

Le secteur des transports ferroviaires dans la mondialisation

« Mise en place d'un espace ferroviaire unique en Europe : forces et faiblesses de la refonte du premier paquet ferroviaire »

Jocelyn FAJARDO et Francesco GAETA¹

I. Evolution du cadre juridique communautaire dans le secteur ferroviaire

Le transport ferroviaire en Europe a été conçu et développé jusqu'aux années '80 pour répondre à des exigences purement nationales, en contradiction avec l'objectif d'intégration du marché intérieur que l'Acte unique européen de 1986 venait d'assurer. C'est pourquoi en 1991 une première directive du Conseil (91/440/CEE) fixe l'objectif de « faciliter l'adaptation des chemins de fer communautaires aux exigences du marché unique et à accroître leur efficacité ». Cet objectif se traduit dans cette législation par :

- des règles visant à garantir l'indépendance de gestion des entreprises ferroviaires et des gestionnaires d'infrastructure par rapport à l'Etat ;
- une séparation comptable de la gestion de l'infrastructure ferroviaire par rapport à l'exploitation des services de transport des entreprises ferroviaires ;
- des règles visant à assainir la structure financière des entreprises ferroviaires ;
- et, enfin, des droits d'accès aux réseaux ferroviaires des États membres pour les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires effectuant des transports combinés internationaux de marchandises.

Par la suite, la directive 95/18/CE du Conseil complète ce premier dispositif avec la mise en place d'une licence communautaire pour les entreprises ferroviaires délivrée par les autorités nationales sur la base de procédures harmonisées, le but étant de garantir que les droits d'accès reconnus par la directive 91/440/CEE soient appliqués sur une base uniforme et non discriminatoire.

En 1996, un Livre blanc établit une « stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaire ». La Commission européenne y fait le constat que le transport ferroviaire ne s'adapte pas aussi bien que les autres modes de transport à l'évolution du marché et aux besoins des usagers. Elle affirme qu' « il faut un nouveau type de chemins de fer » qui présente les caractéristiques suivantes : des finances saines, une plus grande implication du secteur privé, notamment par le biais de règles encadrant la tarification et l'allocation de capacité, la séparation de la gestion de l'infrastructure vis-à-vis de l'exploitation ferroviaire, l'ouverture des marchés, y compris les services publics ainsi que l'intégration des systèmes

¹ Cette contribution ne reflète que le point de vue personnel de ses auteurs et n'engage en aucun cas les institutions qui les emploient

nationaux conformément aux orientations relatives aux réseaux transeuropéens des transports adoptées la même année.

Les mesures envisagées par le Livre blanc de 1996 commencent à prendre forme avec le premier paquet ferroviaire adopté en 2001 (directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE). Ce dernier pose la question d'une ouverture progressive du marché ferroviaire et établi un nouveau cadre réglementaire favorisant l'évolution vers un espace ferroviaire unique.

En particulier,

- la directive 2001/12/CE ouvre le marché de transport de marchandises le long du réseau transeuropéen de fret ferroviaire, complète la séparation comptable entre le gestionnaire d'infrastructure (GI) et l'entreprise ferroviaire (EF), introduit la notion d'indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle des fonctions essentielles (i.e. la délivrance des licences, la répartition des sillons, la tarification et le contrôle des obligations de service public);
- la directive 2001/13/CE impose l'indépendance de l'organisme responsable de la délivrance des licences par rapport aux EF, établit la validité des licences sur l'ensemble du territoire de l'Union et fixe les obligations des EF pour le maintien de leurs licences.
- La directive 2001/14/CE vise à favoriser l'accès au réseau via la publication d'un « document de référence du réseau (DDR) », l'encadrement de la tarification (qui est sensé recouvrir les coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire), l'attribution aux GI de la compétence dans la fixation et dans la perception des redevances, la mise en place de procédures harmonisées pour la réparation des capacités (avec un principe de coopération entre GI pour les sillons internationaux), et la création d'un organisme de contrôle indépendant.

Ce cadre réglementaire sera ensuite complété en 2004 et 2007 par les deuxième et troisième paquets ferroviaires qui

- étendront l'ouverture du marché respectivement à l'ensemble du transport de marchandise, à partir de 2007, et au transport international de voyageurs, à partir de 2010 (directives 2004/49/CE et 2007/58/CE),
- fixeront les règles relatives à l'octroi des contrats de services publics (règlement CE 1371/2007) et aux droits des passagers (règlement CE 1370/2007).
- renforceront le volet technique visant à assurer l'interopérabilité (directive 2008/57/CE) et la sécurité (directive 2004/49/CE) du transport ferroviaire, y compris par le biais de la création d'une Agence ferroviaire européenne basée à Valenciennes (règlement CE 881/2004).

II. La refonte du premier paquet ferroviaire

Adoptée par le Conseil et le Parlement européen le 21 novembre 2012 et en vigueur depuis le 15 décembre de la même année, la Directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen consiste en une refonte de l'ensemble de l'acquis existant en matière de règles d'accès au marché ferroviaire. Elle fusionne les trois directives composant le premier paquet ferroviaire mentionnées ci-dessus ainsi que leurs modifications successives. Mais, plus

qu'un exercice de codification et de simplification, cette refonte introduit des changements notables dans le cadre législatif en vigueur.

1) Le contexte de la proposition

Lorsque, en septembre 2010, la Commission propose au Conseil et au Parlement européen un projet de refonte du premier paquet ferroviaire, elle justifie son initiative par la nécessité de tirer les leçons de la législation existante, eu égard aux divergences dans sa mise en œuvre, qui avait conduit la Commission à ouvrir un grand nombre de procédures d'infraction. Par ailleurs, l'analyse réalisée sur l'évolution du marché au cours de la décennie précédente, montrait un manque de dynamisme criant du secteur, dû notamment à l'absence de concurrence effective sur les marchés déjà ouverts. Elle fait alors le constat que le cadre réglementaire en place ne permet pas la relance espérée du secteur ferroviaire européen (sa part modale plafonne en Europe autour de 6% pour le transport de passager et de 11% pour le transport de marchandise). Elle considère que le développement du secteur ferroviaire et sa capacité à concurrencer de manière réelle les autres modes de transport sont toujours handicapés par quatre problèmes majeurs qu'elle souhaite traiter par le biais de la refonte :

- Tout d'abord, elle constate que le niveau d'investissement dans le développement et l'entretien de l'infrastructure ferroviaire demeure insuffisant dans un grand nombre d'États membres. Bien souvent, la qualité de l'infrastructure continue de se détériorer, ce qui affecte, d'une part, la fiabilité des transports ferroviaires et, d'autre part, l'intérêt pour les opérateurs à développer des nouveaux services. Elle considère que le sous-investissement observé à l'échelon national est partiellement dû à l'absence de plans d'investissement clairs et de stratégies à long terme. Le mauvais entretien, la lenteur des modernisations et le nombre croissant de goulets sur le réseau mine la compétitivité des entreprises ferroviaires vis-à-vis des autres modes de transport et celles-ci ne parviennent pas à attirer les investissements nécessaires.
- Par ailleurs, l'inadéquation du niveau et de la structure des redevances d'accès à l'infrastructure tend à limiter l'entrée sur le marché d'opérateurs privés. La tarification ferroviaire ne constitue pas un signal-prix permettant d'orienter le choix des opérateurs vers des services et des technologies en mesure de garantir le développement du transport ferroviaire conformément aux attentes du marché.
- En outre, la Commission identifie divers facteurs limitant la concurrence entre entreprises ferroviaires. Elle considère, en particulier, que le secteur ferroviaire continue de manquer de transparence ce qui rend difficile aux nouveaux acteurs de fournir des services ferroviaires concurrentiels. Les nouveaux entrants sont confrontés à des pratiques discriminatoires plus ou moins patentées, en particulier pour l'accès aux services connexes (tel que l'accès aux gares et aux terminaux, aux ateliers de maintenance, aux gares de triage, etc.), ces services étant souvent détenus et exploités par les opérateurs ferroviaires historiques.
- La Commission fait enfin le constat que ces problèmes sont aggravés par les difficultés rencontrées par les organismes de contrôle dans l'exercice de leurs missions, notamment celles consistant à prévenir les discriminations entre entreprises ferroviaires et à vérifier l'application correcte des principes de tarification et le plein respect de la séparation comptable. Ces difficultés relèveraient d'une part de l'absence

de moyens humains et financiers, et d'autre part du manque de clarté de certaines dispositions législatives.

2) Apports et limites de la refonte

Après deux ans de négociations interinstitutionnelles, le texte adopté par le Parlement européen et le Conseil a sensiblement évolué par rapport à la proposition initiale de la Commission. Les mesures finalement retenues ont été soit précisées soit profondément revues. Même s'il offre des réponses intéressantes aux problèmes identifiés par la Commission et marque une avancée notable vers la réalisation d'un marché ferroviaire unique en Europe, la portée de certaines dispositions paraît insuffisante à l'égard des enjeux.

a. Financement et programmation

Alors que, vingt ans plus tôt, la directive 91/440/CEE avait posé le principe d'indépendance des gestionnaires d'infrastructures (et des entreprises ferroviaires) vis-à-vis de l'Etat (article 4), la refonte replace l'Etat au cœur du dispositif s'agissant du financement de l'infrastructure et de la programmation de son développement. Elle prévoit en particulier qu'il appartient aux gouvernements nationaux de développer l'infrastructure ferroviaire en tenant compte, le cas échéant, des besoins généraux de l'Union (article 8). Pour ce faire, ils se voient imposer l'obligation d'adopter, pour la première fois d'ici la fin 2014, une "stratégie de développement de l'infrastructure" pour une période minimale de cinq ans. Les plans d'entreprise des gestionnaires d'infrastructure se doivent de tenir compte de cette stratégie.

D'autre part, la refonte généralise le recours aux contrats pluriannuels entre autorités publiques et gestionnaires d'infrastructure (article 30). Elle en fixe la durée minimale (cinq ans) ainsi que leurs principes de base et paramètres principaux (annexe V). Ces contrats doivent en particuliers assurer la programmation des fonds alloués par l'Etat aux différents services d'infrastructure et les objectifs de performance attendus de la part du gestionnaire. La refonte clarifie enfin qu'il appartient à l'Etat de s'assurer de l'équilibre des comptes du gestionnaire d'infrastructure sur une période raisonnable qui ne peut dépasser cinq ans.

Ces dispositions fixent une architecture qui vise à assurer une bonne cohérence entre les interventions de l'Etat et de son gestionnaire d'infrastructure.

Cependant plusieurs faiblesses affectent le dispositif:

- le financement public de l'infrastructure, qui est la pierre angulaire de l'édifice, reste facultatif (article 8.2), les Etats membres n'ayant pas souhaité s'engager sur l'affectation des ressources publiques nationales.
- De ce fait, la stratégie de développement de l'infrastructure ainsi que le contrat pluriannuel n'étant pas accompagnée d'un volet financier contraignant, réduisent la capacité du gestionnaire d'infrastructure à définir des plans d'entreprise solides.
- Dans ce cadre, l'obligation fixée par l'article 8.4 d'assurer sur une période de 5 ans l'équilibre des comptes du GI pourrait entraîner soit une réduction des objectifs fixés contractuellement, soit un recours accru à l'endettement.

b. Tarification et transparence des coûts

S'agissant des règles de tarification de l'infrastructure, la refonte ne modifie pas les principes en place depuis 2001 mais vise à préciser certaines règles afin de permettre leur bonne exécution. Elle réaffirme en particulier le principe de la tarification au coût direct et prévoit l'adoption d'une législation secondaire ("acte d'exécution") d'ici 2015 pour sa mise en œuvre harmonisée par le biais d'une méthode de calcul commune. Elle précise la procédure à suivre pour identifier les segments de marché pouvant éventuellement se voir imposer des majorations visant à assurer un recouvrement supérieur des coûts encourus par le gestionnaire d'infrastructure.

La refonte précise en outre le principe de tarification applicable aux services connexes à fournir aux entreprises ferroviaires (tels que définies à l'annexe II), à savoir celui du coût de la prestation majoré d'un bénéfice raisonnable (article 31), et prévoit que les redevances relatives à ces services se doivent d'apparaître dans le document de référence du réseau afin d'assurer la nécessaire transparence des conditions de marché (article 29). La refonte renforce l'obligation faite aux gestionnaires d'infrastructure des différents Etats membres de coopérer entre eux pour la définition des redevances applicables aux sillons internationaux (articles 29 et 37).

La refonte vise à mieux utiliser la tarification pour l'accès à l'infrastructure comme moyen d'orienter les investissements des opérateurs ferroviaires vers les technologies les plus respectueuses de l'environnement et les plus interopérables. En particulier, elle précise les principes applicables à la modulation des redevances en fonction du bruit généré par les trains et prévoit l'adoption par la Commission de règles de mise en œuvre harmonisées en la matière. Elle établit en outre une obligation d'introduire une modulation des redevances d'accès applicable sur les corridors où le système de signalisation européen ERTMS doit être déployé en priorité.

Enfin, pour éviter des réservations de capacité abusives visant à bloquer l'accès à l'infrastructure à des concurrents potentiels, la refonte impose l'introduction de redevances de réservation dès lors qu'une telle réservation est demandée par un opérateur qui s'abstiendrait régulièrement d'utiliser les capacités qui lui ont été allouées.

Cependant, la mise en œuvre de ce cadre dépend d'une législation secondaire à adopter au sein de comités d'experts nationaux (comitologie) alors que la Commission avait proposé au départ dans une annexe la liste des coûts relevant de la tarification directe, les principes applicables à la modulation en fonction du bruit ainsi que les modalités de modulation en fonction de l'équipement des trains en système européen de contrôle des trains (ETCS) dans un environnement ERTMS. Dans ce contexte la question se pose de savoir si, lors de l'adoption de ses actes secondaires, les représentants des Etats membres seront en mesure de trouver un accord sur des dispositions que le législateur a déjà refusé de voir figurer dans la refonte.

c. Accès aux réseaux et aux facilités essentielles

La directive 2001/14/CE avait établi le principe d'un accès non discriminatoire à un certain nombre de services connexes décrits dans son annexe II dans le but de faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs. La refonte introduit la notion d'indépendance décisionnelle, organisationnelle et comptable des exploitations d'installations de services connexes et l'obligation de mettre sur le marché les installations inutilisées (principe dit de « *use it or lease it* »).

Par ailleurs, l'exploitant ne peut refuser l'accès à son installation que s'il est en mesure de démontrer l'existence d' « alternatives viables » permettant aux entreprises ferroviaires d'opérer des services de transport dans des conditions économiquement acceptables. Dans ce contexte, le régulateur se voit attribuer un rôle de supervision avec la possibilité de trancher en cas d'abus constatés dans l'accès aux installations suite à une plainte.

Cependant, le champ des services connexes concernés par l'obligation d'indépendance a été réduit par le législateur européen et ne concerne plus les installations d'entretien, les installations de nettoyage et de lavage et les infrastructures d'assistance en cas de panne ou d'accident. S'agissant des ateliers de maintenance, leur exclusion a été justifiée par la volonté, d'une part, de respecter les investissements réalisés ainsi que les contraintes d'exploitation des opérateurs historiques et, d'autre part, de favoriser l'émergence d'un marché des services de maintenance. Toutefois, la maintenance constituant un élément essentiel de l'exploitation ferroviaire et les investissements requis étant considérables, le dispositif retenu risque de pénaliser l'accès de nouveaux entrants.

Par ailleurs la notion d'indépendance ne limite qu'aux aspects fonctionnels et ne retient plus l'indépendance juridique proposée par la Commission. En effet, le législateur européen, ayant voulu éviter une trop grande fragmentation du secteur, a de facto laissé aux acteurs du marché la définition des modalités de mise en œuvre de cette indépendance, au risque de recréer les mêmes divergences que celles constatées à l'égard du statut du gestionnaire d'infrastructure.

d. Le régulateur

La refonte revoit en profondeur les obligations relatives aux organismes de contrôle afin d'en accroître l'indépendance et les compétences. En matière d'indépendance, la refonte fixe des critères précis pour le recrutement du personnel dirigeant et leurs incompatibilités. Le régulateur se voit en outre attribuer des pouvoirs d'initiative étendus, notamment en matière de tarification et d'accès au réseau. Concernant ses nouvelles compétences, il a en particulier des pouvoirs accrus en matière de contrôle de la séparation comptable et de définition du contenu du document de référence du réseau. Il est par ailleurs tenu à consulter les parties prenantes de manière régulière « pour tenir compte de leur opinion quant au marché ferroviaire ». Le régulateur se voit doter de nouveaux pouvoirs en matière de sanctions, y compris financières, d'enquête et d'audit et peut faire appel à la Commission pour qu'elle examine les mesures nationales qui lui sembleraient contraires au droit européen.

Cependant l'accroissement considérable des compétences du régulateur pose un problème de moyens humains et financiers que la refonte ne semble pas avoir réglé. L'article 56.5 se limite à établir que « *l'organisme de contrôle dispose des capacités organisationnelles nécessaires en matière de ressources humaines et matérielles, proportionnellement à l'importance du secteur ferroviaire dans l'Etat membre* ». Cette disposition ne garantit pas pleinement la cohérence entre la charge de travail du régulateur et les moyens octroyés, la notion d'importance du secteur ferroviaire dans un Etat membre n'étant nullement définie.

Par ailleurs, si les dispositions en matière de coopération entre régulateurs nationaux ont été sensiblement renforcées, leur efficacité reste à démontrer et dépend largement de la volonté des régulateurs à agir de façon concertée. Au demeurant, les doutes quant à la solidité de ce dispositif transparaissent déjà à l'article 63 de la refonte qui demande à la Commission de l'évaluer au plus tard deux ans après son entrée en vigueur afin de « *garantir une surveillance*

plus intégrée de la régulation du marché ferroviaire européen, en particulier des services internationaux ».

III. Les grandes questions laissées en suspens

Si elle avait vocation à établir un cadre favorable à l'ouverture des marchés, la refonte laisse de côté deux questions fondamentales évoquées déjà dans le Livre blanc de 1996, à savoir l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure par rapport aux opérateurs ferroviaires et l'ouverture des marchés de transport domestique de passagers. Ces deux questions, même exclues par la Commission du champ de la refonte, ont été au cœur des débats au Parlement européen lors de l'adoption de cette législation. Ces débats ont fait apparaître de profondes divergences politiques interdisant toute avancée immédiate et ont abouti à une clause de rendez-vous prévoyant une nouvelle proposition de la Commission avant le 31 décembre 2012.

S'agissant de l'exclusion de l'ouverture du champ de la refonte, la Commission a considéré qu'il était préférable de fixer, dans un premier temps, les conditions-cadre pour le bon fonctionnement du marché avant de franchir une nouvelle étape d'ouverture telle que demandée par la directive 2007/58/CE (troisième paquet ferroviaire). En effet la Commission avait fait le constat, au vu des limites manifestes de l'ouverture du transport de marchandises et du transport international de passagers, que trois questions devaient être réglées en priorité, à savoir la mise en place de conditions permettant le développement et l'entretien de l'infrastructure, l'accès aux services connexes et les prérogatives des régulateurs. De ce point de vue les avancées de la refonte ont ouvert la voie au quatrième paquet ferroviaire qui a fait l'objet de nouvelles propositions de la Commission en janvier 2013.

En ce qui concerne l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, la Commission avait souhaité attendre le résultat des procédures d'infraction engagées devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) à l'encontre de plusieurs Etats membres avant d'envisager de nouvelles mesures. Cependant, cette stratégie a été affectée par:

- d'une part, la pression du Parlement européen pour que de nouvelles propositions soient présentées dès la fin de l'année 2012, malgré le retard pris par la CJUE dans le traitement des affaires;
- d'autre part, par le contenu même des arrêts de la Cour qui n'ont pas conforté la Commission dans son interprétation des dispositions déjà en vigueur en matière d'indépendance. En effet si la Cour a estimé que la Commission n'avait pas apporté les preuves de manquements dans la mise en œuvre des principes d'indépendance décisionnelle et organisationnelle, elle n'a pas voulu se prononcer sur les critères pour juger de cette indépendance. Cette décision a été interprété par les Etats membres concernés comme une validation de leur système de gouvernance alors que la Commission en a conclu qu'il était d'autant plus nécessaire de réviser le droit en vigueur pour mieux expliciter les conditions garantissant l'effectivité de l'indépendance du gestionnaire. Cette différence de points de vue influencera sûrement le débat sur le quatrième paquet ferroviaire.

IV – Conclusions

La refonte du premier paquet ferroviaire marque à l'évidence une étape-clé dans la mise en place d'un espace ferroviaire unique en Europe. Elle traite des questions les plus prégnantes auxquelles a été confronté le secteur ferroviaire au cours de la dernière décennie. Elle pose les conditions pour la relance du transport ferroviaire en lui assurant un objectif de financement à moyen et long terme selon une stratégie dont l'Etat membre lui-même doit se doter, en posant avec force la question de l'accès au réseau dans sa totalité (y compris par rapport aux installations de service) et en faisant du régulateur un véritable arbitre du fonctionnement du marché.

Cependant son impact véritable reste à démontrer:

- en premier lieu, parce que sa mise en œuvre ne commencera véritablement qu'à l'issue du délai de transposition (16 juin 2015) et après l'établissement d'un certain nombre de règles secondaires particulièrement importantes pour l'efficacité du dispositif, par exemple en matière de restriction d'accès au réseau et de tarification;
- par ailleurs, parce que les changements introduits dans le texte final laissent une grande marge de manœuvre aux Etats membres lors de la mise en œuvre de la refonte au risque de miner l'application uniforme au sein de l'Union de cette réglementation structurante pour le secteur.

La mise en œuvre de la refonte mettra donc à l'épreuve la solidité du dispositif et sa capacité à assurer la relance du secteur ferroviaire que l'Europe appelle de ses vœux.