Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 26 mai 2016 [1]

Affaire C-482/14

Commission européenne
contre

République fédérale d'Allemagne

«Manquement d'État — Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen — Séparation comptable entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport et entre les différents types d'activité de transport — Interdiction de transférer des fonds publics d'un domaine d'activité à un autre»

I – Introduction

1. Dans le cadre de ce recours, la Commission européenne reproche à la République fédérale d'Allemagne d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphes 1, 3 et 4, et de l'article 31, paragraphe 1, de la directive 2012/34/UE [2] ainsi que de l'article 6, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1370/2007 [3].

2. Le litige porte, en substance, sur la cession à la société mère, la société holding des chemins de fer allemands, des bénéfices générés par ses filiales et sur la comptabilité de celles-ci. La Commission estime que la République fédérale d'Allemagne ne respecte pas les interdictions (pas plus que les règles comptables qui les ont inspirées) de transférer à d'autres domaines les fonds publics destinés aux infrastructures, les compensations pour les services régionaux de transport de voyageurs et les redevances d'utilisation du réseau ferroviaire. Sur le fond, certains problèmes ayant trait aux aides déguisées (éventuelles subventions croisées) au sein d'entreprises verticalement intégrées qui fournissent des services de transport ferroviaire et gèrent les infrastructures nécessaires à cette activité se posent de manière sous-jacente.

1 — Langue originale : l'espagnol.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JO 2012, L 343, p. 32).

3 — Règlement du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) nº 1191/69 et (CEE) nº 1107/70 du Conseil (JO 2007, L 315, p. 1).

II – Le cadre juridique, le droit de l'Union

A – La directive 2012/34

3. Par souci de clarté, la directive 2012/34 a modifié partiellement, refondu et fusionné les directives suivantes : la directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires [4] ; la directive 95/18/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant les licences des entreprises ferroviaires [5], et 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 [6].

4. L'article 65, paragraphe 1, de la directive 2012/34 a abrogé les directives 91/440 et 2001/14 « avec effet au 15 décembre 2012 » (c'est-à-dire à la date d'entrée en vigueur de la première directive mentionnée), « sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition en droit national des directives indiqués à l'annexe IX, partie B ».

5. Néanmoins, le 12 mars 2015, un rectificatif aux termes duquel la date d'abrogation des directives 91/440 et 2001/14 a été reportée au 17 juin 2015, c'est-à-dire un jour après l'expiration du délai de transposition en droit national prévu à l'article 64, paragraphe 1, de la directive 2012/34, a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* [7].

B – La directive 91/440 [8]

6. Aux termes du considérant 2 de la directive 91/440 :

« Il convient d'assurer des conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire équitables et non discriminatoires par la séparation de certaines fonctions essentielles et/ou la création d'un organisme de contrôle des chemins de fer assumant les fonctions de contrôle et d'exécution, ainsi que par la séparation des comptes de profits et pertes et des bilans. »

7. L'article 2 de la directive 91/440, dans sa version initiale, est libellé comme suit :

« 1. La présente directive s'applique 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.

2. Les entreprises ferroviaires dont l'activité est limitée à l'exploitation des seuls transports urbains, suburbains ou régionaux sont exclues du champ d'application de la présente directive. »

8. Conformément à l'article 3, dernier tiret, de cette directive :

« Aux fins de la présente directive on entend par :

[…]

4 — JO 1991, L 237, p. 25.

5 — JO 1995, L 143, p. 70.

6 — JO 2001, L 75, p. 29.

7 — JO 2015, L 67, p. 32.

8 — Telle que modifiée par la directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires (JO 2001, L 75, p. 1, ci-après la « directive 91/440 »).

— “services régionaux” : les services de transport destinés à répondre aux besoins de transports d’une région. »

9. L’article 6, paragraphe 1, énonce :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer la tenue et la publication de comptes de profits et pertes séparés et de bilans séparés, d’une part, pour les activités relatives à la fourniture de services de transport par des entreprises ferroviaires et, d’autre part, pour celles relatives à la gestion de l’infrastructure ferroviaire. Les aides publiques versées à l’une de ces deux activités ne peuvent pas être transférées à l’autre.

Les comptes relatifs aux deux activités sont tenus de façon à refléter cette interdiction. »

10. Aux termes de l’article 9, paragraphe 4[9] :

« 4. En ce qui concerne les entreprises ferroviaires, des comptes de profits et pertes et soit des bilans, soit des bilans financiers annuels décrivant l’actif et le passif sont tenus et publiés pour les activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret. Les contributions versées aux activités relatives à la fourniture de services de transport de voyageurs au titre des missions de service public doivent figurer séparément dans les comptes correspondants et ne peuvent pas être transférées aux activités relatives à la fourniture d’autres services de transport ou à toute autre activité. »

C – La directive 2001/14

11. Aux termes des considérants 38 et 39 de cette directive :

« (38) Il importe de faire en sorte que les tarifs appliqués au trafic international soient de nature à permettre au rail de répondre aux besoins du marché. En conséquence, il importe que la redevance d’utilisation de l’infrastructure soit de niveau égal au coût directement imputable à l’exploitation des trains.

(39) Le niveau général de recouvrement des coûts par le biais d’une tarification de l’infrastructure a des répercussions sur le niveau des contributions publiques. Les États membres peuvent réclamer, pour le recouvrement des coûts, des niveaux de tarification différents, y compris, si le marché s’y prête, des majorations ou un taux de rentabilité, tout en assurant l’équilibre entre le recouvrement des coûts et la compétitivité intermodale du fret ferroviaire. Il est cependant souhaitable que tout système de tarification de l’infrastructure permette au trafic qui peut couvrir au moins le coût supplémentaire qu’il impose d’utiliser le réseau ferroviaire. »

12. L’article 6 (« Coût de l’infrastructure et comptabilité »), paragraphe 1, premier alinéa, prescrit :

« 1. Les États membres définissent les conditions appropriées, comprenant, le cas échéant, des paiements ex ante, pour que les comptes du gestionnaire de l’infrastructure, dans des conditions normales d’activité et par rapport à une période raisonnable, 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 et le financement par l’État et, d’autre part, les dépenses d’infrastructure ».

9 — Paragraphe ajouté par l’article 1er, point 10, de la directive 2001/12.

13. L'article 7, paragraphe 1, dispose :

« 1. Les redevances d'utilisation de l'infrastructure sont versées au gestionnaire de l'infrastructure, qui les affecte au financement de ses activités. »

14. Aux termes de l'article 8, paragraphe 1 :

« 1. Un État membre peut, afin de procéder au recouvrement total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure et, si le marché s'y prête, percevoir des majorations sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, tout en garantissant une compétitivité optimale, en particulier pour le transport ferroviaire international de marchandises. Le système de tarification respecte les gains de productivité réalisés par les entreprises ferroviaires.

Le niveau des redevances ne doit cependant pas exclure l'utilisation des infrastructures par des segments de marché qui peuvent au moins acquitter le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, plus un taux de rentabilité si le marché s'y prête.

[…] »

D – Le règlement nº 1370/2007

15. Aux termes de son article 1er, paragraphe 1, second alinéa, ce règlement a pour objet de :

« [définir] les conditions dans lesquelles les autorités compétentes, lorsqu'elles imposent des obligations de service public ou qu'elles en confient l'exécution à une entreprise, octroient une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de l'exécution d'obligations de service public ».

16. Sous l'intitulé « Compensation de service public », l'article 6, paragraphe 1, dispose :

« 1. Toute compensation liée à une règle générale ou à un contrat de service public respecte les dispositions de l'article 4, quelles que soient les modalités d'attribution du contrat. Toute compensation, quelle qu'en soit la nature, liée à un contrat de service public attribué directement conformément à l'article 5, paragraphes 2, 4, 5 ou 6, ou liée à une règle générale est conforme, en outre, aux dispositions prévues à l'annexe. »

17. Cette annexe contient une série de règles applicables à la compensation dans les situations visées à l'article 6, paragraphe 1. Aux termes du point 5 de ladite annexe :

« Afin d'augmenter la transparence et d'éviter les subventions croisées, lorsqu'un opérateur de service public non seulement exploite des services compensés soumis à des obligations de service de transports publics, mais exerce également d'autres activités, la comptabilité desdits services publics doit être séparée, de façon à satisfaire au moins aux conditions suivantes :

— les comptes d'exploitation correspondant à chacune de ces activités doivent être séparés et la part des actifs correspondants et les coûts fixes doivent être affectés selon les règles comptables et fiscales en vigueur,

— tous les coûts variables, une contribution adéquate aux coûts fixes et un bénéfice raisonnable liés à toute autre activité de l'opérateur de service public ne peuvent en aucun cas être imputés au service public en question,

— les coûts du service public doivent être équilibrés par les recettes d'exploitation et les versements des autorités publiques, sans transfert possible des recettes vers un autre secteur d'activité de l'opérateur de service public. »

III – Les faits

18. Le groupe d'entreprises Deutsche Bahn, au sommet duquel se trouve la société holding Deutsche Bahn AG (ci-après « DB ») est actif dans le secteur du transport national et international de passagers et de marchandises, de la logistique et de la fourniture de services accessoires au transport ferroviaire.

19. Conformément à l'article 9a de l'Allgemeines Eisenbahngesetz (loi générale sur les chemins de fers, ci-après l'« AEG »), du 27 septembre 1993[10], la gestion des différents éléments de l'infrastructure ferroviaire au sens de l'article 3, point 3, lu à la lumière de l'annexe I de la directive 2012/34, est assurée : a) par la société DB Netz AG, en ce qui concerne le réseau ferroviaire principal, le réseau accessoire et leurs installations ; b) par DB Station & Service AG, qui fournit des services liés à l'exploitation du réseau, tels que les quais à voyageurs et à marchandises, y compris dans les gares, et c) par DB Energie GmbH, qui se charge des installations de transformation et de transport de courant électrique pour la traction des trains.

20. Le transport de passagers et de marchandises (ainsi que les services accessoires tels que la restauration) est assuré par diverses entreprises intégrées dans la société DB Mobility Logistics AG (ci-après « DB ML »), filiale du groupe Deutsche Bahn dont DB détient 100 % du capital social. Parmi les entreprises de DB ML figure DB Regio AG, qui se charge des services régionaux de transport ferroviaire[11] sur l'ensemble du territoire de l'Allemagne.

21. DB a conclu des conventions de contrôle et de cession de bénéfices (ci-après les « conventions de cession de bénéfices ») avec ses filiales DB Netz, DB Station & Service et DB Energie. Conformément à ces conventions, a) les bénéfices des filiales sont transférés à la société mère, sans qu'aucune clause limite l'utilisation que DB peut en faire, et b) DB s'engage à couvrir les pertes que les filiales sont susceptibles de subir.

22. Dans son mémoire en défense, le gouvernement allemand a apporté certaines précisions. Il a notamment souligné a) le caractère ambivalent des conventions de cession de bénéfices, étant donné que DB assume également l'obligation de combler l'éventuel déficit d'exploitation de ses filiales, et b) le fait que les ressources financières transmises à DB Netz par sa société mère dépassent largement, selon les chiffres cumulés des dernières années, les bénéfices cédés à cette dernière.

23. En outre, dans le mémoire en duplique, le gouvernement allemand affirme que, le 1er janvier 2015, la Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (convention de prestation et de financement II, ci-après la « LuFV II »)[12], conformément à laquelle (article 2a, point 1) les résultats nets après impôts des filiales doivent être entièrement versés à l'État fédéral dans le cadre de distributions de dividendes et également entièrement réinvestis dans les infrastructures, est entrée en vigueur.

10 — L'AEG a transposé en droit allemand (à l'article 9) l'obligation de séparation comptable prévue à l'article 6 de la directive 91/440.

11 — Ainsi que des services de transport par autobus, qui sont dénués de pertinence pour le présent litige.

12 — Note sans objet dans la version en langue française.

IV – Procédure administrative préalable et procédure devant la Cour

A – Phase précontentieuse

24. Par lettre de mise en demeure du 22 novembre 2012, la Commission a attiré l'attention des autorités allemandes sur une possible violation des directives 91/440 et 2001/14, encore en vigueur à cette époque, ainsi que du règlement nº 1370/2007. Elle reprochait à la République fédérale d'Allemagne d'avoir permis que la comptabilité de DB ne respecte pas les interdictions de transférer à d'autres domaines et, notamment, au transport ferroviaire de voyageurs a) les fonds publics destinés aux infrastructures ; b) les compensations pour les services régionaux de transport de voyageurs, fournis au titre des missions de service public, et c) les redevances d'utilisation du réseau ferroviaire. Ces détournements de fonds se seraient produits en application des conventions de cession de bénéfices.

25. Le gouvernement allemand a répondu par lettre du 20 mars 2013, dans laquelle il a contesté les griefs soulevés par la Commission, qui lui a adressé, le 21 juin 2013, un avis motivé dans lequel elle a réitéré l'opinion exprimée dans la lettre de mise en demeure. Elle invitait le gouvernement allemand à adopter, dans un délai de deux mois, les mesures nécessaires pour se conformer à cet avis.

26. Par courrier du 21 août 2013, le gouvernement allemand a maintenu son rejet des griefs soulevés par la Commission. Devant cette réponse, la Commission a introduit le présent recours.

B – Procédure devant la Cour

27. Le recours a été enregistré au greffe de la Cour le 31 octobre 2014 et le mémoire en défense le 4 février 2015. La Commission a déposé son mémoire en réplique le 16 avril 2015 et le gouvernement allemand son mémoire en duplique le 11 juin 2015.

28. Le 12 mars 2015, la République italienne a demandé d'intervenir à l'appui des conclusions du gouvernement allemand. Sa demande a été accueillie par décision du 14 avril 2015 et elle a déposé son mémoire en intervention le 14 mai 2015.

29. À la demande du gouvernement allemand, conformément à l'article 76 du règlement de procédure de la Cour, une audience s'est tenue le 3 mars 2016 en présence des représentants dudit gouvernement et de la Commission.

V – Conclusions des parties

30. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour :

— constater que la République fédérale d'Allemagne a enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 en acceptant que des fonds publics qui ont été versés à des fins d'exploitation de l'infrastructure ferroviaire puissent être transférés vers des services de transport ;

— constater que la République fédérale d'Allemagne a enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 en n'assurant pas que les modalités de tenue des comptes permettent le suivi de l'interdiction de transférer des fonds publics alloués aux fins d'exploitation de l'infrastructure ferroviaire vers des services de transport ;

— constater que la République fédérale d'Allemagne a enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14 en n'assurant pas que les redevances d'infrastructure sont uniquement utilisées pour financer les activités du gestionnaire de l'infrastructure ;

— constater que la République fédérale d'Allemagne a enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440 et des dispositions combinées de l'article 6, paragraphe 1, et du point 5 de l'annexe du règlement n° 1370/2007 en n'assurant pas que les fonds publics versés pour des activités relatives à la fourniture de services de transport de voyageurs au titre des missions de service public figurent séparément dans les comptes correspondants ;

— condamner la République fédérale d'Allemagne aux dépens.

31. Le gouvernement allemand conclut à ce qu'il plaise à la Cour, à titre principal, déclarer le recours irrecevable et, à titre subsidiaire, infondé, et condamner la Commission aux dépens.

32. La République italienne demande à la Cour de rejeter le recours comme infondé.

VI – Analyse du recours

A – Le chef de conclusions tiré de l'irrecevabilité du recours

1. L'irrecevabilité du recours dans son ensemble

33. La République fédérale d'Allemagne a soulevé deux exceptions d'irrecevabilité contre le recours : le défaut de clarté, de manière générale, des griefs et le fait que la Commission se fonde sur la directive 2012/34, dont le délai de transposition n'avait pas encore expiré au moment de l'introduction du recours.

a) Le défaut de clarté des griefs de manière générale

34. Selon le gouvernement allemand, le recours et, au premier chef, ses griefs ne sont pas suffisamment clairs pour savoir si la Commission lui reproche une mauvaise transposition du droit de l'Union dans son ordre juridique interne ou une mise en œuvre incorrecte de ce droit, voire un comportement illicite.

35. Comme chacun le sait, aussi bien l'article 120, sous c), du règlement de procédure que la jurisprudence qui l'interprète exigent que la requête introductive d'instance respecte certaines conditions, y compris dans les procédures en manquement. Ainsi, elle doit indiquer l'objet du litige ainsi que l'exposé sommaire des moyens et cette indication doit être suffisamment claire et précise pour permettre à la défenderesse de préparer sa défense et à la Cour d'exercer son contrôle. Les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels un recours est fondé doivent ressortir d'une façon cohérente et compréhensible du texte même de la requête [13].

36. Dans sa requête introductive d'instance, la Commission a fait référence tant aux dispositions du droit de l'Union que la République fédérale d'Allemagne a prétendument enfreintes (points 2 à 12) qu'au droit national pertinent et, en particulier, à l'article 9 de l'AEG (point 13) ainsi qu'à certains faits (points 14 à 26), de telle manière que les griefs, tels qu'ils apparaissent dans l'analyse de chacun d'entre eux et dans le petitum, sont compréhensibles.

13 — Arrêt du 16 janvier 2014, Commission/Espagne (C-67/12, EU:C:2014:5, points 41 et 42 ainsi que jurisprudence citée).

37. En ce qui concerne la cohérence de ces griefs, la requête signale d'emblée (point 1) et dans les développements qui suivent (notamment aux points 35, 52, 59 et 75 à 77) que les manquements reprochés consistent non pas dans une mauvaise transposition du droit de l'Union dans le droit national, mais dans certains comportements énumérés de manière détaillée dans le petitum.

38. J'estime donc que, du point de vue formel, la requête ne manque ni de la clarté ni de la cohérence exigées par la jurisprudence susvisée et qu'elle permet à l'État membre d'exercer ses droits de la défense, ce qui s'est effectivement produit. Étant donné que la Commission ne lui reproche pas une transposition incorrecte, les allégations du gouvernement allemand relatives à la mise en conformité de son droit national aux dispositions litigieuses sont inopérantes. Ce moyen d'irrecevabilité doit donc être rejeté.

b) La directive 2012/34 comme fondement du recours

39. Dans le cadre de son recours, intenté le 30 octobre 2014, la Commission estimait que la directive 2012/34 avait été enfreinte. À cette époque, la directive était déjà en vigueur (article 66) et avait abrogé (article 65), avec effet au 15 décembre 2012, les directives 91/440 et 2001/14, notamment. Néanmoins, le 12 mars 2015, un « rectificatif » qui a reporté la date d'abrogation de ces directives au 17 juin 2015, c'est-à-dire un jour après l'expiration du délai de transposition dans le droit national des États membres, a été publié au Journal officiel.

40. Du fait de cette modification, dans son mémoire en réplique, la Commission, dont le recours fondé sur la violation de la directive 2012/34 était parvenu à la Cour le 30 octobre 2014 (avant la publication du rectificatif), a demandé que, si la directive 2012/34 était jugée dénuée de pertinence, ses conclusions soient réputées fondées sur les articles correspondants des directives 91/440 et 2001/14.

41. Le gouvernement allemand soutient que la directive 2012/34 ne lui est pas opposable, car son délai de transposition n'avait pas encore expiré quand la Commission a introduit son recours, qui serait donc manifestement irrecevable.

42. Je ne pense pas que cet argument puisse être retenu. D'une part, il ressort du point 4 de la requête introductive d'instance que, bien que la Commission ait cité la directive 2012/34, les griefs portaient sur les éléments de cette dernière qui figuraient déjà dans les directives 91/440 et 2001/14. D'autre part, on ne saurait reprocher à la Commission d'avoir choisi cette base juridique, car, pour fonder son recours sur le droit en vigueur, elle n'avait d'autre choix que d'invoquer la seule directive en vigueur lors de l'introduction dudit recours, à savoir la directive 2012/34. Si elle s'était contentée de citer les deux directives abrogées (les directives 91/440 et 2001/14), elle se serait exposée à l'exception d'irrecevabilité tirée de ce qu'elle aurait invoqué des dispositions inapplicables ratione temporis. De plus, les griefs formulés dans le petitum de la requête mentionnent, entre parenthèses, immédiatement après les références à la directive 2012/34, les règles juridiques correspondantes de la directive 91/440 ou de la directive 2001/14, selon les cas.

43. La manière dont la Commission a invoqué la réglementation à l'appui de ses conclusions paraît être non seulement correcte, mais la plus appropriée, eu égard à l'étrange résurrection rétroactive des directives 91/440 et 2001/14 que le Conseil de l'Union européenne a réalisée en adoptant un « rectificatif » atypique, alors que ces deux directives n'étaient plus en vigueur [14].

44. En définitive, je ferais preuve d'un formalisme excessif et d'une rigueur malavisée si je proposais de déclarer le recours irrecevable pour cette raison.

14 — Je ne pense pas qu'il importe, aux fins du présent recours, de se prononcer sur le point de savoir si la technique du rectificatif est propre à entraîner l'effet juridique obtenu, à savoir la remise en vigueur de directives abrogées.

2. L'irrecevabilité de chacun des griefs

45. Le gouvernement allemand fait valoir que les trois premiers griefs manquent de clarté, notamment parce qu'ils emploient les expressions « en acceptant que » (premier grief) et « en n'assurant pas que » (deuxième et troisième griefs).

46. La clarté et la cohérence des griefs soulevés dans un recours en manquement ne sauraient être appréciées au regard de quelques mots isolés du reste de la phrase dans laquelle ils figurent et du contexte de la requête dans laquelle ils s'inscrivent. Les expressions que le gouvernement allemand critique résument, en réalité, un ensemble d'arguments précédemment avancés par la Commission à l'appui de ses griefs [15].

47. Or, dans le cadre du présent recours, les deux expressions visent autant de comportements de la défenderesse que la Commission qualifie d'incompatibles avec les obligations qui incombent à la République fédérale d'Allemagne en vertu des directives (et du règlement) en cause. Par ailleurs, les observations abondantes que le gouvernement allemand a formulées dans ses mémoires en défense et en duplique, ainsi que leur contenu, suffisent amplement à démontrer qu'il a compris les griefs soulevés à son encontre et qu'il a pu se défendre sans être entravé par leur prétendue ambiguïté. Par conséquent, il convient de rejeter cette exception d'irrecevabilité.

48. Le fait que la Commission n'ait pas cité la disposition nationale qui fait précisément l'objet du manquement reproché dans les premier et quatrième griefs n'est pas non plus critiquable sous l'angle de la recevabilité de son recours, car, comme je l'ai déjà indiqué, la Commission n'accuse nullement le gouvernement allemand d'avoir effectué une mauvaise transposition.

49. En somme, je considère qu'il y a lieu de rejeter les exceptions d'irrecevabilité et de procéder à l'analyse au fond, que je commencerai, pour des raisons d'ordre systématique, en examinant le deuxième grief.

B – Sur le deuxième grief, tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440, dans la mesure où la République fédérale d'Allemagne n'a pas assuré que les modalités de tenue des comptes permettent le suivi de l'interdiction de transférer des fonds publics alloués aux fins d'exploitation de l'infrastructure ferroviaire vers des services de transport

1. Allégations des parties

50. La Commission impute à la République fédérale d'Allemagne une violation de l'article 6, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 91/440 parce que la comptabilité des entreprises chargées de l'infrastructure ferroviaire ne permet pas de vérifier le respect de l'interdiction de transférer à l'activité de transport les fonds publics alloués à cette infrastructure.

51. Plus particulièrement, la Commission critique le fait que le patrimoine financé par des fonds publics n'est pas inscrit à l'actif dans les comptes des sociétés du groupe et que les conventions de cession de bénéfices ne permettent pas non plus de connaître l'ampleur des fonds publics ainsi transférés, étant donné que les comptes de la société holding ne montrent pas si les bénéfices proviennent d'activités autres que la gestion de l'infrastructure.

15 — La Cour emploie ces expressions dans le dispositif de certains arrêts statuant sur des recours en manquement. Voir, également dans le domaine de la réglementation en matière de transport ferroviaire, point 1 du dispositif de l'arrêt du 3 octobre 2013, Commission/Italie (C-369/11, EU:C:2013:636).

52. Dans son mémoire en défense, le gouvernement allemand avance trois arguments. En premier lieu, il fait valoir que l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/34 constitue une nouveauté qui ne figurait pas à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 et qu'il n'est donc pas applicable au cas d'espèce [16].

53. En deuxième lieu, à titre subsidiaire, il conteste l'interprétation de l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/34 suggérée par la Commission. Selon lui, cette disposition exige uniquement une séparation comptable entre les entreprises de transport ferroviaire et les entreprises d'infrastructure, exigence que DB respecterait par la dissociation organisationnelle entre les entreprises de transport (DB ML et ses filiales) et les gestionnaires d'infrastructure (DB Netz, DB Station & Service et DB Energie). Il affirme que cette approche concorde avec celle que la Commission favorise dans la proposition de nouvelle directive qu'elle a présentée dans le cadre du « quatrième paquet ferroviaire» [17], dont l'article 7 bis, paragraphe 3, exige la séparation complète entre les circuits financiers des gestionnaires de l'infrastructure et ceux du transport, ce qui démontrerait, a contrario, que le droit en vigueur n'exige pas une séparation aussi radicale.

54. En troisième lieu, de nouveau à titre subsidiaire et préventif, le gouvernement allemand soutient qu'il a correctement transposé l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/34 en droit national, avant même que le délai de transposition n'expire. Il ajoute que le fait que les fonds publics ne figurent pas à l'actif du bilan ne signifie pas qu'ils n'ont pas été enregistrés d'un point de vue comptable interne.

55. La Commission réplique que, en réalité, le gouvernement allemand n'a pas réfuté l'absence d'inscription des fonds publics dans les comptes des entreprises chargées de l'infrastructure. Cette absence empêche de vérifier si l'interdiction de transférer les fonds publics aux services de transport a été respectée, ce qui serait, en soi, contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440. Elle reconnaît le caractère « novateur » d'un passage de l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/34, mais uniquement en ce qui concerne la rédaction, puisque l'esprit et la substance n'ont pas changé, comme le démontre, selon elle, la proposition de directive [18].

56. En ce qui concerne la comptabilité des fonds publics, la Commission maintient que l'article 6, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 91/440 doit être interprété à la lumière de son premier alinéa, qui mentionne sans équivoque le bilan et les comptes de profits et pertes, lesquels doivent être publiés, de telle sorte qu'il ne suffit pas que les données apparaissent dans la comptabilité « interne ».

57. Dans son mémoire en intervention, le gouvernement italien considère, à l'instar du gouvernement allemand, que l'article 6, paragraphe 4, de la directive 2012/34 revêt un caractère innovant et n'est donc pas opposable aux États membres. Il ajoute que l'expression « permettre le suivi » doit être lue à la lumière de l'article 56, paragraphe 12, de cette directive, qui habilite l'organisme de contrôle à effectuer des audits auprès des gestionnaires de l'infrastructure précisément pour vérifier le respect de la séparation comptable. Il signale que ce même article 56, paragraphe 12, renvoie à l'annexe VIII et souligne le caractère novateur du degré de précision avec lequel cette annexe énumère les informations comptables que les gestionnaires de l'infrastructure doivent fournir à l'autorité réglementaire.

16 — Il signale, à cette fin, que le délai de transposition de la directive 2012/34 en droit national n'avait pas expiré à la date de l'avis motivé.

17 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, 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 [COM(2013) 29 final, du 30 janvier 2013], p. 14.

18 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un espace ferroviaire unique européen [COM(2010) 475 final, du 17 septembre 2010], p. 6.

58. En réponse à ces observations, la Commission souligne que la finalité de l'article 56 est non pas d'atténuer le contenu dudit article 6, auquel il renvoie, mais de concéder à l'autorité réglementaire une série de compétences en vue de lui faciliter la tâche en exigeant, par exemple, la présentation des documents énumérés à l'annexe VII qui présentent un intérêt particulier pour cet organe.

2. Appréciation

59. Le grief que la Commission adresse à la République fédérale d'Allemagne (en substance, la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440) part de la prémisse que les fonds publics versés par les autorités allemandes pour financer les éléments patrimoniaux n'apparaissent dûment ni au bilan ni dans le compte de profits et pertes du gestionnaire de l'infrastructure, pas plus qu'ils ne sont inscrits à l'actif dans les comptes du groupe. La tenue de ces comptes ne permettrait pas le suivi de l'interdiction de transférer des fonds publics alloués aux fins d'exploitation de l'infrastructure ferroviaire vers des services de transport ferroviaire.

60. La disposition prétendument violée prévoit trois conditions fondamentales : a) la séparation comptable entre les activités de transport exercées par les entreprises et les activités de gestion de l'infrastructure ferroviaire, qui implique la tenue et la publication dissociées de leurs comptes respectifs (premier alinéa, première phrase)[19] ; b) l'interdiction de transférer, également en matière comptable, des fonds publics d'un de ces deux domaines d'activité à l'autre, qui traduit l'interdiction des subventions croisées (premier alinéa, deuxième phrase), et c) l'obligation que les comptes relatifs à chacun de ces domaines d'activité reflète cette interdiction (deuxième alinéa).

61. Le gouvernement allemand a fait valoir, à titre principal, que l'obligation de tenir la comptabilité de façon « à permettre le suivi de l'interdiction de transférer des fonds publics » a été expressément introduite dans l'actuel article 6, paragraphe 4, par la directive 2012/34 et ne le liait donc pas, étant donné que le délai de transposition de cette directive n'avait pas expiré au moment où le présent recours a été introduit.

62. Je ne pense pas que cet argument puisse être accueilli, car cette disposition, telle qu'elle était rédigée dans sa version initiale de 1991, évoquait déjà le contrôle des subventions croisées et prescrivait donc la transparence comptable. Selon le libellé originel de l'article 6, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 91/440, que la directive 2001/12 n'a pas modifié, « [l]es comptes relatifs aux deux activités [infrastructure et transports] sont tenus de façon à refléter cette interdiction » de transférer des fonds publics d'un domaine à l'autre.

63. Il ressort du quatrième considérant de la directive 91/440 qu'elle avait pour finalité de faciliter une gestion efficace du réseau ferroviaire en séparant l'exploitation du service, d'une part, et l'infrastructure nécessaire aux activités de transport, d'autre part, ce qui devait obligatoirement supposer une comptabilité également séparée. La directive 2001/12 a renforcé cette idée en étendant l'obligation de séparation comptable aux deux types de documents les plus importants, le compte de profits et pertes et le bilan. Elle a également étendu l'obligation aux entreprises de transport de voyageurs et de fret, aux termes du considérant 9 de cette dernière directive.

64. L'idée motrice de cette dissociation était, dans ces deux directives, de parvenir à une transparence totale et de clarifier l'inclusion de certains coûts d'infrastructure tels que ceux relatifs aux obligations de service public, les coûts à fonds perdus pour la construction d'infrastructures (*sunk costs*), ceux d'entretien et de gestion et la répartition de la capacité d'infrastructure[20].

19 — Arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116, point 55).

20 — Voir Di Pietrantonio, L., et Pelkmans, J., *The Economics of EU Railway Reform*, Bruges European Economic Policy Briefings, Briefing, nº 8, septembre 2008, p. 17.

65. La transparence assurée grâce à la comptabilité [21] devait également servir à détecter les subventions croisées, qui ont été interdites par l'article 6, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive 91/440 dès sa version initiale. Dans ce contexte, le verbe « refléter» [22] peut uniquement s'entendre en ce sens qu'il y a lieu de faciliter le suivi de l'interdiction, ce qui serait difficilement réalisable sans que celle-ci se concrétise dans les comptes. La nouvelle rédaction issue de la directive 2012/34 n'a pas non plus introduit une obligation spécifique de contrôle (ce qui aurait constitué une nouveauté par rapport à la version antérieure), mais a plutôt favorisé son contrôle éventuel, pour autant que la comptabilité « reflète » adéquatement l'interdiction.

66. Par conséquent, il convient de rejeter la thèse formulée à titre principal par le gouvernement allemand.

67. À titre subsidiaire, ledit gouvernement soutient, en substance, que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 requiert une séparation entre les comptes de la gestion de l'infrastructure et ceux des services de transport, mais non que les fonds publics perçus apparaissent dans le compte de profits et pertes ou dans le bilan. Il suffirait que, comme dans le cas des entreprises ferroviaires allemandes, ils figurent dans leur comptabilité interne.

68. J'estime, à l'instar de la Commission, que cette interprétation ne saurait être accueillie. Le règlement (CEE) nº 2830/77 [23] contenait déjà l'obligation que les fonds publics figurent aussi bien au bilan (« Concours aux frais d'investissement – Participation de l'État […] à la réalisation de projets d'investissements désignés ») [24] que dans le compte de profits et pertes (poste 74, « compensations et aides » et poste 91.5, « subvention d'équilibre ») [25]. Le premier considérant de ce règlement soulignait que les règles concernant les relations entre les États et les entreprises de chemin de fer devaient s'inspirer des principes financiers et comptables applicables aux entreprises commerciales. De plus, ce règlement se donnait pour objectif d'améliorer la transparence des résultats financiers de ces entreprises et des interventions de l'État de cette nature.

69. Le règlement nº 2830/77 a certes été abrogé par l'article 37 de la directive 2001/14, mais il n'en demeure pas moins que, lorsqu'elle a expliqué les raisons à l'origine de la modification de la directive 91/440, présentée dans le même train de mesures que la directive 2001/12, la Commission a déclaré que, même si les entreprises ferroviaires étaient déjà soumises à ces obligations en vertu du règlement nº 2830/77, il convenait de les incorporer *de façon claire et non équivoque* dans la directive 91/440 (au moyen de la directive 2001/12) [26]. Le libellé définitif de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 est identique à celui de la proposition.

70. Il découle des explications qui précèdent que la référence au bilan et au compte de profits et pertes effectuée à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 s'est substituée, avec la même force contraignante, à l'obligation d'inscrire les fonds publics dans ces comptes, qui a été imposée dès l'année 1978 par le règlement nº 2830/77.

21 — Document de travail de la Commission – Commentaire des différents articles de la proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire, et la certification en matière de sécurité [COM(1998) 480 final], p. 5.

22 — Les versions linguistiques que j'ai comparées emploient le même verbe ou des expressions dont le sens est analogue : « reflects », dans la version en langue anglaise ; « refléter », dans la version en langue française ; « Dieses Verbot muss […] zum Ausdruck kommen », dans la version en langue allemande ; « riflettere », dans la version en langue italienne ; « reflectir », dans la version en langue portugaise ; « Dit verbod moet terug te vinden zijn », dans la version en langue néerlandaise, et « återspegla r », dans la version en langue suédoise.

23 — Règlement du Conseil du 12 décembre 1977 relatif aux mesures nécessaires pour rendre comparables la comptabilité et les comptes annuels des entreprises de chemin de fer (JO 1977, L 334, p. 13).

24 — Article 4, paragraphe 1, lu en combinaison avec les annexes I et II du règlement nº 2830/77.

25 — Article 4, paragraphe 2, lu en combinaison avec les annexes III et IV du règlement nº 2830/77.

26 — Document COM(1998) 480 final, p. 9.

71. Au demeurant, il serait contradictoire que tel ne soit pas le cas et que la modification de la directive 91/440, qui visait précisément à renforcer la transparence de la comptabilité des entreprises, ait atténué, quod non, l'obligation d'utiliser le compte de profits et pertes pour atteindre l'objectif consistant à clarifier les relations financières entre l'État et les entreprises ferroviaires.

72. En somme, le simple fait que, comme le gouvernement allemand l'a indiqué, ces fonds apparaissent dans la comptabilité interne des entreprises ferroviaires ne satisfait pas aux conditions de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440. Par conséquent, cette deuxième allégation en défense ne saurait non plus être accueillie.

73. Le troisième argument du gouvernement allemand est inopérant en ce qu'il insiste sur la transposition correcte des règles de l'Union européenne en droit interne, car, comme je l'ai déjà indiqué, la Commission ne lui fait pas grief d'une mauvaise transposition.

74. L'argument corrélatif du gouvernement italien ne saurait non plus être accueilli, étant donné que le manquement doit être examiné à la lumière non pas de la directive 2012/34 (dans laquelle figure l'article 56 qu'il invoque), mais de la directive 91/440, qui ne contient aucune disposition semblable. L'article 56 susvisé décrit les fonctions et les attributions que les États membres doivent conférer à leurs organismes de contrôle du secteur ferroviaire, y compris celles relatives aux audits, qui ont également trait, aux termes du paragraphe 12, au respect de l'obligation de séparation comptable prévue à l'article 6.

75. Eu égard aux considérations qui précèdent, en ne reflétant les fonds publics destinés aux infrastructures ni dans les comptes publics des filiales ni dans ceux de la société mère, ce que le gouvernement allemand n'a nullement contesté, la présentation de ces comptes empêche de vérifier, dans un sens ou dans un autre, le respect de l'interdiction de transférer ces fonds vers le domaine du transport ferroviaire. Il convient donc d'accueillir le deuxième grief.

C – Sur le premier grief, tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440, dans la mesure où les conventions de cession de bénéfices permettent de financer des services ferroviaires avec des fonds réservés à l'infrastructure ferroviaire

1. Allégations des parties

76. Selon la Commission, la République fédérale d'Allemagne tolère, par les conventions de cession de bénéfices (conclues par la société mère avec les trois filiales chargées de l'infrastructure), qu'une partie des fonds publics destinés à la gestion de l'infrastructure ferroviaire soit transférée à des activités liées aux services de transport. Ce comportement méconnaîtrait l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440.

77. Tel serait plus particulièrement le cas lorsque les bénéfices des sociétés chargées de l'infrastructure ferroviaire (à savoir DB Netz, DB Station & Service et DB Energie) ont uniquement été générés grâce aux fonds publics cédés à ces sociétés. Compte tenu de l'obligation assumée par DB dans les conventions de cession de bénéfices, à savoir celle de couvrir les éventuelles pertes de ses filiales, les bénéfices cédés de cette manière pourraient être employés pour pallier le déficit des services de transport.

78. Selon la Commission, il est dénué de pertinence que ces fonds ne puissent pas directement passer d'une entreprise du groupe à une autre et que le transfert soit indirectement réalisé par la cession de bénéfices à la société mère : ces deux modalités seraient contraires à la lettre et à l'esprit de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440.

79. Le gouvernement allemand interprète cet article en ce sens qu'il ne s'oppose ni à ce que les filiales réalisent des bénéfices ni à ce qu'elles les versent ultérieurement à la société mère, dès lors qu'il interdit uniquement le transfert des fonds publics alloués à l'infrastructure, et non des recettes que les entreprises chargées de gérer l'infrastructure ferroviaire tirent de son exploitation commerciale, lesquelles seraient couvertes par l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14. En tout état de cause, la distinction que ces deux dispositions opèrent entre les fonds publics (article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440) et les recettes tirées des redevances d'utilisation de l'infrastructure (article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14) serait indépendante de la question de savoir si ces recettes ont été générées au moyen d'actifs subventionnés.

80. Pour ce qui est de la transposition de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 en droit allemand, le gouvernement allemand soutient qu'elle a été correctement effectuée à l'article 9, paragraphe 1b, de l'AEG.

81. Le gouvernement allemand nie la dissimulation des fonds publics alléguée par la Commission, car ces fonds figurent dans les comptes de DB, bien que les comptes annuels indiquent uniquement la valeur nette des subventions publiques, facteur employé pour calculer les bénéfices devant être cédés à la société mère ou les pertes que celle-ci doit compenser. En outre, les fonds publics accordés à des entreprises d'infrastructure ferroviaire doivent être intégralement utilisés dans les projets d'investissement auxquels ils sont alloués et ne peuvent donc pas alimenter les bénéfices. Tandis que ces entreprises supportent les coûts d'entretien et de réparation de leurs voies ferrées, il incombe au Bund, l'État fédéral, conformément à la mission qui lui est confiée par le droit constitutionnel [27], de planifier les besoins relatifs au réseau ferroviaire et de financer les projets d'investissement en accordant des subventions [28].

82. Dans le mémoire en réplique, la Commission s'oppose à l'interprétation donnée par la partie défenderesse à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440. Selon elle, il ressort de la proposition de la directive 2001/12 que cet article visait à garantir un traitement équitable et non discriminatoire à toutes les entreprises ferroviaires, objectif qui pouvait uniquement être atteint en considérant le financement de l'infrastructure dans sa globalité, avec, d'un côté, l'ensemble de ses coûts et, de l'autre, la totalité des recettes, c'est-à-dire les fonds publics et les redevances d'utilisation du réseau. L'interprétation prétendument systémique du gouvernement allemand priverait la disposition en question de son effet utile.

83. La Commission conteste également l'argument selon lequel les termes « aides publiques » figurant à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 désignent uniquement les fonds publics octroyés à partir d'un budget public et en vertu d'une base juridique déterminée. L'objectif de cette disposition est d'empêcher les subventions croisées et tant son libellé que les travaux préparatoires [29] confirment qu'il s'agit de fonds publics au sens du régime des aides d'État (article 107 TFUE), qui emploie la même terminologie.

84. La Commission soutient, d'une part, que la République fédérale d'Allemagne ne garantit pas que les fonds publics versés aux sociétés gestionnaires d'infrastructure du groupe DB se limitent au déficit de financement causé par l'insuffisance des recettes. Elle considère, en outre, que, dans son ensemble, l'article 8 de la directive 2001/14 ne donne pas au gestionnaire de l'infrastructure le droit que les redevances d'utilisation de celle-ci soient calculées de telle sorte qu'elles génèrent systématiquement des bénéfices. Par ailleurs, elle estime que les contrôles internes établis dans la République fédérale d'Allemagne ne sont pas propres à freiner le transfert de fonds publics.

27 — Il cite l'article 87e, paragraphe 4, du Grundgesetz (loi fondamentale).

28 — Article 8, paragraphes 1 et 4, du Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (Bundesschienenwegeausbaugesetz, loi fédérale sur l'extension des voies ferrées, BGBl. I, p. 1874).

29 — Voir document COM(1998) 480 final de la Commission, p. 30, cité à la note 21 des présentes conclusions.

85. Dans le mémoire en duplique, le gouvernement allemand reproche à la Commission de ne pas avoir prouvé ses allégations et défend les contrôles des dépenses des fonds publics effectués ex ante et ex post par la Bundesnetzagentur (Allemagne) [30] ainsi que par le Bundesrechnungshof (Allemagne) [31]. Il soutient également que ce grief est sans objet depuis le 1er janvier 2015, date d'entrée en vigueur de la LuFV II [32].

86. Le gouvernement italien affirme, pour sa part, que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 tient compte de l'existence de flux financiers entre l'État et le gestionnaire du réseau ferroviaire, mais se borne à édicter des règles comptables en vue d'éviter le risque de subventions croisées. Il est également d'avis que rien ne s'oppose à ce que le gestionnaire du réseau gère les bénéfices de manière autonome.

87. À cet égard, le gouvernement italien souligne que la Cour a reconnu la validité des structures d'entreprise sous forme de holding [33] et que l'approche de la Commission réduit la marge d'autonomie de gestion des groupes ferroviaires, ce qui serait contraire aux articles 4 et 5 de la directive 91/440.

88. La Commission lui a répondu en réitérant que la légalité de la structure de type holding en elle-même n'implique pas celle des flux financiers à l'intérieur du groupe d'entreprises.

2. Appréciation

89. Afin d'analyser le premier grief, il convient de préciser, avant toute chose, que, selon la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440, cette disposition ne requiert qu'une séparation comptable entre les activités de transport fournies par les entreprises ferroviaires et les activités de gestion de l'infrastructure ferroviaire [34]. On ne saurait donc douter, directement ou indirectement, de la validité des formes de sociétés qui adoptent les structures propres à une société holding ou de leurs implications.

90. Il convient également d'examiner quels fonds sont visés à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440, car la Commission souhaite y inclure les redevances d'utilisation des réseaux, ce qui ne me semble pas pertinent. Ces recettes sont versées par les utilisateurs en contrepartie de l'activité des entreprises chargées de l'infrastructure ferroviaire et ne constituent donc pas des fonds publics mis à la disposition de ces entreprises par l'État. Au contraire, les aides destinées à compenser l'éventuel déficit enregistré par ces entreprises revêt cette nature si la tarification ne couvre pas les coûts d'entretien et d'exploitation de cette infrastructure (subvention d'équilibre), dans la mesure où elles sont directement versées par une administration publique. Comme nous le verrons dans l'analyse du troisième grief, la République fédérale d'Allemagne a adopté un système de tarification basé sur le coût moyen, qui permet même à l'entreprise gestionnaire de l'infrastructure de générer des bénéfices, de telle sorte qu'elle ne devrait percevoir aucune autre subvention à ce titre. Par conséquent, il y a lieu de considérer que le grief de la Commission se limite aux fonds publics directement versés par l'État allemand (ou par toute entité qu'il comprend, au sens large).

30 — Agence fédérale des réseaux.

31 — Cour des comptes fédérale allemande. En vertu de l'article 91 de la Bundeshaushaltsordnung (règlement financier fédéral, dernière version publiée au BGBl. I, p. 2178 et suiv., ainsi que, plus particulièrement, p. 2182).

32 — Voir point 23 des présentes conclusions.

33 — Il cite l'arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116, point 55).

34 — Arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116, point 55.

91. En ce qui concerne les subventions croisées, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 exige que leur interdiction soit reflétée dans les comptabilités des deux domaines d'activité ferroviaire (la prestation du service de transport et la gestion de l'infrastructure). Si la Commission reproche à un État membre d'avoir enfreint cet article, elle doit fournir des éléments suffisants pour prouver que, de fait, les aides publiques versées à l'un de ces deux domaines ont été transférées à l'autre et que la tenue des comptes (dans l'un et l'autre domaine) n'a pas révélé cette anomalie.

92. Or, selon une jurisprudence constante, dans le cadre d'une procédure en manquement au titre de l'article 258 TFUE, il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué et elle doit donc apporter les éléments nécessaires pour vérifier l'existence du grief, sans pouvoir se fonder sur une présomption [35]. En outre, s'agissant d'un recours concernant la mise en œuvre d'une disposition nationale, la constatation d'un manquement nécessite la production d'éléments de preuve d'une nature particulière par rapport à ceux habituellement pris en compte dans le cadre d'un recours visant uniquement le contenu d'une disposition nationale. Dans ces conditions, le manquement ne peut être établi que grâce à une démonstration suffisamment documentée et circonstanciée de la pratique reprochée à l'administration nationale et imputable à l'État membre [36].

93. Les pièces fournies par la Commission à l'appui de sa thèse mettent en évidence l'évolution des profits et pertes des filiales chargées de l'infrastructure (annexe A.2 de la requête). Par ailleurs, la Commission a produit une copie d'un exemplaire du contrat de cession de bénéfices conclu entre DB et DB Netz (annexe A.1). Avec l'une et l'autre pièce, elle entendait montrer que, dans la mesure où les bénéfices étaient, selon elle, générés uniquement grâce à la comptabilisation des fonds publics dans le domaine de l'infrastructure, la convention de cession permettait leur transfert à la prestation déficitaire des services de transport (comme nous l'avons indiqué, l'obligation de compenser ces pertes est prévue dans la convention correspondante conclue avec les entreprises de transport) [37].

94. La Commission construit une argumentation non dépourvue de logique en vue d'étayer ses soupçons quant au fait que les bénéfices transférés par les filiales d'infrastructure à DB sont alimentés, en définitive, par les fonds publics alloués aux infrastructures, qui sont ensuite consacrés aux entreprises de transport. Toutefois, ce soupçon ne suffit pas à confirmer le manquement reproché lorsque, en réalité, aucun mouvement effectif des fonds publics d'un domaine à l'autre n'a été démontré au-delà de la supposition.

95. L'absence alléguée de garanties suffisantes pour éviter ce mouvement de fonds ne saurait non plus fonder un arrêt de condamnation. Dès lors qu'il est constant que le droit de la République fédérale d'Allemagne interdit ces transferts dans les mêmes termes que le fait la directive 91/440 et qu'il existe des organes de contrôle internes en mesure de les constater, le grief relatif à la méconnaissance de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive aurait exigé de démontrer que les transferts ont réellement été effectués et non simplement d'affirmer que des précautions suffisantes n'ont pas été prises pour les éviter.

96. On ne peut certes exiger de la Commission qu'elle fournisse une probatio diabolica, c'est-à-dire lui demander des pièces inexistantes ou qu'il est impossible de produire. Toutefois, d'une part, les comptes et les bilans des filiales et de la société mère sont audités et publiés. D'autre part, si, comme je l'ai proposé dans mon analyse du deuxième grief, les fonds publics visés par la Commission ne sont pas reflétés dans ces comptes ou ces bilans, le constat de cette défaillance suffit pour que la Commission voie sa demande satisfaite, c'est-à-dire obtienne la constatation du manquement comptable.

35 — Arrêt du 3 octobre 2013, Commission/Italie (C-369/11, EU:C:2013:636, point 68 et jurisprudence citée).

36 — Arrêt du 27 avril 2006, Commission/Allemagne (C-441/02, EU:C:2006:253, point 49 et jurisprudence citée).

37 — Les pièces et les annexes produites ne revêtent pas, à proprement parler, une nature comptable au sens de l'article 6. Elles n'indiquent ni par quels moyens ni à quels postes des comptes de ces entreprises l'obligation de refléter l'interdiction serait contournée.

97. En d'autres termes, si les données relatives aux fonds publics font défaut dans les comptes des entreprises ferroviaires et si cette omission rend précisément difficile la production de preuves permettant de vérifier le bien-fondé du premier grief, je pense qu'il est cohérent de le constater, plutôt que d'insister sur une accusation que la Commission n'est pas en mesure d'étayer par des preuves documentaires, bien qu'elle figure dans le petitum de la requête.

98. En définitive, l'argumentation relative à la distribution des bénéfices tirés, en tout ou partie, de fonds publics (dans la mesure où, certaines années, DB Netz n'aurait pu obtenir des recettes que grâce aux subventions) n'est qu'une supposition sans preuve concrète permettant d'accueillir cette partie du recours, ce qui aurait supposé d'établir de manière probante la réalité, matérielle et comptable, des transferts illicites. De surcroît, l'existence de la LuFV II [38] semble avoir clarifié, depuis l'année 2015, la destination des résultats nets des entreprises d'infrastructure, qui doivent être transférés à l'État fédéral pour être réinvestis dans le même domaine.

99. J'estime donc que la Commission n'a pas apporté de preuves suffisantes pour étayer le premier grief.

D – Sur le troisième grief, tiré de la violation de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14, en n'assurant pas que les redevances d'utilisation de l'infrastructure sont exclusivement employées pour financer les activités du gestionnaire de l'infrastructure

1. Allégations des parties

100. La Commission affirme que, en raison des conventions de cession de bénéfices conclues par DB avec ses filiales d'infrastructure ferroviaire, les redevances versées pour l'utilisation de ces infrastructures sont transférées à la société mère. Cette manière de procéder a, selon elle, pour conséquence que les redevances ne soient pas exclusivement dédiées aux activités des gestionnaires de l'infrastructure, contrairement à ce que prescrit l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14. Tel serait le cas si, en l'absence des recettes tirées des redevances, aucun bénéfice n'aurait été généré.

101. Le gouvernement allemand conteste cette thèse en soutenant que, d'un point de vue systématique, l'article 6, paragraphe 1, l'article 7, paragraphe 1, premier alinéa, et l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2001/14 tolèrent que le gestionnaire des infrastructures obtienne un certain taux de rentabilité, qui fait partie intégrante des redevances devant être perçues. De plus, aucune disposition ne régit l'utilisation des bénéfices obtenus par ce dernier, qui pourrait les céder à la société mère à son entière discrétion.

102. De ce fait, selon le gouvernement allemand, la directive 2001/14 ne s'oppose pas à la cession de bénéfices réalisés grâce à des redevances d'utilisation de l'infrastructure calculées sur la base d'un taux de rentabilité adéquat des fonds propres. L'article 14, paragraphe 4, première phrase, de l'AEG dispose que les redevances d'infrastructure doivent être calculées de manière à couvrir les coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure (à la lumière de la possibilité ouverte par l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2001/14) et un taux de rentabilité peut s'y ajouter, si le marché s'y prête. Le rendement ainsi réalisé n'entraîne, contrairement à la thèse défendue par la Commission, aucun déficit de financement de l'infrastructure.

38 — Voir, à nouveau, point 23 des présentes conclusions.

103. Enfin, ledit gouvernement soutient que son interprétation est corroborée par une proposition de modification récemment élaborée par la Commission dans le cadre du quatrième paquet ferroviaire (article 7 bis), aux termes de laquelle il ne serait pas exigé que les recettes tirées de l'utilisation de l'infrastructure soient nécessairement consacrées à l'exploitation ou à l'entretien des voies ferrées [39].

104. Dans le mémoire en réplique, la Commission signale que l'article 6 de la directive 2001/14 s'explique par le mode de calcul des redevances d'infrastructure, qui est normalement effectué en fonction des coûts directs (article 7, paragraphe 3) et par le déficit chronique auquel les entreprises gestionnaires sont exposées si les pouvoirs publics ne prennent pas en charge, ne serait-ce que partiellement, les coûts de l'infrastructure. Vu sous cet angle, l'article 6 oblige les États membres à assumer leur responsabilité financière envers les gestionnaires de l'infrastructure et à équilibrer leurs budgets.

105. La Commission cite, dans le mémoire en réplique, un avis du Bundesrat (Allemagne) [40] qui étayerait sa thèse et montrerait l'incidence négative des contrats de cession de bénéfices. Elle indique que l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2015, de la LuFV II était précisément destinée à satisfaire une « revendication politique » du Bundesrat, car elle prévoit que les bénéfices des gestionnaires des infrastructures sont directement cédés au Bund (État fédéral) pour qu'il les investisse dans celles-ci.

106. Dans le mémoire en duplique, le gouvernement allemand admet que les fonds que DB Netz cède à DB proviennent, en tout ou partie, des recettes générées par l'utilisation des « sillons », mais affirme que ces fonds perdent leur qualification en tant que redevances d'utilisation de l'infrastructure au plus tard au moment où ils sont correctement perçus par DB Netz en tant que contrepartie pour l'octroi de l'utilisation des sillons et où ils ont été affectés au financement des activités.

107. Le gouvernement italien n'a, quant à lui, formulé aucune observation au sujet du troisième grief, mais s'est contenté de souscrire à la position du gouvernement allemand.

2. Appréciation

108. Les parties à la présente procédure sont en désaccord sur l'interprétation de l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/14, conformément auquel les redevances d'utilisation de l'infrastructure sont versées au gestionnaire de celle-ci, qui « les affecte au financement de ses activités ». La Commission suggère une approche restrictive, proche du libellé de cette disposition, tandis que le gouvernement allemand pense qu'elle n'impose aucune obligation d'affecter les bénéfices tirés de la perception des redevances ; en outre, selon lui, dans la mesure où il implique un but lucratif, le terme « activités » ne limite pas l'utilisation pouvant être faite des redevances, qui peuvent être légitimement reversées à la société mère, puisqu'elles incluent un taux de rentabilité.

39 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen, 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 [COM(2013) 29 final, du 30 janvier 2013], p. 14.

40 — Document du Bundesrat (Bundesrats-Drucksache) nº 559/2/12, p. 25. Plus particulièrement, la Commission a reproduit ce passage du document : « [c]es dernières années, la DBAG a commencé à développer les domaines d'activité dans lesquels elle possédait un monopole naturel – voies de circulation, gares de voyageurs et énergie – pour en faire des piliers rentables générateurs de bénéfices. […] En vertu d'un contrat de cession de bénéfices qui lie la DBAG et ses filiales chargées de l'infrastructure, les bénéfices des entreprises d'infrastructure sont automatiquement transférés de facto à la société holding, où ils sont utilisés mondialement sans être liés à une finalité déterminée, par exemple, en vue d'acquérir des entreprises du secteur de la logistique […]. En fin de compte, il en résulte des prix excessifs pour l'utilisation des voies et des gares et le transit de l'énergie […] ».

109. Lorsqu'elle a interprété l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2001/14, la Cour a reconnu, sur le fondement de ses considérants 12 et 14, qu'il laissait une certaine marge de manœuvre aux gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire [41]. Ceux-ci doivent calculer le tarif de leurs redevances dans une fourchette, entre un minimum (qui correspond au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire) fixé à l'article 7, paragraphe 3, et un maximum (qui résulte des coûts totaux encourus par le gestionnaire de l'infrastructure) visé à l'article 8, paragraphe 1, de cette directive [42].

110. Entre ces deux pôles, la directive 2001/14 permet que la redevance varie, compte tenu de la rareté des capacités (article 7, paragraphe 4), du coût des effets sur l'environnement (article 7, paragraphe 5), des projets d'investissement spécifiques (article 8, paragraphe 2) ou des réductions prévues (article 9) [43].

111. Or, je ne crois pas que le libellé, l'économie, la finalité et les rapports systémiques de l'article 7, paragraphe 1, avec d'autres articles de la directive 2001/14 soient ouverts à une interprétation aussi favorable au gestionnaire de l'infrastructure que celle proposée par le gouvernement allemand.

112. S'agissant de son contenu, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2001/14 mentionne certes « les excédents dégagés d'autres activités commerciales », mais il n'en demeure pas moins que le terme « activités » employé à l'article 7, paragraphe 1, se réfère à la tâche qui caractérise le gestionnaire de l'infrastructure, c'est-à-dire celle qui le fonde à exiger et à percevoir la redevance d'utilisation des voies ferrées et des autres éléments intimement liés à celles-ci.

113. En ce qui concerne son économie, il convient de relever que, contrairement aux méthodes de tarification de la redevance (pour lesquelles la directive 2001/14 offre certaines options), le libellé de l'article 7, paragraphe 1, est impératif pour ce qui est de l'utilisation des redevances perçues : l'obligation de consacrer leur montant au financement de l'infrastructure ne connaît aucune nuance ou exception [44]. Cet état des choses est logique, car la directive part du principe que la redevance couvre uniquement le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, c'est-à-dire le coût marginal à court terme [45] (article 7, paragraphe 3, lu à la lumière du considérant 39), ainsi que d'autres coûts qu'il convient d'imputer directement, au moins en partie, à l'exploitation du service ferroviaire, tels que la signalisation, la gestion du trafic ou la maintenance [46].

114. Étant donné que l'utilisateur qui paie la redevance couvre le coût marginal résultant de sa propre utilisation de l'infrastructure, les entreprises gestionnaires du réseau de voies ferrées sont vouées à subir un déficit structurel d'exploitation [47]. De ce fait, lorsque l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2001/14 admet le principe de tarification fondé sur le coût marginal, il tient pour acquis un financement public (la subvention d'équilibre) que les comptes du gestionnaire de l'infrastructure doivent refléter.

41 — Arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116, point 82).

42 — Arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116, point 85).

43 — Arrêt du 28 février 2013, Commission/Allemagne (C-556/10, EU:C:2013:116 point 86).

44 — Contrairement aux majorations et aux redevances basées sur des coûts spécifiques prévues à l'article 8, paragraphes 1 et 2.

45 — Cette thèse a été défendue par la Commission au point 63 de l'arrêt du 30 mai 2013, Commission/Pologne (C-512/10, EU:C:2013:338) et trouve un certain appui dans la doctrine : voir Amaral, M., et Danielowitzova, N., « (Co)régulation économique des industries de réseau : le cas de la tarification de l'infrastructure ferroviaire en Europe », dans *L'Espace ferroviaire unique européen – Quelle(s) réalité(s)* ?, sous la direction de Rapoport, C., Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 245.

46 — Arrêt du 30 mai 2013, Commission/Pologne (C-512/10, EU:C:2013:338, point 81).

47 — Amaral, M., et Danielowitzova, N., op. cit., p. 249.

115. Dans ce contexte, l'affectation des recettes générées par la redevance au financement des activités du gestionnaire de l'infrastructure vise à garantir non seulement que ces redevances soient perçues, mais également qu'elles soient précisément dédiées à ces activités. Ce faisant, l'objectif était d'obtenir un effet de levier, c'est-à-dire d'inciter le gestionnaire à accroître le trafic en volume et à utiliser au mieux le réseau [48], peut-être dans le but, à long terme, d'équilibrer les comptes sans aide publique [49].

116. Rien dans la directive 2001/14 ne permet d'autoriser un système de tarification qui exonère le gestionnaire de l'obligation prévue à l'article 7, paragraphe 1, de celle-ci, c'est-à-dire d'affecter les recettes résultant de la perception des redevances au financement de ses activités. Dès lors que le législateur n'a aucunement modulé l'obligation de consacrer à l'infrastructure les recettes tirées des redevances d'utilisation de celle-ci, cette obligation doit être respectée. Dans l'hypothèse où la méthode de tarification adoptée par un État membre est si rentable qu'elle génère des bénéfices, ceux-ci n'en font pas moins partie des recettes perçues au titre des redevances, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent.

117. En réalité, la Commission reproche au gouvernement allemand non pas le transfert des bénéfices tirés des redevances à la société mère, mais l'absence de garantie de leur réaffectation au financement des activités des gestionnaires de l'infrastructure. À cet égard, les allégations du gouvernement allemand concernant la licéité de la cession, de manière générale, de bénéfices à DB ne permettent pas de clore le débat, car, j'insiste, le manquement visé par ce grief ne concerne pas la cession en tant que telle.

118. Ces prémisses étant posées, la demande de condamnation formulée par la Commission dans le cadre de ce grief n'est, à l'instar de la première, pas étayée par des éléments suffisamment probants. Elle repose, une nouvelle fois, sur un ensemble de circonstances ou d'antécédents qui rendent probable (mais ne démontrent pas rigoureusement) la conclusion souhaitée, c'est-à-dire sur une autre supposition.

119. La Commission a présenté, à titre de preuve, le document du Bundesrat susmentionné [50]. Il s'agit d'observations, ou d'une prise de position officielle, de la chambre haute du Parlement allemand au sujet du projet de loi de réforme de la réglementation dans le domaine ferroviaire [51]. Il convient de signaler que, depuis le 1er janvier 1996, les transports locaux de passagers relèvent de la compétence des Länder [52], qui ont un intérêt logique, en tant que clients, qu'investisseurs et, dans chaque région, en tant qu'autorité chargée d'assurer la fourniture de ce service, dans la destination des sommes générées par les filiales de DB consacrées à l'infrastructure.

120. Sans remettre en cause la valeur de ce document (en dépit de la nature politique à laquelle le gouvernement allemand fait allusion), il ne permet pas de conclure avec la certitude requise que les bénéfices transférés par les gestionnaires de l'infrastructure à la société mère n'ont pas été affectés auxdites infrastructures au cours de la période visée par le recours en manquement. Certes, dans ses observations sur l'article 25, paragraphe 3, du projet de loi de réforme, le Bundesrat indique

48 — Document COM(1998) 480 final, p. 76.

49 — L'article 6, paragraphe 2, de la directive 2001/14 semble inviter les États membres à tendre vers ce but.

50 — Voir point 105 des présentes conclusions.

51 — Stellungnahme des Bundesrates, du 23 novembre 2012, sur le « Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich ».

52 — Il leur appartient, en vertu de l'article 106a, première phrase, de la loi fondamentale, de les financer avec l'aide du Bund (État fédéral) et leur contribution représente 60 % du coût de ce segment du transport de passagers. Voir Gersdorf, H., « Finanzierung und Regulierung der Eisenbahninfrastruktur – zwei Seiten einer Medaille », dans *Eisenbahn zwischen Markt und Staat in Vergangenheit und Gegenwart*, Miram, F., et Schmoeckel, M. (éditeurs), Mor Siebeck, Tübingen, 2015, p. 110.

clairement exiger que les bénéfices réalisés dans le domaine des infrastructures leur soient « exclusivement » dédiés [53], mais il serait hasardeux de déduire de ces observations, pro futuro, une base solide permettant de prononcer catégoriquement la condamnation pour des faits passés demandée par la Commission [54].

121. Comme je l'ai indiqué au sujet du premier grief, si les comptes des entreprises ferroviaires ne permettent pas de distinguer clairement les différents postes (il s'agissait alors de fonds publics et, dans ce grief, de redevances) de telle sorte que la traçabilité des uns et des autres ainsi que de leurs destinations respectives soit pleinement assurée, la demande analysée peut difficilement être accueillie.

122. Il y a donc lieu de considérer que le troisième grief n'a pas été prouvé.

E – Sur le quatrième grief, tiré de la violation de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440 et des dispositions combinées de l'article 6, paragraphe 1, et du point 5 de l'annexe du règlement nº 1370/2007, en n'assurant pas que les fonds publics versés pour la fourniture de services publics de transport de voyageurs figurent séparément dans les comptes correspondants

1. Allégations des parties

123. La Commission reproche à la République fédérale d'Allemagne le fait que les fonds publics octroyés pour les activités de DB Regio (transport au titre des missions de service public) n'apparaissent pas séparément dans les comptes de cette société, contrairement à ce que prescrivent l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440 et l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 1370/2007, lu conjointement avec le point 5, dernier tiret, de son annexe.

124. Selon la Commission, les compensations de service public et les recettes générées par les ventes de billets sont uniquement indiquées sous la forme de montants globaux ou cumulés pour tous les services fournis et il est donc impossible de vérifier si, dans chaque cas, les compensations accordées sont excessives afin de déceler d'éventuelles subventions croisées.

125. La Commission fait valoir que les entreprises telles que DB Regio ne sauraient se prévaloir de l'exclusion du champ d'application de la directive 91/440 prévue à son article 2, paragraphe 2. Elle affirme que cette directive est applicable aux entreprises pouvant bénéficier de compensations par l'intermédiaire de la société mère, car, autrement, elles pourraient aisément contourner les dispositions pertinentes.

126. Pour le gouvernement allemand, le quatrième grief découle, en réalité, du nouveau libellé que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2012/34 a donné à l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440, dont il a modifié le champ d'application à l'égard des entreprises de transport régional en écartant de ces dernières celles qui fournissent des services sur des réseaux autonomes [55]. Ce nouveau libellé ne serait pas applicable, ratione temporis, au cas d'espèce.

53 — Voir Stellungnahme des Bundesrates, p. 27, cité à la note 51 des présentes conclusions.

54 — Je rappellerai, encore une fois, que, dans le cadre contractuel établi entre DG et l'État fédéral, qui figure dans la LuFV II de 2015, le transfert à l'État des bénéfices obtenus au titre des redevances d'utilisation des voies ferrées requiert que ceux-ci soient intégralement affectés au financement de l'infrastructure. Le principal objectif du recours en manquement (en définitive, faire en sorte que les autorités allemandes se conforment à la thèse de la Commission sur ce point) semble avoir été atteint.

55 — Il signale les modifications suivantes, qu'il considère comme étant les plus importantes : a) le renvoi à l'article 7 du règlement nº 1370/2007, qui ne figurait pas dans la version précédente ; b) la limitation de la référence aux fonds publics aux services de transport de voyageurs au titre des missions de service public, alors que cette référence était auparavant plus large et visait tous les services de transport, et c) l'exclusion du champ d'application du chapitre II de la directive 91/440 des entreprises ferroviaires « qui n'exploitent que des services […] régionaux sur des réseaux locaux ou régionaux autonomes destinés à des services de transport empruntant une infrastructure ferroviaire ou sur des réseaux destinés uniquement à l'exploitation de services ferroviaires urbains ou suburbains ».

127. Pour ce qui est de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440, la République fédérale d'Allemagne soutient que, en sa qualité d'opérateur de services de transport régional, DB Regio ne relevait pas du champ d'application de cette disposition, conformément à l'article 2, paragraphe 2. Il oppose à l'exégèse proposée par la Commission la définition que l'article 3 de la directive 91/440 donne aux termes « services régionaux », qui englobent « les services de transport destinés à répondre aux besoins de transports d'une région ». À cet égard, il affirme que la définition finalement adoptée dans cette directive (dans sa version de 1991) tenait compte des modifications apportées par le Parlement européen, qui ont élargi celle que la Commission avait proposée, laquelle était plus restrictive et renvoyait à celle contenue dans le règlement nº 1191/69[56], renvoi que le Parlement a également supprimé.

128. En ce qui concerne la violation de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 1370/2007, le gouvernement allemand interprète le point 5 de l'annexe (visée par cet article) en ce sens qu'il exige la présentation séparée des contrats dans les comptes dans le seul cas où un opérateur exerce à la fois des activités compensées au titre du régime des obligations de service public et d'autres activités. Tel ne serait pas le cas de DB Regio, qui fournit uniquement des services de transport au titre des missions de service public.

129. La Commission réplique, sur le fond, que le grief vise uniquement les dispositions matérielles qui figuraient déjà à l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440, tout en tenant compte du libellé de son article 2, paragraphe 2, en vertu duquel DB Regio doit être considérée non pas isolément, mais dans le cadre de son lien avec le groupe DB, de telle sorte qu'elle ne saurait invoquer l'article 2, paragraphe 2, de cette directive.

130. S'agissant de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 1370/2007, bien que la Commission reconnaisse que le point 5 de l'annexe ne mentionne pas explicitement une ventilation par contrats individualisés dans les comptes, elle est d'avis que cette obligation résulte de l'ensemble de la réglementation ainsi que de son objectif et, plus particulièrement, des dispositions combinées des points 2 et 5 de l'annexe (le premier pose une limite aux compensations et le second impose certaines exigences comptables).

131. Dans le mémoire en duplique, le gouvernement allemand réitère que la directive 2012/34 a substantiellement modifié le champ d'application à l'égard des entreprises de transport régional, nouveau régime qui n'est exigible des États membres qu'à partir du 17 juin 2015. En ce qui concerne la prétendue violation de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 1370/2007, il soutient que l'objectif du point 5 de l'annexe est d'éviter des subventions croisées non pas entre les différents contrats de service public, mais entre les contrats pour lesquels une compensation est versée et ceux ne donnant pas lieu à un tel versement.

132. Le gouvernement italien souscrit aux raisonnements du gouvernement allemand : aucune des dispositions en cause n'exige de publier séparément chaque contrat relatif à la fourniture de services de transport au titre des missions de service public. Selon lui, les travaux préparatoires de la directive montrent que le législateur de l'Union a rejeté la proposition initiale de la Commission, qui prévoyait une publication ventilée pour chaque contrat de service public, le Conseil ayant préféré introduire un renvoi général à l'article 7 du règlement nº 1370/2007.

133. La Commission conteste cette thèse qui repose, selon elle, sur le postulat erroné que le renvoi de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2012/34 à l'article 7, paragraphe 1, du règlement nº 1370/2007 a atténué les obligations découlant de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440.

56 — Règlement du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO 1969, L 156, p. 1).

2. Appréciation

a) Observations liminaires : objet du grief et champ d'application de la directive 91/440

134. Bien que, au point 76 de la requête introductive d'instance, la Commission semble également envisager le quatrième grief sous l'angle de la convention de cession de bénéfices, le fait est qu'elle ne développe cette argumentation ni dans les points suivants ni dans le mémoire en réplique. Les critiques qu'elle formule sont basées sur les obligations de service public et sur les recettes générées par les ventes de billets, dont la présentation globale dans les comptes ne permettrait pas de vérifier si, dans chaque cas, la compensation accordée est excessive. Il y a donc lieu d'encadrer le grief dans ces limites, sans pour autant le déclarer irrecevable, comme le demande le gouvernement allemand.

135. S'agissant des règles applicables pour statuer sur ce manquement précis, les allégations des gouvernements allemand et italien ne soulignent pas suffisamment le fait que le grief est circonscrit aux dispositions qui étaient en vigueur lorsqu'il a été soulevé, c'est-à-dire à celles de la directive 91/440 (et, en ce qui concerne plus particulièrement ce grief, à son article 9, paragraphe 4).

136. Le débat étant ainsi délimité, il convient d'analyser l'objection soulevée par le gouvernement allemand selon laquelle DB Regio se consacre exclusivement au transport régional et n'est donc pas liée par la directive 91/440 (article 2, paragraphe 2).

137. À mon sens, la modification de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 91/440 ne préjuge pas du point de savoir si DB Regio relève ou non du champ d'application de cette directive. Le libellé de cette disposition doit être lu en parallèle avec la définition des termes « services régionaux » donnée à l'article 3, dernier tiret, de la même directive, qui les associe aux services de transport destinés à répondre aux besoins d'une région [57]. Il ressort de ces deux dispositions que seules les entreprises ferroviaires dont les activités se limitent à couvrir les services d'une région se soustraient aux obligations de la directive.

138. Or, DB Regio ne saurait se prévaloir de cette dérogation. Selon le rapport annuel de l'année 2013 qu'elle a elle-même publié [58], DB Regio est une filiale dont le capital social est entièrement détenu par DB et qui appartient au secteur d'activité (*Geschäftsfeld*) de la société mère, dénommée « DB Bahn Regio ». Il est également indiqué que « le secteur d'activités de DB Bahn Regio concentre toutes les activités liées au trafic régional (ferroviaire et par autobus) du groupe DB en Allemagne, ainsi que celles liées au trafic entre l'Allemagne et les pays voisins» [59]. Le rapport ajoute que « *la centrale de DB Regio est responsable du développement des activités, exécute des tâches transversales et met des services à la disposition des unités régionales* ».

139. Dans ce contexte, DB Regio n'est qu'une partie d'un consortium, qui exerce des fonctions et des activités hautement spécialisées et dont les services de transport régional, bien qu'elle les fournisse en tant que société par actions juridiquement indépendante, ne sont pas limités à une région, mais s'étendent à plusieurs Länder. Qui plus est, tous les éléments de la gestion de ces services ne sont pas à la charge de la filiale, puisqu'une partie est assurée par sa société mère (DB ML), voire par la société holding DB [60].

57 — Voir points 7 et 8 des présentes conclusions.

58 — Pièce fournie par la Commission comme annexe C.7 de son mémoire en réplique, p. 6.

59 — Idem.

60 — L'argument « historique » selon lequel le législateur a maintenu l'exclusion des services régionaux du champ d'application de la directive 91/440 tout en sachant que la majorité de ces services était fournie par des entreprises ferroviaires verticalement intégrées ne me paraît pas non plus convaincant. Étant donné que les sociétés qui limitaient ce type de services à une région étaient peu nombreuses, il conviendrait, au contraire, de conclure que seules ces sociétés étaient exclues, tandis que les services régionaux fournis par des groupes verticalement intégrés étaient couverts par cette directive.

140. Par conséquent, la dérogation prévue à l'article 2, paragraphe 2, de la directive 91/440 ne saurait être invoquée en faveur de DB Regio.

b) Sur le fond du grief

141. La thèse de la Commission pourrait prospérer si l'obligation de présenter séparément chaque contrat de service public dans les comptes correspondants figurait expressément aux articles prétendument enfreints. Comme je l'indiquerai ci-après, je ne pense pas que ce soit le cas.

i) Interprétation de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440

142. Pour résoudre cette question, il est utile de se référer au processus législatif[61] et d'examiner non seulement l'article 9, mais également l'article 6, car l'insertion (par la directive 2001/12) du paragraphe 4 dans l'article 9 était illogique, d'un point de vue systématique, raison pour laquelle la réforme de 2012 l'a transplanté à l'article 6, dont il constitue désormais le paragraphe 3.

143. En effet, la version initiale de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440 préconisait la séparation comptable entre les activités liées à l'exploitation de services de transport (de marchandises et de voyageurs) et celles afférentes à la gestion de l'infrastructure. Aux termes du quatrième considérant de cette directive, la gestion de chacune de ces activités (services et infrastructures) devrait être assurée séparément, avec « des comptes distincts ». Il est à noter que cette première version distinguait uniquement la fourniture des services de transport de la gestion des infrastructures, catégories dont la séparation administrative et comptable était proposée.

144. La directive 2001/12 a fait un pas de plus vers la dissociation en prescrivant également de scinder les comptes des services de transport de voyageurs, d'une part, et du fret, d'autre part. C'est ce qu'indique son considérant 9. Toutefois, cette directive a uniquement modifié l'article 6 en ce qu'elle a introduit l'exigence de tenir et de publier des comptes de profits et pertes et des bilans pour les deux blocs identifiés au point précédent (à savoir, encore une fois, la fourniture de services de transport et la gestion de l'infrastructure).

145. Il découle des explications qui précèdent que la séparation des comptabilités se rapportait toujours à des blocs d'activités, et ce n'est que progressivement que la distinction entre la gestion de l'infrastructure, le transport de voyageurs et le fret a été établie. L'idée de « séparation » (ou de comptes « séparés ») a été associée à chaque type d'activité ainsi qu'aux fonds publics, et non à chaque contrat de service public.

146. Contrairement à ce que la Commission affirme, les dispositions qu'elle cite ne font ni explicitement ni implicitement référence aux contrats de service public, qui ne sont pas non plus mentionnés dans les considérants qui donnent des éléments d'interprétation à leur égard. Dans ces conditions, il est difficile de percevoir quelle finalité de la législation dans son ensemble la Commission invoque à l'appui de sa thèse. En outre, dans les travaux préparatoires de la directive 2001/12, la Commission a expliqué que les finances du transport de voyageurs et du fret devaient être organisées de manière transparente, raison pour laquelle elle proposait de modifier la directive 91/440 en ce sens que chacune de ces activités ferait l'objet d'une comptabilité séparée[62], mais n'a évoqué ni les contrats de service public ni la nécessité de les présenter de manière individualisée dans les comptes des entreprises ferroviaires.

61 — La Cour a validé le recours à la genèse des dispositions du droit de l'Union en tant que critère d'interprétation. Voir, notamment, arrêt du 11 septembre 2014, Commission/Allemagne (C-525/12, EU:C:2014:2202, point 43 et jurisprudence citée).

62 — Document COM(1998) 480 final (fourni par la Commission comme annexe C.2 de son mémoire en réplique), point 4, p. 9.

147. Par conséquent, je ne pense pas que l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440 puisse être invoqué pour exiger la présentation individualisée des contrats de service public dans les comptes de DB Regio.

ii) Sur l'article 6, paragraphe 1, lu en combinaison avec le point 5 de l'annexe du règlement nº 1370/2007

148. J'ai déjà résumé les positions des parties concernant cette disposition : la Commission se fonde sur son effet utile et met l'accent sur le point 5 de l'annexe [63], tandis que le gouvernement allemand fait valoir qu'elle n'oblige pas à procéder à la ventilation préconisée par la Commission.

149. Dans les travaux préparatoires qui ont donné lieu à l'adoption du règlement nº 1370/2007, la Commission a expliqué l'article 6, paragraphe 1, en indiquant qu'il renvoyait à l'annexe pour ce qui concernait les conditions et les modalités de calcul des compensations en cas d'attribution directe [64]. Concernant l'annexe, elle a précisé de manière succincte, mais non moins significative, qu'elle « simplifi[ait] l'ancienne annexe et se limit[ait] au *strict nécessaire pour définir les règles applicables en l'absence d'appel d'offres*» [65].

150. Or, il ne ressort pas de ces règles que la séparation concerne chaque contrat et que ceux-ci doivent être ventilés dans les comptes de l'entreprise chargée de fournir les services publics. Qui plus est, les trois tirets du point 5 de l'annexe suivent une approche presque identique à celle de l'article 9, paragraphe 4, de la directive 91/440, c'est-à-dire la séparation des comptes par blocs d'activités. L'annexe diffère de cette disposition en ce qu'elle distingue les activités de services compensés, soumis à des obligations de service public, d'autres activités (uniquement, d'ailleurs, à l'égard des attributions directes).

151. Aux termes du considérant 25 du règlement nº 1370/2007, son objectif est d'instaurer un cadre légal en matière d'octroi de compensation pour les contrats de service public, en adoptant, dans l'annexe, un système de calcul permettant aux autorités publiques et aux entreprises prestataires de services au titre de missions de service public de prouver plus facilement que toute surcompensation a été évitée (considérant 28).

152. Le considérant 30 signale que les contrats de service public attribués directement devraient faire l'objet d'une plus grande transparence. Néanmoins, mise à part la séparation comptable susmentionnée, aucune autre règle relative à la compensation ne part de ce postulat. En réalité, la plupart des allusions à la transparence figurent dans les règles en matière d'adjudication et, plus particulièrement, d'appels d'offre [66].

153. En tout état de cause, bien que les appels à une « plus grande transparence » et à « [éviter] toute surcompensation » fassent écho au ton généralement employé dans la législation adoptée dans ce domaine (et informent donc sur la manière d'interpréter l'annexe), ils ne sauraient avoir pour conséquence de modifier son contenu en exigeant des précisions comptables qui ne sont indiquées ni explicitement ni implicitement. De lege ferenda, une ventilation par contrats séparés telle que suggérée par la Commission pourrait être souhaitable, mais, encore une fois, je ne trouve, dans l'annexe, aucune base permettant de déduire une telle obligation.

63 — Selon son exégèse, la comparaison des « coûts du service public » avec les « recettes d'exploitation » et les « versements des autorités publiques » va dans le sens de la ventilation de chaque contrat dans la comptabilité de DB Regio.

64 — Proposition révisée de règlement du Conseil et du Parlement européen relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer, par route, du 20 juillet 2005 [COM(2005) 319 final], p. 14.

65 — Ibidem, p. 15. Mise en italique par nos soins.

66 — Voir article 4, paragraphe 1, sous b), article 4, paragraphe 3, et article 5, paragraphe 3, du règlement nº 1370/2007.

154. En somme, sans qu'il soit nécessaire de débattre sur les autres arguments avancés par les parties, les dispositions combinées de l'article 6 et du point 5 de l'annexe du règlement nº 1370/2007 ne sauraient être invoquées pour exiger la présentation ventilée des contrats de service public dans les comptes de DB Regio.

155. Il y a lieu, dès lors, de considérer que le quatrième grief est infondé.

VII – Sur les dépens

156. En vertu de l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Dès lors que tous les chefs de conclusions de la requérante n'ont pas été accueillis, étant donné que la République fédérale d'Allemagne a conclu à la condamnation de la Commission aux dépens, il y a lieu, à mon sens, que chacune des parties au présent litige supporte ses propres dépens.

VIII – Conclusion

157. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer en ce sens :

1) La République fédérale d'Allemagne a méconnu les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires en n'assurant pas que les modalités de tenue des comptes permettent le suivi de l'interdiction de transférer des fonds publics alloués aux fins d'exploitation de l'infrastructure ferroviaire vers des services de transport.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) La République fédérale d'Allemagne, la République italienne et la Commission européenne supportent leurs propres dépens.