rättsligt, men kan enbart vara förenlig med direktiv 91/440 och direktiv 2001/14 om holdingbolaget inte innehar eller utövar något av de privilegier som är typiska för holdingbolag.

48 Unionslagstiftningen var inte avsedd att införa en skyldighet att göra en åtskillnad mellan ägandestrukturer eller organisationsstrukturer med motsvarande verkan vad gäller ledningens autonomi, utan avsikten var att iaktta och garantera medlemsstaternas och de berörda företagens handlingsfrihet vad gäller att tillämpa olika typer av organisationsmodeller.

Domstolens bedömning

49 Kommissionen har som enda anmärkning kritiserat Republiken Österrike för att den inte vidtagit specifika åtgärder för att säkerställa järnvägsinfrastrukturförvaltaren ÖBB-Infrastrukturs oberoende. ÖBB-Infrastruktur har anförtrotts vissa av de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktiv 91/440, trots att ÖBB-Infrastruktur tillhör ett holdingbolag, ÖBB-Holding, i vilket järnvägstransportföretag ingår.

50 Kommissionen anser nämligen att det för att säkerställa nämnda förvaltares oberoende i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande i den mening som avses i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14 krävs att medlemsstaten antar specifika och detaljerade bestämmelser, såsom dessa framgår av bilaga 5.

51 Domstolen erinrar härvidlag om att artikel 6.1 och 6.2 i direktiv 91/440 endast kräver en bokföringsmässig uppdelning mellan de transporttjänster som tillhandahålls av järnvägsföretagen och förvaltningen av järnvägsinfrastruktur. Denna uppdelning mellan å ena sidan verksamhet som avser järnvägsföretags tillhandahållande av transporttjänster och å andra sidan verksamhet som avser förvaltningen av järnvägsinfrastruktur kan göras genom speciella avdelningar inom ett enda företag, såsom är fallet vad gäller ett holdingbolag.

52 I artikel 6.3 i direktiv 91/440 föreskrivs dock att medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att de väsentliga uppgifter som anges i bilaga II till direktivet, som ett rättvist och icke-diskriminerande tillträde till infrastrukturen är beroende av, anförtros organ eller företag som själva inte tillhandahåller järnvägstransporttjänster. Oberoende av de organisatoriska strukturerna måste det kunna påvisas att detta mål har uppnåtts.

53 Under alla förhållanden anges i artiklarna 4.2 och 14.2 i direktiv 2001/14 att de enheter som ansvarar för fastställande och uttag av avgifter samt för tilldelning ska vara oberoende i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.

54 I förevarande fall ingår ÖBB Infrastruktur, som är järnvägsinfrastrukturförvaltare, i företaget ÖBB-Holding som i egenskap av holdingbolag även kontrollerar järnvägsföretag. För att kunna utföra sina uppgifter avseende fastställande och uttag av avgifter och tilldelning ska ÖBB Infrastruktur vara oberoende i förhållande till ÖBB-Holding i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande.

55 Det är ostridigt att ÖBB-Infrastruktur dels utgör en annan juridisk person än ÖBB-Holding, dels förfogar över egna organ och medel som skiljer sig från ÖBB-Holdings.

56 Kommissionen har därutöver i sin ansökan gjort gällande att för att bedöma infrastrukturförvaltarens oberoende med avseende på beslutsfattande när denna, såsom ÖBB-Infrastruktur, ingår i ett företag i vilket vissa enheter är järnvägsföretag, ska kriterierna i bilaga 5 tillämpas.

57 I nämnda bilaga föreskrivs att en oberoende myndighet eller tredje man ska kontrollera om kravet på oberoende är uppfyllt. Det måste vidare finnas bestämmelser i lag eller i vart fall avtal avseende oberoende. Dessutom ska det finnas ett förbud mot dubbla funktioner i ledningsorganen i de olika bolag som ingår i holdingbolaget. Det ska också föreskrivas en övergångsperiod för medlemmar i ledningen när de går från den enhet som anförtrotts sådana väsentliga uppgifter som de som anges i bilaga II till direktiv 91/440 till en annan enhet i holdingbolaget. Därutöver ska uppsägningar och utnämningar av personer i infrastrukturförvaltningens ledning ske under en oberoende myndighets tillsyn.

58 Domstolen konstaterar för det första att bilaga 5 inte är rättsligt bindande. Denna bilaga har aldrig publicerats i *Europeiska unionens offentliga tidning* och offentliggjordes fem år efter det att direktiv 2001/14 trätt i kraft, det vill säga tre år efter utgången av fristen för att införliva direktivet. Vid genomförandet av direktiven 91/440 och 2001/14 fanns således inte de kriterier som anges i denna bilaga. Dessutom, och oberoende av nämnda tidsaspekt, har denna bilaga och kriterierna däruti inte tagits med i texten i vare sig direktiv 91/440 eller direktiv 2001/14 eller i någon annan rättsakt. Det kan därmed inte läggas en medlemsstat till last att den inte har införlivat dessa i sina lagar eller författningar för införlivande av direktiven 91/440 och 2001/14.

59 För det andra kan kommissionens jämförelse med bestämmelserna om den inre marknaden för el och den inre marknaden för naturgas inte godtas. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, s. 55) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, s. 94) ger nämligen tillsynsmyndigheten långtgående befogenheter

vad gäller övervakning av systemansvarigas oberoende. Enligt artikel 19.2 i respektive direktiv kan tillsynsmyndigheten göra invändningar angående utnämning eller uppsägning av personer i verkställande företagsledning eller av ledamöter av den oberoende systemansvariges för överföring administrativa organ. I artikel 19.3 i respektive direktiv föreskrivs att inte någon yrkesmässig position eller affärsförbindelse eller något yrkesmässigt ansvar eller intresse, vare sig direkt eller indirekt, i eller med det vertikalt integrerade företaget eller någon del av detta, eller med någon annan majoritetsaktieägare än den systemansvarige för överföring, får utövas under en treårsperiod före utnämningen av personer med ansvar för företagsledning och/eller ledamöter av den systemansvariges för överföring administrativa organ. Enligt artikel 19.4 i vart och ett av dessa direktiv får den systemansvariges för överföring anställda inte yrkesmässigt ha någon position i någon annan del i holdingbolaget för energisektorn. I artikel 19.7 i vart och ett av direktiven föreskrivs en tidsperiod under vilken innehav av tjänst hos den systemansvarige för överföring och innehav av en position i någon annan del av det vertikalt integrerade företaget är oförenliga.

60 I dessa båda direktiv finns det således uttryckliga bestämmelser om villkoren för innehav av positioner i det bolag som är systemansvarigt och om tidsperioder under vilka innehav av vissa positioner är oförenliga. Detta är inte fallet vad gäller direktiv 2001/14, i vilket det inte preciseras vilka kriterier avseende oberoende som måste säkerställas mellan den infrastrukturförvaltare som har anförtrotts sådana väsentliga uppgifter som de som anges i bilaga II till direktiv 91/440 och järnvägsföretagen. Dessa kriterier kan således inte härledas från direktiven 91/440 och 2001/14, varför det inte kan krävas att Republiken Österrike ska iaktta dem.

61 Domstolen konstaterar att den omständigheten att sådana kriterier som de som framgår av bilaga 5 inte har införlivats med österrikisk rätt inte i sig kan föranleda slutsatsen att ÖBB Infrastruktur i sin egenskap av infrastrukturförvaltare inte är oberoende i förhållande till ÖBB-Holding med avseende på beslutsfattande.

62 Enligt fast rättspraxis har kommissionen i mål om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF bevisbördan för det påstådda fördragsbrottet och ska förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida detta fördragsbrott föreligger. Kommissionen får därvidlag inte stödja sig på någon presumtion (se, bland annat, dom av den 26 april 2005 i mål C-494/01, kommissionen mot Irland, REG 2005, s. I-3331, punkt 41, av den 6 oktober 2009 i mål C-335/07, kommissionen mot Finland, REG 2009, s. I-9459, punkt 46, och av den 10 december 2009 i mål C-390/07, kommissionen mot Storbritannien, punkt 43).

63 Kommissionen har emellertid inte inkommit med någon konkret bevisning för att ÖBB Infrastruktur inte är oberoende i förhållande till ÖBB-Holding vad gäller formerna för beslutsfattande.

64 Följaktligen har kommissionen inte förmått visa att Republiken Österrike måste vidta konkreta åtgärder för att säkerställa att den infrastrukturförvaltare som har anförtrotts sådana väsentliga uppgifter som de som anges i bilaga II till direktiv 91/440 är oberoende i juridisk mening och med avseende på organisation och beslutsfattande i förhållande till järnvägsföretagen.

65 Som generaladvokaten har påpekat i punkterna 95 och 99 i sitt förslag till avgörande är det inte möjligt att ur artikel 6.3 i direktiv 91/440 härleda en skyldighet att anta en bestämmelse som förbjuder dubbla funktioner eller en skyldighet att föreskriva att infrastrukturförvaltaren ska förfoga över egen personal och hålla till i egna lokaler. Inte heller har kommissionen visat på vilket sätt klausulerna om skydd för sekretess i medarbetarnas avtal var otillräckliga.

66 Med beaktande av såväl syftena med direktiven 91/440 och 2001/14 som samtliga omständigheter, inbegripet av privaträttslig natur, som styr förhållandet mellan ÖBB Infrastruktur och ÖBB-Holding, ankom det på kommissionen att visa att ÖBB Infrastruktur i praktiken inte var oberoende i förhållande till ÖBB-Holding med avseende på beslutsfattande.

67 Mot bakgrund av ovanstående finner domstolen att kommissionens talan ska ogillas.

Rättegångskostnader

68 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Republiken Österrike har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Republiken Österrikes yrkande bifallas.

69 Republiken Italien ska i enlighet med artikel 140.1 i rättegångsreglerna bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

3) Republiken Italien ska bära sina rättegångskostnader.

Underskrifter