

19 septembre 2013

Rapport du Comité Binational Économique ("CBE")

**sur le recours de
Eurostar International Limited (Demandeur)
c/
France Manche SA
The Channel Tunnel Group Limited (Défendeur)**

Seule la version anglaise fait foi

Rapport du CBE sur le recours d'Eurostar

Table des matières

p.1 § 1-3	I .Introduction
§ 4-10	Identification des parties
p. 2	Glossaire
P. 4/5 §11-14	II .Synthèse du recours d'Eurostar et des mesures demandées
p.6 § 15-16	III. Synthèse de la réponse d'Eurotunnel telle qu'issue du contre-mémoire
p.7 § 17-23	IV. Synthèse des réponses reçues des parties intéressées
p.7 § 24-49	V. Résumé des correspondances relatives aux recours
p.10 § 50-51	VI. Identification des moyens
p.11 § 52-60	VII. Textes juridiques et procédures applicables
p.16 § 61	VIII. Questions préliminaires
§ 62	A Question préliminaire 1 : compétence de la CIG à connaître du recours
§ 63-79	1. Les arguments des parties
§ 80-86	2. L'avis du CBE
p. 24 § 87	B Question préliminaire 2 : recevabilité du recours
§ 88-98	1. Les arguments des parties
p.27 § 99-116	2. L'avis du CBE
p.31 §117	IX Les moyens fondant le recours d'Eurostar
§ 118	Premier moyen développé : Eurotunnel n'a pas assuré la transparence de ses coûts
§ 119-130	Les arguments des parties
p.35 §131-153	Les recommandations du CBE
p.39 § 154-158	Second moyen développé : Eurotunnel n'a pas mené de consultations conformes et significatives concernant le DRR comme l'exige l'article 5.3 du Règlement
p.40 § 159-165	Les recommandations du CBE
p.41 § 166-170	X Recommandations du CBE sur la décision et les orientations susceptibles d'être adoptées par la CIG

I. Introduction :

1. Le présent rapport, du Comité Binational Économique ("**CBE**") à la commission intergouvernementale ("**CIG**"), contient les analyses et recommandations du CBE à propos du recours (« le recours ») de la société **Eurostar International Ltd (EIL)** déposé le 20 mars 2013, conformément à l'article 12.2 du Règlement de la commission intergouvernementale concernant l'utilisation du tunnel sous la Manche ("**le Règlement**").

2. Conformément aux articles 10.7 du Traité de Canterbury ("**le Traité**"), 12.2 du Règlement, 9.2 du Règlement de Procédure de la commission intergouvernementale aux fins d'instruction des recours fondés sur l'article 12 du Règlement concernant l'utilisation du tunnel ("**le ROP**"), le **CBE** a été désigné par la CIG le 10 avril 2013 pour l'assister dans l'examen du recours. Le présent rapport a été préparé à cette fin.

3. Avant de traiter du recours sur le fond, le CBE aborde deux points préliminaires :

- a) identification des parties,
- b) synthèse des définitions, abréviations et références retenues pour les besoins du présent rapport.

Identification des parties

4. Le demandeur est :

EUROSTAR INTERNATIONAL LIMITED ("Eurostar" ou EIL),

5. L'organisme désigné comme défendeur par le demandeur est "Eurotunnel", dont l'identité est décrite comme suit :

« *Groupe Eurotunnel SA*

Concessionnaires :

Franche Manche SA

The Channel Tunnel Groupe Limited ».

6. Il est constant qu'Eurotunnel désigne bien les concessionnaires, gestionnaires de l'infrastructure du tunnel sous la Manche. Les Concessionnaires sont donc valablement désignés comme parties défenderesses dans le cadre du présent recours.

7. En revanche, comme le relèvent les concessionnaires, « *Groupe Eurotunnel n'est pas le gestionnaire de l'infrastructure* » (cf. courrier du 19 août 2013). Il n'est donc pas valablement désigné comme une partie défenderesse. Il est néanmoins visé à plusieurs reprises par Eurostar, et le Président-Directeur général de Groupe Eurotunnel SA est intervenu à la procédure en adressant diverses correspondances à la commission intergouvernementale, à Eurostar et aux Etats français et britannique. En outre, le Document de Référence Réseau est publié sur le site Internet de Groupe Eurotunnel SA, qui est l'actionnaire à 100% des

concessionnaires. Le glossaire des termes du Document de Référence du Réseau indique qu'Eurotunnel est le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire du tunnel sous la Manche. Par conséquent, le CBE est d'avis qu'il convient de considérer Groupe Eurotunnel SA comme une partie intéressée au sens de l'article 12 du Règlement de procédure.

8. Cette remarque préliminaire étant faite, doivent être considérées comme parties défenderesses dans le cadre du présent recours :

- (a) France Manche SA
- (b) The Channel tunnel Group Limited

9. En leur qualité de concessionnaires, gestionnaires de l'infrastructure du tunnel sous la Manche, elles sont désignées dans le présent rapport sous le nom d'Eurotunnel et sont représentées par Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan ("Quinn Emanuel").

10. Doivent être considérées comme parties intéressées dans le cadre du présent recours :

- (a) La SNCF
- (b) *British Railways Board* (BRB)
- (c) Le *Department for Transport* (DfT)
- (d) Le Ministère chargé des Transports en France (Direction générale des Infrastructures, des Transports et de la Mer)
qui ont été désignées comme parties intéressées par l'une ou l'autre des parties défenderesses et, comme telles, invitées par la commission intergouvernementale à formuler leurs observations sur le recours d'Eurostar.
- (e) La société DB Schenker UK (Ltd)
- (f) Le Groupe Eurotunnel SA
qui ont eu connaissance du recours d'Eurostar et qui ont spontanément formulé des observations.

Synthèse des définitions, abréviations et références retenues pour les besoins du présent rapport :

Commission intergouvernementale, ci-après "CIG", instituée par le décret n°86-342 du 11 mars 1986 relatif à la constitution de la commission intergouvernementale chargée de suivre l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe transmanche et le *Channel tunnel Act* de 1987 ;

Comité Binational Économique ci-après "CBE", constitué le 2 février 2010 et désigné par la CIG le 10 avril 2013 aux fins de l'assister dans le cadre du présent recours ;

Eurostar International Limited ci-après "Eurostar" ou "EIL", entreprise ferroviaire, demanderesse ;

France Manche SA (concessionnaire), gestionnaire de la liaison fixe, ci-après "Eurotunnel" ou "ET", défenderesse ;

The Channel tunnel Group Limited (concessionnaire), gestionnaire de la liaison fixe, ci-après "Eurotunnel" ou "ET", défenderesse ;

Groupe Eurotunnel SA, partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement binational, ci-après désignée Eurotunnel ;

DB Schenker Rail (UK) Ltd, partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement binational ci-après désignée "DB Schenker"

British Railways Board, partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement binational, ci-après désignée BRB ;

La Société Nationale des Chemins de Fer Français, partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement, ci-après désignée "SNCF" ;

Le *Department for Transport*, partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement, ci-après désigné "DfT" ;

Le Ministère chargé des Transports en France (Direction générale des Infrastructures, des Transports et de la Mer), partie intéressée au sens de l'article 12.3 du Règlement, ci-après désigné "DGITM".

Traité entre la République française et le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche, signé à Cantorbéry le 12 février 1986, ci-après "le Traité" ;

Directive 2011/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2011 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, ci-après la "Directive" ;

The Channel tunnel (International Arrangements) Order 2005, Statutory Instrument, numéroté SI 2005 No 3207, modifié, ci après « 2005 Order » ;

Décret n°86-342 du 11 mars 1986 relatif à la constitution de la commission intergouvernementale chargée de suivre l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe transmanche et du comité de sécurité ;

Accord de Concession du 14 mars 1986 conclu entre les Etats français et britannique et les sociétés France Manche SA et Channel tunnel Group Limited, ci-après dénommé l'accord de concession ;

Règlement de la commission intergouvernementale concernant l'utilisation du tunnel sous la Manche du 23 juillet 2009, ci-après "le Règlement" ou "le Règlement binational" ;

Règlement de Procédure de la commission intergouvernementale aux fins d'instruction des recours fondés sur l'Article 12 du Règlement concernant l'utilisation du tunnel ci-après "le ROP" ;

Document de Référence du Réseau Eurotunnel, horaire de service 2014, ci-après "DRR" ou "Document de Référence du Réseau" contenant l'ensemble des informations concernant les droits d'accès à l'infrastructure, notamment d'un point de vue technique, opérationnel et tarifaire

Convention d'utilisation conclue le 29 juillet 1987, et en vigueur jusqu'en 2052, entre Eurotunnel, British Railways Board (BRB) et la Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF), portant sur les principes et conditions d'utilisation des infrastructures, ci-après "*Railway Usage Contract*" ou "RUC" ;

Back to Back agreement conclu le 10 mai 1994 entre BRB , *European Passenger Services* (EPS) (à laquelle a été substituée Eurostar), Railway PLC et le Secretary of State for Transport, accord ayant pour objet la délégation par BRB à EPS de l'exécution opérationnelle de ses obligations en matière de transport de passagers au titre de la Convention d'utilisation, ci-après "les Accords back to back" ;

"Guide des meilleures pratiques pour les Documents de Référence du Réseau", publié par la Commission européenne le 4 février 2010 ;

Cour européenne des droits de l'homme ("CEDH") ;

Convention européenne des droits de l'homme ;

Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») ;

Commission européenne ("la Commission") ;

Secretary of State for Transport ("SOS") ;

Office of Rail Regulation ("ORR") ;

Protocole d'accord entre le DfT et l'ORR en date du 19 juillet 2007 ("MOU" ou « protocole d'accord »).

II. Synthèse du recours d'Eurostar et des mesures demandées :

11. Le recours porte sur le Document de Référence du Réseau Eurotunnel, version 2014.

Le paragraphe 3.3 du mémoire d'Eurostar ("le recours ") évoque ce qui suit :

« Le recours se rapporte aux décisions, aux actions et au comportement d'Eurotunnel en tant que gestionnaire d'infrastructure de la Liaison Fixe en ce qui concerne :

. le Document de Référence du Réseau,

- . les critères indiqués dans le Document de Référence du Réseau,*
- . le système des redevances figurant dans le Document de Référence du Réseau,*
- . la structure des tarifs d'infrastructure dont Eurotunnel peut imposer le versement à Eurostar (et à d'autres opérateurs), comme cela est énoncé dans le Document de Référence du Réseau,*

qui aboutissent à un traitement injuste et/ ou à une discrimination à l'encontre d'Eurostar et d'autres entreprises ferroviaires qui exploitent ou pourraient par ailleurs chercher à exploiter des services ferroviaires par le biais de la liaison fixe ».

12. Au paragraphe 3.5, il est dit que :

« Eurostar fonde son recours sur le défaut d'Eurotunnel à assurer une transparence appropriée de ses coûts et à justifier la structure de ses tarifs conformément au Chapitre II de la Directive 2011/14/CE, ainsi qu'elle est légalement tenue d'y procéder ... ».

13. Les demandes d'Eurostar sont détaillées au paragraphe 3.10 de sa requête. Eurostar sollicite, pour chacun des points a, b, c, en litige, une décision et une déclaration, selon lesquelles :

« a) le système des redevances énoncé dans le Document de Référence du Réseau n'est pas, au titre de la transparence et de la structure, établi conformément aux Principes de tarification et rubriques admissibles des redevances d'accès à l'infrastructure comme l'exigent l'article 11.4 du Règlement binational et la Directive [...]

b) la structure des tarifs énoncée dans le Document de Référence du Réseau n'a pas été justifiée par Eurotunnel au regard des Principes de tarification comme l'exigent les articles 11.4 et 11.5 du Règlement binational [...]

c) Eurotunnel n'a pas mené de consultation conforme et significative (en tenant compte équitablement des réponses reçues) concernant le Document de Référence du Réseau comme l'exige l'article 5.3 du Règlement binational ».

14. Au surplus, Eurostar demande que la CIG ordonne à Eurotunnel de :

« a) justifier, conformément aux articles 11.4 et 11.5 du règlement, la structure des charges énoncée dans le Document de Référence du Réseau au regard des principes de tarification ;

b) fournir, lors de l'établissement de la justification, les informations dont le détail est sollicité au paragraphe 3.11(b) de la requête ;

c) fournir toutes les informations pertinentes concernant la tarification, la comptabilité et le financement, ainsi que les éléments de preuve nécessaires pour valider la

structure de tarifs énoncée dans le Document de Référence du Réseau en regard des principes de tarification, ces éléments étant classés, répertoriés et identifiés par référence à chacune des rubriques admises en vertu des Principes de tarification ;

d) produire et publier une version révisée du Document de Référence du Réseau de 2014 qui soit, au titre de la transparence et de la structure, établie conformément aux Principes de tarification et aux rubriques admissibles de redevance d'accès à l'infrastructure comme l'exigent l'article 11.4 du Règlement et la Directive ».

III. Synthèse de la réponse d'Eurotunnel telle qu'issue du contre-mémoire :

15. La réponse d'**Eurotunnel** est contenue dans son contre-mémoire daté du 10 juin 2013 ("le contre-mémoire").

En résumé il est soutenu que :

a) La **CIG** n'est pas compétente pour traiter du recours parce que (i) la CIG est juge et partie, (ii) la CIG est fonctionnellement dépendante des gouvernements, (iii) elle cumule les fonctions de régulateur et d'autorité de contrôle, ce qui a pour effet de vicier la procédure dès l'origine, et (iv) qu'elle a fait preuve d'un manque d'impartialité envers les parties,

b) Le recours d'Eurostar est irrecevable. Eurostar n'attaque pas une décision spécifique d'Eurotunnel, elle se prévaut de manière abstraite d'une discrimination et d'un traitement inéquitable hypothétiques. Le recours d'EIL est aussi un abus de procédure, en ce qu'il vise à remettre en cause le mécanisme contractuel existant, qui lui permet d'accéder à l'infrastructure et de vérifier les redevances,

c) Sur le fond, Eurostar demande des informations auxquelles elle n'a pas droit et interfère avec les travaux de justification engagés entre la CIG (au titre de sa compétence de régulateur) et le gestionnaire de l'infrastructure. En toute hypothèse, le système de tarification d'Eurotunnel est parfaitement conforme aux exigences de la Directive.

16. Eurotunnel demande par conséquent à la CIG de :

« a) constater son incapacité à agir comme autorité de jugement dans la présente affaire et déclarer en conséquence le recours d'Eurostar sans objet ;

b) subsidiairement, déclarer irrecevables les demandes d'Eurostar ;

c) en tout état de cause, rejeter l'ensemble des demandes d'Eurostar ».

IV. Synthèse des réponses reçues des parties intéressées :

17. Dans son recours, **Eurostar** déclare que les parties intéressées qui pourraient être concernées sont "les autres utilisateurs (ou utilisateurs potentiels) de la liaison fixe". Dans sa lettre datée du 13 mai 2013, **Eurotunnel** a identifié la SNCF, **BRB** et

les gouvernements britannique et français, en tant que personnes intéressées, qui pourraient être concernées par le recours.

18. En conséquence, la **CIG** a informé la SNCF, *BRB* et les gouvernements britannique et français du recours, par lettres du 20 juin 2013, sollicitant leurs vues sur les questions soulevées par le recours, conformément à l'article 12 du ROP.

19. En outre la CIG a invité toutes les autres parties potentiellement intéressées à faire état de leurs observations en publiant un avis en ligne sur son site le 4 juin 2013.

20. La **CIG** a reçu des réponses (par ordre chronologique) de DB Schenker (**le 2 juillet 2013**), la SNCF (**le 17 juillet 2013**), du DfT (**le 18 juillet 2013**) et du Groupe Eurotunnel SA (**le 31 juillet 2013**).

21. Les réponses de DB Schenker, du DfT et du Groupe Eurotunnel sont, pour ce qui est nécessaire, brièvement résumées ci-dessous aux chapitres traitant des points qu'ils évoquent. Dans sa lettre datée du 17 juillet 2013, la SNCF a indiqué qu'elle ne souhaitait pas actuellement faire d'observations sur le recours.

22. Dans une lettre adressée à la CIG le **31 juillet 2013** Jacques Gounon (le Président d'Eurotunnel) a déclaré que le recours ne pouvait être dissocié de l'arbitrage précédemment sollicité par Eurostar en 2001, au motif que cet arbitrage portait sur la répartition des coûts d'Eurotunnel. M. Gounon a également critiqué la durée de la procédure.

23. Le **12 août 2013**, la CIG a répondu à la lettre de M. Gounon datée du 31 juillet 2013. La CIG a dénié les allégations selon lesquelles le processus prenait trop de temps et réitéré son engagement de conduire la procédure de façon équitable et rapide. Elle a rappelé que les pièces dont elle tiendrait compte dans le cadre du recours seraient les pièces produites par les parties.

V. Résumé des correspondances relatives au recours :

24. Suite à la réception du recours, le **22 mars 2013**, la CIG a écrit à Eurotunnel afin de l'informer qu'elle avait reçu un recours d'Eurostar et de fixer la procédure qu'elle avait l'intention de suivre pour l'examen de ce recours. Conformément au ROP, Eurotunnel était invitée par la CIG à soumettre son contre-mémoire, le 19 avril 2013 dernier délai. La lettre a été communiquée en copie à Eurostar.

25. Le **19 avril 2013**, la CIG a reçu une lettre de Quinn Emanuel LLP, pour le compte d'Eurotunnel, accusant réception de la lettre datée du 22 mars 2013 et notant que, Eurostar ayant déposé un recours, la CIG était tenue de fixer un calendrier de procédure, mentionnant la date des conclusions à déposer par Eurostar. Quinn Emanuel faisait en outre un certain nombre d'observations sur les conflits d'intérêts censés affecter la CIG et sur l'existence de discussions antérieures entre la CIG et Eurostar portant sur l'objet du recours. Il demandait également, pour la préparation du mémoire en réponse d'Eurotunnel, un délai au moins égal à celui dont avait bénéficié Eurostar dans la préparation de ses propres conclusions.

26. Le **22 avril 2013**, la CIG a écrit à Eurotunnel en réponse à sa correspondance du 18 mars 2013 (antérieure au recours), qui exprimait des préoccupations au sujet des pratiques de travail du CBE et du droit d'Eurotunnel à un traitement équitable de la part de la CIG. La CIG a répondu à ces préoccupations, en soulignant notamment que le CBE agissait de manière équitable et de façon impartiale.

27. Le **3 mai 2013**, la CIG a écrit à chacune des parties, en présentant la procédure qui serait suivie pour l'instruction du recours et en indiquant qu'elle inviterait toute partie intéressée à présenter ses observations. La CIG a demandé aux parties d'identifier toute partie intéressée par le recours, si elles le souhaitaient. Elle a invité EIL à fournir à la CIG toutes autres observations qu'elle estimerait nécessaire, ou à confirmer par écrit qu'elle n'entendait pas produire d'autres observations. La CIG a indiqué dans sa lettre à Eurotunnel qu'elle n'avait pas eu confirmation que Quinn Emanuel était chargé d'agir en son nom, et a confirmé qu'EIL avait été invitée à faire, le cas échéant, des observations supplémentaires.

28. Dans une lettre du **7 mai 2013** adressée à la CIG, EIL a confirmé qu'elle n'avait pas d'autres observations à faire à cette date. Elle a également indiqué qu'elle ne désignait pas de parties intéressées à consulter.

29. Par lettre datée par erreur du 7 mai 2013, mais rédigée et envoyée le **10 mai 2013**, la CIG a invité Eurotunnel à présenter un contre-mémoire dans un délai de 28 jours à compter de la date de réception, en joignant une copie mise à jour de la procédure. Cette lettre a également été envoyée à Eurostar.

30. Par lettre datée du **13 mai 2013**, Eurotunnel a indiqué que, bien que la lettre de la CIG l'invitant à présenter son contre-mémoire ait été datée du 7 mai 2013, elle n'avait en fait été reçue par Eurotunnel que le 10 mai 2013. Eurotunnel a exprimé son mécontentement quant à la date limite du 7 juin 2013. Elle a demandé à disposer d'un délai d'au moins trois mois pour préparer son contre-mémoire et a réitéré ses préoccupations quant à la prétendue absence d'impartialité de la CIG, du fait des réunions tenues entre la CIG et Eurostar avant la présentation du recours, dans le cadre des fonctions de régulation de la CIG. Eurotunnel a demandé des copies de tous les échanges qui avaient eu lieu entre la CIG et Eurostar avant que le recours ne soit déposé.

31. Le **20 mai 2013**, Eurostar a écrit à la CIG à propos des lettres d'Eurotunnel des 19 avril 2013 et 13 mai 2013. Entre autres, la lettre expliquait que selon Eurostar la substance du recours était simple et qu'il portait sur des questions ordinaires de régulation ne devant pas susciter le type d'approche agressive et quasi-procédurière adoptée par Eurotunnel. La lettre contenait un memorandum détaillant la réponse d'Eurostar aux questions de procédure et de calendrier évoquées dans les lettres d'Eurotunnel.

32. Le **27 mai 2013**, en réponse à la lettre d'Eurotunnel datée du 13 mai 2013, la CIG a contesté ses allégations à l'égard de la légitimité de la CIG en tant qu'organisme de régulation du tunnel, de son impartialité et de son indépendance. En réponse aux demandes d'Eurotunnel concernant la date de son contre-mémoire,

la CIG a prolongé le délai de réponse jusqu'au 10 juin 2013. Elle a également répondu aux préoccupations d'Eurotunnel sur la forme d'une éventuelle audience.

33. Comme indiqué ci-dessus, Eurotunnel a déposé son contre-mémoire le **10 juin 2013**.

34. Le **20 juin 2013**, la CIG a écrit aux parties pour leur demander d'identifier les passages de leurs communications qu'elles considéraient comme relevant du secret commercial.

35. A cette même date du **20 juin 2013**, la CIG a écrit à Eurostar en l'invitant à présenter sa réponse au contre-mémoire d'Eurotunnel, le 4 juillet 2013 au plus tard.

36. Toujours le **20 juin 2013**, et comme indiqué ci-dessus, la CIG a écrit aux parties intéressées identifiées par Eurotunnel pour les inviter à déposer leurs observations à propos du recours avant le 18 juillet 2013. Les réponses des parties intéressées sont résumées ci-dessous dans la mesure du nécessaire ; elles ne seront donc pas développées dans la présente section.

37. Le **24 juin 2013**, Eurostar a écrit à la CIG pour demander une prolongation de son délai de réponse jusqu'au 18 juillet 2013, au vu du nombre et de la complexité des nouvelles questions soulevées par Eurotunnel dans son contre-mémoire. Par lettre en date du **25 juin 2013**, la CIG a accordé la prorogation demandée.

38. Dans sa lettre à la CIG du **26 juin 2013**, Eurotunnel s'est opposée à la demande d'Eurostar visant à obtenir une prorogation de son délai de réponse et a critiqué la CIG pour n'avoir pas consulté Eurotunnel avant d'accorder ce nouveau délai. Elle a déclaré que cette prorogation de délai n'était nullement justifiée et demandé à la CIG de dire que la date limite demeurerait fixée au 4 juillet 2013.

39. Le **27 juin 2013**, Eurotunnel a présenté un contre-mémoire révisé, et des moyens nouveaux et a confirmé qu'elle n'avait pas de suppressions à y introduire avant son envoi aux parties intéressées.

40. Le **18 juillet 2013**, Eurostar a présenté sa réplique au contre-mémoire d'Eurotunnel ("la réplique"). Dans sa lettre d'accompagnement, Eurostar a mis en évidence des incohérences de traduction entre les versions française et anglaise du contre-mémoire d'Eurotunnel et demandé qu'Eurotunnel indique quelle était la version de référence.

41. Le **23 juillet 2013**, la CIG a écrit aux parties pour les inviter à présenter avant le 6 août 2013 leurs observations sur les réponses des parties intéressées. Elle a également invité Eurotunnel à soumettre, le cas échéant, une duplique dans les 14 jours.

42. Le **24 juillet 2013**, Eurotunnel a confirmé qu'elle n'avait pas l'intention de déposer une duplique en réponse à Eurostar, tout en formulant de nouveaux commentaires sur la question de la qualité d'Eurostar à déposer le recours.

43. Le 29 juillet 2013, la CIG a écrit aux parties pour proposer de tenir une audition le 2 octobre 2013.

44. Le 5 août 2013, Eurostar a écrit à la CIG pour obtenir des éclaircissements sur la mise en oeuvre de l'audition prévue dans le cadre du recours. Eurostar a également demandé des précisions sur la version de référence du contre-mémoire d'Eurotunnel. Eurostar a indiqué qu'elle répondrait aux inexactitudes matérielles contenues dans les communications d'Eurotunnel au cours de l'audition.

45. Le 6 août 2013, Eurotunnel a présenté ses observations sur la contribution envoyée par DB Schenker le 2 juillet 2013. Elle a noté que la plupart des observations portaient sur le trafic de fret et que la question était distincte de celle du trafic de passagers. Eurotunnel a réitéré sa position selon laquelle le processus de consultation sur le DRR est distinct du travail de justification bilatérale qu'Eurotunnel doit mener avec la CIG.

46. Le 12 août 2013, la CIG a répondu à la lettre d'Eurostar du 5 août 2013 et a confirmé qu'elle informerait les parties des dispositions administratives concernant l'audition au moins 28 jours avant la date de celle-ci.

47. Le 19 août 2013, Eurotunnel a envoyé à la CIG un courrier portant sur les délais, d'éventuelles présentations supplémentaires, et l'identité des parties.

48. Le 2 septembre 2013, la CIG a répondu à la lettre d'Eurotunnel en date du 19 août concernant l'audition, la documentation relative au recours et l'identité des parties,

49. Le 4 septembre 2013, la CIG a écrit aux parties sur l'organisation de l'audition.

VI. Identification des moyens :

50. Après instruction des mémoires des parties, le CBE est d'avis que les questions qui doivent être analysées par la CIG sont les suivantes :

(a) Deux questions préliminaires sont soulevées par Eurotunnel contestant la recevabilité du recours :

(i) la CIG n'aurait pas compétence pour accueillir le recours.

(ii) le recours ne serait pas recevable.

(b) Deux points de fond sont soulevés par Eurostar :

(i) Le Document de Référence du Réseau est-il conforme aux exigences du Règlement et de la Directive ?

(ii) La CIG peut-elle imposer des décisions à Eurotunnel et, si oui, lesquelles ?

51. Ces questions sont liées. Pour assister la CIG dans l'analyse de ce recours, le CBE a abordé chacune des quatre questions.

VII. Textes juridiques et procédure applicable :

52. La CIG a été créée en vertu du Traité. L'Article 10.1 du Traité stipule que :

« Une commission intergouvernementale doit être créée pour superviser, au nom et pour le compte des deux Gouvernements, toutes les questions relatives à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe. »

53. Les principes et les procédures à appliquer en ce qui concerne la fixation et la perception des redevances d'infrastructure ferroviaire et pour la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire sont traitées par la Directive. Les dispositions pertinentes de la Directive sont les suivantes :

(a) Le 5^{ème} considérant de la Directive énonce : *"Afin d'assurer la transparence et un accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires pour toutes les entreprises ferroviaires, toutes les informations requises pour exercer les droits d'accès sont à publier dans un document du réseau".*

(b) L'article 3.1 prévoit que le gestionnaire de l'infrastructure établit et publie, après consultation des parties intéressées, un Document de Référence du Réseau. L'expression *«Document de Référence du Réseau»* est définie à l'article 2.j :

"document précisant de manière détaillée, les règles générales, les délais, les procédures et les critères relatifs aux systèmes de tarification et de répartition des capacités, ce document contient aussi toutes les autres informations nécessaires pour permettre l'introduction de demandes de capacités de l'infrastructure".

(c) Selon l'article 3.2:

"Le Document de Référence du Réseau expose les caractéristiques de l'infrastructure mises à la disposition des entreprises ferroviaires. Il contient des informations précisant les conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire concernée. Le contenu du Document de Référence du Réseau est défini à l'annexe I. "

(d) L'annexe I prévoit, pour ce qui nous intéresse :

"Le Document de Référence du Réseau visé à l'article 3 doit contenir les informations suivantes :

...

"2. Un chapitre relatif aux principes de tarification et aux tarifs. Ce chapitre contient des précisions appropriées concernant le système de tarification ainsi que des informations suffisantes sur les redevances applicables aux services énumérés à l'annexe II qui sont offerts par un seul fournisseur. Il décrit en détail la méthode, la réglementation, les règles et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer l'article 7, paragraphes 4 et 5 ainsi que les articles 8 et 9. Il contient des informations concernant les modifications de redevances déjà décidées ou prévues "

(e) L'article 4.5 prévoit :

"Le gestionnaire de l'infrastructure s'assure que le système de tarification est appliqué de telle manière que les différentes entreprises ferroviaires effectuant des prestations de services de nature équivalente sur une partie similaire du marché soient soumises à des redevances équivalentes et non discriminatoires et que les redevances effectivement appliquées soient conformes aux règles définies dans le Document de Référence du Réseau "

(f) les articles 7.2 et 7.3 prévoient :

" Les États membres peuvent exiger du gestionnaire de l'infrastructure qu'il fournisse toute information nécessaire sur les redevances imposées. A cet égard, le gestionnaire de l'infrastructure doit être capable de prouver que les redevances d'utilisation de l'infrastructure réellement facturées à chacun des opérateurs en application des articles 4 à 12, sont conformes à la méthode, à la réglementation, et le cas échéant, aux barèmes définis dans le Document de Référence du Réseau. "

"Sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 ou 5 ou de l'article 8, les redevances perçues pour l'ensemble des prestations minimales et l'accès par le réseau aux infrastructures de services, sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire."

(g) L'article 8.1 à 8.3 prévoit :

"1. Un État membre peut, afin de procéder au recouvrement total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure et, si le marché s'y prête, percevoir des majorations sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, tout en garantissant une compétitivité optimale, en particulier pour le transport ferroviaire international de marchandises. Le système de tarification respecte les gains de productivité réalisés par les entreprises ferroviaires. Le niveau des redevances ne doit cependant pas exclure l'utilisation des infrastructures par des segments de marché qui peuvent au moins acquitter le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, plus un taux de rentabilité si le marché s'y prête.

"2. Pour des projets d'investissement spécifiques, qui seront réalisés à l'avenir ou dont la réalisation ne remonte pas à plus de quinze ans avant l'entrée en vigueur de la présente directive, le gestionnaire de l'infrastructure peut fixer ou maintenir des redevances plus élevées basées sur le coût à long terme de tels projets, pour autant qu'il s'agisse de projets améliorant le rendement et/ou la rentabilité qui, dans le cas contraire, ne pourraient pas ou n'auraient pas pu être mis en œuvre. De tels arrangements en matière de tarification peuvent également comporter des accords sur le partage du risque associé à de nouveaux investissements.

"3. Afin d'empêcher la discrimination, il est fait en sorte que les redevances moyenne et marginale d'un gestionnaire d'infrastructure donné pour une utilisation équivalente de son infrastructure et que des services comparables fournis dans le même segment de marché soient soumis aux mêmes redevances. Dans le Document de Référence du Réseau, le gestionnaire de l'infrastructure montre que le système de

tarification répond à ces exigences dans la mesure où il peut le faire sans révéler d'informations commerciales confidentielles ".

(h) l'article 30 tel que modifié¹ prévoit:

"1. Sans préjudice de l'article 21 paragraphe 6, les États membres instituent un organisme de contrôle. Cet organisme, qui peut être le ministère chargé des questions de transports ou tout autre organisme, est indépendant des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, et des candidats, sur le plan organisationnel, juridique, décisionnel et pour tout ce qui est décisions en matière financière. Cet organisme fonctionne conformément aux principes énoncés dans le présent article, les fonctions d'appel et de contrôle pouvant être attribuées à des organismes séparés.

"2. Un candidat peut saisir cet organisme de réglementation dès lors qu'il estime être victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice, notamment pour introduire un recours contre les décisions prises par le gestionnaire de l'infrastructure ou, le cas échéant, par l'entreprise ferroviaire en ce qui concerne :

- a) le Document de Référence du Réseau ;*
- b) les critères contenus dans ce document ;*
- c) la procédure de répartition et ses résultats ;*
- d) le système de tarification ;*
- e) le niveau ou la structure des redevances d'utilisation de l'infrastructure qu'il est, ou pourrait être tenu d'acquitter ;*
- f) le certificat de sécurité, l'application et le contrôle des normes et règles de sécurité.*

"3. L'organisme de contrôle doit veiller à ce que les redevances fixées par le gestionnaire de l'infrastructure soient conformes aux dispositions du chapitre II et non discriminatoires. Les négociations entre les candidats et un gestionnaire de l'infrastructure concernant le niveau des redevances d'infrastructure ne sont autorisées que si elles ont lieu sous l'égide de l'organisme de contrôle. L'organisme de contrôle intervient immédiatement si les négociations sont susceptibles de contrevenir aux dispositions de la présente directive.

"4. L'organisme de contrôle est habilité à demander les informations utiles au gestionnaire de l'infrastructure, aux candidats et à toute autre partie intéressée dans l'État membre concerné ; ces informations sont fournies sans tarder.

"5. L'organisme de contrôle est obligé de se prononcer sur toute plainte et adopte les mesures nécessaires afin de remédier à la situation dans un délai maximum de deux mois suivant la réception de toutes les informations. Nonobstant le paragraphe 6, les décisions prises par l'organisme de contrôle sont contraignantes pour toutes les parties concernées.

Au cas où un recours est introduit contre un refus d'octroyer des capacités de l'infrastructure ou contre les modalités d'une proposition de capacités, l'organisme de contrôle soit confirme qu'il n'y pas lieu de modifier la décision prise par le

¹ NB : par la Directive 2007/58/CE, JO 2007 L315/44

gestionnaire de l'infrastructure, soit il exige la modification de cette décision conformément aux lignes directrices fixées par l'organisme de contrôle.

"6. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour que les décisions prises par l'organisme de contrôle soient soumises à un contrôle juridictionnel".

54. Le Règlement binational concernant l'utilisation du tunnel sous la Manche a été adopté par la CIG le 23 juillet 2009 (décret n°2010-21 du 7 janvier 2010). Comme il ressort de l'article 1, il s'applique à l'utilisation des parties de la liaison fixe transmanche nécessaires à la prestation (entre autres) de services de transport internationaux de voyageurs, conformément (entre autres) à la Directive.

55. L'article 5 prévoit, pour ce qui nous intéresse :

« 5.1 Les Concessionnaires établissent, publient, tiennent à jour et le cas échéant, modifient un Document de Référence du Réseau pour la Liaison Fixe (le document de référence du réseau) conformément aux dispositions de l'article 3 et de l'annexe I de la directive 2001/14/CE susvisée.

5.2 Le Document de Référence du Réseau contient l'ensemble des informations nécessaires à l'exercice des droits d'accès à l'intérieur de la Liaison Fixe et notamment :

...

(d) les principes de tarification et les tarifs ... »

56. L'article 11.4 prévoit que :

"Les redevances sont fixées en conformité avec les principes de tarification pertinents définis au chapitre II de la directive 2001/14/CE susvisée, et notamment à l'article 8.2, à leurs exceptions, aux possibilités de réductions et de modulation, en tenant compte des performances et d'éventuels droits de réservation. Les Concessionnaires doivent aviser la commission intergouvernementale s'ils ont l'intention de négocier avec un demandeur de capacités le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure. Ces négociations ne sont autorisées que si elles ont lieu sous l'égide de la commission intergouvernementale, qui intervient immédiatement si elles sont susceptibles de contrevenir aux dispositions de la directive 2001/14/CE".

57. L'article 11.5 prévoit que :

"L'organisme de tarification doit être en mesure de justifier les redevances facturées au regard des principes définis dans ce règlement et dans le chapitre II de la directive 2001/14/CE, et en particulier, de montrer que le système de tarification a été appliqué aux entreprises ferroviaires d'une manière équitable et non discriminatoire. L'organisme de tarification respecte la confidentialité commerciale des informations fournies par les requérants ».

58. Conformément à l'article 12 :

"Une entreprise ferroviaire ou un regroupement international peuvent former un

recours devant la commission intergouvernementale si elle ou il estiment être victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice, en particulier contre les décisions prises par les Concessionnaires ou, le cas échéant, par l'entreprise ferroviaire, en ce qui concerne :

- (a) le Document de Référence du Réseau ;*
- (b) les critères contenus dans ce Document ;*
- (c) la procédure de répartition et ses résultats ;*
- (d) le système de tarification ;*
- (e) le niveau ou la structure des redevances d'utilisation de l'infrastructure qu'elle est, ou pourrait être tenu d'acquitter,*
- (f) les dispositions en matière d'accès au réseau.*

12.2 Pour l'instruction de ces recours, la commission intergouvernementale fait appel à des organismes ou experts désignés à cette fin, conformément à l'article 10.7 du Traité.

12.3 Les Concessionnaires et les autres parties intéressées fournissent, sans délais inutiles, à la commission intergouvernementale toute information demandée. En particulier, les Concessionnaires fournissent à la commission intergouvernementale toute information nécessaire lui permettant de s'assurer que les redevances fixées l'ont été sur une base non discriminatoire et conformément aux dispositions du chapitre II de la directive 2001/14/CE.

12.4 La commission intergouvernementale prend une décision et adopte les mesures nécessaires afin de remédier à la situation dans un délai de deux mois suivant la réception de toutes les informations nécessaires à ce recours. Nonobstant l'article 12.5, les décisions de la commission intergouvernementale sont contraignantes pour toutes les parties concernées.

12.5 Conformément à l'article 76 du règlement de la commission intergouvernementale concernant la sécurité de la liaison fixe transmanche signé à Londres le 24 janvier 2007, les décisions de cette commission prises en vertu des règlements binationaux établis conformément aux dispositions de l'article 10.3.e du Traité peuvent faire l'objet d'un recours devant l'une ou l'autre des juridictions française ou britannique, dans les conditions prévues par le droit national applicable à ces juridictions. La saisine d'une juridiction de l'un des deux Etats fait obstacle à la présentation d'une seconde requête ayant le même objet devant une juridiction de l'autre Etat.

12.6 Pour surveiller la concurrence sur le marché des services ferroviaires concernés par la Liaison Fixe, la commission intergouvernementale, sans préjudice des droits nationaux des deux Etats en matière de concurrence, fait appel à des organismes ou experts désignés à cette fin conformément à l'article 10.7 du Traité".

59. Le Règlement a été transposé en droit national au Royaume-Uni par *the 2005 Order*, sous sa forme amendée), et en France par le décret n° 2010-21 du 7 janvier 2010.

60. Les règles de procédure applicables au recours se trouvent dans le Règlement de procédure de la CIG. Comme mentionné ci-dessus, le présent rapport a été établi conformément à l'article 9.2 du Règlement de procédure.

VIII. Questions préliminaires

61. Ce rapport émet tout d'abord l'avis du CBE sur les deux questions préliminaires soulevées par Eurotunnel.

A. Question préliminaire 1 : compétence de la CIG à connaître du recours

62. La première question préliminaire est de savoir si la CIG est compétente à connaître du recours.

1. Les arguments des parties

63. Cette question a été soulevée par Eurotunnel et il est donc approprié de commencer par les arguments développés dans les mémoires déposés par Eurotunnel.

64. Eurotunnel soutient d'abord que la CIG manque d'indépendance à l'égard des Etats (le Royaume-Uni et la France). Elle note qu'Eurostar est détenue conjointement par la SNCF, la Société Nationale des Chemins de Fer Belges («SNCB») et *London and Continental Railways* («LCR») et agit sous le contrôle du ministre chargé des Transports en France et du *DfT* au Royaume-Uni. Eurotunnel estime que les deux Etats ont donc un intérêt direct dans l'issue de ce litige. Elle affirme que la CIG est un représentant des deux Etats, qu'elle est donc juge et partie et qu'en conséquence il existe un conflit d'intérêt irrémédiable.

65. À l'appui de cet argument, Eurotunnel évoque le Traité et l'Accord de Concession quadripartite entre la France, le Royaume-Uni, France-Manche SA et The Channel tunnel Group Ltd, du 14 mars 1986, qui mentionnent que la CIG qui agit «*au nom et pour le compte*» des Etats/ministères des Transports. Elle affirme que le ministère des Transports français "est [pourtant] omniprésent dans la conduite des activités de la CIG" (contre-mémoire, paragraphe 13). Elle souligne également le fait qu'en l'absence d'accord entre les chefs des délégations britannique et français, le différend sera renvoyé directement aux administrations des deux Gouvernements qui entameront alors un processus de consultation. Selon Eurotunnel, la CIG ne peut donc, in fine, être indépendante des deux Etats.

66. Eurotunnel souligne également le fait que la co-présidence du CBE a, au cours de l'année dernière, été assurée par M. Jean-Paul Ourliac avant qu'il ne rejoigne la SNCF. Eurotunnel affirme qu'il y a eu une période de chevauchement entre le travail de M. Ourliac en sa qualité de co-président du CBE et de par sa position en tant qu'administrateur de la SNCF, actionnaire majoritaire d'Eurostar. Cette situation crée un conflit d'intérêt dans le présent différend. En outre, M. Gareth Williams (directeur des affaires réglementaires et secrétaire général de la Société Eurostar) a précédemment travaillé au sein du *DfT* et, pour l'essentiel, dans les questions relatives au marché transmanche. Par un courrier du 19 août 2013, Eurotunnel évoque également le cas de Monsieur Richard Brown, ex-chairman d'EIL et actuellement membre du *DfT*.

67. Selon Eurotunnel, la CIG n'est pas indépendante des Etats et donc de la demanderesse Eurostar, société privée détenue conjointement par la SNCF, la SNCB, et LCR et agissant sous le contrôle du ministère chargé des transports en France et du *DfT* au Royaume-Uni. Ceci est en contradiction avec l'exigence de l'article 30.11 de la Directive qui prévoit la mise en place d'un organisme de contrôle indépendant. L'article 12 du Règlement binational, qui désigne la CIG pour régler les différends, n'est pas conforme à la Directive.

68. Le second argument principal d'Eurotunnel est que la CIG manque d'indépendance car « *elle ne peut par ailleurs cumuler les fonctions d'organe de régulation et d'organe de contrôle* ». Le CBE est l'organe chargé de mener les travaux de régulation économique (qui sont en cours sur le Document de Référence du Réseau depuis plus d'un an). Dans le cadre de ce travail de régulation, Eurotunnel doit justifier la structure de ses redevances au titre de l'article 11.4 du Règlement binational. Eurotunnel estime que, en sa capacité de régulateur, la CIG a obtenu des informations auprès des parties au présent litige, de manière non contradictoire. Plus précisément, la CIG a considéré comme confidentielles des informations et des discussions tenues avec Eurostar, alors même que ces informations étaient pertinentes pour le présent litige. Eurostar a formulé des critiques sur le système de tarification d'Eurotunnel et sa conformité avec les directives européennes, mais elles n'ont pas été transmises à Eurotunnel, même si elles vont inévitablement être prises en compte par la CIG lors de l'élaboration de sa décision sur le présent recours.

69. Eurotunnel soutient que, en ayant accès à des informations qui lui sont fournies en dehors du présent litige et en omettant de les divulguer à Eurotunnel, la CIG paraît avoir en fait pris position sur la question qui lui est aujourd'hui soumise en tant qu'autorité de jugement. Eurotunnel se réfère pour ce faire à une lettre de la CIG à Eurotunnel du 12 février 2013, qui selon elle manifeste « l'identité des opinions de la CIG avec celles d'Eurostar dès cette phase précoce de la procédure » (paragraphe 48 du contre-mémoire d'ET, [dans la version anglaise seulement, ndlr]). Cette lettre indique à Eurotunnel que la CIG "demeure très préoccupée par les problèmes de transparence et d'exactitude du DRR et estime qu'ils ne sont pas totalement résolus dans la version publiée pour 2014". Eurotunnel se réfère également aux commentaires de la CIG à propos du paragraphe 6.1 du Document de Référence du Réseau et sur le système tarifaire d'Eurotunnel. Eurotunnel estime que la CIG a donc préjugé du bien-fondé du recours.

70. Selon Eurotunnel, par conséquent, « *La CIG ne peut donc pas agir comme autorité de jugement dans cette affaire, sauf à violer les garanties les plus élémentaires de justice, notamment celles posées par l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme* » (contre-mémoire, paragraphe 53).

71. Dans sa réplique, Eurostar a répondu à ces arguments. Eurostar soutient que la CIG est l'autorité compétente pour statuer sur l'appel. Sa réponse peut se résumer comme suit.

72. Sur la question de l'indépendance de la CIG, Eurostar constate d'abord que les fonctions de la CIG et sa constitution « *sont connues, prévues et acceptées par*

toutes les parties depuis de nombreuses années » (Réplique, paragraphe 7). Eurostar estime qu'il serait particulièrement répréhensible qu'Eurotunnel cherche, par ses objections, à parvenir à la conclusion que le recours d'Eurostar ne peut être instruit par aucune juridiction.

73. Deuxièmement, Eurostar fait valoir que les questions d'indépendance et d'impartialité doivent être évaluées en tenant compte expressément du droit des parties à demander une révision judiciaire de la décision de la CIG. Eurostar se réfère à la jurisprudence de la CEDH selon laquelle il n'y a pas violation de l'article 6 de la Convention lorsque la procédure subit le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant les garanties de l'article 6.1 de la Convention. De l'avis d'Eurostar, la plainte formulée par Eurotunnel au titre de l'article 6 est, à ce stade, prématurée et inappropriée.

74. Troisièmement, Eurostar se réfère à la lettre de la CIG du 27 mai 2013, qui explique les dispositions mises en place pour assurer l'indépendance fonctionnelle de la CIG. Elle note que, bien que s'il soit possible qu'un point superficiellement similaire figure dans la procédure d'infraction récemment introduite par la Commission, cette procédure ne peut avoir aucun effet juridique sur le recours et qu'en tout état de cause, les préoccupations de la Commission ne semblent pas concerner les pouvoirs de la CIG dans le cas où une plainte est en cours.

75. Quatrièmement, Eurostar avance que les plaintes d'Eurotunnel à l'égard de Messieurs Ourliac et Williams n'ont pas de sens. M. Ourliac a quitté la CIG et ne peut exercer aucune influence sur elle. Quant à M. Williams, Eurotunnel n'a pas expliqué en quoi le fait qu'il ait travaillé pour le DfT dans le passé pourrait influencer la CIG.

76. Quant au fait que la CIG exerce des fonctions à la fois de régulation et de contrôle, Eurostar soutient qu'Eurotunnel se prévaut d'une " *fausse dichotomie, en tout cas pour ce qui concerne l'article 6 de la CEDH*" (réplique, paragraphe 13). "*Les fonctions de réglementation (sic,ndlr) et de contrôle sont pour l'essentiel traitées de manière semblable et contrastent généralement avec les activités disciplinaires ou quasi pénales*". De l'avis d'Eurostar, « *il n'y rien de fondamentalement inadmissible à ce que le même organisme de contrôle, exerce à la fois des fonctions de recours et d'autres fonctions de réglementation (sic) et il n'y a rien de spécifiquement inadmissible en l'espèce* ».

77. Quant à savoir si la CIG a préjugé du résultat du jugement, Eurostar considère que les plaintes d'Eurotunnel sont injustifiées, et n'aurait aucune objection à ce que la CIG adopte une démarche consistant à créer un dossier spécifique relatif au recours, en y incluant uniquement les documents fournis par les parties, et qu'elle statue sur le recours par référence à ces seuls documents.

78. La question préliminaire de l'indépendance de la CIG a également été spécifiquement abordée par le DfT dans sa lettre datée du 18 juillet 2013, adressée à la CIG au nom du secrétaire d'Etat aux Transports («SOS»). Ces observations se sont limitées à la question de savoir si la CIG est indépendante du gouvernement de la France et du Royaume Uni, qui ont des intérêts acquis dans EIL.

79. Le SOS observe que l'indépendance de la délégation britannique à la CIG est garantie par l'effet combiné de (i) l'article 4A du *2005 Order* (modifié), en vertu duquel au moins deux membres («les membres ORR») doivent être nommés après consultation de l'Office of Rail Regulation («ORR») et en tenant compte de sa recommandation, et (ii) un protocole d'accord entre le Ministère des transports et l'ORR en date du 19 juillet 2007 ("MOU"), en vertu duquel seuls les membres ORR (dont l'un doit être chef de délégation) peuvent participer à l'exercice « des fonctions de contrôle » de la CIG, définies conformément aux dispositions de la Directive (dont le traitement du recours). Il est interdit au Secretary of State for Transport, aux membres de la délégation britannique, autres que les membres ORR, et à tous les autres membres du Gouvernement britannique, de tenter d'influencer les membres ORR dans leur participation à l'exercice des fonctions de contrôle. Bien que le protocole d'accord ne soit pas juridiquement contraignant, le gouvernement le considère, en pratique, comme une obligation à laquelle il doit se conformer.

2. L'avis du CBE

80. L'avis du CBE est que la CIG ne doit pas accepter les arguments d'Eurotunnel sur la première question préliminaire. Les motifs du rapport du CBE sont énoncés ci-dessous.

(i) L'indépendance de la CIG

81. D'une première part, la question est de savoir si la CIG est suffisamment indépendante. Cette indépendance est à interpréter, selon les termes de l'article 30 de la Directive, au regard « *des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, des organismes de répartition et des candidats, sur le plan organisationnel, juridique, décisionnel et pour ce qui est des décisions en matière financière* ». Le CBE est d'avis que les points suivants sont particulièrement importants :

(a) L'exigence d'indépendance est inscrite à l'article 30.1 de la Directive qui reflète les principes généraux communs aux droits des États membres de l'UE, (et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ce texte n'étant pas de manière certaine applicable à la présente procédure), selon lesquels personne ne doit être juge dans sa propre cause.

(b) On peut se référer à la jurisprudence de la CEDH, par analogie, pour appréhender la notion d'indépendance au sens de l'article 30.1 de la Directive (pour une référence à la jurisprudence pertinente : CDEH Campbell et Fell contre Royaume-Uni du 28 juin 1984, série A n°32). Le caractère équitable de la procédure doit être apprécié globalement et à la lumière des questions que la CIG est appelée à trancher.

c) Mais le droit à une analyse équitable garanti par l'article 30.1 de la Directive est également régi par la législation européenne et ne repose pas uniquement sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'examinée par la CEDH. La Directive, en préconisant la création d'un organe

chargé de veiller à la bonne application des droits reconnus aux entreprises ferroviaires, a appliqué des garanties de nature à assurer l'indépendance de l'organisme de contrôle vis-à-vis des gestionnaires d'infrastructure, des organismes de tarification, des organismes de répartition et des candidats, ainsi que des parties en cause, et a édicté les garanties procédurales imposées à ce titre.

De par sa constitution et sa composition, la CIG remplit les conditions de l'article 30.1 de la Directive. Le Règlement binational a apporté des garanties procédurales supplémentaires. L'indépendance de l'organisme de contrôle est appréciée de façon objective, au regard des ses pouvoirs décisionnels comme à l'égard des parties en cause, selon les critères communément admis : « *Pour établir si un organe peut passer pour "indépendant", il échet de prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* » (CEDH, Langborger ctre Suède, 22 juin 1989, série A n° 155, §32).

(d) L'indépendance de la CIG doit donc être examinée au regard, d'une part, de la définition de sa mission et des objectifs qu'elle doit poursuivre, et qui sont directement tirés de l'article 30.1 de la Directive - texte qui autorise expressément que l'organisme de réglementation soit le ministère responsable des questions de transport, même si ce ministère (ou le Gouvernement dont il fait partie) a souvent un intérêt dans le transport ferroviaire -, et, d'autre part, du mode désignation de ses membres.

(e) La CIG est fonctionnellement indépendante de tout gestionnaire d'infrastructure, organisme de tarification, organisme de répartition ou candidat, et particulièrement des parties représentées au présent recours. Dans les sous-paragraphes qui suivent, le CBE examine les dispositions prises par le Royaume-Uni et la France pour protéger l'indépendance des délégations de la CIG.

(f) Les membres de la **délégation britannique** sont nommés par le SOS. Nous avons déjà vu qu'une telle nomination ne peut être en soi répréhensible.

(g) L'indépendance de la délégation britannique est protégée de la manière suivante :

(i) Conformément à l'article 4A (2) du *2005 Order* (tel que modifié), SOS doit s'assurer que deux membres de la délégation britannique sont nommés après consultation de l'Office of Rail Régulation (le régulateur indépendant désigné en vertu de l'article 30.1 de la Directive pour le territoire de la Grande-Bretagne, à l'exception du tunnel sous la Manche). Le pouvoir de nomination doit être exercé en vue notamment de faciliter l'exécution par la CIG de ses obligations en vertu de l'article 4 (1) du *2005 Order* (c'est à dire ses obligations en tant que régulateur du tunnel sous la Manche, conformément à l'article 30.3 de la Directive). Lors de la nomination des membres de la délégation britannique, par conséquent, le SOS est légalement tenu d'exercer son pouvoir de nomination de manière à garantir le caractère indépendant de la CIG².

² On peut relever également que l'article 4 (1) du *2005 Order* exige de la CIG qu'elle respecte ses obligations au titre de l'article 12 du Règlement. L'article 12 renvoie à des fonctions qui impliquent la détermination des droits civils. L'obligation faite au SOS d'exercer son pouvoir de nomination de manière à contribuer au

(ii) Conformément au protocole d'accord, le chef de la délégation britannique et un membre doivent être nommés par le SOS, après consultation de l'ORR, et en prenant en compte ses recommandations. Ces deux membres sont les « membres ORR » (MOU, paragraphe 1). Dans le cadre du protocole d'accord, seuls les membres ORR de la délégation britannique peuvent assumer des « fonctions de réglementation » de la CIG (dans le protocole d'accord ces fonctions sont définies en vertu de la Directive et du *2005 Order*, qui à cet effet comprend le Règlement). Dans le cadre du protocole d'accord, le SOS, les membres non-ORR de la délégation britannique et tout autre membre de l'administration gouvernementale ne peuvent influencer les membres ORR dans l'exécution des fonctions de régulation. Le protocole d'accord protège l'indépendance des membres ORR, nommés pour une durée déterminée de cinq ans maximum, période pendant laquelle ils ne peuvent être révoqués, si ce n'est pour des motifs très limités. Le protocole d'accord interdit ainsi au gouvernement d'exercer une influence sur les décisions et le fonctionnement de la CIG, conformément à la Directive³.

(iii) En ce qui concerne les cas individuels de M. Williams et M. Brown, évoqués par Eurotunnel, ni l'un ni l'autre ne sont membres de la CIG et le CBE n'a eu connaissance d'aucun élément suggérant qu'ils aient exercé une influence quelconque sur l'instruction du recours en dehors de la procédure régissant la représentation des parties concernées. En ce qui concerne les emplois occupés par ces personnes dans le passé, le CBE ne voit donc aucune raison de mettre en cause l'indépendance de la CIG, ni sous l'angle de la réalité objective, ni sous l'angle de la perception subjective

(h) En ce qui concerne la **délégation française**, l'indépendance des membres de la CIG dans chacune de ses fonctions résulte du statut qui leur est reconnu.

(i) Il convient de rappeler les termes mêmes du décret n°86-342 du 11 mars 1986 relatif à la constitution de la commission intergouvernementale chargée de suivre l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe transmanche et du Comité de sécurité, tel qu'il a été publié au JO du 12 mars 1986, et qui est strictement appliqué :

"Article 1er – « La délégation française à la commission intergouvernementale chargée de suivre l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe transmanche est constituée comme suit :

- deux titulaires et deux suppléants représentant le ministre chargé de l'économie, des finances et du budget ;*
- deux titulaires et deux suppléants représentant le ministre chargé des relations extérieures ;*
- un titulaire et un suppléant représentant le ministre chargé de l'Intérieur et de la décentralisation ;*
- deux titulaires et deux suppléants représentant le ministre chargé des transports.*

caractère indépendant de la CIG provient donc aussi de cette combinaison de dispositions (et, indirectement de la section 6 du *Human Rights Act* de 1998).

³ Bien que le MOU ne soit pas juridiquement contraignant, le gouvernement le considère, en pratique, comme une obligation à laquelle il doit se conformer. De plus, le CBE croit savoir que le gouvernement s'est toujours conformé au MOU. Le chef de délégation actuel (Christopher Irwin) et l'autre « membre ORR », Brian Kogan, ont tous deux été nommés en suivant la procédure prévue par le MOU.

Le Secrétariat général de la Commission est assuré par les services du ministère chargé des Transports.

Les membres de la délégation française et le secrétariat général sont nommés par arrêté du Premier ministre, sur proposition des ministres intéressés.

Le Chef de la délégation française est nommé par arrêté du Premier ministre parmi les membres de celle-ci ».

(ii) Les membres de la délégation française sont nommés par arrêté du Premier ministre et non par le ministre des Transports, ne font pas partie de la Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM) chargée de la tutelle de la SNCF, et ne sont donc pas susceptibles d'être en conflit d'intérêt sur les questions de régulation ferroviaire.

(iii) Le chef de la délégation française, qui, avec le chef de la délégation du Royaume-Uni, est conjointement responsable des prises de décision de la CIG, est actuellement un membre du Ministère des Affaires étrangères, nommé par le Premier Ministre.

(iiii) Les personnes désignées par le gouvernement n'ont ainsi aucun lien de dépendance fonctionnelle avec les services administratifs du ministère chargé des transports et sont totalement indépendantes du gestionnaire d'infrastructure ou de toute entreprise ferroviaire. A cela s'ajoute que la SNCF, actionnaire majoritaire d'Eurostar, mais qui n'a que deux représentants au Conseil d'administration de cet opérateur, est pour sa part un Etablissement Public Industriel et Commercial (EPIC), et est donc une personne morale de droit public distincte de l'Etat, qui dispose à ce titre de l'autonomie de gestion (article 24 de la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs). Par conséquent, la SNCF ne saurait exercer une quelconque influence sur la commission intergouvernementale par l'intermédiaire du ministère chargé des Transports, ce qui répond à l'objectif poursuivi par l'article 30 de la Directive.

(i) Quant à la situation de M J.P. Ourliac, elle est indifférente au cas d'espèce puisqu'il n'est pas membre de la CIG, qu'il n'a pas eu à connaître du présent recours et n'y a joué aucun rôle. Par décret du 7 mars 2013, M. Ourliac a été nommé membre du conseil d'administration de la SNCF en qualité de représentant de l'Etat. Il a aussitôt cessé toute activité de conseil auprès de la CIG.

(j) En ce qui concerne l'argument d'Eurotunnel selon lequel le Traité et le Règlement envisagent un processus de consultation entre les deux Gouvernements dans le cas où les chefs de délégation à la CIG ne peuvent parvenir à un accord sur la décision de la CIG sur le présent recours (voir l'article 10.5 et 18.a du Traité), le CBE note que, à moins que et jusqu'à ce qu'un tel désaccord se manifeste, cette préoccupation est hypothétique. Le CBE note également que l'article 18 doit être lu conjointement avec l'article 19, qui prévoit, en cas de différend entre les deux Etats, une procédure d'arbitrage présidée par un ressortissant de pays tiers, nommé, en ce cas, par le Président de la Cour de justice de l'Union européenne: voir l'article 19.2.c.

82. Pour toutes les raisons qui précèdent, l'avis du CBE, est que la CIG est suffisamment indépendante des parties et est de ce fait compétente pour traiter du recours.

(ii) la double fonction de régulation et de contrôle de la CIG

83. Le CBE traite maintenant du second point soulevé par Eurotunnel : à savoir si la double fonction de régulation et de contrôle de la CIG peut l'empêcher de connaître du recours - en particulier, le fait que la CIG a, dans le cadre de son travail réglementaire, eu des discussions et reçu des informations d'Eurostar en relation avec le projet de Déclaration du Réseau d'Eurotunnel pour 2014.

84. Le CBE considère qu'il ne peut y avoir une objection de principe au fait que la CIG possède une telle dualité de fonctions - au contraire, une telle situation est courante dans le contexte de la réglementation économique, et l'article 30.1 de la Directive elle-même prévoit qu'un organisme unique peut être chargé des deux fonctions.

85. Quant à la présentation spécifique d'Eurotunnel selon laquelle les droits de la défense ont été violés en vertu du fait que la CIG (a) eu des discussions confidentielles avec Eurostar (et, bien sûr, avec Eurotunnel), concernant le projet de Déclaration du Réseau d'Eurotunnel pour 2014 et (b), exprimé ses préoccupations dans sa lettre du 12 février 2013 au sujet du caractère insuffisant des renseignements fournis dans le DRR, le CBE fait les observations suivantes :

- (a) Les discussions avec les parties se sont déroulées dans un contexte et dans un but différent. Ni ces discussions ni les informations reçues des parties ne sont pertinentes et elles ne seront pas prises en considération lors de l'instruction ou de la prise de décision de la CIG sur le recours. La CIG a déjà confirmé qu'elle prendra en considération uniquement les informations et les documents qui lui sont fournis dans le cadre du recours (voir la lettre de la CIG à Eurotunnel du 27 mai 2013). Toutes les parties ont accès aux mêmes informations et documents. En la circonstance, il n'est pas envisageable que la CIG prenne une décision sur la base d'informations non communiquées à l'une ou l'autre partie.
- (b) Le fait que la CIG a déjà commenté le Document de Référence du Réseau, conformément à la procédure de consultation prévue à l'article 5.3 du Règlement, ne peut l'empêcher de traiter de ce recours. En premier lieu, ces commentaires ont été basés sur la version du Document de Référence du Réseau de l'époque. Deuxièmement, ces commentaires n'étaient pas conclusifs (comme Eurotunnel le souligne elle-même).⁴ Troisièmement, les commentaires ont été faits dans un contexte différent et ne constituent pas un stade préliminaire de la procédure de recours.
- (c) Enfin, les articles 30.6 de la Directive, 12.5 du Règlement et 10.8 du ROP prévoient chacun une possibilité de recours juridictionnel contre les décisions de la CIG, ce qui permet à toute partie non-satisfaite d'obtenir un ré-examen indépendant de la décision, y compris en invoquant l'iniquité de la procédure.

⁴ Voir contre-mémoire, paragraphe 51 : « ces conclusions ne reflètent que l'état des discussions entre Eurotunnel et la CIG au jour où les travaux [c'est-à-dire le travail de régulateur de la CIG] se sont interrompus » du fait du recours [ndlr : les versions française et anglaise du contre-mémoire divergent]

86. Pour les raisons qui précèdent, le CBE est d'avis que le fait que la CIG exerce à la fois des fonctions de régulation et de contrôle ne la met pas en incapacité d'examiner le recours.

B. Question préliminaire 2 : recevabilité du recours

87. La deuxième question préliminaire soulevée par Eurotunnel a trait à la recevabilité du recours.

1. Les arguments des parties

88. Eurotunnel soutient que le recours est irrecevable pour deux motifs. Le premier est qu'Eurostar n'a pas qualité pour déposer le recours. Le second est que le recours est un abus de la procédure prévue à l'article 12 du Règlement. Les arguments d'Eurotunnel sur chaque point sont résumés ci-dessous.

89. Eurotunnel soutient qu'Eurostar n'a pas qualité à agir parce que ses allégations sont hypothétiques à tous égards. Eurostar ne se plaint pas d'être victime de discrimination ou de traitement injuste, mais simplement du fait qu'elle pourrait hypothétiquement en être victime. En outre, Eurostar ne précise pas en quoi cette discrimination ou ce traitement injuste consisterait. De l'avis d'Eurotunnel, ce n'est pas surprenant : Eurostar ne peut pas être victime de discrimination, de traitement injuste ni d'aucun préjudice, car elle est toujours en situation de monopole. Eurostar est le seul opérateur de services de passagers dans le tunnel sous la Manche et continuera de l'être en 2014. Sa position de monopole sera donc préservée au moins jusqu'en 2015. Dans ce contexte, les allégations d'Eurostar à l'égard du Document de Référence du Réseau sont purement spéculatives et prématurées. Selon Eurotunnel, ces affirmations sont contraires à l'objectif de l'article 12 du Règlement : le but de cette disposition n'est pas de créer un mécanisme par lequel toute personne peut, dans l'abstrait, s'appuyer sur les dispositions de la Directive, indépendamment d'un préjudice identifié ou d'un dommage subi.

90. Eurotunnel soutient ensuite que le recours constitue un abus de la procédure prévue par l'article 12 du Règlement. Eurotunnel souligne que le droit d'Eurostar à opérer dans le tunnel sous la Manche est régi par le « Rail Usage Contract » («RUC»), signé le 29 juillet 1987 entre Eurotunnel d'une part et les chemins de fer nationaux respectifs (" les réseaux ") d'autre part. Eurostar est bénéficiaire du RUC en vertu d'un accord Back-to-Back conclu le 10 mai 1994⁵. Le RUC concerne les principes et les conditions d'utilisation de l'infrastructure par les Réseaux, y compris le cadre de tarification. En contrepartie du droit d'accès à la moitié de la capacité du tunnel, les Réseaux (et donc Eurostar) doivent payer les redevances d'utilisation et une partie des coûts d'exploitation d'Eurotunnel. Le calcul des tarifs et coûts d'exploitation payés par Eurostar pour la circulation de ses trains dans le tunnel est entièrement basé sur les principes contenus dans le RUC. Eurotunnel se prévaut d'un arbitrage initié par les Réseaux (au nom d'Eurostar) à propos du RUC en 2001

⁵ *Back to back agreement relating to the Channel Tunnel Usage Contract between British Railways Board, European Passenger Services Limited, British Railways Board acting by its Rail Freight Distribution division, Railtrack PLC and the Secretary of State for Transport.*

concernant notamment le calcul des coûts d'exploitation d'Eurotunnel. L'arbitrage a conduit à une sentence en 2005, puis à une proposition amiable de règlement. Les parties au RUC ont ensuite conclu en 2006 un accord sur la répartition des coûts d'exploitation, qui est toujours en vigueur. Eurotunnel précise que ces textes sont les seuls applicables à la relation entre Eurotunnel, les réseaux et Eurostar. Eurotunnel estime qu'en ouvrant la présente action Eurostar cherche à contester précisément les principes contenus dans ces textes.

91. Eurotunnel soutient que le RUC contient un mécanisme de contrôle très précis permettant la vérification des redevances d'utilisation d'Eurotunnel et des coûts d'exploitation. De ce fait, Eurostar est en mesure d'obtenir des informations beaucoup plus détaillées que celles qui sont demandées dans le cadre du recours.

92. Eurotunnel soutient qu'Eurostar a choisi artificiellement de se positionner sur le terrain du droit de l'UE pour contester le système de tarification et de redevances régi par le RUC en vertu des principes plus généraux issus du Traité et de la Concession. Eurotunnel estime que *«le présent recours n'est qu'un prétexte dont le but réel est de remettre en cause les accords existant entre les parties à la Convention d'utilisation, de surcroît devant la mauvaise juridiction»* (contre-mémoire, paragraphe 104). Elle soutient que la Directive ne peut être interprétée comme modifiant rétroactivement le RUC, avec pour effet de priver Eurotunnel de ses droits contractuels. Cette modification rétroactive devrait faire l'objet d'une indemnisation à Eurotunnel, afin de se conformer à l'article 1 du protocole n°1 de la CEDH (« A1P1 »).

93. Les observations d'Eurostar en réponse sont contenues dans son mémoire en réplique.

94. Eurostar soutient avoir qualité pour intenter le recours. L'article 12.1 du Règlement se réfère à une exigence de situation très large, compte tenu de l'expression «tout autre préjudice», qu'Eurostar décrit comme une expression « par défaut». Eurostar soutient qu'elle estime à juste titre être lésée par le manque de transparence et l'insuffisance d'informations du Document de référence de réseau. Eurostar ajoute que son grief à l'égard du Document de Référence du Réseau n'a rien d'hypothétique. Elle souligne que le marché européen du transport ferroviaire de passagers, y compris la liaison fixe, est ouvert à la concurrence. Eurostar estime que, pour soutenir efficacement la concurrence, les entreprises ferroviaires actuelles et potentielles, ont besoin dès à présent que soit assurée la transparence des coûts d'Eurotunnel, au lieu d'obtenir une telle transparence seulement dans l'année au cours duquel les services concurrents débiteront. Les décisions d'investissement sont nécessairement faites un certain nombre d'années à l'avance et exigent une évaluation de l'analyse de rentabilité. Cela exige la transparence des coûts d'accès (à la fois les siens et ceux de ses concurrents). Eurostar fait valoir que l'absence de cette transparence lui crée un réel préjudice. En outre, le marché des passagers transmanche est couvert par divers opérateurs qui offrent divers modes de transport et exercent différents degrés de pression concurrentielle les uns sur les autres. En conséquence, on peut dire qu'Eurostar est en concurrence avec les autres modes de transports. Afin de se mesurer efficacement à la concurrence, Eurostar a besoin de transparence sur ses coûts et doit obtenir l'assurance qu'ils sont engagés par référence à des redevances dûment légitimées.

95. Eurostar soutient ensuite que le recours ne constitue pas un abus de procédure. Le droit de recours au titre de l'article 12 du Règlement est ouvert à Eurostar et a été invoqué. Ce droit n'est pas soumis à une condition selon laquelle il ne pourrait être invoqué qu'en dernière instance ; une telle condition serait contraire au droit européen, et constituerait une violation des droits d'Eurostar. La simple existence d'un droit contractuel (au titre de l'Accord Back-to-Back et du RUC) n'exclut pas le bénéfice des droits réglementaires prévus par le droit public.

96. Eurostar estime que, dans tous les cas, les deux lignes d'action qui s'offrent à elle ne sont même pas suffisamment semblables pour fonctionner en parallèle : il s'agit de voies différentes qui aboutissent à des résultats différents. Le droit découlant du RUC concerne uniquement les informations correspondant aux rubriques énoncées dans le contrat, tandis que le droit découlant de la Directive et du Règlement stipule que les rubriques doivent être mises en conformité avec les principes de tarification. Le Document de Référence du Réseau a omis d'inclure les informations pertinentes se référant aux principes de tarification et donc, pour Eurostar, la bonne démarche à suivre, afin de remédier à cette omission, est d'en appeler à la CIG.

97. Enfin, Eurostar conteste l'argument avancé par Eurotunnel, lequel se demande si le droit communautaire peut venir modifier un contrat de droit privé (une hypothèse qu'Eurostar n'accepte pas), argument non pertinent, étant donné que le recours d'Eurostar se rapporte au Document de Référence du Réseau.

98. Dans sa lettre du 24 juillet 2013, Eurotunnel affirme que le recours d'Eurostar n'était fondé que sur les notions de «traitement injuste» et de «discrimination» au sens de l'article 12 du Règlement. Eurotunnel constate que par contraste le mémoire en réplique cherche à s'appuyer sur l'expression "tout autre préjudice". Eurotunnel soutient que "le changement de position d'Eurostar est opportuniste".

2. L'avis du CBE.

99. Le CBE est d'avis que la CIG reconnaisse que le recours est recevable, pour les raisons suivantes.

L'intérêt à agir :

100. Le CBE examine d'abord le point de savoir si Eurostar a qualité pour introduire le recours. Le CBE note que l'article 12.1 du Règlement, qui est issu de l'article 30 (2) de la Directive, est rédigé en termes généraux. Le requérant n'a pas besoin de prouver qu'il a été victime d'un traitement injuste ou discriminatoire réel : l'expression «*ou de tout autre préjudice*» l'indique clairement. De même, l'utilisation du mot «*estime*» indique qu'on doit rechercher si les conditions subjectives sont remplies, et non les conditions objectives, - bien que le CBE soit d'avis que la conviction du demandeur doit être raisonnablement fondée - ; cette formulation ne laisse pas entendre que le critère en question soit difficile à remplir⁶.

⁶ DB Schenker fait remarquer qu'elle ne possède pas d'éléments prouvant qu'EIL (ou DB Schenker elle-même) ont été victimes d'inégalités de traitement ou de discrimination de la part d'Eurotunnel. Toutefois, DB Schenker apprécierait de recevoir des informations transparentes confirmant et garantissant qu'elle est traitée sur un

101. Au sens le plus large, l'exigence est que le demandeur doit au minimum montrer qu'il se croit «lésé» en quelque sorte. Dans le droit interne du Royaume-Uni, cette expression est appréhendée en un sens relativement large au regard de la notion de qualité à contester les décisions des autorités publiques. Par exemple, dans l'affaire « *Merger Action Group v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* »[2008] CAT 36 à [39] et suivants la juridiction compétente au Royaume-Uni), en examinant la notion de personne «lésée» au sens de l'article 120 de la Loi sur les entreprises de 2002 (EA02), a déclaré qu'elle ne voyait "aucune raison pour que les facteurs qui éclairent la question de la qualité à agir soient tout à fait différents" dans ce contexte, par rapport à l'interprétation ordinaire du terme "intérêt suffisant" au Royaume-Uni, apprécié dans le cadre d'une procédure judiciaire (voir [41]). En fin de compte, cependant, la question devait être déterminée «à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire» (voir [44]). Le CAT a également évoqué le cas *Attorney General of the Gambia v N'Jie* [1961] AC 617, 634, où Lord Denning a déclaré : « *L'expression « personne lésée» est à prendre au sens large et ne doit pas être soumise à une interprétation restrictive Elle ne s'applique pas, bien entendu, à un simple trouble-fête qui interfère dans les choses qui ne le concernent pas, mais elle s'applique à une personne qui a un véritable grief parce qu'une ordonnance a été rendue qui porte préjudice à ses intérêts »* (soulignement ajouté).

102. De même, en vertu du droit français "l'intérêt à agir" est admis de façon assez large.

Le Conseil d'Etat, dans sa décision « Syndicat des avocats de France », du 29 juillet 1998, affirme l'existence « *d'un principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel* ». D'où une tendance presque naturelle à considérer que le seul fait d'appartenir à une catégorie juridique donnée ou de se prévaloir d'une « qualité » déterminée confère *ipso facto* qualité pour agir. En France donc, tout requérant qui a un intérêt direct et suffisant, est recevable à agir.

103. Cette conception de « l'intérêt à agir » se retrouve chez le Commissaire du Gouvernement MOSSET (Conclusions sur CE 26 octobre 1956 « Association Générale des Administrateurs Civils ») pour qui : "*la reconnaissance d'un intérêt ouvrant le recours ... est subordonnée à une double condition. Il faut que la décision attaquée lèse le requérant matériellement ou moralement, qu'elle ait pour lui des conséquences fâcheuses sur l'un ou l'autre plan. Mais il faut aussi que ces conséquences fâcheuses atteignent le requérant en une qualité, à un titre particulier, en tant qu'appartenant à une catégorie définie et limitée ... Le requérant doit être, par rapport à l'acte dans une situation particulière*".

104. Mais il faut aussi relever, à côté de cette conception "subjective" de l'intérêt à agir une tendance vers une conception "objective" de l'intérêt fondé sur la notion de qualité correspondant à la situation juridique prédéterminée dans laquelle se trouverait l'individu ou le groupement et qui lui donnerait, de façon institutionnelle intérêt pour agir.

pied d'égalité avec les entreprises ferroviaires filiales d'Eurotunnel, non seulement du point de vue des redevances, mais aussi d'un point de vue opérationnel.

105. Si ces principes sont appliqués et, notamment, si on se pose la question de savoir si Eurostar (croit qu'elle) possède un «grief véritable» parce que la décision d'adopter le Document de Référence du Réseau dans sa forme actuelle porte préjudice à ses intérêts, le CBE estime que le recours est recevable. Les redevances fixées par le DRR représentent les conditions d'accès à la liaison fixe, et le niveau des redevances pour les concurrents d'Eurostar. Le CBE est d'avis que ceci concerne potentiellement Eurostar, sans pour autant reconnaître à Eurostar une qualité à agir quand elle fonde son recours pour le compte des autres entreprises ferroviaires qui exploitent ou pourraient par ailleurs chercher à exploiter des services ferroviaires.

106. Le CBE est d'avis qu'Eurostar avance un argument non dénué de pertinence, quand elle affirme, au paragraphe 26 de sa réplique, qu'il est important pour elle d'avoir une compréhension claire de la base sur laquelle Eurotunnel se propose de fonder les redevances applicables aux concurrents d'Eurostar sous le régime du Document de Référence du Réseau. En ce qui concerne les charges, le but du Document de Référence du Réseau est de définir la base des tarifications qui seront appliquées à tous les concurrents d'Eurostar qui souhaiteront faire usage de la liaison fixe. Il serait insuffisant, comme Eurostar le dit, de n'avoir accès à la compréhension de ces dispositions qu'au moment du lancement des services concurrents, sachant que les décisions d'investissement sont généralement prises bien à l'avance de la mise en exploitation et que, afin de prendre de telles décisions, il est nécessaire à Eurostar d'avoir une bonne compréhension des coûts d'accès susceptibles d'être appliqués à ses concurrents.

107. De ce point de vue, lorsqu'Eurotunnel allègue que la structure des charges figurant dans le Document de Référence du Réseau est basée sur les mêmes principes que ceux du RUC, elle ne démontre pas qu'elle est conforme aux exigences de la Directive et du Règlement. Il est à noter que les charges figurant dans le RUC ont été mises en place avant l'adoption de la Directive et ne sont pas basées sur les principes de tarification et les exceptions énoncées dans la Directive. Ceci tend à confirmer le préjudice allégué par Eurostar : si le Document de Référence du Réseau a besoin d'être modifié pour tenir compte des exigences de la Directive et du Règlement, il est potentiellement important pour Eurostar de connaître la nature de ces modifications à l'avance, plutôt que d'être obligée d'attendre qu'un nouvel entrant la conteste en justice, ce qui pourrait conduire à une modification importante de la situation concurrentielle, incluant potentiellement une réduction des coûts supportés par les concurrents d'Eurostar.

108. En outre puisqu'Eurostar paye déjà des redevances à Eurotunnel, mais au titre du RUC, le CBE constate qu'elle a déjà, individuellement, au titre de l'article 11.5 du Règlement et de l'article 7.2 de la Directive, certains droits à obtenir directement la justification des redevances. Le CBE constate que ces droits ont potentiellement un rapport avec la question de savoir si Eurostar a intérêt à agir au sujet des questions traitées dans le recours.

109. De l'avis du CBE, par conséquent, et au regard du droit anglais, il ne peut pas être dit qu'Eurostar tombe dans la catégorie de «trouble-fête qui interfère dans les choses qui ne [le] concernent pas», pour citer Lord Denning dans *N'Jie*, et, au regard du droit français, Eurostar en tant que requérant a un intérêt direct et suffisant à agir.

Si un ou plusieurs des motifs du recours d'Eurostar sont valides, alors Eurostar est, de l'avis du CBE, lésée par les lacunes dont elle se prévaut.

110. Le CBE note qu'Eurotunnel n'a pas réellement contesté le passage du mémoire d'Eurostar où cette dernière se dit lésée. Comme il est dit ci-dessus, dans sa lettre du 24 juillet 2013 Eurotunnel mentionne simplement ce qu'elle décrit comme «le changement de position» «opportuniste» de la Réplique. Dans cette lettre, Eurotunnel ne jugeait pas utile de déposer une duplique. Le CBE convient qu'Eurostar a, pour la première fois, affirmé qu'elle était « lésée » dans la Réplique et non dans son mémoire, qui mentionne seulement un « traitement inéquitable » et/ou une discrimination à son égard (et à l'égard d'autres opérateurs). Le CBE est d'avis toutefois, qu'il était raisonnable pour Eurostar de répondre à l'argument de non-recevabilité énoncé par Eurotunnel en se référant aux exigences spécifiques de l'article 12 du Règlement et qu'il ne serait, dès lors, pas approprié de se prononcer sur la question de la recevabilité sur le seul fondement du mémoire. En arrivant à cette conclusion sur la question de la recevabilité, le CBE ne préjuge en rien le **fond** des motifs de recours, ni à l'égard de l'« établissement » par Eurotunnel des charges (voir l'Article 11.4 du Règlement) ni à l'égard des « justifications » des charges facturées (voir article 11.5).

Abus de procédure

111. Le CBE examine maintenant la question de savoir si le recours constitue un abus de procédure, comme le prétend Eurotunnel.

En résumé, le CBE ne considère pas (i) que l'existence du RUC et la capacité d'Eurostar, via les réseaux, et en vertu du RUC, à vérifier les redevances d'utilisation et de coûts d'exploitation d'Eurotunnel, permettent de dire que le recours constitue un abus de la procédure engagée sur le fondement de l'Article 12.1 du Règlement. ni (ii) que la sentence arbitrale rendue en 2005 rend le recours irrecevable.

112. Le point de départ est la formulation de l'Article 12.1 lui-même (et de l'article 30 (2) de la Directive), qui ouvre un droit de recours aux entreprises ferroviaires qui se considèrent comme victimes d'un préjudice⁷.

En dehors de l'objet du recours, ce droit, qui ressort de la législation communautaire, n'est qualifié en aucune façon, et le CBE ne voit aucune raison de recourir à une telle qualification. De toute évidence, il n'y a rien dans le texte de la loi qui exclue la possibilité pour un client existant du gestionnaire de réseau, acquittant des redevances au titre d'un contrat préexistant, d'intenter un recours. En principe, donc, Eurostar est parfaitement en droit d'introduire un recours devant la CIG contre les décisions prises par Eurotunnel concernant (entre autres) le Document de Référence du Réseau, et les critères contenus dans le système de tarification.

113. De plus, le CBE est d'avis que si Eurostar est fondée à obtenir la vérification des charges d'utilisation prélevées par Eurotunnel au titre du RUC et des coûts d'exploitation d'Eurotunnel, cet exercice ne se substitue pas au droit d'Eurostar à obtenir des informations conformément à la Directive et au Règlement. Comme Eurostar l'a noté, son droit contractuel se rapporte seulement aux informations sur la

⁷ Par conséquent, le CBE ne peut pas accepter l'affirmation d'Eurotunnel selon laquelle le RUC et le *back to back agreement* sont les seuls textes applicables à la relation entre Eurotunnel et EIL.

nature des charges exposées dans le RUC, tandis que les droits ouverts par la Directive et le Règlement sont plus vastes, exigeant non seulement que les charges appliquées dans la réalité soient justifiées dans le cadre du Document de Référence du Réseau (voir l'Article 4 (5) de la Directive) mais aussi que le Document de Référence du Réseau lui-même soit conforme aux exigences des Principes de tarification (voir l'Article 3 (2), l'Annexe I et les Articles 7 à 9 de la Directive). Si, comme l'allègue Eurostar, le DRR ne contient pas les informations pertinentes se référant aux principes de tarification, cette omission ne peut être contestée que par la voie d'un recours au titre de l'article 12.1 du Règlement.

114. Les documents concernant la sentence arbitrale n'ont pas été communiqués au CBE dans le cadre du recours. Pour la raison indiquée au paragraphe 113, le CBE est d'avis qu'une sentence arbitrale concernant le RUC signé entre Eurotunnel, la SNCF et BRB n'est pas de nature à rendre irrecevable un recours d'Eurostar concernant la compatibilité entre le DRR et le Règlement binational.

115. Le CBE observe que les questions de savoir si le recours est fondé et s'il constitue un abus de procédure sont liées. Si, comme le CBE le considère, Eurostar peut raisonnablement adopter le point de vue qu'elle est "affectée" par le Document de Référence du Réseau, parce qu'elle doit comprendre la base sur laquelle ses futurs concurrents seront facturés pour l'accès au Lien Fixe, et donc la seule voie qui lui est ouverte pour obtenir une compréhension plus complète du Document de Référence du Réseau est le recours à la CIG ; l'exercice de ses droits contractuels sous le régime du RUC ne peut lui permettre d'accéder à ce résultat.

116. Pour toutes les raisons qui précèdent, par conséquent, l'avis du CBE est que le recours soit déclaré recevable.

IX. Les moyens fondant le recours d'Eurostar

117. Cette section du rapport présente les recommandations du CBE concernant les motifs du recours d'Eurostar. Comme pour les questions préliminaires, le CBE énonce d'abord, à l'égard de chaque motif invoqué, un résumé des arguments des parties, puis ses propres recommandations.

PREMIER MOYEN DEVELOPPE : Eurotunnel n'a pas assuré la transparence de ses coûts et n'est pas en mesure de justifier la structure de ses charges conformément au chapitre II de la Directive.

118. Le premier moyen du recours est que, dans le Document de Référence du Réseau, Eurotunnel n'a pas réussi à assurer la transparence de ses coûts, ni à justifier de la structure de ses charges conformément au chapitre II de la Directive. Eurostar sollicite une décision et déclaration selon lesquelles le système de tarification énoncé dans le Document de Référence du Réseau n'est pas, sur les questions de transparence et de structure, établi en conformité avec les principes de tarification et les chefs admissibles pour facturer l'accès à l'infrastructure comme l'exigent l'article 11.4 du Règlement et la Directive. Eurostar souhaite aussi une décision et une déclaration selon lesquelles la structure des charges énoncée dans le Document de Référence du Réseau n'a pas été justifiée par Eurotunnel sur la

base des principes de tarification comme l'exigent les articles 11.4 et 11.5 du Règlement⁸.

1. *Les arguments des parties*

119. Dans son mémoire, Eurostar fait valoir que l'approche du Document de Référence du Réseau, consistant à réduire les charges à deux catégories (frais de réservation et péage par passager) ne fournit aucune transparence, ou une transparence minimale ; le Document de Référence du Réseau ne satisfait pas les exigences du Règlement relatives à la transparence et à la justification des redevances en référence aux Principes de tarification, ni ne respecte la structure des redevances exigées par la Directive.

120. Dans son contre-mémoire, Eurotunnel soutient qu'elle a respecté les obligations que lui impose la Directive. Premièrement, elle soutient que le Document de Référence du Réseau est suffisamment transparent. Elle soutient que l'article 11.5 du Règlement impose à Eurotunnel l'obligation de justifier son système de tarification à la CIG, en sa qualité de régulateur, et non à d'autres parties. Ce travail de justification, qui nécessite qu'Eurotunnel donne accès à ses registres comptables et justifie le détail de ses calculs, est en cours depuis plus d'un an. Ce processus nécessite qu'Eurotunnel divulgue des informations confidentielles qui lui sont données par les entreprises ferroviaires. Si Eurotunnel doit divulguer cette information, de sorte qu'elle soit portée à la connaissance d'entreprises ferroviaires concurrentes, l'obligation faite à Eurotunnel, en vertu de l'article 11.5 du Règlement, de garder l'information confidentielle sera violée. Eurotunnel estime que, contrairement à la suggestion d'Eurostar, cette procédure de justification ne crée pas de droits au profit des entreprises ferroviaires en ce sens.

121. Eurotunnel admet qu'elle est dans l'obligation de fournir des informations aux entreprises ferroviaires par le biais du Document de Référence de Réseau. Elle soutient que l'objet de la législation est de donner à ces entreprises des informations suffisantes afin qu'elles puissent décider ou non d'opérer dans le tunnel sous la Manche. Elles devraient être capables de comprendre et de prévoir les conditions générales d'accès et le système de tarification du tunnel, mais Eurotunnel ne saurait être tenue de déclarer ses calculs, qui sont confidentiels et très complexes, pour justifier ses coûts ou fournir des documents à l'appui. La demande d'Eurostar visant à obtenir des justifications et des informations supplémentaires est, de l'avis d'Eurotunnel, sans fondement.

122. Eurotunnel soutient en outre que les informations contenues dans le Document de Référence du Réseau sont conformes aux exigences législatives. L'article 1.2 du DRR fournit une explication générale du contexte du tunnel. L'article 6.1 correspond à la méthodologie du système de tarification, et la décrit en détail, l'article 6.2 correspond aux règles qui régissent le système de tarification établi, et l'article 6.3

⁸ Dans sa contribution DB Schenker reconnaît les préoccupations d'EIL au sujet de la transparence et de la structure des redevances d'Eurotunnel : bien que le DRR soit très clair sur le niveau des redevances, il est silencieux sur la manière dont elles reflètent les coûts d'Eurotunnel et sont calculées à partir de ces coûts. DB Schenker relève aussi que les systèmes de redevances applicables au fret ferroviaire international et aux navettes sont très différents et qu'en conséquence le fret routier utilisant les navettes a plus d'attractivité pour les clients finals.

fixe les taux applicables pour les trains de voyageurs. Enfin, les annexes 3 et 4 décrivent les barèmes de charges et communiquent des prix spécifiques pour chaque offre.

123. Eurotunnel affirme qu'elle est prête à justifier la conformité de son cadre tarifaire dans le contexte de la procédure de justification en cours devant la CIG. Elle fait valoir, cependant, qu'Eurostar a fondamentalement mal interprété les dispositions réglementaires de la Directive. Eurotunnel estime que :

(a) Eurostar tente d'élargir le champ d'application de la Directive pour inclure les règles de répartition entre le réseau routier et le réseau ferroviaire, même si le réseau routier est exclu du champ d'application de la Directive. De même, Eurostar tente de donner à la Directive un champ d'application beaucoup plus large que ce qui se rapporte à la nature des coûts : la Directive s'applique uniquement à la structure tarifaire de l'infrastructure des chemins de fer et ne vise pas la question distincte et plus générale des coûts de la Liaison Fixe.

(b) Eurotunnel n'est pas requise par la Directive de justifier un système de tarification qui suive le modèle de financement étatique, lequel justifie les coûts minimaux en vertu de l'article 7 (3) de la Directive. Cette interprétation, qu'Eurostar défend à tort, n'est pas fondée sur le Règlement. La situation d'Eurotunnel correspond précisément à l'exception prévue à l'article 8 (2) de la Directive :

(i) Le tunnel a été un projet d'investissement spécifique, reposant entièrement sur le financement privé dans le but de construire une infrastructure unique en Europe ;

(ii) le projet date de la signature du contrat de Concession, le 14 mars 1986 et est entré en service le 1^{er} juin 1994, moins de 15 ans avant l'entrée en vigueur de la Directive ;

(iii) puisqu'il n'y a pas de financement des États, les charges doivent nécessairement être supérieures aux coûts réellement engagés dans l'exploitation du service ferroviaire, afin que le projet puisse être pleinement réalisé. Dans le cadre du RUC, deux formes de garanties ont été données à Eurotunnel : la capacité de fixer librement, jusqu'à un certain point, les tarifs de ses services ferroviaires et la promesse que les recettes resteraient stables et indépendantes de la quantité de trafic, sans quoi le projet n'aurait jamais vu le jour. La restructuration de la dette d'Eurotunnel en 2007 n'a pas eu d'effet sur le montant de ces charges. Les charges actuellement pratiquées par Eurotunnel reflètent les provisions du RUC et correspondent au retour sur investissement de la construction du tunnel. L'investissement est de l'ordre de 10 milliards de livres sterling ou 14 milliards d'euros. Cet investissement aurait dû produire un taux de rendement raisonnable, mais le niveau de trafic inférieur à celui prévu à l'origine a conduit un taux de rendement désastreux et à la restructuration financière d'Eurotunnel.

(iv) la liaison fixe a créé un mode de transport direct inter - capitales, réduisant le temps de déplacement et permettant un gain significatif de part

de marché au bénéfice des chemins de fer par rapport au transport aérien, ce qui prouve un gain d'efficacité.

(c) À cet égard, Eurotunnel souligne que l'article 11.4 du Règlement est explicitement lié à l'article 8 (2) de la Directive et que la CIG a expressément confirmé que l'article 8 (2) traite spécifiquement de la situation d'Eurotunnel.

124. Dans sa réplique, Eurostar dit que, pour être conforme, un Document de Référence du Réseau doit définir (a) les charges effectivement pratiquées ; (b) comment ces charges sont calculées, et (c) la manière dont ces charges sont liées à des coûts recouvrables aux termes de la Directive, de telle sorte qu'un utilisateur, existant ou entrant, puisse facilement comprendre, sur une base transparente, quelles sont les charges et sur quelle base juridique et financière elles reposent. Eurostar estime que ces exigences découlent de la Directive elle-même, du Règlement, des déclarations d'orientation de la Commission européenne sur la Directive et des principes de transparence de l'UE. De l'avis d'Eurostar, Eurotunnel reste très en deçà de ces exigences : en l'état, les entreprises ferroviaires savent à combien Eurotunnel fixe le prix d'accès, mais elles ne peuvent pas examiner la façon dont les charges sont calculées en conformité avec les principes de tarification.

125. Eurostar soutient qu'une interprétation téléologique doit être adoptée pour apprécier les obligations d'Eurotunnel au titre de la Directive et du Règlement. Le but de la Directive est ancré dans la libéralisation du marché européen de transport ferroviaire de passagers. Se référant à divers considérants de la Directive, Eurostar estime que, pour que ce marché soit ouvert à la concurrence, il est nécessaire que les entreprises ferroviaires aient accès au réseau dans des conditions équitables et transparentes, pour le bénéfice ultime des consommateurs.

126. Eurostar note qu'Eurotunnel reconnaît que certaines exigences s'appliquent au Document de Référence du Réseau. Eurostar mentionne l'article 2(j), l'article 3 et l'annexe I de la Directive (décrits ci-dessus), qui contiennent ce qu'Eurostar appelle les « *exigences minimales* » ainsi que l'annexe A du document publié par la Commission européenne intitulé "Guide des meilleures pratiques pour les Documents de Référence du Réseau".

127. Eurostar soutient en outre qu'Eurotunnel est tenue de fixer ses redevances sur la base des principes de tarification, cette obligation étant soumise à l'exigence de transparence. Se référant au considérant 5 de la Directive, Eurostar estime que, dans le régime établi par la Directive et le Règlement, la transparence se manifeste à travers le Document de Référence du Réseau. Ceci inclut l'obligation pour Eurotunnel de justifier, dans le Document de Référence du Réseau, ses charges par rapport aux principes de tarification. Eurostar est en désaccord avec l'argument d'Eurotunnel selon lequel, à cet égard, l'article 11.5 du Règlement limite les obligations d'Eurotunnel à justifier ses redevances devant la CIG : Eurostar estime que cela est incompatible avec le libellé et l'objet de l'article 11.5 du Règlement.

128. En ce qui concerne le contenu du Document de Référence du Réseau, Eurostar soutient qu'il est manifestement insuffisant : il manque clairement les "*précisions appropriées*", "*informations suffisantes*" ou "*informations requises*" (formulations de la Directive), pour satisfaire aux exigences de transparence. Le DRR omet

également de répondre aux exigences structurelles et méthodologiques de la Directive. Il n'y a aucune transparence en ce qui concerne la façon dont les composants des redevances sont calculés, structurés, fractionnés, liés aux coûts, ni sur les éléments pouvant ou non se rapporter aux coûts non totalement liés aux entreprises ferroviaires. De l'avis d'Eurostar, il n'y a rien dans le Document de Référence du Réseau (ou dans le contre-mémoire d'Eurotunnel) qui pourrait être décrit comme une méthodologie.

129. Eurostar est en désaccord avec l'interprétation que fait Eurotunnel de la Directive. Eurostar n'accepte pas le point de vue d'Eurotunnel selon lequel l'article 7 (3) ne s'applique pas à elle. Même si Eurotunnel a raison de dire que l'article 6.1, deuxième alinéa, et l'article 8 (2) s'appliquent ici, Eurostar ne voit pas pourquoi cela conduirait à la non-application de l'article 7 (3). Il ne peut être déduit des termes utilisés dans l'article 8 (2) qu'il n'est pas nécessaire d'établir le coût direct de base, par rapport auquel une redevance «supérieure» peut être imposée. En se référant à l'arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 2003 (C-556/10) Commission contre Allemagne (et plus spécialement aux conclusions de l'avocat général M.Nilo Jääskinen du 6 septembre 2012, paragraphes 79 à 90), Eurostar estime que la Cour a clairement envisagé que les redevances réelles pourraient se situer sur un spectre situé entre deux extrêmes, les redevances fondées sur les coûts directs (en vertu de l'article 7 (3)), étant complétées par des redevances supplémentaires admissibles relatives à d'autres chefs de coûts, y compris ceux de l'article 8 (2) si les conditions sont remplies.

130. Eurostar soutient que, même si Eurotunnel avait raison de dire que l'article 8 (2) de la Directive est le seul Principe de tarification qui lui soit applicable, il lui resterait encore à expliquer comment (i) les redevances sont fondées sur les coûts à long terme du projet, (ii) si le projet présente une efficacité et/ou un rapport coût – efficacité accru, et (iii) si le projet n'aurait pu être entrepris par ailleurs (c'est à dire sans les redevances élevées qui ont été imposées). Il est notamment inacceptable que le Document de Référence du Réseau ne fournisse aucune information quant à la proportion des redevances qui se rapportent à la dette à long terme, aux majorations ou relèvements éventuellement appliqués, ni à l'impact de la restructuration de la dette de 2007. Eurostar soutient en outre que le contre-mémoire soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses (par exemple, sur les coûts "associés" à l'investissement initial présumé de 14 milliards d'euros en 1994, sur le montant des « coûts de construction et d'exploitation du tunnel » et sur la proportion des coûts supportée par les entreprises ferroviaires).

2. Les recommandations du CBE

131. Afin de répondre aux arguments contradictoires exposés, la CIG doit se prononcer sur la signification réelle de la Directive, dont est issu le Règlement, et en particulier sur la nature des obligations imposées à Eurotunnel concernant l'établissement de son DRR et la justification de ses redevances.

132. Le CBE estime que le Règlement est la stricte application de la Directive. Les deux parties n'ayant pas contesté ce point, il suffira d'interpréter les exigences de la Directive afin de déterminer le résultat du recours.

133. Selon les articles 3.1 et 3.2 et l'annexe I, paragraphe 2, de la Directive, telle que transposée dans le Règlement, Eurotunnel doit établir le Document de Référence du Réseau sur une base qui respecte les exigences suivantes :

(a) Il doit *«contenir des précisions appropriées concernant le système de tarification ainsi que des informations suffisantes sur les redevances applicables aux services énumérés à l'annexe II qui sont offerts par un seul fournisseur»*.

(b) il doit décrire en *"détail la méthode, la réglementation et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer l'article 7 (4) et (5) et les articles 8 et 9."*

(c) Enfin, il doit contenir *« des informations concernant les modifications de redevances déjà décidées ou prévues"*.

134. Le CBE estime que la seconde de ces exigences est la plus importante, en ce qui concerne le recours, et qu'en conséquence la CIG doit examiner le recours sur le fondement des articles 7 (3) - (5) ainsi que 8 et 9 de la Directive.

135. La position essentielle d'Eurotunnel sur cette question est que les redevances sont déterminées exclusivement par référence à l'article 8 (2) de la Directive, parce que le tunnel est exclusivement financé par des moyens privés, et que les coûts de la Liaison Fixe sont recouvrables en vertu de l'article 8 (2), et dépassent nettement les coûts directs qui constituent la base minimum de redevances prévue à l'article 7 (3) de la Directive (sur ce dernier point, voir l'affaire C-556/10 *Commission contre Allemagne* et plus particulièrement les conclusions de l'Avocat Général au paragraphe. 80).

136. Le CBE n'est pas d'accord avec cette analyse. Le CBE estime que la base de calcul des redevances est l'article 7 (3) et que les dispositions spécifiques, visées à l'annexe I de la Directive, à l'article 7 (4) et (5) et aux articles 8 et 9, prévoient des charges supplémentaires de divers types qui peuvent être perçues en sus de la redevance de base perçue au titre de l'article 7 (3).

137. Dans le cas particulier de l'article 8 (2), la perception d'une redevance additionnelle est admise pour des projets d'investissement spécifiques, sous réserve des conditions énoncées dans ce paragraphe. Il n'y a rien dans l'article 8 (2) pour suggérer que sa portée est limitée aux projets financés exclusivement par des fonds privés, même si tout financement public d'un projet devra bien évidemment être pris en compte dans l'évaluation de ce que le gestionnaire de l'infrastructure pourrait exiger. De même, le CBE n'est pas d'avis que l'article 8 (2) exige une comparaison entre les coûts du projet d'infrastructure et les coûts directement imputables - l'expression *« des charges plus élevées »* est naturellement à comprendre comme signifiant des charges **supplémentaires** par rapport à celles qui sont applicables au titre de l'article 7.3, ce qui ne veut pas dire que ces charges supplémentaires, prises isolément, sont nécessairement plus élevées que les coûts directement imputables à l'exploitation du réseau dans son intégralité.

138. Le CBE estime que la position d'Eurotunnel et de la Liaison Fixe est exceptionnelle dans la mesure où Eurotunnel est le gestionnaire d'un ensemble de

biens très restreint, mais dont les coûts sont exceptionnellement importants. Dans d'autres cas qui pourraient relever de l'article 8.2, le gestionnaire d'infrastructure est responsable d'un grand réseau et le projet d'infrastructure porte sur un ensemble de biens ou une série de biens restreints au sein de ce réseau (par exemple, un projet d'électrification d'une partie du réseau ou la modernisation d'une série de ponts ou de tunnels). Le but de l'article 8 (2) est alors de permettre au gestionnaire de l'infrastructure de percevoir une redevance exceptionnelle pour financer ce projet. Cette interprétation est renforcée à la lecture de l'article 4 (4) de la Directive, qui permet des redevances spécifiques en application de l'article 8 (2).

139. Cette analyse est confirmée par le récent jugement de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-556/10 Commission c. Allemagne (28 février 2013, para 87), qui conclut que les principes sous-jacents aux articles 7.3 et 8.1 «*ne sont pas substituables*». En énonçant cette conclusion, la Cour a suivi l'avis de l'avocat général Jääskinen qui, ayant estimé que « les dispositions de la Directive 2001/14 présentent un système complexe qui définit des facteurs qui doivent être pris en compte dans la détermination des redevances d'utilisation de l'infrastructure » (para 76), conclut que :

« S'agissant de l'argument de la Commission selon lequel l'article 14, paragraphe 4, de la loi générale sur les chemins de fer présenterait des lacunes au motif que cette disposition ne permettrait toujours pas de déterminer avec certitude si et quand il y a lieu d'appliquer le principe des coûts directs prévu à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2001/14 ou le principe des coûts totaux prévu à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2001/14, je constate que cet argument me semble être basé sur une fausse dichotomie. Comme je l'ai déjà relevé, selon moi, cette directive prévoit non pas deux méthodes alternatives, mais une fourchette comportant un minimum, à savoir le coût directement imputable, et un maximum, correspondant au montant total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure. Entre ces extrêmes, le gestionnaire peut appliquer des critères de tarification supplémentaires prévus par ladite directive ainsi que des réductions selon les conditions de la directive 2001/14 et, éventuellement, un cadre de tarification adopté par l'État membre » (para 83).

140. Bien que l'affaire ait porté sur l'application de l'article 8.1 et non 8.2, le CBE est d'avis que l'analyse de la Cour et de l'avocat général est cohérente avec celle qui figure ci-dessus, et notamment que les Etats membres devraient indiquer clairement quand et jusqu'à quel point ils s'écartent du système de tarification « *minimum* » prévu à l'article 7.3.

141. En conclusion, l'interprétation que fait Eurotunnel de la Directive nous paraît incorrecte et, dans la mesure où elle reconnaît qu'elle n'a appliqué que le seul l'article 8 (2), qui porte sur les coûts à long terme de projets d'investissement spécifiques – à l'exclusion de l'article 7.3 qui porte sur le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, on constate que le contenu du DRR n'est pas conforme à la Directive, qui requiert notamment que le DRR « *décrive en détail la méthode, la réglementation, et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer l'article 7, paragraphe 4 et 5, ainsi que les articles 8 et 9* » (Annexe I).

142. Vues sous cet angle, les exigences imposées par l'article 3.2 et à l'annexe I, paragraphe 2, de la Directive sont que les redevances perçues doivent être égales

au "coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire" conformément à l'article 7. 3, mais également définies selon « *la méthode, la réglementation et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer l'article 7.4 et 7.5 et les articles 8 et 9* ».

143. Analysant les observations des parties en référence à ce cadre, le CBE estime que l'affirmation essentielle d'Eurostar (au point 1, par. 3.10 (a) de son mémoire) devrait être acceptée, à savoir que, dans sa forme actuelle, le Document de Référence du Réseau ne contient pas suffisamment d'informations pour satisfaire aux exigences de la Directive (et du Règlement).

144. Afin de remédier à ce défaut, le CBE recommande donc que le DRR 2015, pour ce qui concerne les charges applicables aux services de passagers, soit présenté selon un format révisé comme suit :

- (a) Premièrement, il devra faire apparaître, pour chaque tarif, le montant correspondant aux coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire, sur lesquels tous les systèmes de redevances doivent être fondés, ainsi que le montant correspondant aux coûts à long terme du projet.
- (b) Le CBE a noté que, dans son contre-mémoire, Eurotunnel a indiqué qu'elle n'avait pas appliqué de « *majorations* » au sens de l'article 8.1 de la Directive. Toutefois, au cas où Eurotunnel souhaiterait recouvrer des majorations de ce type, elle devra faire apparaître, pour chaque tarif, le montant correspondant à ces majorations.
- (c) En outre, Eurotunnel devra décrire en détail dans le DRR « *la méthode, la réglementation et, le cas échéant les barèmes utilisés* » pour appliquer les articles 7, 8 et 9.

145. Le point 2, tel que formulé dans la notification du recours, est que dans le DRR, Eurotunnel n'a pas **justifié** les redevances figurant dans le DRR par rapport aux principes de tarification, comme l'exigent les articles 11.4 et 11.5 du Règlement.

146. Eurostar demande à la CIG une décision et une déclaration à cet effet, et, concrètement, demande qu'Eurotunnel lui fournisse l'information comptable pertinente.

147. Eurotunnel soutient qu'on ne peut exiger d'elle qu'elle fournisse une telle justification, si ce n'est à un Etat membre, sur la base de l'article 7.2 de la Directive, ou à la CIG, sur la base de l'article 11.5 du Règlement.

148. Plus précisément, la Directive, et notamment son Annexe I, prévoit que le chapitre du DRR consacré aux principes des charges et des redevances doit « *contenir des précisions appropriées concernant le système de tarification ainsi que des informations suffisantes sur les redevances applicables aux services énumérés à l'Annexe II qui sont offerts par un seul fournisseur* ».

149. L'article 11.5 du règlement précise que l'organisme de tarification « *doit être en mesure de justifier les **redevances facturées** au regard des principes définis dans ce règlement et dans le chapitre II de la Directive 2001/14/CE, et, en particulier, de montrer que le système de tarification a été appliqué aux entreprises ferroviaires de manière équitable et non discriminatoire. L'organisme de tarification respecte la*

confidentialité commerciale des informations fournies par les requérants » (soulignement ajouté).

150. Selon le CBE, ces dispositions signifient qu'Eurotunnel doit pouvoir:

a) fournir aux Etats et à la CIG toute information nécessaire ou demandée sur ses redevances ;

b) justifier aux entreprises ferroviaires les redevances facturées, au regard des principes de tarification, en faisant apparaître les liens entre les tarifs et : (i) les coûts directement imputables, au sens de l'article 7.3 de la Directive, (ii) les coûts à long terme du projet au sens de l'article 8.2 de la Directive, et, (iii) le cas échéant, les majorations appliquées au sens de l'article 8.1 de la Directive et en incluant une liste des catégories de coûts pris en compte dans chaque rubrique.

151. Concernant la demande d'Eurostar que les redevances perçues au titre du DRR lui soient justifiées, le CBE rappelle qu'Eurostar est soumise à une facturation et à des paiements au titre du RUC. Cependant, le dernier DRR publié par Eurotunnel contient un principe d'équivalence formulé comme suit :

« Les tarifs publiés dans le Document de Référence du Réseau ont été conçus de manière à fournir un accès libéralisé équitable et non-discriminatoire reflétant le cadre tarifaire de la Convention d'Utilisation » (3^{ème} alinéa du 6.1 du DRR).

De plus, nonobstant le fait que les redevances dont Eurostar s'acquitte actuellement sont perçues dans le cadre d'un contrat, l'article 7.2 de la Directive, aussi bien que l'article 11.5 du Règlement, confèrent manifestement, l'un et l'autre à Eurostar le droit d'exiger une justification de ses charges en référence au DRR, afin de s'assurer qu'elle est traitée de manière « équitable et non discriminatoire ».

152. En la circonstance, le CBE est d'avis que, bien qu'Eurostar soit soumise à une facturation et à des paiements au titre du RUC, elle est fondée à exiger d'Eurotunnel une justification de ses tarifs par rapport aux tarifs perçus dans le cadre du DRR.

153. En conséquence le CBE recommande que, une fois que le DRR 2015 aura été rédigé en conformité avec la Directive, Eurotunnel soit en mesure de justifier chacun de ses tarifs. Dans la mesure où Eurotunnel peut considérer que certaines informations relèvent du secret commercial, elle doit être en mesure de fournir les éléments de coûts et de justifier le tarif en cause à l'organe régulateur.

SECOND MOYEN DEVELOPPE : Eurotunnel n'a pas mené de consultations conformes et significatives concernant le Document de Référence du Réseau, comme l'exige l'article 5.3 du Règlement.

154. Deuxième moyen de fond du recours d'Eurostar (formulé au point 3 de son

mémoire, para. 3.10 (c), Eurotunnel a failli à son devoir de consultation préliminaire à l'adoption du projet de Document de Référence du Réseau pour 2014⁹.

155. Eurostar avance qu'Eurotunnel a fait circuler le projet de Document de Référence du Réseau, le 9 novembre 2012 invitant à des réponses au plus tard pour le 9 décembre 2012, soit très peu de temps avant la date prévue pour la publication du Document de Référence du Réseau. Eurostar a envoyé sa réponse le 7 décembre 2012, en détaillant ses préoccupations de façon très claire. Selon Eurostar, il n'y pas eu de suivi, d'engagement ou de réponse d'Eurotunnel à la suite de cette réponse : le Document de Référence du Réseau a été publié sans prendre correctement les préoccupations d'Eurostar en compte.

156. Dans son contre-mémoire, Eurotunnel soutient qu'elle a respecté son obligation de consulter conformément à l'article 5.3 du Règlement. Elle a consulté Eurostar sur le projet de Document de Référence du Réseau. Eurostar et d'autres parties consultées, notamment la CIG, ont régulièrement fourni à Eurotunnel leurs commentaires, qu'Eurotunnel a pris en compte dans toute la mesure du possible. Toutefois cette obligation de consulter les parties intéressées n'impose nullement à Eurotunnel le devoir d'intégrer tous les commentaires d'Eurostar dans le Document de Référence du Réseau.

157. Dans sa réplique, Eurostar soutient que le contre-mémoire d'Eurotunnel est hors sujet. Eurostar n'affirme pas qu'une consultation appropriée comporte l'obligation pour Eurotunnel d'accepter toutes les suggestions des personnes consultées. Toutefois, la consultation exige que la proposition qui en est l'objet se situe à un stade embryonnaire et que son produit soit honnêtement pris en compte au moment de la finalisation de l'approche à adopter. Eurostar ne pense pas qu'Eurotunnel ait pris en compte sa réponse. Au contraire, Eurotunnel a abordé l'exercice avec un esprit fermé, déterminée ne pas donner plus d'informations qu'elle ne le souhaitait.

158. La lettre d'Eurotunnel à la CIG en date du 24 juillet 2013 ne traite pas de cette question.

Les recommandations du CBE

159. Le CBE est d'avis que ce moyen doit être rejeté.

160. Le point de départ est l'article 3.1 de la Directive, qui prévoit à ce sujet:

"Le gestionnaire de l'infrastructure établit et publie, après consultation des parties intéressées, un Document de Référence du Réseau ... "

161. L'article 5.3 du Règlement prévoit :

⁹ Comme EIL, DB Schenker estime que les réponses à la consultation n'ont pas été convenablement prises en compte par Eurotunnel et est d'avis que des améliorations pourraient être apportées à la manière dont le DRR est soumis à consultation et publié : répondre aux organismes consultés (individuellement ou collectivement), en expliquant pourquoi chacun de leurs commentaires a été accepté ou rejeté n'est pas seulement une bonne pratique, mais réduit aussi les incertitudes et les pertes de temps.

« Les concessionnaires doivent consulter toutes les parties intéressées, y compris la commission intergouvernementale sur le projet de Document de Référence, ce qui permet un délai raisonnable pour répondre ».

162. L'analyse du CBE est qu'en vertu du droit anglais, lorsqu'un organisme public a l'obligation de consulter avant de prendre une décision, (i) la consultation doit être entreprise à un moment où les propositions sont encore à un stade embryonnaire, (ii) la consultation doit inclure des explications suffisantes pour permettre aux personnes consultées de procéder à un examen éclairé et de donner une réponse appropriée, (iii) un délai suffisant doit être donné à cet effet, et (iv) le produit de la consultation doit être honnêtement pris en compte lorsque la décision finale est adoptée: voir *R v North and East Devon Authority, ex parte Coughlin* [2001] QB 213 à [108]. La définition de l'équité procédurale dépend de la nature des questions sur lesquelles la consultation est nécessaire (en plus de toute exigence réglementaire qui pourrait être imposée).

163. En droit français, pour être régulière, la consultation « doit être effective, loyale et complète » (concl. Braibant sur CE 15 mars 1974, Syndicat national CGT-FO des fonctionnaires et agents du commerce intérieur et des prix). Le juge vérifie la réalité de la consultation et apprécie les motifs invoqués au soutien d'un défaut de consultation, lorsque celle-ci était prévue (CE 26 avril 1974, Comité de liaison étudiants pour la rénovation universitaire, CLERU), il contrôle la composition et le fonctionnement de l'organisme consulté (CE Sect. 13 mars 1970, Ministre d'Etat chargé des affaires culturelles c/Dame Benoist d'Anthenay). Il arrive même au juge d'estimer, dans certains domaines où les éléments de fait sont importants, que l'écoulement d'un trop long délai entre la consultation et la décision vicie cette dernière (11 décembre 1987, Ministre de l'intérieur c/ Stasi). L'autorité reste libre de sa décision. La concertation peut être engagée très en amont de la décision, dès les études.

164. Le CBE estime que, bien que les obligations d'Eurotunnel à consulter soient régies par la législation et soient imposées à une entreprise privée, ces principes donnent des indications utiles quant à la nature de l'obligation d'Eurotunnel de consulter au titre de l'article 5.3 du Règlement. En tant que gestionnaire d'infrastructure, Eurotunnel exerce une fonction quasi-publique et le CBE estime qu'il est juste d'interpréter la nature de ses obligations procédurales en conformité avec les normes applicables à un organisme public dans une situation factuelle et juridique équivalente.

165. Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, le CBE n'est pas d'avis qu'une violation de l'article 5.3 ait été démontrée :

(a) S'il est vrai que le Document de Référence du Réseau n'a pas été modifié pour tenir compte des préoccupations d'Eurostar sur la transparence et la structure des redevances, le CBE estime que cela seul ne suffit pas à soutenir l'argument d'Eurostar selon lequel Eurotunnel a approché le processus de consultation avec un esprit fermé. En effet, le Document de Référence du Réseau comporte un certain nombre de changements par rapport au projet sur lequel Eurotunnel a consulté, comme cela a été reconnu par la lettre de la CIG à Eurotunnel en date du 12 février

2013. Cela démontre, de l'avis du CBE, qu'Eurotunnel était prêt à examiner les points de vue des personnes consultées, même si Eurotunnel n'était pas d'accord avec tous ces points de vue.

(b) Quant aux principes (iii) et (iv) ci-dessus, il est vrai que le temps imparti pour les réponses a été relativement court et que le Document de Référence du Réseau ne contient pas de référence à l'opinion des personnes consultées. Cependant, il est clair, d'après les documents annexés au recours, qu'il s'agit d'un sujet permanent de débat entre Eurotunnel et Eurostar et le CBE estime qu'Eurostar a en réalité eu suffisamment l'occasion de faire connaître ses vues. Le fait qu'Eurotunnel n'est pas d'accord avec les critiques d'Eurostar n'est pas une base suffisante pour valider ce motif de procédure.

X. Recommandations du CBE sur la décision et les orientations susceptibles d'être adoptées par la CIG

166. Pour les raisons énoncées ci-dessus, la recommandation du CBE est que la CIG devrait confirmer le premier moyen du recours et devrait rejeter le second moyen du recours.

167. Si la CIG est d'accord avec cette recommandation, elle devra examiner si, dans le cadre de sa décision, elle doit préconiser à Eurotunnel, conformément à l'article 12.4 du Règlement, des mesures en vue de remédier à la situation, et, si oui, quelles doivent être ces mesures.

168. Les mesures recherchées par Eurostar sont énoncées au paragraphe 3.11 du mémoire introduisant le recours : Eurostar demande que la CIG ordonne à Eurotunnel de :

(a) justifier la structure des tarifs figurant dans le Document de Référence du Réseau selon les Principes de tarification, conformément aux articles 11.4 et 11.5 du Règlement. Une telle justification devra, dans la présentation d'Eurostar, identifier et définir les portions des redevances établies par le Document de Référence du Réseau qui correspondent à des redevances autorisées en vertu, respectivement, des articles 7.3, 8.1 et 8.2 de la Directive, la redevance correspondant à chaque article étant identifiée séparément.

(b) fournir lors de l'établissement de la justification, « *selon le niveau de détail raisonnablement nécessaire* » (para 3.11 (b) de la requête) les informations énumérées ;

(d) fournir :

(i) toutes les informations pertinentes concernant la tarification, la comptabilité et le financement, ainsi que les éléments de preuve nécessaires pour valider la structure de tarifs énoncés dans le Document de Référence du Réseau au regard des Principes de tarification, ces informations et éléments de preuve devront être classés, détaillés et identifiés par référence à chacune des rubriques de redevances admises, selon les Principes de tarification et

(ii) les documents attestant d'une analyse de marché ou de segment du marché utilisées à l'appui de toute majoration présumée sur les coûts réels encourus ;

(d) produire et publier une version révisée du Document de Référence du Réseau de 2014 qui soit, sur le plan de la transparence et de la structure, établie en conformité avec les Principes de tarification et les rubriques admissibles concernant les redevances d'accès aux infrastructures, comme l'exigent l'article 11.4 du Règlement et la Directive.

169. Dans son contre-mémoire, Eurotunnel n'a pas commenté les demandes de décision formulées par Eurostar.

170. A la lumière de l'analyse ci-dessus, le CBE estime que toute mesure que la CIG peut être conduite à adopter devrait prendre la forme énoncée aux paragraphes 144 et 150 ci-dessus, à savoir :

(a) le DRR 2015, dans ses articles concernant les charges applicables aux services de passagers, devra être présenté selon un format révisé comme suit :

- (i) Premièrement, il devra faire apparaître, pour chaque tarif, le montant correspondant aux coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire, sur lesquels tous les systèmes de redevances doivent être fondés, et le montant correspondant aux coûts à long terme du projet.
- (ii) Le CBE a noté que, dans son contre-mémoire, Eurotunnel a indiqué qu'elle n'avait pas appliqué de « majorations » au sens de l'article 8.1 de la Directive. Toutefois, au cas où Eurotunnel souhaiterait recouvrer des majorations de ce type, elle devra faire apparaître, pour chaque tarif, le montant correspondant à ces majorations.
- (iii) En outre, Eurotunnel devra décrire en détail dans le DRR « la méthode, la réglementation et, le cas échéant les barèmes utilisés » pour appliquer l'article 7 ainsi que les articles 8 et 9.

(b) Une fois que le DRR 2015 aura été rédigé en conformité avec la Directive, Eurotunnel devra :

- (i) fournir à la CIG toute information nécessaire ou demandée sur ses redevances ;
- (ii) justifier aux entreprises ferroviaires les redevances facturées, au regard des principes de tarification en faisant apparaître les liens entre les tarifs et : (i) les coûts directement imputables, au sens de l'article 7.3 de la Directive, (ii) les coûts à long terme du projet au sens de l'article 8.2 de la Directive, et, (iii) le cas échéant, les majorations appliquées au sens de l'article 8.1 de la

Directive et en incluant une liste des catégories de coûts pris en compte dans chaque rubrique.

Dans la mesure où Eurotunnel peut considérer que certaines informations relèvent du secret commercial, elle doit être en mesure de fournir les éléments de coûts et de justifier le tarif en cause à l'organe régulateur.

Les co-présidents du Comité Binational Economique

Michel BELLIER

Brian KOGAN

