



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 19 septembre 2018¹

Affaire C-388/17

**Konkurrensverket
contre
SJ AB**

[demande de décision préjudicielle formée par l'Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative, Suède)]

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics dans le secteur du transport ferroviaire – Activités de mise à disposition ou d'exploitation de réseaux – Notion de "réseau" – Attribution d'un marché de nettoyage des trains par une entreprise ferroviaire entièrement détenue par l'État – Absence de mise en concurrence préalable »

1. La société SJ AB (ci-après « SJ ») est une société anonyme fournissant des services de transport de passagers par chemin de fer, dont le capital est intégralement détenu par l'État suédois. En 2012, elle a conclu deux contrats de nettoyage de ses trains sans les avoir préalablement soumis à une mise en concurrence, comportement que la Konkurrensverket (Autorité suédoise de la concurrence) juge contraire à la directive 2004/17/CE².

2. Le litige opposant l'entreprise publique et l'Autorité de la concurrence porte essentiellement sur l'interprétation de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17. En particulier, la juridiction de renvoi qui doit trancher ce litige cherche à clarifier les notions figurant dans cet article, dont l'exégèse lui permettrait de déterminer si une entreprise publique fournissant des services de transport ferroviaire entre dans le champ d'application de cette directive.

3. Dans ce contexte, les deux questions faisant débat sont les suivantes :

- d'une part, la notion de « réseau » ferroviaire de transport au sens de cette disposition ;
- d'autre part, dans les cas où il existe un réseau, la signification que revêtent les expressions « mise à disposition ou exploitation de réseaux », utilisées dans la disposition précitée.

¹ Langue originale : l'espagnol.

² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 2004, L 134, p. 1).

I. Cadre juridique

A. Le droit de l'Union

1. La directive 2004/17

4. En vertu de l'article 2 de la directive 2004/17 :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

b) "entreprise publique": toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

– détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou

[...]

2. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices :

a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7 ;

[...] »

5. L'article 5 de la directive 2004/17 prévoit :

« 1. La présente directive s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre de l'Union, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.

[...] »

6. L'article 30 de la directive 2004/17 dispose :

« 1. Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 3 à 7 ne sont pas soumis à la présente directive, si, dans l'État membre où l'activité est prestée, elle est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

[...]

5. Lorsque la législation de l'État membre concerné le prévoit, les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission d'établir, par le biais d'une décision prise conformément au paragraphe 6, l'applicabilité du paragraphe 1 à une activité donnée. [...]

[...] »

2. La directive 2012/34/UE

7. Aux termes de l'article 1^{er} de la directive 2012/34/UE³ :

« 1. La présente directive établit :

- a) les règles applicables à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et aux activités de transport par chemin de fer des entreprises ferroviaires qui sont établies ou s'établiront dans un État membre, telles qu'énoncées au chapitre II ;
- b) les critères applicables à la délivrance, à la prorogation ou à la modification, par un État membre, des licences destinées aux entreprises ferroviaires qui sont établies ou qui s'établiront dans l'Union, tels qu'exposés au chapitre III ;
- c) les principes et les procédures applicables à la fixation et à la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à la répartition des capacités de cette infrastructure, tels qu'exposés au chapitre IV.

2. La présente directive s'applique à l'utilisation d'infrastructures ferroviaires pour les services ferroviaires nationaux et internationaux. »

8. L'article 3 de la directive 2012/34 énonce :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

- 1) "entreprise ferroviaire", toute entreprise à statut privé ou public et titulaire d'une licence conformément à la présente directive, dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemin de fer, la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise ; ce terme recouvre aussi les entreprises qui assurent uniquement la traction ;
- 2) "gestionnaire de l'infrastructure", toute entité ou entreprise chargée notamment de l'établissement, de la gestion et de l'entretien de l'infrastructure ferroviaire, y compris la gestion du trafic, et du système de signalisation et de contrôle-commande ; les fonctions de gestionnaire de l'infrastructure sur tout ou partie d'un réseau peuvent être attribuées à plusieurs entités ou entreprises ;
- 3) "infrastructure ferroviaire", l'ensemble des éléments visés à l'annexe I ;

[...]

- 24) "capacité(s) de l'infrastructure", la possibilité de programmer des sillons sollicités pour un élément de l'infrastructure pendant une certaine période ;

³ 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).

25) “réseau”, l’ensemble de l’infrastructure ferroviaire gérée par un gestionnaire de l’infrastructure ;

[...]

27) “sillon”, la capacité de l’infrastructure requise pour faire circuler un train donné d’un point à un autre au cours d’une période donnée ;

28) “horaire de service”, les données définissant tous les mouvements programmés des trains et du matériel roulant, sur l’infrastructure concernée, pendant la période de validité de cet horaire ;

[...] »

9. L’article 10 de la directive 2012/34 précise que :

« 1. Les entreprises ferroviaires se voient accorder un droit d’accès, à des conditions équitables, non discriminatoires et transparentes, à l’infrastructure ferroviaire de tous les États membres aux fins de l’exploitation de tout type de services de fret ferroviaire. Ce droit concerne également l’accès à l’infrastructure reliant les ports de navigation maritime et intérieure et les autres installations de service visées à l’annexe II, point 2, et à l’infrastructure desservant ou pouvant desservir plus d’un client final.

[...] »

10. En application de l’article 27 de la directive 2012/34 :

« 1. Le gestionnaire de l’infrastructure établit et publie, après consultation des parties intéressées, un document de référence du réseau [...]

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.

[...] »

11. L’article 44 de la directive 2012/34 prévoit :

« 1. Les candidats peuvent introduire auprès du gestionnaire de l’infrastructure, sur la base du droit public ou privé, une demande visant à obtenir des droits d’utilisation de l’infrastructure ferroviaire, en contrepartie d’une redevance prévue au chapitre IV, section 2.

[...] »

12. L’article 45 de la directive 2012/34 est libellé comme suit :

« 1. Le gestionnaire de l’infrastructure s’efforce, dans la mesure du possible, de satisfaire toutes les demandes de capacités de l’infrastructure [...]

2. Le gestionnaire de l’infrastructure peut, dans le cadre de la procédure de programmation et de coordination, accorder la priorité à certains services, mais uniquement dans les cas visés aux articles 47 et 49.

3. Le gestionnaire de l'infrastructure consulte les parties intéressées au sujet du projet d'horaire de service et leur laisse la faculté de présenter leurs observations durant une période d'au moins un mois. Les parties intéressées comprennent toutes celles qui ont introduit une demande de capacités de l'infrastructure, ainsi que les autres parties qui souhaitent formuler des commentaires au sujet de l'incidence que l'horaire de service pourrait avoir sur leur aptitude à fournir des services ferroviaires durant la période de validité de l'horaire de service.

[...] »

13. L'article 46 de la directive 2012/34 précise :

«1. Lorsque le gestionnaire de l'infrastructure est confronté, dans le cadre de la programmation visée à l'article 45, à des demandes concurrentes, il s'efforce, par la coordination des demandes, d'assurer la meilleure adéquation possible entre celles-ci.

2. Lorsque la situation est telle qu'une coordination s'impose, le gestionnaire de l'infrastructure peut, dans des limites raisonnables, proposer des capacités de l'infrastructure différentes de celles qui ont été demandées.

[...] »

B. Le droit suédois

1. La loi sur l'attribution des marchés

14. Conformément au chapitre 2, article 20, du lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster⁴ [loi (2007:1092) relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ci-après la « loi sur l'attribution des marchés »], on entend notamment par « entités adjudicatrices » toute entreprise sur laquelle le pouvoir adjudicateur peut exercer une influence dominante. L'influence dominante est présumée lorsque le pouvoir adjudicateur, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise, détient plus de la moitié des parts de son capital, dispose de la majorité des voix attachées aux parts qu'elle a émises, ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou d'un organe de direction équivalent.

15. Au chapitre 1^{er} de la loi sur l'attribution des marchés, l'article 8, premier alinéa, indique que ladite loi s'applique aux activités de mise à disposition ou d'exploitation de réseaux publics de transport, notamment ferroviaire.

16. Conformément au chapitre 1^{er}, article 8, deuxième alinéa, de la loi sur l'attribution des marchés, il est considéré qu'un réseau de services dans le domaine du transport existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente relativement aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible, à la fréquence du service ou à des conditions du même ordre.

⁴ SFS 2007, n° 1092.

2. La loi relative aux chemins de fer

17. Aux termes du chapitre 5, article 2, du Järnvägslagen (2004:519)⁵ [loi (519:2004) relative aux chemins de fer, ci-après la « loi relative aux chemins de fer »], toute entreprise ferroviaire ayant son siège dans un État faisant partie de l'Espace économique européen ou en Suisse a le droit d'exercer et d'organiser un trafic ferroviaire sur le réseau suédois.

18. Au chapitre 6 de la loi relative aux chemins de fer, l'article 7 dispose que quiconque a le droit d'exercer ou d'organiser un trafic sur le réseau ferroviaire suédois peut introduire auprès du gestionnaire de l'infrastructure une demande de capacités de l'infrastructure sous forme de sillons, conformément au document de référence établi par celui-ci.

19. Au chapitre 6 de la loi relative aux chemins de fer, les articles 1^{er}, 7 et 9 concernent la demande d'informations sur les capacités de l'infrastructure, ainsi que la gestion et la décision d'attribution au regard des demandes de capacités d'infrastructure.

20. Au chapitre 6 de la loi relative aux chemins de fer, l'article 9 indique que le gestionnaire de l'infrastructure doit établir un projet d'horaire de service sur la base des demandes reçues.

21. Il ressort des dispositions du chapitre 6, article 10, de la loi relative aux chemins de fer que le gestionnaire de l'infrastructure doit s'efforcer de résoudre, par la coordination, les conflits d'intérêts survenant entre les candidats concernant l'attribution de capacités. Si cela n'est pas possible, le gestionnaire de l'infrastructure doit proposer une procédure accélérée de règlement des conflits (chapitre 6, article 12).

22. Au chapitre 6 de la loi relative aux chemins de fer, les articles 14 et 15 portent sur les critères de priorité établis dans le document de référence du réseau ferroviaire.

II. Les faits et les questions préjudicielles

23. Au mois de janvier 2012, SJ a conclu deux contrats pour l'attribution des services de nettoyage de ses trains (pour une valeur de 56 et 60 millions de couronnes suédoises respectivement) sans les soumettre à une mise en concurrence.

24. Au mois de janvier 2013, l'Autorité de la concurrence a saisi le Förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif de Stockholm, Suède) en demandant qu'une amende soit infligée à SJ au motif que cette entreprise exerçait une activité relevant du chapitre 1^{er}, article 8, de la loi sur l'attribution des marchés. SJ a contesté les conclusions de la requérante, laquelle a été déboutée.

25. L'Autorité de la concurrence a interjeté appel de ce jugement devant la Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm, Suède), qui l'a également rejeté.

26. L'arrêt rendu par la juridiction d'appel a fait l'objet d'un pourvoi devant le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative, Suède), laquelle soumet à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la [directive 2004/17] doit-il être interprété en ce sens qu'un réseau de services de transport existe lorsque des services de transport sont mis à disposition sur un réseau ferroviaire, géré par l'État, pour du trafic ferroviaire national et international, suivant des dispositions de droit national transposant la [directive 2012/34], qui ont

⁵ SFS 2004, n° 519.

pour effet que la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire est basée sur des demandes d'entreprises ferroviaires et que toutes ces demandes doivent être satisfaites dans toute la mesure du possible ?

- 2) L'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/17 doit-il être interprété en ce sens qu'une activité, exercée par une entreprise ferroviaire telle que visée par la directive 2012/34 et qui a pour effet que des services de transport sont offerts au public sur un réseau ferroviaire, constitue une mise à disposition ou une exploitation au sens de ladite disposition ? »

III. Résumé des observations des parties

A. Concernant la première question préjudicielle

27. Selon l'Autorité de la concurrence, la directive 2004/17 ne définissant pas ce qu'il convient d'entendre par « réseau » de services de transport ni par « mise à disposition ou exploitation de réseaux », la signification et la portée de ces termes sont ceux qui correspondent à leur sens habituel dans le langage courant, conformément au contexte dans lequel ils sont utilisés et aux objectifs poursuivis.

28. L'Autorité de la concurrence souligne le risque que les entités adjudicatrices publiques, sous l'influence des États, aient tendance à favoriser des entreprises nationales, en violation des règles du traité FUE relatives à la libre circulation et à la protection de la concurrence. Les procédures de mise en concurrence prévues par la directive 2004/17 tendent à neutraliser ce risque. Sans ces dispositions, la diminution de la concurrence, qui découle des limites inhérentes à la capacité du réseau, permettrait aux entités adjudicatrices d'oublier les considérations économiques lors de l'attribution d'un contrat pour mettre l'accent sur des critères de préférence nationale.

29. Elle fait valoir que la directive 2012/34 régit l'accès des entreprises ferroviaires (telles que SJ) à un réseau technique à capacité limitée. En attribuant les sillons ferroviaires de ce réseau, le gestionnaire de l'infrastructure fixe les conditions relatives, entre autres, aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service. Le fait que le gestionnaire du réseau doive s'efforcer de satisfaire les demandes des entreprises ferroviaires ne modifie pas les limitations de capacité de ce réseau.

30. L'Autorité de la concurrence reconnaît que l'article 30 de la directive 2004/17 permet de rendre cette dernière inapplicable lorsque les activités qui entrent dans son champ d'application sont directement exposées à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Cette possibilité requiert toutefois une décision de la Commission après engagement de la procédure correspondante, ce qui n'a pas eu lieu ici.

31. SJ relève que, à la différence d'autres États dans lesquels le transport ferroviaire est toujours en situation de monopole, celui-ci est totalement libéralisé en Suède et est soumis à un régime de concurrence équitable.

32. SJ indique que, bien qu'elle soit une société dont le capital est entièrement détenu par l'État suédois, elle ne bénéficie d'aucun financement ni d'autres avantages étatiques. Ses recettes proviennent de la vente de billets et elle ne jouit d'aucune préférence dans l'attribution des sillons ferroviaires.

33. SJ pense que l'article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/17 doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, comme cela résulte de la jurisprudence⁶. Il ne suffit pas qu'une entité soit soumise à une influence dominante, telle que celle qui est mentionnée à l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/17. Il faut que les conditions figurant à l'article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/17 soient fixées de manière unilatérale par une autorité compétente de l'État membre et qu'elles concernent immédiatement et essentiellement l'utilisateur potentiel en influant directement et concrètement sur les modalités de la prestation du service de transport par train incombant à l'entreprise ferroviaire.

34. SJ ajoute que tant elle que les autres entreprises ferroviaires opérant en Suède déterminent elles-mêmes, en fonction de considérations commerciales, les trajets, les trains qu'elles utilisent, les horaires, le nombre de départs, les arrêts et le prix des billets. Le gestionnaire de l'infrastructure n'a pas plus de pouvoirs que ceux que lui reconnaît la directive 2012/34, et ses missions se limitent à garantir l'accès à l'infrastructure ferroviaire à égalité de conditions, mais pas à réglementer les conditions spécifiques des services de transport des entreprises ferroviaires.

35. Pour la Commission, la rédaction de l'article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/17 avait pour objectif de présenter le réseau comme un concept large. Celui-ci peut exister non seulement lorsqu'il y a une infrastructure physique (c'est le cas des voies ferrées pour les trains ou les tramways), mais également en l'absence de celle-ci, pour autant qu'il s'agisse d'un ensemble de lignes connectées et utilisées par des véhicules conformément aux conditions imposées par les autorités⁷.

36. La Commission cite la directive 2012/34 comme étant l'instrument qui, en plus de définir les parties prenantes dans le trafic ferroviaire, permet aussi de garantir aux entreprises ferroviaires un accès transparent et non discriminatoire à l'infrastructure. Elle attire notamment l'attention sur la section 3 du chapitre IV, qui, tout en traitant de la répartition des capacités de l'infrastructure, décrit la manière dont les conditions telles que celles visées à l'article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/17/CE doivent être déterminées.

37. Selon la Commission, étant donné que le Trafikverket (administration suédoise des transports) adopte le document de référence du réseau, décide de l'attribution des sillons et détermine l'horaire de service, il fixe les conditions relatives à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire. Le fait que cette autorité doive satisfaire, dans la mesure du possible, les demandes présentées ne change rien à cela.

B. Concernant la deuxième question préjudicielle

38. L'Autorité de la concurrence estime qu'un réseau de services de transport existe au sens de l'article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2004/17 lorsque la circulation des trains présuppose l'accès à un réseau technique à capacité limitée. La notion d'« exploitation » renverrait à l'exécution proprement dite du trafic sur le réseau ferroviaire⁸.

39. SJ maintient qu'elle n'est pas en charge de l'infrastructure ferroviaire, son activité se limitant à fournir au public les services de transport empruntant cette infrastructure. Par conséquent, elle ne participe ni à la mise à disposition ni à l'exploitation du réseau ferroviaire suédois, de sorte que ses activités ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2004/17.

⁶ Elle cite l'arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213, points 27 et 29).

⁷ À cet égard, elle renvoie à sa communication sur le régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus : eau, énergie, transports et télécommunications [COM (88) 376].

⁸ Elle se fonde sur le point 48 des conclusions de l'avocat général Mischo présentées dans l'affaire Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2001:686), selon lesquelles « exploiter le réseau signifie le faire fonctionner soi-même à l'aide, en principe, de son propre personnel et de ses propres autobus ».

40. La Commission souligne que l'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, distingue la mise à disposition de l'exploitation de réseaux. Ni la première directive sur les marchés publics (directive 90/531/CEE)⁹ ni la directive 93/38/CEE¹⁰ ne faisaient référence à la « mise à disposition ». C'est la directive 2004/17 qui a inclus cette mention dans le but de couvrir la gestion du réseau physique et de distinguer les deux activités, normalement attribuées à des opérateurs différents, en garantissant qu'elles entrent toutes les deux dans le champ d'application de la directive.

41. Pour la Commission, l'« exploitation de réseaux » couvrirait la fourniture effective du transport ferroviaire, alors que la « mise à disposition » ferait référence à la possibilité d'accès au réseau en vue de son utilisation par autrui.

IV. Procédure devant la Cour

42. La décision de renvoi préjudiciel est parvenue au greffe de la Cour le 29 juin 2017.

43. Des observations écrites ont été déposées par l'Autorité de la concurrence, SJ et la Commission, qui ont comparu lors de l'audience qui s'est tenue le 13 juin 2018.

V. Appréciation

44. Tant les parties au litige que la juridiction de renvoi invoquent la directive 2012/34 pour délimiter le litige et *déchiffrer* le sens des expressions figurant à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17.

45. Je pense que cette approche est appropriée. Toutefois, la directive 2012/34, du 21 novembre 2012, ne pourrait pas, en tant que telle, s'appliquer *ratione temporis* à des contrats tels que ceux qui font l'objet du présent litige, qui ont été signés en janvier de cette année. Cette objection peut être levée puisque la directive 2012/34 a « [refondu] et [regroupé] en un seul acte dans un souci de clarté»¹¹ d'autres directives antérieures qui étaient en vigueur lorsque ces contrats ont été conclus.

46. En outre, il n'est pas contesté que SJ est une entreprise ferroviaire selon la définition de l'article 3, point 1, de la directive 2012/34, ni qu'elle puisse être, en tant que société entièrement détenue par l'État, une entité adjudicatrice [concrètement, une entreprise publique au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 2004/17].

47. Toutefois, la juridiction de renvoi n'est pas sûre que l'activité de SJ puisse correspondre à la description de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17. C'est uniquement dans ce cas que cette directive lui serait applicable, puisque son article 2, paragraphe 2, sous a), requiert que les entités adjudicatrices exercent une des activités visées aux articles 3 à 7.

A. Concernant la première question préjudicielle

48. L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17 fait le lien entre la notion de « réseau de transport » (« il est considéré qu'un réseau existe ») et la fourniture d'un « service dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service ».

⁹ Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO 1990, L 297, p. 1).

¹⁰ Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO 1993, L 199, p. 84).

¹¹ Considérant 1, in fine.

49. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi tente de clarifier le point de savoir si, par l'exercice de ses pouvoirs, le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, auquel incombe l'attribution de sillons ferroviaires, impose, en réalité, aux entreprises ferroviaires des conditions susceptibles d'influer sur des aspects tels que les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service.

50. La question se pose dans un contexte dans lequel les entreprises ferroviaires, qu'elles soient publiques ou privées, fournissent le service de transport selon des modalités commerciales¹², sans être elles-mêmes gestionnaires du réseau ferroviaire. Il convient donc d'analyser, en premier lieu, ce que l'on entend par « réseau » pour examiner ensuite son incidence sur le présent litige¹³.

1. La gestion du réseau et la répartition des capacités de l'infrastructure

51. La directive 2012/34 inclut les normes applicables à la gestion des infrastructures ferroviaires, d'une part, et aux activités des entreprises ferroviaires, d'autre part. Parmi ces dernières normes figurent celles régissant le régime juridique relatif à l'obtention de licences et à la répartition des capacités de l'infrastructure sur ces entreprises qui doivent payer des redevances pour son utilisation.

52. L'infrastructure ferroviaire possède, en toute logique¹⁴, une capacité limitée¹⁵ puisqu'elle est un « monopole naturel »¹⁵ dont il n'aurait aucun sens de multiplier le déploiement. Au lieu de la définir, la directive 2012/34 préfère décrire les éléments qui la composent, et qui sont détaillés à son annexe I¹⁶. La notion de « réseau » est liée à cette infrastructure : le réseau ferroviaire est « l'ensemble de l'infrastructure ferroviaire gérée par un gestionnaire de l'infrastructure »¹⁷.

53. L'infrastructure ferroviaire (qui est liée à la notion de « sillon »)¹⁸ est administrée par un gestionnaire qui est responsable de l'exploitation, de l'entretien et du renouvellement de ladite infrastructure. Les entités qui ont obtenu préalablement la licence conférant le statut d'entreprise ferroviaire doivent demander à ce dernier la reconnaissance du droit d'utiliser une certaine capacité de cette infrastructure.

54. La procédure de répartition des capacités de l'infrastructure ferroviaire est précédée du « document de référence du réseau », dans lequel le gestionnaire de l'infrastructure détaille les règles générales, les délais, les procédures et les critères régissant cette répartition. La directive 2012/34 laisse à ce gestionnaire le soin de définir un large éventail de particularités à cet égard¹⁹.

12 Le considérant 5 de la directive 2012/34 indique que « [p]our rendre les transports par chemin de fer efficaces et compétitifs par rapport aux autres modes de transport, les États membres devraient s'assurer que les entreprises ferroviaires ont un statut d'exploitant indépendant leur permettant de se comporter selon des modalités commerciales et de s'adapter aux nécessités du marché ».

13 Bien que SJ mentionne l'existence de plus de 320 gestionnaires d'infrastructure ferroviaire en Suède, il convient de souligner que le réseau faisant l'objet de la présente affaire est national. Ainsi résulte-t-il de l'article 2, point 9, du förordningen (2010:185) med instruktion för Trafikverket [règlement (2010:185) portant instructions à l'administration suédoise des transports] que, sauf disposition contraire, l'autorité compétente en matière de transport est chargée de la gestion des infrastructures du réseau ferroviaire appartenant à l'État suédois. C'est l'autorité compétente pour la répartition des capacités de l'infrastructure dans le litige au principal (point 27 de la décision de renvoi).

14 C'est ce que souligne le considérant 58 de la directive 2012/34 en indiquant que « les systèmes de tarification et de répartition des capacités tiennent compte des effets de la saturation croissante de la capacité de l'infrastructure, voire de la rareté des capacités ».

15 Considérant 71 de la directive 2012/34.

16 Ils incluent la base physique nécessaire à l'établissement du maillage ferroviaire et de son service, constituée notamment de terrains, corps et plate-forme de la voie, quais à voyageurs et à marchandises, accotements et pistes, clôtures, protections, ouvrages d'art (ponts et tunnels), passages à niveau, superstructure, chaussées des cours de voyageurs et de marchandises, installations de sécurité, de signalisation et de télécommunication de pleine voie, de gare et de triage, installations d'éclairage et de transformation et de transport de courant électrique pour la traction des trains ou bâtiments affectés au service des infrastructures.

17 Article 3, point 25, de la directive 2012/34.

18 On entend par « "capacité(s) de l'infrastructure", la possibilité de programmer des sillons sollicités pour un élément de l'infrastructure pendant une certaine période » (article 3, points 24 et 27).

19 Par exemple, la fixation de règles d'application de redevances (article 29, paragraphe 3), la définition des règles que les candidats doivent respecter (article 41, paragraphe 2), la fixation des principes régissant la procédure de coordination et d'un système de règlement des litiges (article 46, paragraphes 4 et 6), ou, enfin, en cas de saturation de l'infrastructure, les procédures et les critères à suivre et la définition du seuil minimal d'utilisation (article 47, paragraphe 6, et article 52, paragraphe 2).

55. Conformément au principe de base, le gestionnaire de l'infrastructure satisfait, dans la mesure du possible, toutes les demandes de capacités de l'infrastructure qu'il reçoit. Si cela n'est pas réalisable, il applique d'autres critères de répartition²⁰. Il doit en outre préparer le projet d'horaire de service et le communiquer aux intéressés pour que ceux-ci présentent leurs observations.

56. L'ensemble des décisions²¹ sur les répartitions de capacités de l'infrastructure permet d'arrêter l'horaire de service en programmant les mouvements de trains et du matériel roulant, sur l'infrastructure, pendant la période de validité de cet horaire. L'annexe VII, paragraphe 2, de la directive 2012/34 prévoit l'éventualité de modifications ou d'ajustements de l'horaire de service, ce qui donne une idée de sa flexibilité et de son adaptabilité aux changements de circonstances.

2. Application au cas d'espèce

57. Comme je l'ai déjà indiqué, SJ soutient qu'en Suède, les compagnies ferroviaires déterminent les trajets sur lesquels circulent leurs trains, leurs horaires, le nombre de départs ainsi que les lieux d'arrêt des trains. Elle explique que, si cette capacité est restreinte, c'est simplement parce que la limitation de la capacité physique de l'infrastructure l'impose, et non parce que le gestionnaire de l'infrastructure est investi du pouvoir de déterminer unilatéralement les modalités de gestion de la prestation de services des entreprises ferroviaires.

58. Selon moi, le raisonnement de SJ n'est pas convaincant. Le gestionnaire de l'infrastructure agit en fonction d'une réalité offrant des possibilités limitées (dans l'espace et dans le temps) de satisfaire les demandes présentées par les entreprises. Étant donné que les trajets sont limités aux lignes de chemin de fer et dépendent du rendement des installations de service, le gestionnaire doit nécessairement coordonner la fourniture du service de transport par toutes les entreprises ferroviaires. C'est également le cas du réseau national suédois.

59. En effet, la liberté des entreprises de transport ferroviaire, telles que SJ, d'offrir au public les trajets qu'elles préfèrent et les horaires de trains qui leur conviennent le mieux est compatible avec le fait que ces offres soient subordonnées aux décisions de coordination du gestionnaire de l'infrastructure. C'est donc ce dernier qui « fixe » en définitive (même s'il satisfait les demandes des entreprises) les « conditions d'exploitation » du service.

60. La directive 2012/34 prévoit de nombreux cas dans lesquels le gestionnaire de l'infrastructure se voit attribuer des pouvoirs concernant ces conditions. Les définitions de l'article 3 relatives à l'« itinéraire de substitution », à l'« alternative viable » ou à l'« infrastructure saturée » ont ensuite été reprises dans la réglementation en vertu de laquelle le gestionnaire de l'infrastructure peut – et doit – intervenir dans la fixation des modalités d'utilisation du réseau de voies ferrées, qu'il s'agisse de « capacité de transport disponible », d'« itinéraires » proprement dits ou de la « fréquence du service », afin d'éviter des trajets faisant double emploi ou des saturations²².

20 Lorsqu'il constate l'existence de demandes concurrentes, le gestionnaire de l'infrastructure s'efforce, par la coordination des demandes, d'assurer la meilleure adéquation possible entre celles-ci, et peut, dans des limites raisonnables, proposer des capacités de l'infrastructure différentes de celles qui ont été demandées.

21 Bien que la directive ne fasse pas explicitement référence aux décisions faisant suite à la répartition des capacités de l'infrastructure, leur adoption est implicite. L'article 46, paragraphe 6, prévoit un système de règlement des litiges (sans préjudice du recours correspondant, conformément à l'article 56).

22 La directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil, du 14 décembre 2016, modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire (JO 2016, L 352, p. 1), confirme ce critère. Son considérant 28 indique que « les États membres peuvent assortir le droit d'accès à l'infrastructure de conditions spécifiques afin de permettre la mise en œuvre d'un plan horaire intégré des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer ».

61. Le document de référence du réseau que le gestionnaire de l'infrastructure doit publier lui permet également de modifier des éléments qui ne peuvent pas être déterminés a priori. Il peut en outre répartir des capacités qui diffèrent de ce qui a été demandé, ce qui montre que la marge de décision des entreprises prestataires du transport ferroviaire est enserrée dans un carcan de possibilités limitées, inhérentes à l'insuffisance de ressources disponibles, que le gestionnaire de l'infrastructure doit gérer.

62. Enfin, l'imposition d'obligations de service public dans le transport ferroviaire, susceptibles d'influer encore davantage sur les conditions d'accès à l'infrastructure, est admise. La directive 2012/34 envisage la coexistence, sur les réseaux ferroviaires des États membres, de prestations de services librement accessibles et de services soumis à des contrats de service public, avec la possibilité de fixer des critères de priorité en cas de saturation de l'infrastructure²³.

63. En définitive, la nécessité de gérer et de répartir des ressources ferroviaires limitées implique que le gestionnaire de l'infrastructure ait la faculté d'imposer aux entreprises qui les utilisent des conditions de fourniture de leurs services en matière de capacité disponible, d'itinéraires et de fréquence de ces services. C'est précisément ce que requiert l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17 pour considérer qu'il existe un réseau de transport.

B. Concernant la deuxième question préjudicielle

64. La juridiction de renvoi souhaite voir clarifié le sens des expressions « la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux » utilisées à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17. En particulier, elle veut savoir si l'activité des entreprises ferroviaires consistant à fournir le service de transport par chemin de fer relève de l'une de ces deux notions.

65. L'incertitude porte essentiellement sur l'« exploitation de réseaux ». Il semble y avoir un consensus sur le fait que la « mise à disposition de réseaux » est une prérogative du gestionnaire de l'infrastructure et non des entreprises de transport. Par conséquent, je me concentrerai sur l'exégèse de la notion d'« exploitation ».

66. La proposition de la Commission est attractive par sa clarté : la « mise à disposition » correspond aux tâches du gestionnaire de l'infrastructure, alors que l'« exploitation de réseaux » relèverait de l'activité propre des entreprises ferroviaires. Ce constat serait corroboré par l'évolution législative qui a abouti à la rédaction de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17 : contrairement aux articles correspondants des précédentes directives sur les marchés publics dans des domaines spécifiques²⁴, qui parlaient exclusivement d'« exploitation de réseaux », la notion de « mise à disposition [de ces mêmes réseaux] » a été ajoutée en 2004.

67. Selon la Commission, la « mise à disposition » a été introduite pour inclure la gestion du réseau physique et distinguer deux activités différentes : l'« exploitation de réseaux » couvrirait la fourniture effective du transport ferroviaire réalisée par les entreprises, alors que la « mise à disposition » ferait référence à la possibilité d'accès au réseau en vue de son utilisation par autrui.

²³ L'article 47, paragraphe 4, deuxième alinéa, de la directive 2012/34 fait mention des exigences de service public. Dans le même ordre d'idées, le considérant 24 de la directive 2016/2370 confirme la faculté qu'ont les États membres de limiter ce droit d'accès « dans les cas où celui-ci compromettrait l'équilibre économique de ces contrats de service public ».

²⁴ La directive 90/531 et la directive 93/38.

68. Toutefois, la thèse de la Commission se heurte à un obstacle : la directive 2012/34 fait une distinction claire entre l'« exploitation des services de transport », d'une part, et la « gestion de l'infrastructure », d'autre part²⁵. Cette dernière incombe au gestionnaire de l'infrastructure, alors que la fourniture des services de transport est réalisée par les entreprises auxquelles une licence est délivrée à cette fin.

69. La directive 2012/34 emploie à maintes reprises la notion d'« exploitation de services de transport » par chemin de fer, en l'identifiant à l'activité des entités qui, étant titulaires d'une licence d'entreprise ferroviaire, fournissent ces services au public. Cependant, d'après la terminologie de cette directive, l'« exploitation du service » est une chose, et la « gestion de l'infrastructure » en est une autre.

70. Aux termes de la directive 2012/34, la « gestion de l'infrastructure » est une tâche réservée exclusivement au gestionnaire de celle-ci, lequel non seulement met l'infrastructure à la disposition des entreprises prestataires du service de transport, mais également l'entretient²⁶ et la gère, en utilisant le réseau pour exercer les fonctions que lui confie l'article 7 de cette directive.

71. Ce dispositif bipartite figurait déjà dans les définitions que contenait la version initiale de la directive 2012/34. Il découlait de la notion de « réseau » de cette directive²⁷ que sa gestion incombait au gestionnaire de l'infrastructure. Les règles ultérieures ont gardé le même esprit :

- d'une part, le règlement d'exécution (UE) 2015/909²⁸, applicable aux coûts d'exploitation qui sont couverts par les redevances, fait le lien entre les entreprises ferroviaires et l'exploitation des services ferroviaires (considérant 18), par opposition au binôme gestionnaire de l'infrastructure-exploitation de réseau auquel renvoie le considérant 2 (« [l]es gestionnaires de l'infrastructure ont l'obligation d'exploiter les réseaux ») ;
- d'autre part, la réforme de la directive 2012/34 effectuée en 2016 a ajouté un nouveau point à son article 3, point 2, conformément auquel on entend par « exploitation de l'infrastructure ferroviaire [...] la répartition des sillons, la gestion du trafic et la tarification de l'infrastructure »²⁹. Ces tâches incombent au gestionnaire de l'infrastructure et non aux entreprises de transport.

72. Dans ce contexte, il y a deux options herméneutiques. La première consiste à interpréter l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17 à la lumière des textes normatifs ultérieurs qui régissent spécifiquement l'espace ferroviaire unique (en particulier, la directive 2012/34 et ses modifications).

73. Si l'on adopte cette position, il conviendra d'aligner la notion d'« exploitation de réseaux [ferroviaires] », qui figure à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17, sur celle d'« exploitation de l'infrastructure ferroviaire » de la directive 2012/34. Si l'on s'en tient au sens (désormais) défini à l'article 3, point 2 ter, de la directive 2012/34, telle que modifiée par la directive 2016/2370, l'exploitation du service ferroviaire ne serait pas incluse dans cette notion. En d'autres termes, l'exploitation du réseau ne comprendrait pas la fourniture du service ferroviaire, qui correspond à la fourniture des services de transport par les entreprises ferroviaires.

25 Considérant 6 de la directive 2012/34. Dans le même esprit, le considérant 26 indique qu'« il convient d'opérer une distinction entre l'exploitation des services de transport et la gestion des installations de service ».

26 L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2012/34 permet toutefois aux États membres de « confier aux entreprises ferroviaires [...] la responsabilité de contribuer au développement de l'infrastructure ferroviaire, par exemple par l'investissement, l'entretien et le financement ».

27 « [L]'ensemble de l'infrastructure ferroviaire gérée par un gestionnaire de l'infrastructure. »

28 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).

29 Article 3, point 2 ter, introduit par la directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 (JO 2016, L 352, p. 1).

74. La seconde option plaide en faveur d'une lecture autonome de la notion d'« exploitation de réseaux » visée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17, qui n'est pas affectée par les vicissitudes normatives que j'ai évoquées précédemment³⁰. Selon cette interprétation, rien ne s'opposerait à ce que les entreprises ferroviaires « exploitent » aussi le réseau en ce sens qu'elles en tirent parti, en profitent ou l'utilisent pour réaliser le transport ferroviaire.

75. Plusieurs arguments militent en faveur de cette seconde option. En premier lieu, la Commission fait valoir, au sujet de la genèse de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17, que le fait d'introduire la « mise à disposition du réseau » en tant que notion propre, distincte de son exploitation, semble étendre le champ sémantique de ce dernier terme.

76. En deuxième lieu, d'un point de vue littéral, parmi les diverses acceptions du terme « exploitation » figure celle qui l'assimile à l'action de tirer profit d'une chose en l'utilisant. Les entreprises qui fournissent le service ferroviaire aux voyageurs « exploitent » le réseau sur lequel circulent leurs trains, c'est-à-dire qu'elles l'utilisent ou en profitent pour en tirer l'avantage inhérent à leur activité de service public.

77. En troisième lieu, en adoptant une approche systématique, il ne serait pas très logique que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17 exclue de son application, d'une manière générale, les entreprises qui fournissent des services de transport au motif que cette activité n'est pas considérée comme une exploitation du réseau, pour déclarer, immédiatement après (paragraphe 2 de cet article), que la directive ne s'applique pas « aux entités fournissant un service de transport par autobus au public qui étaient exclues du champ d'application de la directive 93/38/CEE en vertu de son article 2, paragraphe 4 ». Si cette précision est nécessaire, c'est justement parce que la directive 2004/17 s'applique, en principe, aux autres entreprises qui fournissent des services de transport.

78. En quatrième et dernier lieu, la directive 2004/17 comprend « [l]es listes, non exhaustives, des entités adjudicatrices au sens de la présente directive [qui] figurent aux annexes I à X»³¹. Or, dans l'annexe IV, qui porte sur les entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer, apparaissent les entreprises publiques des différents États membres qui les fournissent. En particulier, en ce qui concerne la Suède, sont considérées comme telles « les entités publiques qui exploitent des services de chemin de fer conformément à la järnvägslagen (2004:519) et au järnvägsförordning (2004:526)»³².

79. L'inscription de ce type d'entités (dont SJ fait partie) à l'annexe IV de la directive 2004/17 fait apparaître que, pour le législateur de l'Union, l'activité des entreprises qui fournissent au public des services de transport en utilisant le réseau ferroviaire relève de la notion d'« exploitation de réseaux » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de ladite directive, de sorte que lorsque les autres conditions sont réunies, elles doivent recourir aux procédures de passation de marchés publics prévues par la directive 2004/17³³.

30 Lors de l'audience, la Commission a souscrit à cette thèse.

31 Article 8 (« Listes des entités adjudicatrices ») de la directive 2004/17.

32 Décision 2008/963/CE de la Commission, du 9 décembre 2008, modifiant les listes des entités adjudicatrices et des pouvoirs adjudicateurs annexées aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics (JO 2008, L 349, p. 1).

33 Bien qu'elle n'ait pas abordé le problème qui se pose ici dans l'arrêt du 5 octobre 2017, LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:736), sur lequel le renvoi préjudiciel ne portait pas, la Cour de justice a déclaré que, dans les conditions de cette affaire et sous certaines réserves, l'activité d'une filiale, entièrement détenue par la société des chemins de fer lituaniens, auprès de laquelle cette dernière s'approvisionnait en matériel roulant, indispensable pour exercer son activité de transport ferroviaire qui était destinée à satisfaire les besoins d'intérêt général, était soumise à la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114). Dans mes conclusions sous cette même affaire (C-567/15, EU:C:2017:319), j'ai indiqué, en réponse à l'allégation de l'une des parties qui invoquait l'application de la directive 2004/17, qu'« étant donné que l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/17, comme l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18 contiennent une définition identique de la notion d'organismes de droit public », il est possible de répondre aux questions posées par le Vilniaus apygardos teismas (tribunal régional de Vilnius, Lituanie) sans écarter d'emblée l'application de l'une ou l'autre directive ».

80. En résumé, même si l'on admet qu'il y a un certain manque de cohérence entre les notions employées par les dispositions relatives à l'espace ferroviaire unique européen (directive 2012/34 et règles correspondantes) et celles qui sont employées dans la directive 2004/17, l'interprétation de l'expression « exploitation de réseaux », figurant à l'article 5, paragraphe 1, de cette dernière ne dépend pas des notions définies dans les premières.

81. Enfin, SJ a insisté sur le fait qu'elle est une entreprise agissant à des fins strictement commerciales, en concurrence avec d'autres opérateurs ferroviaires, ce qui exclut, selon elle, qu'on la considère comme une entité adjudicatrice soumise à la réglementation de la directive 2004/17.

82. La directive 2004/17 prévoit cette éventualité à l'article 30 (« Procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence »). Il suffit de rappeler que, dans cette affaire, il n'est pas établi que cette procédure ait été engagée, de sorte que l'on ne saurait exclure l'application de cette directive.

VI. Conclusion

83. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par l'Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative, Suède) dans les termes suivants :

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, doit être interprété en ce sens que :

- il existe un « réseau » lorsqu'est mise à disposition des entreprises qui fournissent des services de transport une infrastructure ferroviaire gérée par l'État, dans les conditions d'exploitation déterminées par l'autorité compétente de cet État, même si cette autorité doit satisfaire, dans la mesure du possible, toutes les demandes d'attribution de capacités présentées par ces entreprises
- l'activité exercée par une entreprise publique, qui consiste à fournir des services publics de transport en utilisant le réseau ferroviaire, constitue une « exploitation de réseaux » aux fins de la directive 2004/17.