

Affaire C-538/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

22 août 2023

Jurisdiction de renvoi :

Bundesverwaltungsgericht (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

21 août 2023

Parties requérantes :

ÖBB-Infrastruktur AG

WESTbahn Management GmbH

Partie défenderesse :

Schienen-Control Kommission

[OMISSIS]

Bundesverwaltungsgericht
(tribunal administratif fédéral)
République d'Autriche

[OMISSIS – adresse, références]

ORDONNANCE

Le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) [OMISSIS – composition, huis clos], saisi par recours introduits par 1) la société ÖBB-Infrastruktur AG [OMISSIS – nom et adresse du représentant] ainsi que la société WESTbahn Management GmbH [OMISSIS – nom et adresse du représentant] contre la décision de la Schienen-Control Kommission (commission de contrôle ferroviaire, Autriche) du 17 décembre 2020, réf. SCK-16-012, SCK-17-009, SCK-18-010, ayant pour objet des demandes d'approbation d'une majoration des redevances d'utilisation de l'infrastructure 2018 et 2019, conformément à l'article 67d, paragraphe 6, de l'Eisenbahngesetz 1957 (loi sur les

chemins de fer de 1957), introduites par ÖBB-Infrastruktur AG, ainsi qu'une procédure de contrôle de la concurrence portant sur les coûts directs d'ÖBB-Infrastruktur AG, ordonne :

A)

Les questions d'interprétation – à la lumière de l'exigence de transparence et de prévisibilité du considérant 34 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen (JO 2012, L 343, p. 32) – suivantes sont, conformément à l'article 267 TFUE, déférées à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne :

I. Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment l'article 32 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, en ce sens que l'approbation, par l'État membre, des majorations doit intervenir **ex ante**, avant le début de la période de validité de l'horaire de service concernée, pour laquelle l'approbation des majorations a été demandée (ou à tout le moins avant sa fin), ou l'État membre peut-il approuver la perception des majorations également **ex post**, après que la période de validité concernée de l'horaire de service a pris fin (éventuellement plusieurs années après) ? Convient-il d'entendre par « approbation de la perception des majorations » par l'État membre, au sens de l'article 32 de la directive 2012/34, une approbation **définitive** ?

II. Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment les dispositions combinées de l'article 32, paragraphes 1 et 6, et de l'article 27, paragraphe 4, de la directive 2012/34 en ce sens que, **chronologiquement**, les majorations doivent (en cas de modification d'éléments essentiels) d'abord être publiées dans le document de référence du réseau (le cas échéant sous réserve d'approbation) et que l'État membre ne doit les approuver qu'après leur publication ? S'agit-il d'une **modification d'éléments essentiels** au sens de l'article 32, paragraphe 6, de la directive 2012/34 lorsque le seul élément modifié, en comparaison avec la précédente période de validité de l'horaire de service, est le montant des majorations ?

III. (En cas de réponse positive à la question II, première phrase :) Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment les dispositions combinées de l'article 32, paragraphes 1 et 6, de l'article 27, paragraphes 2 et 4, ainsi que de l'annexe IV, point 2, de la directive 2012/34 – lues à la lumière de l'exigence de transparence et de prévisibilité du considérant 34 de cette même directive – en ce sens que l'État membre ne peut pas approuver la perception de **majorations** lorsque le montant même des majorations n'a pas été **publié** dans le document de référence du réseau pour la période de validité de l'horaire de service concernée (pour laquelle l'approbation de ces majorations a été demandée) ? Et que, au contraire, n'a été publiée dans ce document de référence du réseau qu'une redevance globale par train-kilomètre parcouru (c'est-à-dire la somme des

redevances pour les coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire, conformément à l'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34, et des majorations au titre de l'article 32 de cette directive), et ce pour chaque segment de marché ; que ce document de référence du réseau ne permettait donc aux entreprises de connaître ni les redevances pour les « coûts directs » [au sens des dispositions combinées de l'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34 et de l'article 2, point 1, du règlement d'exécution (UE) 2015/909 de la Commission, du 12 juin 2015, concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire] ni les majorations au titre de l'article 32 de la directive 2012/34, par segment de marché ?

IV. (En cas de réponse positive à la question II, première phrase :) Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment les dispositions combinées de l'article 32, paragraphes 1 et 6, et de l'article 27, paragraphe 4, de la directive 2012/34 – lues à la lumière de l'exigence de transparence et de prévisibilité du considérant 34 de cette même directive – en ce sens que les majorations publiées dans le document de référence du réseau pour la période de validité de l'horaire de service concernée **lient l'État membre** aux fins de l'approbation ? S'ensuit-il que l'État membre ne peut autoriser, pour chaque segment de marché, des majorations supérieures à celles indiquées dans le document de référence du réseau concerné ? Ou l'État membre n'est-il lié qu'en ce que les redevances globales approuvées (à savoir la somme des redevances pour les « coûts directs » en vertu de l'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34 et des majorations au titre de l'article 32 de cette directive) ne sauraient excéder celles publiées dans le document de référence du réseau, mais que le montant des majorations elles-mêmes qui est approuvé peut être supérieur à celui publié dans le document de référence du réseau ? La demande d'approbation initialement introduite auprès de l'État membre lie-t-elle également ce dernier en ce qui concerne le montant des majorations et, si oui, dans quel sens (une augmentation ou une diminution est-elle encore autorisée) ? L'État membre peut-il être lié d'une autre manière ?

V. Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment l'article 32, paragraphe 1, de la directive 2012/34 en ce sens que, pour se prononcer sur l'admissibilité de principe de majorations (abstraction faite du point de savoir si le marché s'y prête) – c'est-à-dire afin de couvrir la totalité des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure –, il convient non pas de partir d'un montant total de recettes que l'**État membre impose** au gestionnaire de l'infrastructure de réaliser (« **objectif quant aux recettes** »), consistant en la somme des redevances pour les coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire, conformément à l'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34, et des majorations au titre de l'article 32, paragraphe 1 de cette directive, mais de déterminer et établir les coûts dont il faut couvrir l'intégralité pour pouvoir apprécier, sur la base de ces coûts, si et à quelle hauteur des majorations peuvent le cas échéant être approuvées ? Lors de cet examen de l'admissibilité de principe de majorations (abstraction faite du point de savoir si le marché s'y prête), faut-il également tenir compte de **subventions publiques** de l'État membre en faveur de

l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et, si oui, de quelle manière ? Convient-il le cas échéant de déduire ces subventions publiques des coûts nécessaires dont il faut couvrir l'intégralité (outre les redevances pour les coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire) ? Convient-il d'interpréter le droit de l'Union et notamment les dispositions combinées de l'article 32, paragraphe 1, et de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2012/34 en ce sens que, outre les redevances pour les coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire et les subventions publiques à prendre éventuellement en compte, l'État membre doit également déterminer et prendre en compte lors de son examen de l'admissibilité des majorations **tous les autres excédents** dégagés d'autres activités commerciales de l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et tous les **revenus non remboursables** reçus par cette dernière **de sources privées** ; dans l'affirmative, de quelle manière doit-il le faire, en les déduisant le cas échéant également des coûts nécessaires dont il faut couvrir l'intégralité ? Lors de cet examen, faut-il également tenir compte d'autres **redevances perçues** par l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire – telles que des redevances d'utilisation des quais à voyageurs (« redevances de gare ») et des redevances pour l'utilisation du système d'alimentation électrique pour le courant de traction – ainsi que d'**autres postes budgétaires** de l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire ?

B)

[OMISSIS – ordonnance de renvoi insusceptible de recours]

Motifs

Sur A)

1. L'objet et les faits du litige au principal

- 1 La présente affaire porte sur l'approbation de la majoration de redevances d'utilisation de l'infrastructure conformément à l'article 32 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen (JO 2012, L 343, p. 32). Cet article a été transposé en Autriche par l'article 67d du Bundesgesetz über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen 1957 (loi fédérale sur les chemins de fer, le matériel roulant ferroviaire et le trafic ferroviaire de 1957) (ci-après la « loi sur les chemins de fer » ou l'« EisbG »), BGBl. n° 60/1957, loi modifiée en dernier lieu par BGBl. I n° 231/2021. L'article 67d de l'EisbG, publié au BGBl. I n° 137/2015, est entré en vigueur le 27 novembre 2015 et n'a pas été modifié depuis lors.
- 2 L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire en charge de la publication des redevances dans les documents de référence du réseau concernés et de leur perception, qui exerce en même temps la fonction d'organisme de répartition, est la société ÖBB-Infrastruktur AG (ci-après « ÖBB-Infrastruktur »). Les

majorations sont approuvées par l'organisme national de régulation compétent, la Schienen-Control Kommission (commission de contrôle ferroviaire, Autriche) (ci-après la « commission de contrôle ferroviaire » ou « SCK »). Les recours contre les décisions de la SCK sont soumis au Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral), une juridiction au sens de l'article 267 TFUE et auteur du présent renvoi.

- 3 En Autriche, l'approbation d'une majoration des redevances d'utilisation de l'infrastructure a été demandée pour la première fois par ÖBB-Infrastruktur pour la période de validité de l'horaire de service **2018**. Dans le cadre de la présente procédure, la décision de la SCK concernant les (premières) majorations pour les périodes de validité de l'horaire de service **2018** et **2019** est contestée tant par l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, ÖBB-Infrastruktur, elle-même que par une entreprise de transport ferroviaire, WESTbahn Management GmbH (ci-après « WESTbahn »), un concurrent important dans le secteur des services interurbains de transport de voyageurs.

Les faits ci-après sont constants :

- 4 La **période de validité de l'horaire de service 2018** est allée en Autriche du 10 décembre 2017 au 8 décembre 2018. La date limite pour l'introduction, par les entreprises de transport ferroviaire, de leurs demandes de capacités de l'infrastructure pour la période de validité de l'horaire de service 2018 expirait le 10 avril 2017. ÖBB-Infrastruktur a publié au moins quatre mois avant cette date limite le catalogue « sillon » compris dans son document de référence du réseau (ci-après le « document de référence ») pour la période de validité de l'horaire de service 2018.
- 5 La **période de validité de l'horaire de service 2019** est allée en Autriche du 9 décembre 2018 au 7 décembre 2019. La date limite pour l'introduction, par les entreprises de transport ferroviaire, de leurs demandes de capacités de l'infrastructure pour la période de validité de l'horaire de service 2019 était le 9 avril 2018. ÖBB-Infrastruktur a publié au moins quatre mois avant cette date limite le catalogue « sillon » compris dans son document de référence du réseau (ci-après le « document de référence ») pour la période de validité de l'horaire de service 2019.
- 6 Les catalogues « sillon » publiés pour les périodes de validité de l'horaire de service 2018 et 2019 contenaient tous deux, en des termes identiques, l'information suivante : « *Les redevances d'utilisation de l'infrastructure doivent être acquittées par les [entreprises de transport ferroviaire] pour l'ensemble des prestations minimales défini [renvoi à un autre point du document de référence]. La redevance d'utilisation de l'infrastructure est fixée conformément aux dispositions de la loi sur les chemins de fer (notamment articles 67 et suivants) et du règlement d'exécution 2015/909/UE. [...] Les redevances d'utilisation de l'infrastructure sont composées du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire (article 67, paragraphe 1, de l'EisbG) et des majorations*

(article 67d de l'EisbG) ainsi que des suppléments et minorations (articles 67a et suiv. de l'EisbG). [...] Des majorations ont été fixées pour les segments de marché "services commerciaux de transport de voyageurs", "services interurbains de transport de voyageurs au titre des missions de service public", "services urbains de transport de voyageurs 'fort'", "services urbains de transport de voyageurs 'faible'" et "services de fret – trains entiers ».

- 7 Le document de référence **2018** publié indiquait pour chacun des cinq segments de marché cités exclusivement la redevance globale due par train-kilomètre (sillon-kilomètre) parcouru ; il n'en ressortait donc pas quel était le montant des redevances pour les coûts directs et celui des majorations, chaque fois par train-kilomètre parcouru, pour le segment de marché concerné.
- 8 Le document de référence **2019** publié indiquait, au contraire, pour chaque segment de marché tant le montant des majorations que celui des redevances pour les coûts directs par train-kilomètre (sillon-kilomètre) parcouru, ainsi que la redevance globale due par train-kilomètre parcouru, obtenue par l'addition des deux.
- 9 Le document de référence **2018** et le document de référence **2019** contenaient tous deux la précision suivante au sujet des majorations : « *La procédure d'approbation des majorations visée à l'article 67d, paragraphe 6, de l'EisbG est encore en cours.* » Seul le document de référence **2019** était en outre assorti d'une réserve d'approbation plus précise, pour le cas où « *il n'existerait de décision définitive dans cette procédure qu'après le début de la période de validité de l'horaire de service* », annonçant que, dans ce cas, « *il sera procédé le cas échéant au remboursement ou au recouvrement des redevances d'utilisation de l'infrastructure trop perçues ou moins perçues* ».
- 10 Le 12 août 2016, ÖBB-Infrastruktur a demandé à la SCK d'approuver pour les cinq segments de marché précités des majorations, d'un montant bien déterminé (et qui n'avaient pas été publiées au préalable dans le document de référence **2018**), de la redevance d'utilisation de l'infrastructure pour la période de validité de l'horaire de service **2018**.
- 11 Par une première décision du 12 décembre 2016, qui n'est pas objet de la présente procédure, la SCK a fait droit à la demande d'ÖBB-Infrastruktur pour la période de validité de l'horaire de service **2018**.
- 12 Le 20 janvier 2017, WESTbahn a saisi la juridiction de céans d'un recours contre cette première décision. Par jugement du 5 juillet 2017, la juridiction de renvoi (composée différemment) a annulé cette (première) décision en raison de vices affectant la procédure d'instruction et a renvoyé l'affaire pour nouvelle audience et décision devant la SCK, qui a poursuivi sa procédure concernant la période de validité de l'horaire de service **2018**.
- 13 Le 18 août 2017, ÖBB-Infrastruktur a demandé à la SCK d'approuver pour les cinq segments de marché précités des majorations, d'un montant bien déterminé

(et dont le montant avait été publié au préalable dans le document de référence **2019**), de la redevance d'utilisation de l'infrastructure pour la période de validité de l'horaire de service **2019**.

- 14 La SCK a attribué à cette demande, relative à l'année **2019**, la référence SCK-17-009 et a joint cette procédure à celle relative aux majorations **2018**, référence SCK-16-012. La SCK a par ailleurs ouvert une procédure, portant la référence SCK-18-010, visant à contrôler les coûts directs d'ÖBB-Infrastruktur et l'a également jointe aux deux autres procédures.
- 15 Dans le cadre du nouveau calcul de ses coûts directs ordonné par la SCK, ÖBB-Infrastruktur a sollicité par courrier du 24 juin 2019 une modification des majorations initialement sollicitées pour **2018** et **2019**, au motif que, s'il y avait lieu de s'attendre à ce que la SCK retienne un montant des coûts directs inférieur à celui prévu par ÖBB-Infrastruktur, il fallait des majorations plus élevées pour atteindre l'objectif quant aux recettes fixé par le ministère.
- 16 Par la (deuxième) décision, attaquée devant la juridiction de céans dans le cadre de la présente procédure, la SCK s'est prononcée sur les demandes d'approbation d'une majoration des redevances d'utilisation de l'infrastructure 2018 et 2019, conformément à l'article 67d, paragraphe 6, de l'EisbG, introduites par ÖBB-Infrastruktur, ainsi que sur la procédure de contrôle de la concurrence portant sur les coûts directs d'ÖBB-Infrastruktur ; elle a, par le point 1 dispositif, fixé pour la période de validité de l'horaire de service **2018** et chacun des cinq segments de marché les majorations et redevances pour les coûts directs par train-kilomètre parcouru, puis, en additionnant les deux, la redevance globale due par train-kilomètre parcouru, par le point 2 du dispositif, elle a fixé pour la période de validité de l'horaire de service **2019** et chacun des cinq segments de marché les majorations et redevances pour les coûts directs par train-kilomètre parcouru, puis, en additionnant les deux, la redevance globale due par train-kilomètre parcouru.
- 17 Tant ÖBB-Infrastruktur que WESTbahn ont saisi la juridiction de céans d'un recours contre cette décision, contestant tous deux tant le point 1 que le point 2 du dispositif, relatifs aux majorations et coûts directs des périodes de validité de l'horaire de service **2018** et **2019**.
- 18 L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire ÖBB-Infrastruktur reçoit de la République d'Autriche des subventions publiques en application de l'article 42 du Bundesbahngesetz (loi sur les chemins de fer fédéraux, ci-après le « BundesbahnG ») ; elle a reçu de telles subventions au titre des années **2018** et **2019**. Dans ce cadre, la République d'Autriche informe ÖBB-Infrastruktur [à travers le « ministère des transports » (ministère fédéral de l'Action pour le Climat, de l'Environnement, de l'Énergie, de la Mobilité, de l'Innovation et de la Technologie), après concertation avec le ministère fédéral des Finances], sur le fondement de l'article 42 du BundesbahnG, pour chaque période de validité de l'horaire de service du montant total des redevances (dit « objectif quant aux recettes » ou « recettes visées ») ÖBB-Infrastruktur est tenue de réaliser au cours

de la période de validité de l'horaire de service concernée grâce aux redevances d'utilisation de l'infrastructure et aux majorations. Pour la période de validité de l'horaire de service **2018**, la République d'Autriche a fixé le montant des recettes visées à 369,05 millions d'euros, sans trains de service et sans suppléments et minorations (tels que le supplément pour congestion ou le bonus/malus « engin de traction ») (avec les trains de service, mais toujours sans suppléments et minorations, les recettes visées étaient de 377,67 millions d'euros). Par « trains de service », il convient d'entendre des « trains de machines » et des « trains de voyageurs circulant à vide », c'est-à-dire des mouvements de transfert accomplis sans cargaison ni voyageurs. Pour la période de validité de l'horaire de service **2019**, la République d'Autriche a fixé le montant des recettes visées à 376,49 millions d'euros, sans trains de service et sans suppléments et minorations (avec les trains de service, mais toujours sans suppléments et minorations, les recettes visées étaient de 385,53 millions d'euros). La SCK effectue le calcul des majorations en partant de l'« objectif quant aux recettes » (sans trains de service et sans minorations et suppléments) concerné ; dans sa décision, elle note à cet égard ce qui suit (voir p. 217) : *« Cet objectif quant aux recettes (sans trains de service et sans minorations et suppléments) doit être couvert par les redevances, en tenant compte d'une subdivision en coûts directs, d'une part, et majorations, d'autre part. Tandis que les majorations visent à couvrir à tout le moins une partie des coûts généraux, c'est-à-dire des frais fixes, les redevances sur la base du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire (c) servent à couvrir les coûts directs. Celles-ci varient – à la différence des coûts généraux – avec le nombre de sillons-kilomètres (skm). Il convient par conséquent, dans une première étape, de déterminer la partie des coûts généraux qu'il faut couvrir par des majorations en déduisant de l'objectif quant aux recettes fixé les coûts directs de tous les sillons-kilomètres du segment de marché concerné. Celle-ci sera dénommée ci-après "objectif de marge sur coût variable". »* [note de la juridiction de céans : la SCK utilise les termes « train-kilomètre » et « sillon-kilomètre » en principe comme des synonymes pour la distance parcourue par un train ; elle utilise cependant « train-kilomètre » dans le cadre des redevances pour les « coûts directs » et « sillon-kilomètre » lorsqu'il est question des majorations.]

2. Le droit de l'Union

- 19 Le considérant 34, les articles 8, 27, 31 et 32 ainsi que l'annexe IV de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, sont rédigés comme suit (extraits) :

*« LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION
EUROPÉENNE, [...] **considérant ce qui suit :***

(34) Afin d'assurer la transparence et un accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires et aux services dans les installations de service pour toutes les entreprises ferroviaires, toutes les informations requises pour exercer les droits d'accès devraient être publiées dans un document de référence du réseau. Ce document de référence du réseau devrait être publié dans au moins deux langues officielles de l'Union, conformément à l'usage existant au niveau international. »

« SECTION 3

Assainissement de la situation financière

Article 8

Financement du gestionnaire de l'infrastructure

1. à 3. [...]

4. Les États membres veillent à ce que les comptes de profits et pertes du gestionnaire de l'infrastructure, dans des conditions normales d'activité et par rapport à une période raisonnable qui ne dépasse pas cinq ans, présentent au moins un équilibre entre, d'une part, les recettes tirées des redevances d'utilisation de l'infrastructure, les excédents dégagés d'autres activités commerciales, les revenus non remboursables de sources privées et le financement par l'État, y compris, le cas échéant, les avances de l'État, et, d'autre part, les dépenses d'infrastructure.

Sans préjudice d'un objectif éventuel, à long terme, de couverture par l'utilisateur des coûts d'infrastructure pour tous les modes de transport sur la base d'une concurrence intermodale équitable et non discriminatoire, lorsque le transport ferroviaire est en mesure de concurrencer d'autres modes, un État membre peut, à l'intérieur du cadre de tarification défini aux articles 31 et 32, exiger du gestionnaire de l'infrastructure qu'il équilibre ses comptes sans apport financier de l'État. »

« Article 27

Document de référence du réseau

1. Le gestionnaire de l'infrastructure établit et publie, après consultation des parties intéressées, un document de référence du réseau pouvant être obtenu contre paiement d'un droit qui ne peut être supérieur au coût de publication de ce document. Le document de référence du réseau est publié dans au moins deux langues officielles de l'Union. Son contenu est mis gratuitement à disposition sous forme électronique sur le portail internet du gestionnaire de l'infrastructure et accessible par un portail internet commun. Ce portail internet est mis en place par les gestionnaires de l'infrastructure dans le cadre de leur coopération conformément aux articles 37 et 40.

2. Le document de référence du réseau expose les caractéristiques de l'infrastructure mise à la disposition des entreprises ferroviaires et contient des informations précisant les conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire

concernée. Le document de référence du réseau contient également des informations précisant les conditions d'accès aux installations de service reliées au réseau du gestionnaire de l'infrastructure et la fourniture de services dans ces installations, ou indique un site internet où ces informations sont mises gratuitement à disposition sous forme électronique. Le contenu du document de référence du réseau est défini à l'annexe IV.

3. Le document de référence du réseau est tenu à jour et, le cas échéant, modifié.

4. Le document de référence du réseau est publié au plus tard quatre mois avant la date limite pour l'introduction des demandes de capacités de l'infrastructure. »

« Article 31

Principes de tarification

1. Les redevances d'utilisation de l'infrastructure et des installations de service sont versées respectivement au gestionnaire de l'infrastructure et à l'exploitant d'installation de service, qui les affectent au financement de leurs activités.

2. Les États membres exigent du gestionnaire de l'infrastructure et de l'exploitant d'installation de service qu'ils fournissent à l'organisme de contrôle toute information nécessaire sur les redevances imposées afin de permettre à ce dernier d'assumer ses fonctions au sens de l'article 56. À cet égard, le gestionnaire de l'infrastructure et l'exploitant d'installation de service sont en mesure de prouver aux entreprises ferroviaires que les redevances d'utilisation de l'infrastructure et des services réellement facturées à l'entreprise ferroviaire en application des articles 30 à 37 sont conformes à la méthodologie, aux règles et, le cas échéant, aux barèmes définis dans le document de référence du réseau.

3. Sans préjudice des paragraphes 4 ou 5 du présent article ou de l'article 32, les redevances perçues pour l'ensemble des prestations minimales et pour l'accès à l'infrastructure reliant les installations de service sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire.

Avant le 16 juin 2015, la Commission adopte des mesures présentant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire. Ces actes d'exécution sont adoptés selon la procédure d'examen visée à l'article 62, paragraphe 3. Le gestionnaire de l'infrastructure peut décider de s'adapter progressivement aux modalités pendant une période de quatre ans maximum après l'entrée en vigueur de ces actes d'exécution.

4. à 10. [...] »

« Article 32

Exceptions aux principes de tarification

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 des segments du marché ferroviaire. Le système de tarification respecte les gains de productivité réalisés par les entreprises ferroviaires.*

Le niveau des redevances n'exclut cependant pas 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.

Avant d'approuver la perception de telles majorations, les États membres s'assurent que les gestionnaires de l'infrastructure ont évalué leur pertinence pour des segments de marché spécifiques, en considérant au moins les paires d'éléments énumérées à l'annexe VI, point 1, et en retenant les plus pertinentes. La liste des segments de marché définis par les gestionnaires de l'infrastructure contient au moins les trois segments suivants : services de fret, services de transport de passagers dans le cadre d'un contrat de service public et autres services de transport de passagers.

Les gestionnaires de l'infrastructure peuvent procéder à une différenciation plus poussée des segments de marché en fonction des marchandises ou des passagers transportés.

Les segments de marché sur lesquels les entreprises ferroviaires n'interviennent pas actuellement mais peuvent fournir des services durant la période de validité du système de tarification sont également définis. Pour ces segments de marché, le gestionnaire de l'infrastructure n'introduit pas de majoration dans le système de tarification.

La liste des segments de marché est publiée dans le document de référence du réseau et fait l'objet d'une révision au moins tous les cinq ans. L'organisme de contrôle visé à l'article 55 contrôle cette liste conformément à l'article 56.

2. à 5. [...]

6. *Si un gestionnaire de l'infrastructure compte modifier les éléments essentiels du système de tarification visé au paragraphe 1 du présent article, il en informe le public au moins trois mois avant la date limite de publication du document de référence du réseau conformément à l'article 27, paragraphe 4. »*

**« ANNEXE IV
CONTENU DU DOCUMENT DE RÉFÉRENCE DU RÉSEAU
(visé à l'article 27)**

Le document de référence du réseau visé à l'article 27 contient les informations suivantes :

1) [...]

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 et d'autres informations utiles relatives à l'accès applicables aux services énumérés à l'annexe II qui sont offerts par un seul fournisseur. Il décrit en détail la méthode, les règles et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer les articles 31 à 36 en ce qui concerne les coûts et les redevances. Il contient, lorsqu'elles sont disponibles, des informations concernant les modifications de redevances déjà décidées ou prévues au cours des cinq prochaines années ; [...]* »

20 L'article 2, point 1, du règlement d'exécution (UE) 2015/909 de la Commission, du 12 juin 2015, concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire (JO 2015, L 148, p. 17), dispose :

*« Article 2
Définitions*

Aux fins du présent règlement, on entend par :

1) *“coût direct”, le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire ;*

2) *à 3. [...]* »

3. Le droit national

21 L'article 59 de l'Eisenbahngesetz 1957 (loi sur les chemins de fer de 1957, « EisbG »), introduit par BGBl. I n° 143/2020 (entré en vigueur le 23 décembre 2020), en vigueur sans modification depuis lors, énonce (extraits) :

« Document de référence du réseau

Article 59. 1. L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit établir, après consultation des parties intéressées, un document de référence du réseau en langue allemande et dans une autre langue officielle de l'Union européenne.

2. L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit tenir son document de référence du réseau à jour, le cas échéant modifier et l'appliquer de la même manière à l'égard de toute entreprise ou organisme en droit d'acquérir des capacités de l'infrastructure.

3. L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit permettre à tout intéressé d'acquérir son document de référence du réseau contre paiement d'un droit qui ne peut être supérieur au coût de publication de ce document. Elle doit en outre mettre le document de référence du réseau gratuitement à

disposition sous forme électronique sur son site internet, d'une manière accessible à tous, et le rendre accessible par un portail internet commun que les entreprises gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire doivent mettre en place dans le cadre de leur coopération.

4. Le document de référence du réseau doit exposer les caractéristiques de l'infrastructure mise à la disposition des entreprises ou organismes en droit d'acquérir des capacités de l'infrastructure et contenir des informations précisant les conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire concernée, y compris les modalités administratives, techniques et financières essentielles. Le document de référence du réseau doit également contenir des informations précisant les conditions, y compris les modalités administratives, techniques et financières, d'accès aux installations de service reliées à son infrastructure ferroviaire, y compris aux voies d'accès, et l'accès aux services fournis dans de telles installations de service, ou doit indiquer un site internet où ces informations sont mises gratuitement à disposition sous forme électronique et d'une manière accessible à tous. Le document de référence du réseau doit notamment contenir :

1) un chapitre exposant la nature de l'infrastructure qui est mise à la disposition des titulaires d'un droit d'accès et les conditions d'accès à cette infrastructure, les informations figurant dans ce chapitre devant concorder, sur une base annuelle, avec le registre d'infrastructures ferroviaires publié ou y faire référence ; ce chapitre doit notamment contenir :

a) la description technique et les conditions de fonctionnement [...] ;

b) les exigences contenues dans des dispositions de l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire relatives à l'exploitation [...] ;

2) un chapitre relatif aux principes de tarification et aux tarifs, qui contient notamment

a) des précisions appropriées concernant le système de tarification ;

b) des informations suffisantes sur les redevances ;

c) d'autres informations utiles relatives à l'accès à l'infrastructure ferroviaire concernant l'ensemble des prestations minimales et à l'accès aux installations de service, y compris aux voies d'accès, et concernant l'accès aux services fournis dans de telles installations de service, lorsque tout cela est offert par un seul fournisseur ;

d) une description détaillée de la méthode, des règles et, le cas échéant, des barèmes utilisés pour appliquer les articles 67a, 67d, 67e et 69a, paragraphe 2 ;

e) lorsqu'elles sont disponibles, des informations concernant les modifications de redevances déjà décidées ou prévues au cours des cinq prochaines années ;

- 3) *un chapitre sur les principes et les critères de répartition [...]* ;
- 4) *un chapitre contenant des informations [nécessaires] à l'introduction d'une demande de licence [...]* ;
- 5) *un chapitre contenant des informations sur les procédures de règlement des litiges et de recours concernant*
 - a) *l'accès à l'infrastructure ferroviaire ;*
 - b) *l'accès à l'ensemble des prestations minimales ;*
 - c) *l'accès aux installations de service, y compris aux voies d'accès, et l'accès aux services fournis dans des installations de service ;*
 - d) *le système de tarification en fonction des performances ;*
- 6) *un chapitre contenant des informations sur l'accès aux installations de service, y compris aux voies d'accès, et sur l'accès aux services fournis dans ces installations de service, ainsi que sur les redevances dues à ce titre ;*
- 7) *un modèle d'accord pour des accords-cadres.*

5. *Les dispositions du document de référence du réseau doivent être rédigées de telle manière qu'elles ne confèrent à l'organisme de répartition et à l'organisme de tarification aucun pouvoir discrétionnaire qui permettrait une discrimination d'entreprises ou organismes en droit d'acquérir des capacités de l'infrastructure.*

6. *Les exploitants d'installations de service doivent soit transmettre à l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire les informations à inclure dans le document de référence du réseau suivantes, soit lui indiquer un site internet où ces informations sont mises gratuitement à disposition sous forme électronique et d'une manière accessible à tous :*

- 1) *informations sur les redevances ;*
- 2) *informations précisant les conditions, y compris les modalités administratives, techniques et financières, d'accès aux installations de service, y compris aux voies d'accès, et l'accès aux services fournis dans ces installations de service.*

7. *Le projet de document de référence du réseau doit être soumis à la commission de contrôle ferroviaire dès qu'il aura été établi.*

8. *Les entreprises gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire doivent publier les documents de référence du réseau, ainsi que toute modification apportée à ceux-ci, gratuitement sur leur site internet sous forme électronique et d'une manière accessible à tous au plus tard quatre mois avant la date limite (article 65,*

paragraphe 4) pour l'introduction des demandes de capacités de l'infrastructure, et les soumettre à la commission de contrôle ferroviaire dans un délai d'un mois à compter de leur établissement ou modification. »

- 22 L'article 67 de l'EisbG, introduit par BGBl. I n° 137/2015 (entré en vigueur le 27 novembre 2015), abrogé par BGBl. I n° 231/2021 (avec effet au 30 décembre 2021), disposait :

**« Section 3
Tarification de l'infrastructure et des services
1^e sous-section
Principes de tarification concernant la redevance d'utilisation de
l'infrastructure
Coût d'exploitation du service ferroviaire**

Article 67. 1. Les redevances d'utilisation de l'infrastructure perçues pour l'accès à l'infrastructure, y compris à l'infrastructure reliant les installations de service, et pour l'accès à l'ensemble des prestations minimales doivent en principe être fixées à hauteur des coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire.

2. Lorsque la Commission adopte un acte d'exécution des mesures présentant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire est en droit de décider de s'adapter progressivement à ces modalités ; l'adaptation des modalités doit cependant être accomplie dans un délai de quatre ans après l'entrée en vigueur de l'acte d'exécution. »

- 23 L'article 67 de l'EisbG, dans sa version actuellement en vigueur, introduite par BGBl. I n° 231/2021 (avec effet au 31 décembre 2021), précise (sous le même intitulé que la version précédente, BGBl. I n° 137/2015) :

« Article 67. 1. Les redevances d'utilisation de l'infrastructure perçues pour l'accès à l'infrastructure, y compris à l'infrastructure reliant les installations de service, et pour l'accès à l'ensemble des prestations minimales, y compris le traitement et l'examen des demandes de capacités de l'infrastructure, doivent en principe être fixées à hauteur des coûts directement imputables à l'exploitation du service ferroviaire.

2. Lorsque la Commission adopte un acte d'exécution des mesures présentant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire est en droit de décider de s'adapter progressivement à ces modalités ; l'adaptation des modalités doit cependant être accomplie dans un délai de quatre ans après l'entrée en vigueur de l'acte d'exécution. »

- 24 L'article 67d de l'EisbG, introduit par BGBl. I n° 137/2015 (entré en vigueur le 27 novembre 2015), en vigueur sans modification depuis lors, est libellé comme suit :

« 2^e sous-section

Exception aux principes de tarification concernant la redevance d'utilisation de l'infrastructure
Couverture intégrale des coûts par les redevances d'utilisation de l'infrastructure

Article 67d. 1. *Lorsque les redevances d'utilisation de l'infrastructure et autres recettes générées par l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire ne sont pas suffisantes pour parvenir à une couverture intégrale des coûts, il est possible de prévoir à cette fin d'autres majorations sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, tout en garantissant une compétitivité optimale des segments du marché ferroviaire. 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 conforme au marché.*

2. *Préalablement à la fixation de ces autres majorations, l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit en évaluer la pertinence pour des segments de marché spécifiques, en considérant au moins les paires d'éléments énumérées à l'annexe VI, point 1, de la directive 2012/34 et en retenant les plus pertinentes.*

3. *Il est possible de procéder à une différenciation plus poussée des segments de marché en fonction des marchandises ou des passagers transportés.*

4. *L'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire doit établir une liste des segments de marché définis par elle, la publier dans le document de référence du réseau et la réviser tous les cinq ans. Sur cette liste doivent figurer au moins les trois segments suivants :*

- 1) *services de fret ;*
- 2) *services de transport de passagers dans le cadre d'un contrat de service public et*
- 3) *autres services de transport de passagers*

5. *Dans la liste des segments de marché doivent également être définis les segments de marché sur lesquels les titulaires d'un droit d'accès n'interviennent pas actuellement, mais peuvent fournir des services durant la période de validité du système de tarification.*

6. *La fixation d'autres majorations doit être approuvée par la commission de contrôle ferroviaire, qui est tenue de donner son accord dès lors que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies. La demande doit être accompagnée de la liste des segments de marché définis et du résultat de l'évaluation visée au paragraphe 2.*

7. *Si l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire compte modifier des éléments essentiels du système de tarification visé aux paragraphes 1 à 5, elle doit publier cette modification sur son site internet au moins trois mois avant la date limite de publication du document de référence du réseau conformément à l'article 59, paragraphe 8. »*

- 25 L'article 42, paragraphes 1 à 3, du Bundesbahngesetz (loi sur les chemins de fer fédéraux, « BundesbahnG »), version initiale BGBl. n° 825/1992, modifié en dernier lieu par BGBl. I n° 95/2009 (avec effet au 19 août 2009), en vigueur sans modification depuis lors, est rédigé comme suit :

**« Partie 4
Infrastructure ferroviaire
Mise à disposition de l'infrastructure ferroviaire et projets d'infrastructure
ferroviaire**

Article 42. 1. *ÖBB-Infrastruktur AG supporte le coût de l'accomplissement de sa mission. Sur demande d'ÖBB-Infrastruktur AG, l'État fédéral verse à cette dernière une subvention notamment pour l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire et la mise à disposition de celle-ci aux utilisateurs si et tant que les recettes qui peuvent être obtenues des utilisateurs de l'infrastructure ferroviaire dans les conditions du marché concerné ne couvrent pas les dépenses encourues dans le cadre d'une gestion économe et efficace.*

2. *L'État fédéral octroie par ailleurs des subventions en vue de l'entretien, la planification et la construction de l'infrastructure ferroviaire.*

3. *Les subventions visées aux paragraphes 1 et 2 font l'objet de deux contrats distincts, chacun d'une durée de six ans, entre le ministre fédéral des Transports, de l'Innovation et de la Technologie, en accord avec le ministre fédéral des Finances, et ÖBB-Infrastruktur AG, dans lesquels sont définis l'objet de la subvention, le montant des subventions à accorder, les conditions générales et particulières d'octroi et les modalités de paiement. Les contrats sont prolongés chaque année d'un an et adaptés à la nouvelle période de six ans.*

4. *à 7. [...] »*

4. Sur les questions préjudicielles

Sur la question I (approbation ex ante ou ex post)

- 26 Dès la procédure devant la SCK, ÖBB-Infrastruktur et WESTbahn ont produit des expertises juridiques universitaires contradictoires sur cette question. ÖBB-Infrastruktur soutenait qu'il existait une approbation *pour la période en cause* et par conséquent une approbation ex post. WESTbahn faisait quant à elle valoir qu'une approbation *rétroactive* s'interdisait – en particulier à la lumière du principe de transparence consacré par le droit des chemins de fer et du principe de confiance légitime – et que la réglementation prévoyait par conséquent une approbation ex ante.
- 27 Dans sa décision, la SCK a fait sienne la position d'ÖBB-Infrastruktur et a considéré qu'il existait une approbation pour la période en cause et dès lors une approbation ex post. À l'appui de cette position, la SCK a, d'une part, invoqué la jurisprudence de la juridiction nationale suprême, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative, Autriche), relative au pouvoir de décision dont la SCK, en tant qu'autorité de contrôle de la concurrence, dans le cadre de son contrôle ex post des documents de référence du réseau ou de contrats [renvoyant aux arrêts du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 27 novembre 2014, 2013/03/0092, et du 30 juin 2015, 2012/03/0087]. De même, pour ce qui était de la doctrine, Keding [« Folgen des EuGH-Urteils zu § 315 BGB – Rechtsschutz gegen alle Entgelte ? » *IR* 2019, 90 (92)] considérait le pouvoir de l'organisme de contrôle d'édicter des règles relatives aux redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire et d'en fixer le montant également de façon rétroactive comme « un élément et une conséquence du “monopole” d'application de la réglementation ferroviaire [»]. Pour motiver sa décision, la SCK s'est par ailleurs appuyée sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 novembre 2017, *CTL Logistics* (C-489/15, EU:C:2017:834). Selon la SCK, cet arrêt reposait lui aussi sur la prémisse d'une fixation rétroactive des redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire par l'organisme de contrôle ; elle a renvoyé à cet égard à l'article 97 dudit arrêt.
- 28 WESTbahn reproche dans le cadre de son recours ce qui suit à la décision de la SCK : Les arrêts du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) cités dans la décision ont tous été rendus dans le cadre du contrôle général de la concurrence exercé ex post par la SCK sur le fondement de l'article 74 *EisbG* concernant des documents de référence et contrats (d'utilisation du domaine ferroviaire) encore en vigueur. Or, indique WESTbahn, la présente affaire porte sur une procédure d'approbation ex ante relative à des redevances qui constituent une exception au système général de tarification prévu par l'*EisbG*. Elle cite dans ce contexte un auteur, à savoir Redl, « Ausgewählte Aspekte der Umsetzung der RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums » (*Jahrbuch Tourismusrecht* 2017, p. 257), qui déclare : « En introduisant l'article 67d, paragraphe 6, de l'*EisbG*, le législateur a, pour la première fois depuis la loi

modificative BGBl. I n° 38/2004, prévu de nouveau une régulation ex ante des redevances. La nécessité d'une approbation des majorations découle de l'article 32, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2012/34/CE. Par rapport au contrôle de la concurrence en application de l'article 74, paragraphe 1, de l'EisbG, l'article 67d, paragraphe 6, de l'EisbG est selon moi une loi spéciale. Une fois approuvée, une majoration ne peut donc plus faire l'objet d'une procédure de contrôle de la concurrence en vertu de l'article 74, paragraphe 1, de l'EisbG et ne peut notamment pas être invalidée par la voie d'une annulation partielle du document de référence du réseau sur le fondement de l'article 74, paragraphe 1, point 5, de l'EisbG. »

- 29 En effet, selon WESTbahn, le but le plus essentiel d'un contrôle et d'une approbation ex ante des redevances est de prévenir des déficits, pour ce qui est de la protection juridictionnelle et de l'application du droit, au détriment des entreprises ferroviaires, qui, en tant que « clients d'infrastructure », se trouvent dans un rapport de force fortement déséquilibré avec le monopoliste, en empêchant la survenance même d'un éventuel préjudice sous la forme d'un obstacle à l'entrée sur le marché résultant de la fixation de redevances excessives au détriment de ces clients. À l'appui de cet argument, WESTbahn renvoie à un autre auteur, Fetzer, « Entgeltregulierung » [dans Kirchhof/Korte/Magen, *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, p. 329, 340 (point 24)], selon lequel, à tout le moins tant que le marché en cause est fortement concentré, un contrôle ex post n'empêche pas de façon fiable que le propriétaire du réseau puisse, en réclamant des redevances excessives et du fait que le contrôle de légalité n'est effectué que plus tard dans le cadre du contrôle ex post, entraver durablement la concurrence sur des marchés voisins et compromettre ainsi l'objectif de la réglementation en matière d'accès au réseau, qui est de rendre la concurrence possible.
- 30 En ce qui concerne l'arrêt du 9 novembre 2017, CTL Logistics (C-489/15, EU:C:2017:834), cité dans la décision, WESTbahn expose ce qui suit : L'affaire alors soumise à la Cour portait sur la réparation des compétences concernant le contrôle de redevances qui font l'objet d'une régulation de droit public [concrètement sur le fondement de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (JO 2001, L 75, p. 29), transposée par l'Allgemeines Eisenbahngesetz (loi générale sur les chemins de fer) allemand], entre une juridiction civile [le Landgericht Berlin (tribunal régional de Berlin, Allemagne)] et l'autorité de régulation allemande. Selon WESTbahn, cet arrêt de la Cour ne se prononce nulle part – que ce soit explicitement ou de façon implicite – sur le pouvoir des autorités de régulation de fixer de façon rétroactive le montant des redevances ; au contraire, cet arrêt n'a pas interprété le système de tarification de la directive 2001/14.
- 31 L'expertise juridique universitaire produite par ÖBB-Infrastruktur devant la SCK s'appuyait déjà sur la nécessité d'obtenir une approbation définitive à travers plusieurs instances pour justifier une approbation ex post pour la période

concernée. WESTbahn décrit de même plusieurs processus d'approbation concevables dans lesquels le caractère définitif joue un rôle. La juridiction de céans part en l'état du principe que l'article 32 de la directive 2012/34 exige une approbation définitive. Une réponse à cette question complémentaire est toutefois nécessaire pour éliminer tout doute.

- 32 L'article 32 de la directive 2012/34 a été transposé en Autriche par l'article 67d de l'EisbG. Concernant les majorations, WESTbahn demande à la juridiction de céans d'annuler les points 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée en raison du fait que la décision de la SCK était intervenue après la fin des périodes de validité de l'horaire de service **2018** et **2019** et que des majorations ne sauraient être valablement approuvées de façon rétroactive, et de clore la procédure. La juridiction de céans doit par conséquent trancher la question préjudicielle I en appliquant le droit de l'Union, raison pour laquelle cette question est pertinente.

Sur la question II (ordre chronologique publication/approbation ; éléments essentiels)

- 33 WESTbahn souligne que le législateur (de l'Union) a créé un système cohérent, dans lequel se succèdent, dans cet ordre, la fixation, l'approbation, la publication et l'application de redevances qui sont une exception à la règle générale en matière de redevances. Selon WESTbahn, ce système exige que déjà la fixation soit soumise à approbation et que les redevances ne soient publiées qu'après celle-ci dans le document de référence, pour ensuite pouvoir servir de base aux contrats de droit privé conclus entre les entreprises gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire et les entreprises de transport ferroviaire. Elle considère que ce système et les directives de l'Union sur lesquels il repose, notamment la directive 2012/34, font donc expressément obstacle tant à une publication qu'à une application, sous la forme d'une facturation, de redevances qui n'ont pas été décidées ou n'ont pas été approuvées. Elle en conclut que c'est illégalement qu'ÖBB-Infrastruktur a imposé aux entreprises de transport ferroviaire les majorations en cause, qui n'avaient été publiées dans les documents de référence **2018** et **2019** que sous réserve d'approbation, mais n'avaient pas été approuvées. Selon WESTbahn, la SCK aurait dû le relever.
- 34 Les demandes d'approbation pour les périodes **2018** et **2019** diffèrent quant au montant des majorations qu'il est demandé à la SCK d'approuver, raison pour laquelle il faut répondre à la question de savoir si ce seul fait déclenche une obligation de publication en application de l'article 32, paragraphe 6, de la directive 2012/34.
- 35 En Autriche, l'article 32, paragraphe 1, de la directive 2012/34 a été transposé à l'article 67d, paragraphes 1 à 6, de l'EisbG, l'article 32, paragraphe 6, de la directive 2012/34 à l'article 67d, paragraphe 7, de l'EisbG et l'article 27, paragraphe 4, de la directive 2012/34 à l'article 59, paragraphe 8, de l'EisbG. Concernant les majorations, WESTbahn demande à la juridiction de céans également d'annuler les points 1 et 2 du dispositif pour illégalité sur le fond et

violation des règles de procédure. La juridiction de céans doit par conséquent trancher séparément la question préjudicielle I en appliquant le droit de l'Union, raison pour laquelle cette question est pertinente.

Sur la question III (absence de publication des majorations 2018)

- 36 La SCK déclare dans sa décision que, en dépit de l'absence de publication dans le document de référence **2018**, les majorations étaient susceptibles d'être approuvées. Certes, indique-t-elle, l'article 59, paragraphe 4, point 2, de l'EisbG prévoit la publication de précisions concernant le système de tarification ainsi que d'une description de la manière dont l'article 67d de l'EisbG (entre autres) est appliqué. Pour répondre à cette exigence, les redevances d'utilisation de l'infrastructure et les majorations doivent selon la SCK être indiquées séparément. Elle ajoute que le principe de proportionnalité exige toutefois d'opter pour la mesure la moins contraignante ; ce principe revêt une importance déterminante également dans le cadre de l'application et de la mise en œuvre du droit de l'Union et a été consacré à l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, raison pour laquelle il ne saurait être considéré que l'absence de publication des majorations a pour effet d'en interdire l'approbation. Selon la SCK, les entreprises ou organismes en droit d'acquérir des capacités de l'infrastructure ont en effet à tout le moins été informés, par publication dans le document de référence **2018**, de la redevance globale d'utilisation de l'infrastructure pour chaque segment de marché et la prévisibilité financière était par conséquent assurée.
- 37 Le recours de WESTbahn critique une illégalité sur le fond et des vices de procédure ; elle demande à la juridiction de céans d'annuler le point 1 du dispositif en ce qui concerne les redevances pour la période de validité de l'horaire de service **2018**. ÖBB-Infrastruktur conteste elle aussi ce point du dispositif pour illégalité sur le fond et vices de procédure. Conformément à la jurisprudence constante de la juridiction nationale suprême, le Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative), la juridiction de céans n'est pas liée par les chefs de demande formulées par les parties et les moyens qu'elles invoquent, mais doit relever – d'office – et se prononcer sur toute illégalité de la décision attaquée devant elle [voir arrêt du Verwaltungsgerichtshof (Cour administrative) du 6 avril 2016, Ro 2015/03/0026, renvoyant à l'arrêt du 17 décembre 2014, Ro 2014/03/0066, qui renvoie lui-même aux arrêts du 23 juin 2015, Ra 2014/22/0199, et du 26 mars 2015, Ra 2014/07/0077, ainsi qu'à l'arrêt du 9 septembre 2015, Ro 2015/03/[0032]]. Pour porter un jugement sur la décision attaquée, la juridiction de renvoi doit dès lors, dans le champ d'application du droit de l'Union (ainsi, les dispositions combinées de l'article 27, paragraphe 2, et de l'annexe IV, point 2, de la directive 2012/34 ont été transposées à l'article 59, paragraphe 4, point 2, de l'EisbG et l'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34 l'a été à l'article 67 de l'EisbG ; concernant la transposition de l'article 32, paragraphes 1 et 6, ainsi que de l'article 27, paragraphe 4, de la directive 2012/34 par l'EisbG, il est renvoyé à l'exposé ci-dessus), également

contrôler la motivation fournie par la SCK quant aux incidences de l'absence de publication des majorations 2018 et répondre à la question posée.

Sur la question IV (la question de savoir si l'État membre est lié)

- 38 Dans sa décision, la SCK part du principe que les redevances publiées ont un effet contraignant et la tient en ce sens que, pour chaque segment de marché, elle ne peut fixer une redevance globale (c'est-à-dire la somme des redevances pour les coûts directs et des majorations) par train-kilomètre qui serait supérieure à celle qui a été auparavant publiée dans le document de référence ; elle considère être cependant libre de fixer, tant en ce qui concerne les redevances pour les coûts directs que s'agissant des majorations, des montants supérieurs ou inférieurs à ceux publiés dans le document de référence tant que le montant de la redevance globale pour chaque segment de marché n'est pas dépassé.
- 39 ÖBB-Infrastruktur défend le point de vue que la prévisibilité doit également être assurée à son égard, entreprise gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire : pour chacune des deux périodes de validité de l'horaire de service, elle avait introduit les demandes d'approbation des majorations seize mois à l'avance, la planification des redevances ayant commencé, avec un certain temps de préparation (d'autant que c'était aux fins de la période de validité de l'horaire de service **2018** que le processus était mis en œuvre pour la première fois), environ 22 mois avant chaque période de validité de l'horaire de service. Selon ÖBB-Infrastruktur, la juridiction de céans doit donc être libre, lors de la fixation définitive des redevances, de modifier les redevances pour les coûts directs et les majorations dans les deux sens, et ce même s'il en résulterait un dépassement du montant des redevances globales publiées ou dont l'approbation avait été demandée. ÖBB-Infrastruktur demande par conséquent à titre principal à la juridiction de céans de fixer les redevances pour les coûts directs et les majorations à certains montants (et par conséquent sans tenir compte d'un effet contraignant). Concernant la transposition de l'article 31, paragraphe 3, de l'article 32, paragraphes 1 et 6, ainsi que de l'article 27, paragraphe 4, de la directive 2012/34 par l'EisbG, il est renvoyé à l'exposé ci-dessus. Comme la juridiction de céans doit statuer séparément sur les demandes d'ÖBB-Infrastruktur, qui désire en partie des majorations supérieures aux montants publiés dans le document de référence ou initialement demandés à la SCK, la question de l'effet contraignant revêt, en application du droit de l'Union, une importance autonome.

Sur la question V (« objectif quant aux recettes »)

- 40 ÖBB-Infrastruktur fait valoir que, lors de l'appréciation de l'« objectif quant aux recettes » à titre de paramètre de départ du calcul des majorations, la SCK aurait dû se fonder non pas sur la valeur retenue par elle (c'est-à-dire objectif quant aux recettes à l'exclusion des trains de service) mais sur l'objectif quant aux recettes imposé de façon globale (donc les trains de service compris) par le ministre compétent et que les redevances d'utilisation de l'infrastructure (composées des coûts directs et des majorations) devaient permettre d'atteindre. Selon

ÖBB-Infrastruktur, en faisant abstraction des coûts directs encourus du fait des trains de service, le montant des recettes visées imposé par le ministre n'a illégalement pas été atteint et les constatations de fait opérées par la SCK sont entachées d'erreurs. WESTbahn fait quant à elle grief à la SCK d'avoir pris contra legem et dès lors illégalement pour point de départ un « objectif quant aux recettes ». Selon WESTbahn, la SCK aurait, au contraire, dû entièrement déterminer et établir les coûts dont il faut couvrir l'intégralité pour pouvoir apprécier, sur la base de ces coûts, si, rapporté à l'ensemble des recettes d'ÖBB-Infrastruktur, il existe même une « lacune dans la couverture » et si, de ce fait, des majorations sont en principe (abstraction faite du point de savoir si le marché s'y prête) admissibles. Elle conclut que, en conséquence de l'approche suivie par SCK, la décision attaquée est entachée d'un vice fondamental et en tout état de cause entachée d'illégalité.

- 41 En vertu de l'article 42 du BundesbahnG, ÖBB-Infrastruktur reçoit des subventions publiques de la République d'Autriche. WESTbahn fait valoir que la SCK aurait dû considérer ces subventions comme des « autres recettes » au sens de l'article 67d de l'EisbG et donc les soustraire (outre les redevances perçues par ÖBB-Infrastruktur pour les coûts directs) des coûts dont il faut couvrir l'intégralité pour pouvoir constater l'admissibilité ou non de majorations. Elle considère en effet qu'il ressort de façon univoque de l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2012/34 que, pour ce qui est des recettes, il existe, outre les redevances d'utilisation de l'infrastructure, également « les excédents dégagés d'autres activités commerciales, les revenus non remboursables de sources privées et le financement par l'État », désignés à l'article 67d, paragraphe 1, de l'EisbG, de façon plus succincte, par le terme « autres recettes ». WESTbahn fait grief à la SCK de ne pas avoir suffisamment instruit la question des subventions publiques et autres recettes éventuelles, raison pour laquelle sa décision est entachée d'illégalité. Lors de cette appréciation, il faut, selon WESTbahn, notamment tenir également compte des redevances de gare (pour l'utilisation des quais à voyageurs) et des redevances pour l'utilisation du système d'alimentation électrique pour le courant de traction perçues par ÖBB-Infrastruktur.
- 42 Concernant la transposition en droit national de l'article 32, paragraphe 1, de la directive 2012/34, il est renvoyé à l'exposé ci-dessus. L'article 31, paragraphe 3, de la directive 2012/34 a été transposé à l'article 67 de l'EisbG.
- 43 Concernant les majorations, WESTbahn demande à la juridiction de céans également d'annuler les points 1 et 2 du dispositif pour illégalité de leur contenu et violation des règles de procédure. ÖBB-Infrastruktur demande à la juridiction de céans, entre autres, de déterminer les majorations en partant de l'« objectif quant aux recettes » imposé par le « ministre des Transports ». La juridiction de céans doit par conséquent trancher séparément la question préjudicielle V en appliquant le droit de l'Union en ce qui concerne l'« objectif quant aux recettes », les subventions publiques et tous les autres excédents éventuels, revenus de sources privées et redevances, raison pour laquelle cette question est pertinente.

[OMISSIS – absence de voies de recours contre l’ordonnance de renvoi, suspension de la procédure nationale]

44 [OMISSIS]

[OMISSIS]

45 [OMISSIS]

[OMISSIS – signature électronique]

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL