



**COUNCIL OF
THE EUROPEAN UNION**

Brussels, 18 November 2010

16548/10

**Interinstitutional File:
2010/0253 (COD)**

**TRANS 340
CODEC 1302
INST 514
PARLNAT 138**

COVER NOTE

from:	Chambre des Députés du Grand-Duché de Luxembourg
date of receipt:	16 November 2010
to:	General Secretariat of the Council of the European Union
Subject:	Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a single European railway area (Recast) - Opinion of the application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality ¹ doc. 13789/10 TRANS 238 CODEC 862 - COM(2010) 475 final

Delegations will find annexed a copy of the above-mentioned letter.

¹ This opinion is available in English on the Interparliamentary EU information exchange Internet site (IPEX) at the following address: http://www.ipex.eu/ipex/cms/home/Documents/dossier_COD20100253/lang/en.

Dépôt : M. Fernand Zoden
16.11. 2010

RESOLUTION

La Chambre des Députés

- considérant l'article 168 du Règlement de la Chambre des Députés ;
- rappelant que la Commission du Développement durable a été saisie d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen (document COM (2010) 475 final), proposition législative émanant de la Commission européenne et relevant du contrôle de subsidiarité ;
- constatant que la Commission du Développement durable a adopté, lors de sa réunion du 11 novembre 2010, à l'unanimité un avis motivé au sujet de l'initiative législative précitée ;

décide de faire sien cet avis motivé de la Commission du Développement durable ayant la teneur suivante :

« La Commission du Développement durable exprime ses réserves au sujet de la proposition sous rubrique pour les raisons suivantes :

1. Remarques préliminaires

1. Situation atypique du Luxembourg

La Commission du Développement durable souhaite attirer l'attention sur la petite taille du pays et, partant, de son réseau ferroviaire. Celui-ci ne comporte en effet que 274 km de voies ferrées. Elle souhaite donc mettre en avant que sur plusieurs points qui seront développés ci-dessous, cette situation atypique du Grand-Duché a servi de fil conducteur aux réflexions ayant abouti au présent avis.

2. Exercice de la délégation

L'article 60 de la proposition de directive confère à la Commission européenne pour une durée indéterminée le pouvoir d'adopter des actes délégués. Cette disposition permet notamment des modifications de nombreuses annexes de la proposition de directive qui contiennent, du moins pour ce qui est des annexes II à X, des éléments essentiels.

De l'avis de la Commission du Développement durable, la Commission européenne devrait utiliser le processus législatif de la codécision mis en place par les textes communautaires pour ce faire, étant donné que l'article 290 du Traité n'autorise le recours au pouvoir de l'acte délégué que pour compléter ou modifier certains éléments non essentiels de l'acte législatif.

2. Les objectifs de la proposition de directive

1. Objectif général

L'exposé des motifs de la proposition de directive retient que « Le principal objectif de la politique de l'Union européenne en matière de transports consiste à mettre en place un marché intérieur en élaborant des politiques communes visant à promouvoir un degré élevé de compétitivité et un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques. En complétant et renforçant les mesures existantes adoptées à l'échelle de l'UE dans le secteur ferroviaire, la proposition de refonte du premier paquet ferroviaire contribuera à cet objectif en facilitant l'intégration et le développement du marché ferroviaire européen. »

2. Objectifs spécifiques

L'exposé des motifs dispose en outre que « La proposition de refonte du premier paquet ferroviaire couvre a) le financement et la tarification adéquats des infrastructures ferroviaires, b) les conditions de concurrence sur le marché ferroviaire et c) les réformes organisationnelles nécessaires pour assurer la surveillance appropriée du marché.

- a) L'objectif premier de la refonte consiste à assurer un financement adéquat, transparent et durable de l'infrastructure et, grâce à une meilleure prédictibilité du développement de l'infrastructure et des conditions d'accès, à faciliter les investissements des entreprises ferroviaires, à ajuster le niveau et la structure de la tarification des infrastructures, à améliorer la compétitivité des opérateurs ferroviaires par rapport aux autres modes de transport et à contribuer à l'internalisation des coûts environnementaux.
- b) La deuxième série d'objectifs consiste à éviter des distorsions de concurrence dues à l'utilisation de fonds publics dans le cadre d'activités commerciales, à empêcher les opérateurs historiques de collecter des informations commercialement sensibles et de les utiliser au détriment de leurs concurrents potentiels, à éliminer les conflits d'intérêts affectant la direction des services liés au rail, à améliorer la disponibilité de ceux-ci pour les nouveaux entrants et à rendre le marché plus transparent pour assurer une concurrence effective.
- c) En ce qui concerne le contrôle réglementaire, la proposition de refonte vise à permettre aux organismes de contrôle de mener leurs missions efficacement grâce au renforcement de leur indépendance, à une extension de leurs compétences et à l'augmentation des moyens mis à leur disposition. »

3. Justification de l'action de l'Union

L'action de l'Union est justifiée et le respect du principe de subsidiarité motivé comme suit dans l'exposé des motifs de la proposition de directive :

« Les problèmes qui affectent le secteur ferroviaire comportent des aspects transnationaux qui requièrent que des mesures soient prises à l'échelon UE. Le manque de coordination entre les États membres et les autres acteurs réduit l'efficacité du transport ferroviaire international, ce qui entraîne un risque d'augmentation du transport routier au détriment du chemin de fer et, par conséquent, une aggravation des problèmes d'encombrement du trafic et de pollution. L'Union

est mieux placée que les États membres pour clarifier le cadre réglementaire sur l'accès au marché ferroviaire de manière à faciliter l'entrée et la concurrence et à favoriser le développement du marché des services ferroviaires, y compris ceux liés à l'exploitation du transport ferroviaire. »

4. Analyse de la compatibilité des dispositions de la proposition de directive avec le principe de subsidiarité

Si la Commission du Développement durable peut se déclarer d'accord avec la justification générale de l'action de l'Union afin de favoriser le développement du marché ferroviaire -les problèmes qui affectent le secteur ferroviaire comportent en effet des aspects transnationaux qui requièrent que des mesures soient prises au niveau de l'Union-, la Commission du Développement durable estime cependant que certaines dispositions de la proposition de directive sous examen ne sont pas compatibles avec le principe de subsidiarité :

1. Gestion des entreprises ferroviaires selon les principes commerciaux (article 5)

L'article 5 introduit des dispositions qui tendent à assurer que les entreprises ferroviaires bénéficient d'un statut juridique et d'une gouvernance d'entreprise leur permettant de se comporter selon des modalités commerciales et de s'adapter aux nécessités du marché. L'article 5 dispose ainsi in fine :

« Si l'Etat membre détient ou contrôle directement ou indirectement l'entreprise ferroviaire, ses droits de contrôle en matière de gestion n'excèdent pas ceux que le droit national des sociétés confère aux actionnaires de sociétés anonymes privées. Les lignes directrices de politique générale mentionnées au premier alinéa du présent paragraphe, que l'Etat peut établir pour les entreprises dans le cadre de l'exercice du contrôle par les actionnaires, sont uniquement de nature générale et n'interfèrent pas dans les décisions commerciales de la direction. »

Si l'on peut être d'accord que l'Etat en tant qu'actionnaire d'une entreprise ferroviaire ne devrait pas avoir plus de droits de contrôle en matière de gestion que ceux que le droit national des sociétés confère aux actionnaires de sociétés de droit privé, le conseil d'administration de toute société et donc également d'une entreprise ferroviaire doit cependant pouvoir représenter les droits et défendre les intérêts de l'actionnariat et doit a fortiori pouvoir surveiller les décisions commerciales de la direction qui sont parmi les plus importantes.

Au Luxembourg, le droit commercial prescrit que le conseil d'administration d'une société commerciale, dont les membres sont désignés et reçoivent décharge par l'assemblée générale des actionnaires, est investi des pouvoirs les plus étendus pour non seulement décider des actes de gestion mais également pour agir en toutes circonstances au nom de la société. La gestion journalière peut être déléguée à un administrateur-délégué, voire à un comité de direction présidé en principe par un directeur général.

Il ressort de ce qui précède que la disposition précitée, suivant laquelle les lignes directrices de politique générale que l'Etat peut établir pour les entreprises dans le cadre de l'exercice du contrôle par les actionnaires ne devraient pas interférer dans les décisions commerciales de la direction, est susceptible de ne respecter ni le principe de subsidiarité ni celui de proportionnalité et risque d'ailleurs de s'avérer contre-productive à l'égard des objectifs de la

Commission alors que les principes de gouvernance communément admis tout comme d'ailleurs la législation y relative imposent un devoir de surveillance du conseil d'administration d'une société à l'égard des actes de gestion de la direction.

Notons finalement qu'au Luxembourg, dans les sociétés anonymes dans lesquels l'Etat est actionnaire, les personnes qui sont appelées aux fonctions d'administrateur représentent l'Etat, doivent transmettre toutes les informations utiles dont ils ont pu obtenir connaissance et sont tenus à exécuter les instructions de leur supérieur hiérarchique.

2. Stratégie de développement de l'infrastructure (article 8)

Cet article obligera les Etats membres à publier une stratégie de développement du secteur ferroviaire qui devra couvrir une période d'au moins cinq ans. Par ailleurs, il est prévu que le gestionnaire de l'infrastructure adopte un plan d'entreprise incluant des programmes d'investissement et de financement, compte tenu de ladite stratégie de développement. *« L'organisme de contrôle visé à l'article 55 émet un avis non contraignant indiquant si le plan d'entreprise permet de réaliser ces objectifs ».*

Cette disposition est susceptible de ne respecter ni le principe de subsidiarité ni celui de proportionnalité alors que l'Union européenne ne devra agir que si les objectifs ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres (critère de la nécessité) et s'ils peuvent être mieux réalisés par l'Union (critère de la valeur ajoutée ou efficacité comparée).

A l'instar des autres Etats membres, la programmation pluriannuelle des investissements est adoptée au Luxembourg par le Gouvernement dans le cadre de l'établissement du budget de l'Etat, sur proposition du gestionnaire de l'infrastructure et sur avis d'une commission spéciale instituée à cet effet, la commission d'analyse des projets d'infrastructure ferroviaire. Elle est ensuite votée par la Chambre des Députés.

Les attributions de l'organisme de contrôle visé à l'article 55 de la proposition de directive devraient en effet se limiter à celles qui reviennent communément à un régulateur et non pas s'étendre à la rédaction d'avis portant sur l'opportunité de plans d'entreprise incluant des programmes d'investissement et de financement établis sur base d'une stratégie de développement adoptée par les instances gouvernementales et parlementaires habilitées à cet effet.

3. Conditions d'accès aux services (article 13)

La proposition de directive introduit à l'article 13 des exigences d'indépendance d'ordre juridique, organisationnelle et décisionnelle vis-à-vis des entreprises ferroviaires à position dominante sur le marché national pour l'exploitation des installations de service. De l'avis de la Commission, cette mesure contribuera à garantir un accès non-discriminatoire aux installations de service qui sont reprises à l'annexe III :

- a) les gares de voyageurs, leur bâtiments et les autres infrastructures, y compris pour les billets et les informations ;
- b) les terminaux de marchandises ;
- c) les gares de triage ;
- d) les gares de formation ;
- e) les gares de remisage ;

- f) les centres d'entretien et les autres infrastructures techniques ;
- g) les infrastructures portuaires liées à des activités ferroviaires ;
- h) les infrastructures d'assistance, notamment le remorquage.

La disposition en question se lit comme suit : « Lorsque l'exploitant de l'installation de service dépend d'un organisme ou d'une entreprise qui sont également actifs et occupent une position dominante sur au moins un des marchés de services de transport ferroviaire pour lesquels l'installation est utilisée, il est organisé de manière à assurer son indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle vis-à-vis de cet organisme ou de cette entreprise. »

Ceci équivaut à dire que les huit activités susmentionnées ne pourraient plus être exercées au Luxembourg par une entreprise ferroviaire à position dominante sur le marché national.

De l'avis de la Commission du Développement durable, ces exigences sont disproportionnées face à la poursuite de l'objectif d'un accès non discriminatoire à ces installations de service, et mettent en péril les structures et activités actuelles alors qu'elles répondent à un besoin et ont donné entière satisfaction dans un pays de petite taille qu'est le Luxembourg.

Par ailleurs, elles ne sont pas compatibles avec le principe de subsidiarité, car la législation nationale prescrit déjà aujourd'hui aux termes d'un règlement grand-ducal du 6 novembre 2009 qu'en leur qualité de gestionnaire d'infrastructure ferroviaire, « les CFL s'engagent à exercer ce rôle dans le respect de la réglementation européenne ainsi que des critères d'indépendance y prévalant, afin de garantir un accès équitable et non-discriminatoire à l'infrastructure ferroviaire et d'assurer l'utilisation optimale de celle-ci. » L'Union ne devra en effet agir que si les objectifs ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres (critère de la nécessité) et s'ils peuvent être mieux réalisés par l'Union (critère de la valeur ajoutée ou efficacité comparée).

Nul besoin dès lors d'imposer cette indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle, exigence qui ne se retrouve même pas dans d'autres secteurs autrement plus libéralisés, à savoir celui de l'aviation, et qui mènerait d'ailleurs à une restriction de la liberté du commerce. Or, l'article 11 de la Constitution dispose en son paragraphe (6) que : « La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi. » La Constitution garantit donc la liberté du commerce, sauf les restrictions établies par la loi. Ces restrictions étant l'exception, elles sont, d'après le tribunal administratif, d'interprétation stricte.

4. Principes généraux des accords transfrontaliers (article 14)

Les dispositions introduites par l'article 14 prévoient notamment des procédures de notification et de coopération devant permettre à la Commission européenne de garantir la conformité des accords transfrontaliers avec le droit européen. Le cas échéant, des accords transfrontaliers peuvent être déclarés nuls et sans effet. Le texte afférent se lit comme suit :

« Toute disposition d'un accord transfrontalier entre États membres qui discrimine entre des entreprises ferroviaires ou qui restreint la liberté des entreprises ferroviaires d'exploiter des services transfrontaliers est nulle et sans effet. »

La Commission est informée de ces accords. Elle examine leur conformité avec la présente directive et décide, conformément à la procédure visée à l'article 64, paragraphe 2, s'ils peuvent

continuer de s'appliquer. La Commission communique sa décision au Parlement européen, au Conseil et aux États membres.

Sans préjudice de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, conformément au droit de l'Union, la négociation et la mise en œuvre d'accords transfrontaliers entre États membres et pays tiers relève de la procédure de coopération entre les États membres et la Commission.

La Commission peut adopter des mesures d'exécution détaillant la procédure à suivre pour l'application du présent paragraphe. Ces mesures, destinées à assurer l'application de la présente directive dans des conditions uniformes, sont adoptées sous la forme d'actes d'exécution conformément à l'article 63, paragraphe 3.

De l'avis de la Commission du Développement durable, cette disposition est contraire aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, alors que ces accords sont destinés en premier lieu à organiser la mobilité transfrontalière. Les accords transfrontaliers devraient continuer à relever de l'autonomie des États et rester de leur compétence. L'Union européenne ne devra en effet agir que si les objectifs ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres (critère de la nécessité) et s'ils peuvent être mieux réalisés par l'Union (critère de la valeur ajoutée ou efficacité comparée).

Notons par ailleurs qu'un accord transfrontalier fait partie du domaine du droit international public. En droit luxembourgeois, conformément à l'article 37 de la Constitution, «*Le Grand-Duc fait les traités. Les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois.*» La Constitution ne fait aucune distinction entre des conventions qui entraînent des effets juridiques obligatoires et des conventions qui n'obligent que moralement, voire entre des traités proprement dits et des conventions, arrangements, ou accords. Par conséquent, un accord transfrontalier tel que visé par la proposition de directive entre le Luxembourg et un autre État-membre de l'Union doit respecter la procédure prévue par la Constitution. Dans ce cas, un tel accord acquiert juridiquement force exécutoire entre parties.

L'applicabilité en droit interne d'un traité dure aussi longtemps que le traité déploie ses effets dans les relations internationales et à l'égard du Luxembourg. Toute dénonciation, suspension ou inexécution de l'autre partie, fera cesser son applicabilité en droit national. Cependant, il n'existe aucun système en droit commun, ni d'ailleurs en droit international, qui «*annule et rend sans effet*» une disposition par le simple fait qu'elle soit contraire à une autre norme ou disposition. Même si ni l'article 37 de la Constitution, ni aucune autre disposition ne soumettent l'exercice du droit de dénoncer les traités à une condition particulière, il est unanimement admis que seul le Grand-Duc peut, sans l'intervention de la Chambre, dénoncer les traités.

Il est ainsi impossible de concevoir, aussi bien d'un point de vue juridique que politique, qu'une simple décision de la Commission puisse annuler l'application d'un accord transfrontalier approuvé en bonne et due forme. D'une manière générale la Commission veille conformément à l'article 17 du Traité sur l'Union européenne «*...à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne.*»

La Commission peut ainsi constater qu'il existe une incompatibilité entre un accord transfrontalier et une disposition de droit communautaire. Elle ne peut cependant pas invalider de sa propre initiative un accord transfrontalier, mais entamer tout au plus un recours en

manquement devant la Cour prévue par l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour violation du droit communautaire.

5. Surveillance du marché (article 15)

La Commission européenne veut considérablement étendre sa surveillance du marché. Alors qu'actuellement cette surveillance se limite à juste titre à l'évolution des conditions cadres comme notamment la tarification de l'infrastructure, la répartition des capacités, le système d'octroi des licences et le degré d'harmonisation entre Etats membres, la Commission européenne vise à présent également : *« les investissements dans l'infrastructure ferroviaire, l'évolution des prix, la qualité des services de transport ferroviaire et des services de transport ferroviaire couverts par des contrats de service public. »*

La disposition projetée enfreint de l'avis de la Commission du Développement durable les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les investissements dans l'infrastructure ferroviaire, l'évolution des prix et la définition de la qualité des services offerts relèvent clairement de la compétence des Etats membres.

La promotion et le développement de services de transport en nombre suffisant, sûrs et de qualité incombent de l'avis de la Commission du Développement durable aux Etats membres. Dans cet ordre d'idées les autorités nationales fixent les objectifs en matière de mobilité et d'aménagement du territoire qui visent notamment une amélioration de la qualité de vie des résidents et des usagers transfrontaliers, le développement économique du pays et finalement la protection de l'environnement. Ces objectifs impliquent la mobilisation de moyens financiers et la mise en place d'un cadre cohérent pour le développement du service public de transport de voyageurs par chemins de fer et par route au niveau national. Dans ce même ordre d'idées, les autorités nationales définissent l'offre des services qui comprennent notamment les relations ferroviaires et routières à desservir, les circulations et les arrêts, les fréquences, la tarification, l'accueil, l'information et la qualité de service tout court.

6. Contrats de gestion de l'infrastructure ferroviaire (article 30)

Les modifications proposées détaillent le processus d'élaboration et d'exécution des accords contractuels entre les autorités compétentes nationales et les gestionnaires d'infrastructure. En particulier, l'organisme de contrôle (ILR) serait obligé de vérifier l'adéquation de l'enveloppe budgétaire envisagée au regard des objectifs de performance de l'infrastructure. La Commission européenne estime que cette évaluation indépendante pourra réduire le risque que les entreprises ferroviaires historiques usent de leur pouvoir politique pour influencer les contrats.

Deux remarques principales s'imposent à cet égard : Premièrement, cet article devrait prévoir des mesures transitoires pour les contrats existants. Deuxièmement, le régulateur risque d'outrepasser ses compétences en procédant à une évaluation de la programmation pluriannuelle du Fonds du Rail qui relève exclusivement de la compétence du Gouvernement, voire de la Chambre des Députés.

A l'instar de l'article 8, l'article 30 sous examen est donc susceptible de ne respecter ni le principe de subsidiarité ni celui de proportionnalité alors qu'au Luxembourg, la programmation pluriannuelle des investissements est adopté par le Gouvernement dans le cadre de l'établissement du budget de l'Etat, sur proposition du gestionnaire de l'infrastructure et sur avis

d'une commission spéciale instituée à cet effet, la commission d'analyse des projets d'infrastructure ferroviaire.

7. Principes de tarification (article 31)

Le présent article vise notamment à introduire une différenciation des redevances d'accès aux voies en fonction de caractéristiques d'émissions sonores du matériel roulant.

Bien que cette initiative doive en principe inciter les entreprises ferroviaires à investir dans des technologies ferroviaires plus durables, elle risque toutefois de pénaliser encore davantage le transport de fret ferroviaire par rapport au routier étant donné que la proposition de directive « Eurovignette » relative aux droits d'usage des routes applicables aux poids lourds ne prévoit pour l'instant que des avancées modestes pour ce qui est de l'internalisation obligatoire des coûts externes et que la durée de vie du matériel roulant ferroviaire, et partant d'amortissement, en est un multiple.

Dans le cadre de la proposition de directive dite « Eurovignette », les Etats membres peuvent appliquer une nouvelle redevance pour coûts externes sur les poids lourds qui vient en complément de la redevance d'infrastructure existante, mais ne sont pas obligés de le faire, par respect du principe de subsidiarité. Par analogie, la Commission du Développement durable demande à ce que l'introduction et la perception de redevances correspondant au coût des effets du bruit causé par l'exploitation des trains suivent la même logique et traitent du moins à pieds d'égalité les secteurs des transports routiers et ferroviaires pour ce qui est de la différenciation des redevances en fonction des caractéristiques d'émissions sonores.

8. Organisme de contrôle (article 55)

La Commission européenne propose de moderniser les dispositions relatives à l'indépendance des organismes de contrôle en stipulant qu'ils doivent être indépendants de toute autre autorité publique.

Alors qu'actuellement le régulateur, dans son organisation, ses décisions de financement, sa structure juridique et ses prises de décisions, doit à juste titre être indépendant de tout gestionnaire de l'infrastructure, organisme de tarification, organisme de répartition ou candidat et par ailleurs fonctionnellement indépendant de toute autorité compétente intervenant dans l'attribution d'un contrat de service public, le régulateur devrait maintenant pouvoir fonctionner comme « autorité autonome juridiquement distincte et indépendante sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre autorité publique. »

Au Luxembourg, le régulateur est constitué sous forme d'un établissement public placé sous l'autorité du Ministère d'Etat. La loi organique y relative prévoit une certaine indépendance vis-à-vis du Gouvernement qui ne peut, par exemple, pas proposer au Grand-Duc la révocation de la direction ou d'un membre de la direction.

La disposition projetée porte, de l'avis de la Commission du Développement durable, atteinte aux principes de subsidiarité et de proportionnalité et s'avère d'ailleurs impossible à transposer en droit national si l'on part de l'hypothèse que le régulateur devrait lui-même continuer à bénéficier d'un statut d'autorité publique, à moins de prévoir d'élever le régulateur dans le domaine ferroviaire au rang d'un organe de l'Etat institué par la Constitution à l'instar du Grand-

Duc, de la Chambre des Députés, du Gouvernement, du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes
ou encore des différents Cours et Tribunaux. »

Résolution adoptée par la Chambre des Députés
en sa séance publique du 16 novembre 2010

Le Secrétaire général,



Claude Frieseisen

Le Président,



Laurent Mosar