

N° 410

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2012-2013

Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 février 2013

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE PORTANT AVIS MOTIVÉ

PRÉSENTÉE AU NOM DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES ⁽¹⁾
EN APPLICATION DE L'ARTICLE 73 *OCTIES* DU RÈGLEMENT,

*sur la **conformité au principe de subsidiarité** de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un **espace ferroviaire unique européen**, en ce qui concerne l'**ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer** et la **gouvernance de l'infrastructure ferroviaire**,*

PRÉSENTÉE

Par M. Roland RIES,
Sénateur

(Envoyée à la commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire.)

(1) Cette commission est composée de : M. Simon Sutour, président ; MM. Alain Bertrand, Michel Billout, Jean Bizet, Mme Bernadette Bourzai, M. Jean-Paul Emorine, Mme Fabienne Keller, M. Philippe Leroy, Mme Catherine Morin-Desailly, MM. Georges Patient, Roland Ries, vice-présidents ; MM. Christophe Béchu, André Gattolin, Richard Yung, secrétaires ; MM. Nicolas Alfonsi, Dominique Bailly, Pierre Bernard-Reymond, Éric Bocquet, Gérard César, Mme Karine Claireaux, MM. Robert del Picchia, Michel Delebarre, Yann Gaillard, Mme Joëlle Garriaud-Maylam, MM. Joël Guerriau, Jean-François Humbert, Mme Sophie Joissains, MM. Jean-René Lecerf, Jean-Louis Lorrain, Jean-Jacques Lozach, François Marc, Mme Colette Mélot, MM. Aymeri de Montesquiou, Bernard Piras, Alain Richard, Mme Catherine Tasca.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Adopté le 30 janvier 2013 par la Commission européenne, le projet de « quatrième paquet ferroviaire », comprend trois propositions de directives et trois propositions de règlements.

Dans le cadre du contrôle de subsidiarité, l'essentiel de ces textes n'appelle pas d'objection notable, à l'exception de deux dispositions, ponctuelles mais potentiellement importante pour l'une, déterminante pour l'autre.

En effet, le principe de subsidiarité doit être invoqué contre les limites à la création de structures intégrées dites « en holding ». Surtout, les conditions mises à l'offre de services ferroviaires aux passagers hors des frontières nationales posent des difficultés.

1. Le premier aspect concerne l'interdiction de créer de nouvelles structures intégrées après l'entrée en vigueur de la directive 2011/92/UE dans la nouvelle rédaction proposée par la Commission européenne.

a) Depuis 1991, le droit communautaire impose la distinction comptable entre gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et opérateur historique sur ce réseau, mais aucune séparation organique n'a été imposée. Dix ans plus tard, les fonctions essentielles du gestionnaire de l'infrastructure – au minimum l'attribution des sillons et leur tarification – ont dû être organiquement séparées des activités de transport.

Parmi les 25 États membres concernés, plusieurs – « plus de la moitié » selon la Commission européenne – sont allés au-delà de ce que la législation européenne imposait, en instituant une séparation totale entre gestionnaire de l'infrastructure et opérateur historique de transports.

b) La Commission européenne a engagé des actions contentieuses auprès de la Cour de justice de l'Union européenne contre certains États membres n'ayant pas opté pour une scission totale, les accusant d'avoir maintenu ainsi des liens d'intérêt prohibés entre gestionnaires de l'infrastructure et opérateurs de transports. À ce jour, les poursuites engagées par la Commission de Bruxelles n'ont pas abouti à des arrêts.

En revanche, les autorités nationales de la concurrence se sont montrées sourcilleuses et sévères en matière d'obstacles mis à l'arrivée de nouveaux opérateurs de fret ferroviaire. Ainsi, l'Autorité française de la concurrence a infligé une amende record à la SNCF, alors que seuls des comportements individuels fautifs avaient été mis en évidence. L'Autorité avait explicitement observé : « *aucun élément du dossier ne permet de penser que les pratiques en cause relèvent d'une stratégie globale ou d'un plan d'ensemble conçus ou élaborés par la SNCF* ». Ce constat ne l'a pas dissuadée d'infliger à la SNCF une amende record atteignant 60,9 millions d'euros.

De même, l'autorité allemande de la concurrence a incriminé le système de tarification « TPS 1998 » en vigueur outre-Rhin, car il permettait à DB Regio de supporter une redevance de 25 % à 40 % plus faible que celle acquittée par ses concurrents.

De son côté, l'autorité italienne a sanctionné une « stratégie complexe et unifiée » conduite par la holding Ferrovie dello stato, ses filiales Rete ferroviaria italiana et Trenitalia afin d'entraver la venue d'un nouvel opérateur sur la ligne Milan-Turin. Une amende de 300 000 euros a été infligée pour ce motif au groupe Ferrovie dello stato.

Ces quelques exemples montrent que les autorités nationales sont exigeantes et sévères en matière d'ouverture à la concurrence, plus que les instances communautaires.

c) Le projet de « quatrième paquet » tolère la structure en holding, ainsi qu'il apparaît clairement à la lecture du communiqué publié par la Commission européenne : « *La Commission n'exclut cependant pas qu'une structure verticalement intégrée, en holding, puisse aussi assurer l'indépendance requise, mais sous réserve que des « murailles de Chine » strictes soient mises en place pour garantir la séparation juridique, financière et opérationnelle. Ces mesures comprennent notamment la mise en place d'organes décisionnels totalement distincts, pour prévenir les pratiques discriminatoires, des flux financiers séparés (avec une séparation des comptes et des mesures garantissant que les recettes du gestionnaire de l'infrastructure ne profitent pas aux entreprises ferroviaires sous forme de financements croisés), des systèmes informatiques distincts pour éviter les fuites d'informations commerciales confidentielles, enfin, l'imposition de périodes d'attente strictes pour le transfert des personnels, de manière à éviter les conflits de loyauté.* » La Commission européenne veut aussi interdire toute délégation par le gestionnaire de réseau à un opérateur de transport relevant de la même entreprise intégrée que le gestionnaire. Tous ces interdits et obligations figurent dans les articles 7 bis à 7 quater, que la

Commission européenne souhaite ajouter à la directive 2012/34 du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

Pour l'article 7 de cette même directive 2012/34, la Commission européenne propose à l'alinéa 5 d'interdire implicitement de créer de nouvelles sociétés holding après l'entrée en vigueur de la nouvelle directive. Voici le texte de cet alinéa, dont la première phrase est la seule critiquable: « Si, à la date d'entrée en vigueur de la présente directive, le gestionnaire de l'infrastructure appartient à une entreprise verticalement intégrée, les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les paragraphes 2 à 4 du présent article. En pareil cas, l'État membre concerné veille à ce que le gestionnaire de l'infrastructure assure toutes les fonctions visées à l'article 3, paragraphe 2, et jouisse d'une indépendance organisationnelle et décisionnelle effective par rapport à toute entreprise ferroviaire conformément aux exigences des articles 7 *bis* à 7 *quater*.»

La Commission européenne a précisé dans sa note du 30 janvier : « La création de nouvelles structures holding dans le secteur ferroviaire ne serait plus possible. » Alors que la Commission propose d'imposer des obligations draconiennes, rien ne justifie l'interdiction définitive de créer une nouvelle structure en holding. Pareille impossibilité serait contraire au principe de subsidiarité, notamment en ce qu'elle excède la mesure nécessaire pour atteindre le but fixé.

2. Le second motif inhérent au contrôle de subsidiarité concerne les conditions de l'ouverture intégrale à la concurrence pour tous les trajets de passagers, à l'horizon 2019.

a) Les services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs représentent actuellement 94 % des voyages par voie ferrée au sein de l'Union européenne. Dans leur quasi-totalité, ces déplacements se déroulent dans un cadre de service public, avec 90 % des trajets de passagers dans l'Union, mais seulement 47 % des voyageurs-kilomètres en raison de la brièveté des parcours quotidiens.

Dans ce cadre, l'ouverture à la concurrence du transport de voyageurs à l'horizon 2019 pourrait prendre deux formes :

– la proposition de services commerciaux concurrents pour 4 % des trajets totalisant, avec les liaisons internationales, 53 % des voyageurs-kilomètres au sein de l'Union européenne ;

– la participation à des appels d'offres tendant à décrocher des contrats de service public de transport ferroviaire pour 90 % des trajets totalisant 47 % des voyageurs-kilomètres.

b) La disposition contraire à la subsidiarité est la suivante : « *À la demande d'un État membre ou de sa propre initiative, la Commission décide si les gestionnaires de l'infrastructure qui font partie d'une entreprise verticalement intégrée répondent aux exigences des articles 7 bis et 7 ter et si la mise en œuvre de ces exigences est suffisante pour offrir des conditions de concurrence équitables à toutes les entreprises ferroviaires et garantir l'absence de distorsions de concurrence sur le marché concerné.* » (article 7 quater, alinéa premier de la directive 2012/34) qui doit être rapprochée de la phrase : « *L'État membre concerné peut demander à la Commission d'abroger la décision qu'elle a prise au sens du paragraphe 3 conformément à la procédure visée à l'article 62, paragraphe 2, lorsqu'il démontre, à la satisfaction de la Commission, que les motifs de la décision n'existent plus.* » (alinéa 5 du même article).

La Commission a précisé dans sa note de présentation : « *Les entreprises ferroviaires indépendantes des gestionnaires de l'infrastructure disposeront d'un accès immédiat au marché intérieur du transport de voyageurs en 2019* » alors que « *les entreprises ferroviaires appartenant à une structure verticalement intégrée pourraient se voir interdire d'opérer dans d'autres États membres si elles n'ont pas d'abord convaincu la Commission de la mise en place des garanties appropriées assurant l'indépendance juridique, financières et opérationnelles requises pour assurer effectivement le maintien de conditions égales de concurrence et l'existence d'un accès équitable des autres opérateurs à leur marché national d'origine.* » En clair, les opérateurs de transport concernés devront convaincre la Commission européenne que le gestionnaire de réseau national ne les protège pas.

Ainsi, ces opérateurs seraient concurrencés de plein droit sur leur marché national, mais la réciprocité ne serait pas assurée, puisque la Commission européenne pourrait leur accorder ou refuser souverainement le droit d'offrir des services de transport de voyageurs hors de leur pays d'origine. Bien que la Commission ait tout le loisir de saisir la Cour de justice de l'Union européenne avant l'échéance de 2019 si le fonctionnement de la holding ne comporte pas la « muraille de Chine » exigée, l'ouverture à la concurrence des transports internes de passagers lui ouvrirait une nouvelle fenêtre de tir, soumise à sa seule appréciation.

L'absence de tout critère d'appréciation fondant la décision de la Commission européenne est de nature à créer une grande incertitude, tant pour les États membres que pour les opérateurs. La Commission serait investie de prérogatives qui excéderaient manifestement ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi.

Pour ces raisons, votre commission des affaires européennes a conclu au dépôt de la proposition de résolution qui suit :

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE PORTANT AVIS MOTIVÉ

- ① La proposition de directive COM (2013) 29, qui fait partie de textes dénommés « quatrième paquet ferroviaire » par la Commission européenne, poursuit un double objectif :
- ② – organiser l’ouverture à la concurrence des transports intérieurs de passagers au sein des états membres de l’Union européenne à l’horizon 2019 ;
- ③ – réformer la gouvernance des systèmes ferroviaires nationaux pour éliminer toute entrave à la concurrence imputable à des institutionnels entre gestionnaire de l’infrastructure ferroviaire et opérateurs historiques de transports.
- ④ Vu l’article 88-6 de la Constitution,
- ⑤ Le Sénat fait les observations suivantes :
- ⑥ – l’article 5 du traité sur l’Union européenne dispose que l’Union ne peut intervenir, en vertu du principe de subsidiarité, que « si, et dans la mesure où, les objectifs de l’action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, mais peuvent l’être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l’action envisagée, au niveau de l’Union » ; cela implique d’examiner non seulement si l’objectif de l’action envisagée peut être mieux réalisé au niveau communautaire, mais également si l’intensité de l’action entreprise n’excède pas la mesure nécessaire pour atteindre l’objectif que cette action vise à réaliser ;
- ⑦ – la rédaction proposée par la Commission européenne pour le nouvel article 7 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 tend implicitement, en son alinéa 5, à interdire la création de toute entreprise ferroviaire verticalement intégrée après l’entrée en vigueur de la nouvelle directive ;
- ⑧ – la volonté d’harmoniser la gouvernance du réseau ferroviaire au sein des États membres doit certes être approuvée, mais elle devrait conduire à instaurer pour tous les États membres un cadre identique incluant la faculté de supprimer ou de créer des structures intégrées, dans le respect des obligations fixées aux articles 7 bis à 7 quater de la proposition de directive ;
- ⑨ – par suite, l’interdiction posée à l’article 7 alinéa 5 excède la mesure nécessaire pour atteindre l’objectif à réaliser, l’action des États membres étant suffisante ;

- ⑩ – l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de passagers à l'horizon 2019 doit être symétrique sur les marchés des États membres, alors que l'article 7 *quater* proposé pour la directive 2012/34, dispose en son alinéa premier que la Commission européenne sera dotée d'un pouvoir souverain d'appréciation lui permettant d'interdire à tout opérateur membre d'une entreprise verticalement intégrée de proposer des services ferroviaires de voyageurs hors des frontières d'origine, alors même que le fonctionnement de ladite entreprise n'aurait soulevé aucune objection jusque-là ;
- ⑪ – un tel pouvoir d'appréciation créerait pour les opérateurs une incertitude juridique dénuée de justification, si bien que le dispositif proposé par la Commission européenne excède la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif à réaliser.
- ⑫ Le Sénat estime, en conséquence, que les articles 7 alinéa 5 et 7 *quater* alinéa premier, de la proposition de directive COM (2013) 29 modifiant la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012, ne respectent pas, dans leur rédaction actuelle, l'article 5 du traité sur l'Union européenne et le protocole n° 2 annexé à ce traité.