



Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de  
l'Aéroport de Bruxelles-National

**Décision n° D-2018-10-C relative au contrat de réservation des capacités**



## Table des matières

1. Objet .....	4
2. Base légale .....	4
3. Faits et rétroactes .....	5
4. Griefs .....	7
5. Position d’Infrabel .....	8
6. Analyse .....	9
6.1. Compétence du Service de Régulation .....	9
6.2. La possibilité pour Infrabel d’imposer aux candidats non-entreprise ferroviaire la conclusion d’un contrat de réservation des capacités .....	10
6.2.1. Le droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités .....	10
6.2.2. Le droit du gestionnaire de l’infrastructure d’imposer aux candidats certaines règles pour la réservation de capacités .....	12
6.3. La conformité au Code ferroviaire des exigences imposées par Infrabel dans le contrat de réservation des capacités .....	15
6.3.1. Quant au moment de la conclusion du contrat .....	15
6.3.2. Quant à la primauté du contrat sur le DRR .....	17
6.3.3. Quant à la désignation d’une seule entreprise ferroviaire .....	17
6.3.4. Quant à la possibilité de changer d’entreprise ferroviaire désignée .....	19
6.3.5. Quant à l’obligation de surveillance de l’entreprise ferroviaire désignée .....	22
6.3.6. Quant aux communications entre le candidat et Infrabel .....	23
6.3.7. Quant au défaut de désignation de l’entreprise ferroviaire .....	25
6.3.8. Quant à l’obligation d’être couvert par une assurance .....	26
6.3.8.a. Portée de l’obligation .....	26
6.3.8.b. Imposition d’une double assurance .....	26
6.3.8.c. Couverture de l’obligation de paiement des redevances .....	28
6.3.8.d. Absence d’identification des risques à couvrir .....	29
6.3.8.e. Absence d’un montant minimal de couverture .....	30
6.3.9. Quant à la possibilité de résilier le contrat en cas d’inutilisation des capacités .....	30
7. Remarques complémentaires .....	32
8. Décision .....	33
9. Possibilité de recours .....	34

## 1. Objet

1. Tout candidat qui n'est pas une entreprise ferroviaire (ci-après un « candidat non-entreprise ferroviaire ») a, en vertu des articles 27/1 et 32 de la loi du 30 août 2013 portant le Code ferroviaire (ci-après « le Code ferroviaire »), le droit de demander des capacités.
2. Ce droit de demander des capacités ne fait pas obstacle à ce que certaines règles soient fixées relativement au processus de réservation des capacités et ce, dans l'intérêt tant du gestionnaire de l'infrastructure que du candidat non-entreprise ferroviaire.
3. Ces règles ne peuvent cependant pas imposer des contraintes excessives aux candidats non-entreprise ferroviaire, sous peine de porter atteinte à leur droit de demander des capacités.
4. A l'annexe B.9 du document de référence du réseau d'Infrabel (ci-après le « DRR »), figure un « *Contrat de réservation des capacités entre le candidat non entreprise ferroviaire et Infrabel* » (ci-après le « contrat de réservation des capacités » ou « le contrat »), que tout candidat non-entreprise ferroviaire doit, aux termes de l'article 2.2.1.2 du DRR, conclure avec Infrabel avant de pouvoir introduire auprès de celle-ci une demande de capacités.
5. La présente décision contrôle la conformité de ce contrat de réservation des capacités (dans sa version du 9 décembre 2016) au Code ferroviaire, et en particulier aux articles 27/1 et 32 de celui-ci.

## 2. Base légale

6. La présente décision est rendue en application de l'article 63, § 3, du Code ferroviaire, qui prévoit que :

*« En exécution de ses missions de contrôle et de recours administratif, l'organe de contrôle prend toute mesure nécessaire, y compris des mesures conservatoires et des amendes administratives, pour mettre fin aux infractions relatives au document de référence du réseau, à la répartition des capacités, à la tarification de l'infrastructure et aux dispositions en matière d'accès, conformément aux articles 64 et 65, et notamment en matière d'accès aux installations de service conformément à l'article 9 ».*

7. En vertu de l'article 62, § 3, du Code ferroviaire :

*« Au titre de ses missions de contrôle, l'organe de contrôle :*

*1° contrôle la conformité du document de référence du réseau, dans ses versions provisoires et définitives, au présent Code ferroviaire et à ses arrêtés d'exécution*

*[...] ».*

En vertu de l'article 2bis de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, fixant sa

composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres, l'organe de contrôle visé dans le Code ferroviaire est le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de l'Aéroport de Bruxelles-National (ci-après le « Service de Régulation »).

### 3. Faits et rétroactes

8. Le 24 octobre 2014, le Service de Régulation a rendu un avis n° A-2014-06-S concernant la conformité, au Code ferroviaire, du projet de document de référence du réseau pour la période du 13 décembre 2015 au 10 décembre 2016 (version du 26 septembre 2014). Dans la section 3.1.3 de cet avis, le Service de Régulation a relevé, dans le contrat de réservation des capacités figurant à l'annexe B.9 au DRR, quatre potentiels problèmes de conformité au Code ferroviaire.
9. Par courrier du 21 janvier 2015, Infrabel a fourni sa réponse aux quatre points soulevés dans l'avis.
10. Le Service de Régulation n'a pas estimé les réponses d'Infrabel relatives au contrat de réservation des capacités suffisantes et a par conséquent, sur la base de l'article 62, § 3, 1°, du Code ferroviaire, entamé une mission de contrôle à ce sujet. Le Service de Régulation en a averti Infrabel par courrier du 23 février 2015 et a demandé des informations complémentaires.
11. Par courrier du 29 mars 2015, Infrabel a indiqué qu'elle s'interrogeait sur la compétence du Service de Régulation pour entamer une mission de contrôle relative au contrat de réservation des capacités, dès lors que l'article 62, § 3, du Code ferroviaire n'investit le Service de Régulation d'une mission de contrôle que dans une série de cas limitativement énumérés. Elle a également fait valoir certains arguments en réponse aux problèmes soulevés par le Service de Régulation.
12. Une réunion a eu lieu entre Infrabel et le Service de Régulation le 10 juin 2015, lors de laquelle Infrabel a indiqué qu'elle allait procéder à certaines modifications allant dans le sens des remarques formulées par le Service de Régulation.
13. Lors d'une réunion du 9 mars 2016, Infrabel a présenté les points qui allaient être modifiés dans le contrat et a indiqué que cette nouvelle version du contrat devait encore être approuvée par son directeur général en mai. Cette nouvelle version du contrat a ensuite été publiée dans le DRR en octobre 2016.
14. Le Service de Régulation a pris note de ces modifications mais s'est également interrogé sur la conformité au Code ferroviaire de certains autres points du contrat et a, par courrier du 8 février 2017, posé 5 questions à Infrabel.
15. Infrabel a répondu à ces questions par un courrier daté du 6 mars 2017.

16. Le 10 mai 2017, une réunion s'est tenue entre le Service de Régulation et Infrabel, lors de laquelle les réponses d'Infrabel à certaines questions posées ont été discutées.
17. Le 9 juin 2017, comme convenu lors de la réunion du 10 mai 2017, Infrabel a envoyé au Service de Régulation 3 schémas représentant les communications échangées à l'occasion de la réservation de capacités.
18. Le 27 juillet 2017, le Service de Régulation a interrogé Infrabel quant au Règlement d'exécution (UE) 2015/10 du 6 janvier 2015.
19. Le 17 août 2017, Infrabel a répondu au Service de Régulation et lui a envoyé une nouvelle version modifiée du contrat de réservation des capacités, indiquant qu'elle proposait de l'intégrer au projet de DRR 2019 (ci-après la « nouvelle version » du contrat).
20. Le 1<sup>er</sup> septembre 2017, le Service de Régulation a pris contact avec le Service de Sécurité et d'Interopérabilité des Chemins de Fer (ci-après le « SSICF ») afin de lui demander une recommandation au sens de l'article 66/1 du Code ferroviaire sur la question de savoir si les candidats non-entreprise ferroviaire posent un risque opérationnel et, dans l'affirmative, lequel.
21. Une réunion a eu lieu entre le Service de Régulation et le SSICF le 2 octobre 2017. Le même jour, le Service de Régulation a envoyé au SSICF un courrier confirmant les quatre questions auxquelles il souhaitait obtenir la réponse du SSICF. Ces questions étaient les suivantes :

*« - Le SSICF considère-t-il que le candidat non-entreprise ferroviaire pose un risque opérationnel dans le transport ferroviaire ?*

*- Le SSICF considère-t-il que le candidat non-entreprise ferroviaire peut assumer une responsabilité dans le domaine de la sécurité ferroviaire ?*

*- Le candidat non-entreprise ferroviaire a-t-il un rôle formel à jouer dans les systèmes de sécurité des entreprises ferroviaires et du gestionnaire de l'infrastructure ?*

*- D'après le SSICF, est-il acceptable que le candidat non-entreprise ferroviaire soit responsable de la communication, à l'entreprise ferroviaire désignée, de certaines informations d'ordre opérationnel ? ».*

22. Le 12 octobre 2017, le SSICF a fait parvenir ses réponses aux quatre questions du Service de Régulation par un courrier envoyé à celui-ci (ci-après « l'avis du SSICF »). Ces réponses sont ainsi formulées :

*« Pour les deux premières questions notre réponse est non par rapport au rôle du candidat non-entreprise ferroviaire en tant qu'entité indépendante. Cependant sans exemple concret, il est difficile pour nous d'identifier les éléments « sécurité » qui pourraient éventuellement et de manière hypothétique faire l'objet d'une prise en charge par le candidat. Mais même si ce cas devait se présenter, le candidat non-entreprise ferroviaire ne pourrait le faire qu'en tant qu'auxiliaire d'une entreprise ferroviaire qui en assumerait*

*alors la responsabilité et devrait en gérer le risque. Le candidat ne bénéficie d'aucun système de reconnaissance ou d'accréditation en matière de sécurité qui permettrait à une EF de se décharger vers lui d'une part de sa responsabilité en la matière.*

*En ce qui concerne les deux dernières questions, il est clair que le candidat non-entreprise ferroviaire est amené à fournir des informations qui devront être prises en compte par les systèmes de sécurité des entreprises ferroviaires. Ces informations peuvent être en relation avec la sécurité sans pour autant constituer un risque au niveau opérationnel. Pour illustrer cette position, nous prendrons l'exemple suivant :*

- 1. Un candidat doit acheminer un transport et il informe l'entreprise ferroviaire désigné[e] du type de wagons qui sera utilisé pour réaliser ce transport ;*
- 2. Le type de wagons n'est pas autorisé sur l'itinéraire à parcourir ;*
- 3. La vérification de l'adéquation entre le matériel et l'infrastructure est de la responsabilité de l'entreprise ferroviaire, qui dans ce cas ne peut autoriser le transport. Le risque opérationnel est donc bien géré par le système de gestion de la sécurité de l'entreprise ferroviaire ;*
- 4. La conséquence est que le transport ne sera pas acheminé, mais il s'agit là d'un risque commercial.*

*L'interface sécurité avec Infrabel est dans les cas évoqués la seule responsabilité de l'entreprise ferroviaire ».*

23. Le 16 mars 2018, le Service de Régulation a rendu son Rapport relatif au contrat de réservation des capacités. Par courrier du même jour, le Service de Régulation a fait parvenir ce Rapport à Infrabel et a invité celle-ci à faire parvenir ses observations écrites pour le 16 avril 2018.
24. Par courrier du 16 avril 2018, Infrabel a fait parvenir au Service de Régulation ses observations sur le rapport relatif au contrat de réservation des capacités.
25. Par courrier du 3 mai 2018, le Service de Régulation a accusé bonne réception des observations d'Infrabel, a indiqué avoir désormais reçu toutes les informations utiles au sens de l'article 65 du Code ferroviaire et a indiqué qu'il rendrait sa décision dans les 6 semaines suivant la réception de ces observations.

#### **4. Griefs**

26. Dans son rapport du 16 mars 2018, le Service de Régulation a formulé les griefs suivants :
  1. Les articles 2.2.1.2 et 4.2.1.1 du document de référence du réseau, en ce qu'ils imposent la conclusion du contrat de réservation des capacités avant l'introduction, par le candidat, d'une demande de capacités, sont contraires aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

2. L'article 3.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il ne permet la désignation que d'une entreprise ferroviaire par commande de sillons, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.
3. L'article 3.3, alinéa 2, du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il ne permet au candidat de changer d'entreprise ferroviaire désignée qu'au plus tard 30 jours avant le premier jour des circulations concernées, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.
4. L'article 3.5 du contrat de réservation des capacités (soit l'article 3.4, dans sa nouvelle version), en ce qu'il impose aux candidats non-entreprise ferroviaire une obligation de vérification et de surveillance du respect, par l'entreprise ferroviaire désignée, de certaines de ses obligations envers Infrabel, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.
5. Les articles 8.1 et 3.2 du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il prévoient que l'absence de désignation d'une entreprise ferroviaire 30 jours avant le premier jour de circulation de la commande de sillons est réputée constituer une renonciation à l'intégralité de la commande de sillons concernés, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.
6. L'article 11.1 du contrat, combiné à l'article 3.5 du contrat (soit l'article 3.4, dans sa nouvelle version), en ce qu'il impose au candidat non-entreprise ferroviaire la charge d'une double assurance, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire. L'article 11.1 du contrat, en ce qu'il couvre la responsabilité du paiement des redevances, est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire et doit être modifié. Le même article 11.1, en ce qu'il ne précise pas le montant minimum de la couverture de responsabilité, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.
7. Infrabel est invitée à fournir au Service de Régulation des informations précises et détaillées sur les risques que doit couvrir par l'assurance exigée à l'article 11.1 du contrat de réservation des capacités.
8. L'article 13.2 (iv) du contrat, en ce qu'il permet à Infrabel de mettre fin au contrat en cas d'utilisation de moins de 80% des capacités réservées, est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire.

## **5. Position d'Infrabel**

27. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel a contesté la compétence du Service de Régulation pour contrôler le contrat de réservation des capacités.
28. Infrabel a également contesté chacun des griefs formulés par le Service de Régulation. Les arguments soulevés dans ces observations seront examinés ci-dessous, dans la partie « Analyse » de la décision.

## 6. Analyse

### 6.1. Compétence du Service de Régulation

29. L'article 62, § 3, du Code ferroviaire prévoit, en son point 1<sup>o</sup>, que le Service de Régulation « *contrôle la conformité du document de référence du réseau [...] au [...] Code ferroviaire et à ses arrêtés d'exécution* ».
30. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel a contesté la compétence du Service de Régulation pour contrôler le contrat de réservation des capacités aux motifs que la décision de placer ce contrat dans le DRR est une décision discrétionnaire d'Infrabel et que les compétences du Service de Régulation doivent être interprétées de manière stricte, s'agissant de limitations à la liberté d'entreprendre d'Infrabel.
31. Le Service de Régulation constate que l'annexe 2 du Code ferroviaire, définissant le contenu du DRR, prévoit, en son paragraphe 3, que le DRR doit contenir un chapitre sur les principes de répartition des capacités contenant notamment (b) « *les exigences auxquelles les candidats doivent satisfaire* ».
32. Le contrat de réservation de capacités a pour objet, aux termes de son article 1<sup>er</sup>, de prévoir les conditions régissant la réservation par les candidats non-entreprise ferroviaire de capacités d'infrastructures auprès d'Infrabel. Ses clauses contiennent une série d'exigences que les candidats doivent remplir pour pouvoir réserver des capacités. Conformément à l'annexe 2, paragraphe 3, précité, du Code ferroviaire, ce contrat doit par conséquent figurer dans le DRR.
33. Contrairement à ce qu'allègue Infrabel, faire figurer le contrat de réservation des capacités dans le DRR n'est donc nullement une décision discrétionnaire d'Infrabel, mais bien une obligation dans le chef de celle-ci.
34. Le contrôle, par le Service de Régulation, de la conformité du contrat de réservation des capacités avec le Code ferroviaire tombe donc dans le champ d'application de l'article 62, § 3, 1<sup>o</sup>, précité, du Code ferroviaire et ce, sans qu'il soit nécessaire d'interpréter cette disposition de manière extensive.
35. En toute hypothèse, l'argument d'Infrabel selon lequel les compétences du Service de Régulation devraient être interprétées de manière stricte n'est pas fondé. Au contraire, ces compétences doivent être interprétées de manière suffisamment étendue pour inclure une certaine marge de discrétion et ce, aux fins d'assurer une application effective du régime mis en place par la directive 2012/34 et transposé en droit interne belge dans le Code ferroviaire<sup>1</sup>. Ainsi, dans l'affaire C-556/10, *Commission c. Allemagne*, la Cour de justice de l'Union européenne a adopté une interprétation téléologique des pouvoirs de l'autorité de

---

<sup>1</sup> S. Lavrijssen et A. Ottow, « The Legality of Independent Regulatory Authorities », in L. Besselink, F. Pennings et S. Prechal (dir.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Diegem, Kluwer Law International, 2011, p. 88.

régulation<sup>2</sup> et non une interprétation restrictive de ceux-ci. De même, dans plusieurs affaires dans le secteur des communications électroniques, la Cour de justice a adopté une interprétation extensive et téléologique des dispositions des directives définissant les pouvoirs de l'autorité nationale de régulation des communications électroniques, plutôt qu'une interprétation littérale<sup>3</sup>.

36. Le Service de Régulation est donc compétent pour opérer le contrôle de la conformité du contrat de réservation des capacités avec le Code ferroviaire.

## 6.2. La possibilité pour Infrabel d'imposer aux candidats non-entreprise ferroviaire la conclusion d'un contrat de réservation des capacités

### 6.2.1. Le droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités

37. L'article 27/1 du Code ferroviaire prévoit que :

*« Les demandes visant à obtenir des capacités de l'infrastructure peuvent être introduites par les candidats. Afin d'utiliser ces capacités de l'infrastructure, les candidats, qui ne sont pas des entreprises ferroviaires, désignent une entreprise ferroviaire pour conclure un accord avec le gestionnaire de l'infrastructure conformément à l'article 23 [...] ».*

38. Les « candidats » au sens du Code ferroviaire s'entendent des entreprises ferroviaires et des « autres personnes physiques ou morales [...] ayant des raisons commerciales ou de service public d'acquérir des capacités » (article 3, 11°, du Code ferroviaire).

39. Conformément à ces dispositions, les candidats qui ne sont pas des entreprises ferroviaires ont donc le droit de demander des capacités de l'infrastructure ferroviaire.

40. L'article 27/1 du Code ferroviaire est la transposition, en droit belge, de l'article 41, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2012/34 du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

41. La décision de permettre aux États membres de donner aux candidats non-entreprise ferroviaire la possibilité de demander des capacités a été prise lors de l'adoption de la directive 2001/14, aujourd'hui remplacée par la directive 2012/34. Dans l'exposé des motifs accompagnant sa proposition à l'origine de cette directive 2001/14, la Commission a indiqué ce qui suit :

---

<sup>2</sup> C.J., 28 février 2013, C-556/10, *Commission c. Allemagne*, § 121.

<sup>3</sup> S. Lavrijssen et A. Ottow, *op. cit.*, et les arrêts de la Cour de justice cités par ces auteurs : 13 décembre 2001, C-79/00, *Telefónica de España* ; 13 juillet 2006, C-438/04, *Mobistar* ; 24 avril 2008, C-55/06, *Arcor* ; 13 novembre 2008, C-227/07, *Commission c. Pologne* ; 3 décembre 2009, C-424/07, *Commission c. Allemagne*.

*« L'accès aux capacités ferroviaires présente un intérêt pour différentes parties. Cet accès est évidemment d'une importance capitale pour les entreprises ferroviaires, qui sont les seules à pouvoir exploiter des services ferroviaires, mais il est essentiel que d'autres agents économiques, qui souhaitent utiliser des services ferroviaires mais ont besoin de certitude sur leurs besoins futurs et la possibilité de bénéficier de services intéressants, puissent également acquérir les droits nécessaires. Il est proposé que toutes les personnes physiques ou morales ayant un intérêt commercial ou de service public à acquérir des capacités d'infrastructure en vue de l'exploitation de services ferroviaires (on les appelle "candidats autorisés") puissent le faire. Toutes les entreprises ferroviaires titulaires d'une licence seraient des candidats autorisés, mais d'autres entités, qu'il s'agisse de chargeurs ou d'autorités locales, pourraient aussi demander ce statut. Bien entendu, seules les entreprises ferroviaires titulaires d'une licence et bénéficiant des droits d'accès définis dans la directive 91/440/CEE (ou de droits d'accès plus étendus octroyés par les États membres) pourraient réellement exploiter des services ferroviaires »<sup>4</sup>.*

42. La proposition à l'origine de l'article 41, § 1<sup>er</sup>, précité, de la directive 2012/34 se trouvait, dans cette proposition de la Commission, à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, qui a fait l'objet des explications suivantes :

*« 53. Cet article définit les entités qui seront admises à solliciter des capacités d'infrastructure ferroviaire. La capacité à soumissionner pour le droit à disposer de capacités est tout à fait distinct du droit à accéder à l'infrastructure ferroviaire pour exploiter un service ferroviaire. [...]*

*54. La capacité de détenir des droits sur les capacités ferroviaires est liée à la possibilité d'utiliser le réseau pour un service de transport. Il va de soi que les entreprises ferroviaires doivent pouvoir disposer de cette faculté pour pouvoir offrir des services de transport ferroviaire. Il ne faut pas non plus perdre de vue que d'autres parties, telles que les acheteurs de services publics de voyageurs, les opérateurs de transport combiné et les industries déplaçant des volumes de fret importants, peuvent également avoir un intérêt tout aussi légitime à utiliser le réseau pour des prestations de transport. Ces parties peuvent, pour diverses raisons, souhaiter détenir des droits de capacité. Dès lors qu'il existe un marché pour la fourniture de services ferroviaires, les acheteurs d'un service peuvent vouloir recourir à des entreprises ferroviaires différentes pour satisfaire leurs besoins commerciaux. Lorsqu'une entreprise prend un risque pour mettre au point ou exploiter un service, il est compréhensible et légitime qu'elle puisse également contrôler les facteurs utilisés dans l'exploitation de ses activités. Un client d'un service ferroviaire peut poursuivre des objectifs différents pour le développement de son activité, même si ceux-ci sont contraires aux objectifs commerciaux poursuivis par une entreprise ferroviaire. Les entreprises peuvent réclamer davantage de garanties en ce qui concerne la sauvegarde de leurs intérêts dans le processus de répartition que celles que peut leur offrir un intermédiaire. Lorsque les prestations de transport sont assurées pour le compte*

---

<sup>4</sup> Proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, Exposé des motifs, p. 44, § 72. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF)

*d'un pouvoir public, celui-ci peut devoir acquérir les capacités avant d'avoir sélectionné l'entreprise ferroviaire, devra assurer la continuité du service en cas de changement d'entreprises ferroviaires et doit aussi assurer que l'entreprise sortante ne cherchera pas à conserver une quelconque partie des capacités affectées à ces prestations de services.*

*55. Tous ces arguments attestent de manière éclatante de la nécessité d'autoriser les entités autres que les seules entreprises ferroviaires et ayant un intérêt légitime pour ce faire à solliciter des capacités d'infrastructure. [...]*

*56. En tout état de cause, le droit d'utiliser les capacités allouées par le gestionnaire de l'infrastructure appartient à la seule entité à laquelle cette capacité a été allouée pour la période de répartition. Lorsque l'exploitation du service est confiée à une entreprise ferroviaire titulaire d'une licence, les droits qu'elle acquiert sur la capacité utilisée ne vont pas au-delà de la période durant laquelle elle assure ledit service »<sup>5</sup>.*

43. Le droit de demander des capacités de l'infrastructure ferroviaire a donc été reconnu aux candidats non-entreprise ferroviaire pour leur permettre, schématiquement, de ne pas dépendre de l'intermédiaire des entreprises ferroviaires, dont les intérêts peuvent ne pas coïncider avec les leurs.

#### 6.2.2. Le droit du gestionnaire de l'infrastructure d'imposer aux candidats certaines règles pour la réservation de capacités

44. Si, comme on vient de le voir, les candidats non-entreprise ferroviaire ont le droit de demander des capacités, Infrabel a cependant le droit d'imposer, pour que ces candidats puissent réserver des capacités, certaines exigences.
45. Ceci découle, notamment, de l'annexe 2 du Code ferroviaire, qui prévoit, en son paragraphe 3, point (b), que le DRR doit contenir « *les exigences auxquelles les candidats doivent satisfaire* » pour le processus de répartition des capacités.
46. Cette disposition confirme donc implicitement qu'Infrabel a le droit d'imposer aux candidats, en ce compris non-entreprise ferroviaire, certaines exigences relatives à la réservation de capacités.
47. Le droit d'Infrabel d'imposer aux candidats non-entreprise ferroviaire certaines exigences pour la réservation de capacité découle également de l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire. Celui-ci prévoit que :

*« Le gestionnaire de l'infrastructure peut imposer aux candidats des règles afin d'assurer la sauvegarde de ses aspirations légitimes en ce qui concerne les recettes et l'utilisation*

---

<sup>5</sup> Proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, Exposé des motifs, p. 95, §§ 53 et s. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF)

*futures de l'infrastructure. Ces règles sont appropriées, transparentes et non discriminatoires. Elles sont détaillées dans le document de référence du réseau. Elles ne portent que sur la fourniture d'une garantie financière ne dépassant pas un niveau approprié, proportionnel au niveau d'activité envisagé du candidat, et sur la capacité à présenter des offres conformes en vue de l'obtention de capacités de l'infrastructure ».*

48. Cet article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire est la transposition presque mot pour mot, en droit belge, de l'article 41, § 2, de la directive 2012/34 précitée.

49. Cet article 41, § 2 se trouvait, dans la proposition à l'origine de la directive 2001/14, qui a été remplacée par l'actuelle directive 2012/34, aux paragraphes 2 et 3 de l'article 19. Ces paragraphes n'ont, dans l'exposé des motifs, fait l'objet que des explications suivantes :

*« Les paragraphes 2 et 3 comportent des dispositions appropriées afin de garantir que toute entité présentant une offre puisse le faire de manière adéquate et acquitte les pénalités financières nécessaires dès lors que les capacités demandées restent inutilisées »<sup>6</sup>.*

50. Un règlement d'exécution de l'article 41, § 2, de la directive 2012/34 a été adopté par la Commission. Il s'agit du règlement d'exécution 2015/10 du 6 janvier 2015 concernant les critères applicables aux candidats pour les demandes de capacités de l'infrastructure ferroviaire et abrogeant le règlement (UE) n° 870/2014. L'objet de ce règlement est de fixer les exigences relatives aux garanties financières qu'un gestionnaire de l'infrastructure peut demander afin d'assurer la réalisation de ses aspirations légitimes concernant les recettes futures, ainsi que les critères permettant d'évaluer l'aptitude d'un candidat à présenter des offres conformes en vue d'obtenir des capacités de l'infrastructure (article 1). Selon ce règlement, un gestionnaire de l'infrastructure peut demander à un candidat de fournir des garanties financières dans certaines circonstances uniquement (article 3), et ces garanties ne peuvent dépasser un certain niveau et une certaine durée (article 4). Le gestionnaire de l'infrastructure ne peut par ailleurs rejeter une demande de sillon au motif que le candidat ne présenterait pas l'assurance de sa capacité à présenter une offre conforme que dans deux cas précis (article 5).

51. Cet article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire et le règlement d'exécution de la Commission sont donc relatifs aux règles qu'un gestionnaire de l'infrastructure peut imposer pour assurer le paiement des redevances et l'utilisation de l'infrastructure.

52. On pourrait se demander si ces dispositions limitent la possibilité, pour le gestionnaire de l'infrastructure, d'imposer d'autres règles, destinées à préserver d'autres intérêts. Les « règles » ou « critères » autorisés et réglementés par l'article 41, § 2, de la directive et par le règlement d'exécution précités seraient alors les seules exigences qu'un gestionnaire de l'infrastructure pourrait imposer à un candidat pour la réservation de capacités.

---

<sup>6</sup> Proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, Exposé des motifs, p. 95, §§ 53 et s. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF)

53. La localisation de la disposition dans la directive pourrait le laisser penser, puisqu'elle suit immédiatement la disposition (située au § 1<sup>er</sup> du même article) qui régit la manière dont les candidats introduisent des demandes de capacités. L'intitulé du règlement d'exécution précité le laisse aussi penser puisqu'il est intitulé règlement « *concernant les critères applicables aux candidats pour les demandes de capacités* » (soulignement rajouté).
54. Le Service de Régulation estime cependant qu'interpréter de la sorte l'article 41, § 2, de la directive, et son règlement d'exécution serait illogique. Le gestionnaire d'infrastructure doit en effet pouvoir imposer aux candidats des règles relatives, par exemple, à la procédure d'introduction d'une demande de capacités. L'annexe IV de la directive (transposée à l'annexe 2 du Code ferroviaire), définissant le contenu du DRR, le confirme puisqu'elle prévoit, en son paragraphe 3, que le DRR doit notamment contenir (a) « *les procédures d'introduction des demandes de capacités* » et (b) « *les exigences auxquelles les candidats doivent satisfaire* ».

Cette interprétation de l'article 41, § 2, est par ailleurs cohérente avec l'emploi du verbe « pouvoir » à la première phrase de cette disposition, puisqu'elle prévoit que le gestionnaire de l'infrastructure « *peut imposer [...] des règles afin d'assurer la sauvegarde de ses aspirations légitimes en ce qui concerne les recettes et l'utilisation future de l'infrastructure* ». Cette formulation laisse ouverte la possibilité pour le gestionnaire de l'infrastructure d'imposer également d'autres règles.

55. Ces autres règles qui peuvent être imposées par le gestionnaire de l'infrastructure doivent cependant respecter le droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités, et la *ratio legis* de ce droit, qui a été rappelée ci-dessus (§§ 41 et 42) et qui tient notamment aux considérations qu'un « *client d'un service ferroviaire peut poursuivre des objectifs différents pour le développement de son activité, même si ceux-ci sont contraires aux objectifs commerciaux poursuivis par une entreprise ferroviaire* » et qu'un pouvoir public peut « *devoir acquérir des capacités avant d'avoir sélectionné l'entreprise ferroviaire* »<sup>7</sup>.

A cet égard, comme l'indique le considérant 54 de la directive 2012/34, « *il convient que le processus de répartition des capacités évite que les souhaits des entreprises qui détiennent ou souhaitent détenir des droits d'utilisation de l'infrastructure ne soit [sic] soumis à des contraintes excessives* » (soulignement rajouté).

56. Il convient également de souligner que la conclusion d'un contrat entre le gestionnaire de l'infrastructure et le candidat non-entreprise ferroviaire doit se faire tant dans l'intérêt du gestionnaire de l'infrastructure que dans l'intérêt du candidat. L'article 27/1, précité, du Code ferroviaire parle en effet du « droit des candidats » à conclure des accords avec le gestionnaire de l'infrastructure. Ceci signifie nécessairement que la conclusion de ce contrat est présumé être aussi dans l'intérêt du candidat.

---

<sup>7</sup> Proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, Exposé des motifs, p. 95, §§ 53 et s. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF)

57. C'est au regard de ces règles et principes qu'il convient d'examiner si les exigences posées par Infrabel dans le contrat de réservation des capacités sont conformes au Code ferroviaire.

### 6.3. La conformité au Code ferroviaire des exigences imposées par Infrabel dans le contrat de réservation des capacités

58. Le Service de Régulation s'est interrogé sur la conformité de certaines clauses du contrat de réservation des capacités au Code ferroviaire et, plus spécialement, à ses articles 27/1 et 32, précités. Certaines de ces clauses avaient déjà été relevées comme potentiellement problématiques dans l'avis précité A-2014-06-S.

#### 6.3.1. Quant au moment de la conclusion du contrat

59. Selon les articles 2.2.1.2 et 4.2.1.1 du DRR, la conclusion du contrat de réservation des capacités entre le candidat et Infrabel doit avoir lieu préalablement à l'introduction, par le candidat, d'une demande de capacités.
60. En vertu de l'article 32, précité, du Code ferroviaire, ont le droit d'introduire une demande de capacités, « les candidats ». Or, comme cela a été exposé ci-dessus (§ 38), les « candidats » au sens du Code ferroviaire s'entendent des entreprises ferroviaires et des « *autres personnes physiques ou morales [...] ayant des raisons commerciales ou de service public d'acquérir des capacités* » (article 3, 11°, du Code ferroviaire).
61. Aux termes du Code ferroviaire, la seule condition à remplir, dans le chef des personnes qui ne sont pas des entreprises ferroviaires, pour pouvoir demander des capacités est donc d'avoir une raison commerciale ou de service public d'acquérir des capacités.
62. Imposer la signature du contrat aux candidats avant même que ceux-ci ne puissent demander des capacités revient à imposer une condition non prévue par le Code ferroviaire, et est contraire à celui-ci.
63. Conformément aux articles 27/1, 28 et 32 du Code ferroviaire, la signature préalable du contrat ne peut pas non plus être une condition au traitement de la demande de capacités dans le cadre du processus de répartition des capacités, ni avoir une incidence sur ce traitement.
64. Le Service de Régulation estime, pour le surplus, qu'imposer la signature du contrat préalablement à l'introduction d'une demande de capacités complique inutilement la réservation de capacités par les candidats. Ainsi, par exemple, ceux-ci devraient, déjà avant l'introduction d'une demande de capacité, avoir conclu une assurance conformément à l'article 11 du contrat et ce, alors qu'ils ne savent pas encore si les capacités demandées vont leur être attribuées. Cette contrainte est excessive et est donc contraire au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités.

65. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel soutient que « *la conclusion préalable du contrat n'est interdite par aucune disposition du Code ferroviaire* » et que « *le pouvoir du Service de Régulation devant être interprété de manière stricte, des dispositions qui ne sont pas interdites par le Code ferroviaire ne sauraient être interdites* ». Infrabel soutient également que la conclusion préalable du contrat est nécessaire pour éviter que les candidats ne se livrent à des manœuvres spéculatives ou ne créent des congestions artificielles du réseau, et souligne que les candidats ne sont pas « *des consommateurs ou même des PME* » mais des « *opérateurs industriels d'un poids certain* », des « *acheteurs sophistiqués, disposant d'un pouvoir de marché, et pour qui la signature de ce contrat est un acte banal* ».
66. Le Service de Régulation considère que c'est à tort qu'Infrabel soutient que les clauses qui ne sont pas expressément interdites par le Code ferroviaire devraient être admises. Outre que, comme on l'a vu ci-dessus (§ 35), les compétences du Service de Régulation ne doivent aucunement être interprétées de manière stricte, de manière générale, rien ne justifie un principe d'interprétation restrictive des dispositions du Code ferroviaire. Celle-ci doivent, comme toute norme, être interprétées suivant leur sens usuel, au regard de leur contexte et de leur *ratio legis*. Une interprétation restrictive peut bien sûr se justifier pour les dispositions de nature pénale, ou qui constituent une exception à une règle générale. En l'espèce, cependant, les articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire ne sont pas de nature pénale et énoncent une règle générale puisqu'ils consacrent le droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités. La *ratio legis* de ces dispositions a été rappelée ci-dessus (§§ 41 à 43 et 55 et 57) et tient, schématiquement, à la volonté de permettre à ces candidats de ne pas dépendre de l'intermédiaire des entreprises ferroviaires. Le législateur européen a, à cet égard, insisté sur la nécessité d'éviter que les souhaits des candidats ne soient « *soumis à des contraintes excessives* ». Il n'y a donc aucune raison d'interpréter ces dispositions de manière restrictive.
67. C'est également à tort qu'Infrabel prétend qu'imposer la conclusion du contrat avant que le candidat puisse demander des capacités est nécessaire afin d'éviter que les candidats ne se livrent à des manœuvres spéculatives. D'autres moyens moins contraignants pour les candidats peuvent être mis en œuvre par Infrabel pour limiter ces risques. Ainsi, la conclusion du contrat peut être imposée plus tard dans le processus de réservation des capacités, avant l'attribution définitive de ces capacités au candidat. D'autres moyens sont par ailleurs déjà mis en œuvre par Infrabel pour limiter ces risques, puisque les points 6.1 et 6.4.2 du DRR prévoient respectivement des sanctions pour les capacités non utilisées et annulées.
68. Aucun des arguments soulevés par Infrabel ne remet donc en cause la conclusion qu'imposer la signature du contrat aux candidats avant même que ceux-ci puissent demander des capacités revient à imposer une condition non prévue par le Code ferroviaire, et est contraire à celui-ci.
69. Le Service de Régulation considère par conséquent que les articles 2.2.1.2 et 4.2.1.1 du DRR sont contraires aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

### 6.3.2. Quant à la primauté du contrat sur le DRR

70. En vertu de l'article 2.3.3, *in fine*, du DRR, en cas d'incompatibilité avec le DRR, le contrat de réservation des capacités prévaut, et non le DRR. Dans son avis A-2014-06-S, le Service de Régulation s'est interrogé sur la question de savoir si, en raison de sa transparence et de son caractère opposable à tous, le DRR devrait primer.
71. Dans son courrier du 21 janvier 2015, Infrabel a indiqué que le contrat fait partie du DRR et qu'il est de principe de faire primer les règles particulières sur les règles générales.
72. Le Service de Régulation estime que le contrat fait, en effet, comme cela été rappelé ci-dessus (n°s 31 et s.), partie du DRR et qu'il est adéquat de faire primer les règles particulières sur les règles générales.

### 6.3.3. Quant à la désignation d'une seule entreprise ferroviaire

73. L'article 3.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du contrat de réservation des capacités prévoit que le candidat ne peut désigner qu'une seule entreprise ferroviaire « *pour l'utilisation des sillons d'une même commande de sillons* ».
74. Interrogée sur la raison de cette exigence, Infrabel a indiqué, dans son courrier du 6 mars 2017, que cette exigence est alignée sur le régime adopté au niveau européen par RailNetEurope (« RNE »), dans ses « Guidelines concerning Non-RU applicants »<sup>8</sup>. Infrabel souligne par ailleurs que ceci permet d'éviter « *une situation ingérable au niveau opérationnel (en effet, par exemple, un numéro de train est lié à une seule entreprise ferroviaire)* ». Infrabel souligne également que cette règle « *n'empêche pas un candidat non entreprise ferroviaire de scinder ses commandes de sillons* ». Ainsi, un candidat qui souhaite commander un sillon par jour de semaine peut « *introduire une commande par jour et désigner une entreprise ferroviaire le lundi, une autre le mardi, une autre le mercredi, etc.* ».
75. Lors de la réunion du 10 mai 2017, Infrabel a donné plus de détails sur ces explications. Elle a ainsi indiqué que parmi les différentes options suggérées par les *Guidelines* d'RNE, elle avait opté pour la désignation d'une seule entreprise ferroviaire par demande de sillon pour des raisons techniques et opérationnelles, les systèmes informatiques d'Infrabel étant conçus de cette manière. Infrabel a cependant expliqué que même si les systèmes informatiques étaient adaptés, il resterait qu'en temps réel, si un collaborateur d'Infrabel ne parvient pas à identifier l'entreprise ferroviaire désignée, et ne parvient donc pas à la contacter, cela peut poser problème.

Infrabel a par ailleurs expliqué, en ce qui concerne le numéro de train, que quand une capacité est attribuée à un candidat, on attribue un numéro de train à toute la demande, qui est lié à l'entreprise ferroviaire.

---

<sup>8</sup> Traduction libre : « Lignes de conduite concernant les candidats non EF ».

Infrabel a également indiqué que le candidat peut toujours faire plusieurs demandes et désigner une entreprise ferroviaire par demande. Certes, ceci entraîne plusieurs fois le paiement des coûts administratifs, mais Infrabel souligne que le fait pour Infrabel d'avoir deux interlocuteurs (le candidat et l'entreprise ferroviaire désignée) au lieu d'un seul (l'entreprise ferroviaire), implique des efforts administratifs supplémentaires dans le chef d'Infrabel, qui, eux, ne sont pas répercutés.

Infrabel a également ajouté qu'en pratique, il est probable qu'un candidat non-entreprise ferroviaire va négocier un « package » avec une entreprise ferroviaire afin qu'elle utilise toutes les circulations demandées pour tel ou tel type de trafic.

76. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel souligne qu'en vertu de l'article 27/1 du Code ferroviaire et de l'article 41, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2012/34, les candidats désignent « une » entreprise ferroviaire. Infrabel soutient par ailleurs que les candidats qui souhaitent faire appel à plusieurs entreprises ferroviaires doivent simplement introduire plusieurs demandes de capacités, ce qui ne représente pas un obstacle pour eux vu leur profil.
77. Le Service de Régulation constate que l'impossibilité de désigner plusieurs entreprises ferroviaires constitue une contrainte importante pour les candidats. Certes, les candidats peuvent introduire plusieurs demandes, une par entreprise ferroviaire désignée, mais cette possibilité n'est pas satisfaisante.
78. En effet, elle ne permet pas à un candidat, peu importe son profil, de demander des capacités avant de s'être assuré des services d'une ou plusieurs entreprises ferroviaires. Ainsi, par exemple, un candidat non-entreprise ferroviaire qui aurait introduit une demande de capacités et qui, par la suite, ne parviendrait pas à obtenir d'une entreprise ferroviaire qu'elle transporte pour lui des marchandises chaque jour de la commande de sillons, ne pourrait pas en désigner plusieurs pour utiliser ces sillons. Le candidat devrait annuler sa commande de sillons initiale et en introduire plusieurs nouvelles, avec les frais et les formalités que cela entraîne.
79. Une telle procédure est inutilement compliquée pour le candidat, même si celui-ci a un profil d'« acheteur sophistiqué », et ne correspond pas à la logique du législateur européen, qui a voulu permettre aux candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités avant de choisir les entreprises ferroviaires à désigner, et qui a vraisemblablement entendu permettre la désignation de plusieurs entreprises ferroviaires. Ainsi, dans les travaux préparatoires déjà cités ci-dessus, la Commission européenne a expliqué ce qui suit :

*« Dès lors qu'il existe un marché pour la fourniture de services ferroviaires, les acheteurs d'un service peuvent vouloir recourir à des entreprises ferroviaires différentes pour satisfaire leurs besoins commerciaux. [...] Lorsque les prestations de transport sont assurées pour le compte d'un pouvoir public, celui-ci peut devoir acquérir les capacités avant d'avoir sélectionné l'entreprise ferroviaire, devra assurer la continuité du service en cas de changement d'entreprises ferroviaires et doit aussi*

*assurer que l'entreprise sortante ne cherchera pas à conserver une quelconque partie des capacités affectées à ces prestations de services »<sup>9</sup> (soulignement rajouté).*

80. Permettre au candidat de désigner, le cas échéant, plusieurs entreprises ferroviaires pour une même commande de sillons lui permet, de plus, de faire jouer la concurrence entre les entreprises ferroviaires avec lesquelles il envisage de travailler, ce qui correspond à l'objectif général d'ouverture du marché à la concurrence de la directive 2012/34.
81. Au regard de ces éclairages tirés des travaux préparatoires de la directive 2012/34, l'interprétation littérale qu'Infrabel semble faire de l'article 41, § 1<sup>er</sup>, de cette directive, et de l'article 27/1 du Code ferroviaire en soulignant que ces dispositions prévoient la désignation d' « une » entreprise ferroviaire ne convainc pas. Le pronom « une » semble être utilisé, dans la directive, comme un pronom indéfini et non comme un pronom numéral.
82. Les autres raisons avancées par Infrabel pour justifier le choix de ne permettre la désignation que d'une seule entreprise ferroviaire ne sont par ailleurs pas décisives. En effet, les *Guidelines* d'RNE visées par Infrabel ne recommandent aucunement le choix fait par Infrabel mais prévoient au contraire la possibilité de permettre la désignation de plusieurs entreprises ferroviaires<sup>10</sup>. La circonstance que cette procédure cadre mieux avec les systèmes informatiques d'Infrabel ne suffit pas non plus à justifier la contrainte imposée aux candidats, puisque ces systèmes peuvent être modifiés. Enfin, l'argument tiré de la possible difficulté à identifier en temps réel l'entreprise ferroviaire désignée n'est pas convaincant non plus, dans la mesure où Infrabel connaît à l'avance les entreprises ferroviaires désignées pour chaque sillon commandé.
83. Le Service de Régulation considère par conséquent que la règle interdisant aux candidats de désigner plusieurs entreprises ferroviaires est excessive et porte atteinte à leur droit de demander des capacités. L'article 3.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du contrat est donc contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### 6.3.4. Quant à la possibilité de changer d'entreprise ferroviaire désignée

84. L'article 3.3, alinéa 2, du contrat, prévoit que le candidat ne peut changer d'entreprise ferroviaire désignée que « 30 jours avant le premier jour des circulations de la commande de sillons ». Le Service de Régulation a demandé à Infrabel si cette disposition devait être comprise comme signifiant qu'une fois ce délai passé, même si la réservation a été faite pour l'année entière, le candidat ne pouvait plus changer d'entreprise ferroviaire pendant le reste de l'année.
85. Infrabel a répondu par la négative, indiquant que cet article devait être interprété comme signifiant que le changement d'entreprise ferroviaire désignée doit intervenir 30 jours avant

---

<sup>9</sup> Proposition de directive concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, Exposé des motifs, p. 95, §§ 53 et s. [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF)

<sup>10</sup> Point 9, premier paragraphe, des « *Guidelines* ».

le premier jour de circulation où le changement d'entreprise ferroviaire prend effet. Le candidat peut donc changer d'entreprise ferroviaire désignée chaque fois qu'il le veut. Simplement, le changement ne prendra effet que 30 jours après la demande. Infrabel a indiqué que l'article 3.3 devrait peut-être être clarifié sur ce point, et reprendre par exemple la formulation des *Guidelines* d'RNE (traduite en français et néerlandais).

86. Suite à ces échanges, Infrabel a proposé une nouvelle version de cette disposition, qui prévoit que le candidat peut changer d'entreprise ferroviaire désignée « *au plus tard 30 jours avant le premier jour des circulations que la nouvelle entreprise ferroviaire effectue* » pour le candidat.
87. Le Service de Régulation considère que la nouvelle formulation proposée pour l'article 3.3, alinéa 2, du contrat reflète mieux l'interprétation qu'a donnée Infrabel de cette disposition lors de la réunion du 10 mai 2017.
88. Le Service de Régulation estime que dans son interprétation inverse, selon laquelle dans le cas d'une réservation faite pour l'année entière, une fois le délai passé, un candidat ne pourrait plus changer d'entreprise ferroviaire désignée pendant le reste de l'année, l'article 3.3, alinéa 2, du contrat aurait été contraire au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités. En effet, une fois le délai passé, le candidat non-entreprise ferroviaire aurait été entièrement dépendant de l'entreprise ferroviaire désignée. Si celle-ci n'avait pas respecté son engagement envers le candidat d'assurer les transports convenus, le candidat se serait trouvé dans l'impossibilité de faire appel à une autre entreprise ferroviaire pour utiliser les capacités réservées.
89. Dans l'interprétation qu'en a donnée Infrabel, en revanche, la règle, en tant qu'elle implique un certain délai avant que le changement d'entreprise ferroviaire désignée ne prenne effet, semble raisonnable, pourvu que le délai ne soit pas excessif.
90. Interrogée sur la faisabilité, pour Infrabel, de gérer un changement d'entreprise ferroviaire désignée en temps réel à la manière d'une demande de sillons en temps réel, Infrabel a expliqué que les deux situations étaient différentes. Dans une demande en temps réel, Infrabel attribue le sillon seulement s'il est disponible. En cas de changement d'entreprise ferroviaire désignée en dernière minute, on aurait déjà un sillon avec certaines caractéristiques techniques, or le changement d'entreprise ferroviaire entraînerait des changements techniques et des risques en termes de sécurité. Infrabel a ajouté que le *Traffic Control* doit savoir à quelle entreprise ferroviaire s'adresser en temps réel.
91. Le Service de Régulation estime qu'il est en effet légitime qu'aux fins d'assurer une communication efficace en temps réel, Infrabel s'assure d'être informée d'un changement d'entreprise ferroviaire désignée un certain temps avant la circulation concernée. Le Service de Régulation estime par conséquent qu'il n'est pas excessif de prévoir un délai plus long que le temps réel.

92. En ce qui concerne la durée du délai imposé par Infrabel, soit 30 jours, Infrabel a indiqué, dans son courrier du 6 mars 2017, que cette exigence était alignée sur les « *RNE Guidelines concerning Non-RU applicants* »<sup>11</sup>, précitées.
93. Lors de la réunion du 10 mai 2017, Infrabel a expliqué, plus en détails, qu'elle aurait pu fixer ce délai à 20 jours, par exemple, mais que ce délai de 30 jours avait été choisi pour des raisons d'harmonisation avec les autres gestionnaires d'infrastructure, sur la base des Guidelines d'RNE et des « *Framework for capacity allocation* »<sup>12</sup>, ces derniers étant d'effet obligatoire en ce qui concerne les sillons corridor (*pre arranged paths* – ci-après « PaPs »). Le but d'Infrabel est donc qu'un candidat ne soit pas confronté à deux systèmes différents pour la commande de PaPs et la commande de sillons sur le reste du réseau. Infrabel a indiqué que si elle ne jouait pas le jeu de l'harmonisation au niveau de RNE, cela rendrait la coopération avec les autres gestionnaires d'infrastructure plus compliquée.
- Infrabel a également ajouté qu'en pratique, le candidat peut toujours annuler le sillon et faire une nouvelle demande concernant le même sillon. Il pourrait alors, théoriquement, perdre le sillon, mais c'est peu probable s'il fait immédiatement la nouvelle demande. Cela entraîne cependant le paiement de coûts administratifs et de frais d'annulation.
94. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel souligne qu'aucune disposition du Code ferroviaire n'interdit cette clause, qui lui est donc conforme. Infrabel réitère son argument tiré des Guidelines d'RNE, soulignant qu'il ne lui appartient pas de créer une exception belge à l'harmonisation au niveau de l'Union européenne et que c'est au niveau de l'Union européenne qu'il faut intervenir si le délai de 30 jours est considéré comme trop long.
95. Le Service de Régulation considère que l'argument d'Infrabel tiré de l'harmonisation avec les autres gestionnaires d'infrastructure n'est pas fondé. S'il était suivi, il aurait pour effet de permettre aux gestionnaires d'infrastructure de fixer collectivement des lignes de conduites défavorables aux candidats non-entreprise ferroviaire tout en échappant au contrôle des régulateurs nationaux, ce qui ne correspond pas au régime mis en place par la directive 2012/34, spécialement en son article 56, § 1.
96. L'argument tiré de ce que le Code ferroviaire n'interdit pas expressément la clause n'est pas fondé non plus puisque, comme on l'a vu ci-dessus (§ 66), il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement les dispositions de de Code.
97. Le Service de Régulation constate qu'aucun autre élément n'est invoqué par Infrabel pour justifier la fixation d'un délai de 30 jours. Infrabel a, au contraire, admis qu'elle aurait pu, par exemple, fixer ce délai à 20 jours.
98. Un délai de 30 jours peut s'avérer très long dans certaines circonstances. En effet, si une entreprise ferroviaire désignée ne respecte pas son engagement envers le candidat d'assurer les transports convenus, le candidat se trouve dans l'impossibilité d'utiliser les capacités réservées pendant plus de 4 semaines. D'un point de vue commercial et logistique, une telle

---

<sup>11</sup> Traduction libre : « Lignes de conduite concernant les candidats non EF ».

<sup>12</sup> Traduction : « Cadre pour la répartition des capacités ».

situation peut s'avérer très néfaste et peut donc amener le candidat à préférer l'utilisation d'un autre mode de transport tel le transport routier.

99. Le Service de Régulation estime par conséquent que l'exigence prévue à l'article 3.3, alinéa 2, du contrat est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### 6.3.5. Quant à l'obligation de surveillance de l'entreprise ferroviaire désignée

100. L'article 3.5 du contrat prévoit que le candidat garantit que l'entreprise ferroviaire désignée :

- i. est bien signataire d'un contrat d'utilisation de l'infrastructure ;
- ii. est bien signataire des protocoles locaux nécessaires ;
- iii. « utilisera les capacités et les autres Services pour lesquels elle est désignée, conformément à l'ensemble des normes et règles de sécurité » ;
- iv. est capable de respecter les horaires de circulation, « notamment par l'utilisation du matériel roulant compatible avec les caractéristiques des capacités attribuées » ;
- v. ne transfèrera pas les capacités pour lesquelles elle a été désignée.

101. Dans la nouvelle version du contrat proposée par Infrabel, il est prévu que le candidat « surveille et vérifie » le respect, par l'entreprise ferroviaire désignée, de ces obligations.

La nouvelle version du contrat proposée doit vraisemblablement être interprétée comme signifiant que l'obligation de garantie disparaît. Le candidat n'aurait plus alors qu'une obligation de moyens, celle de prendre des mesures pour vérifier et surveiller que l'entreprise ferroviaire désignée respecte ses obligations.

102. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel soutient que cette clause ne peut être considérée comme excessive vu le profil des candidats non-entreprise ferroviaire, qui ne sont pas « des consommateurs ou même des PME » mais des « opérateurs industriels d'un poids certain », des « acheteurs sophistiqués, disposant d'un pouvoir de marché ».

103. Le Service de Régulation constate qu'en vertu de l'article 13, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire, et de l'article 4.2 du Contrat d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, l'entreprise ferroviaire désignée, comme toute entreprise ferroviaire, est tenue d'être assurée pour sa responsabilité civile. Infrabel bénéficie par conséquent déjà d'une garantie financière relative au respect, par l'entreprise ferroviaire désignée, de ses obligations.

104. Le Service de Régulation constate également que les obligations de l'entreprise ferroviaire désignée dont le candidat doit garantir (ou vérifier, dans la nouvelle version proposée du contrat) la bonne exécution touchent à la sécurité. L'obligation de garantie imposée au candidat non-entreprise ferroviaire peut par conséquent s'avérer très lourde.

Cette obligation reste par ailleurs très lourde même s'il s'agit, comme dans la nouvelle version proposée du contrat, non plus d'une obligation de garantie mais d'une obligation de surveillance. Il en va d'autant plus ainsi que le contrat, dès lors qu'il ne comporte aucune précision quant à l'ampleur des mesures de surveillance et de vérifications à prendre, peut

être interprété très largement. Ainsi, par exemple, l'obligation de surveiller que l'entreprise ferroviaire désignée utilisera les capacités conformément aux règles de sécurité pourrait être comprise comme impliquant que le candidat doit prendre des mesures pour vérifier sur le terrain, au moment où l'entreprise ferroviaire utilise les capacités, que celle-ci respecte ces normes et règles de sécurité. Ce type d'obligation revient presque, en pratique, à faire reposer sur le candidat une responsabilité du fait de l'entreprise ferroviaire désignée.

105. Le Service de Régulation estime qu'une telle charge est excessive pour le candidat. Même si celui-ci est, comme le soutient Infrabel, un « *acheteur sophistiqué, disposant d'un pouvoir de marché* », il reste que, par définition, ce candidat n'est pas une entreprise ferroviaire et n'a dès lors par hypothèse pas les connaissances techniques pour procéder à de telles vérifications. Le candidat ne bénéficie d'ailleurs, comme l'expose le SSICF dans son avis du 12 octobre 2017 mentionné ci-dessus (§ 22), d'aucun système de reconnaissance ou d'accréditation en matière de sécurité.
106. Cette charge est au demeurant disproportionnée par rapport à l'avantage qu'en retire Infrabel, puisqu'Infrabel peut, en cas de manquement de l'entreprise ferroviaire désignée, se retourner contre celle-ci et bénéficier de l'intervention de l'assurance de cette entreprise ferroviaire. De plus, conformément à l'article 74 du Code ferroviaire, le respect, par l'entreprise ferroviaire désignée, des règles de sécurité fait déjà l'objet d'un contrôle par le SSICF.
107. Le Service de Régulation estime que cette charge imposée aux candidats non-entreprise ferroviaire rend le recours à la réservation de capacités extrêmement peu attrayant pour ceux-ci et porte ainsi atteinte à leur droit de demander des capacités.
108. L'article 3.5 du contrat de réservation des capacités, de même que l'article 3.4 de ce contrat dans sa nouvelle version proposée par Infrabel, sont par conséquent contraires aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### 6.3.6. Quant aux communications entre le candidat et Infrabel

109. L'article 6.1 du contrat prévoit qu'Infrabel met à disposition du candidat, en temps utile, certaines informations.

En vertu de l'article 6.2, alinéa 2, du contrat, cependant, les communications d'Infrabel « *en temps réel au sens du DRR [...] concernant les capacités, la gestion de la circulation ainsi que les Services* », sont faites uniquement à l'entreprise ferroviaire désignée.

Enfin, en vertu de l'article 6.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du contrat, « *toute communication, de quelque nature qu'elle soit* », faite par Infrabel à l'entreprise ferroviaire désignée sera réputée simultanément faite au candidat non-entreprise ferroviaire. Cette disposition prévoit également que le candidat non-entreprise ferroviaire « *fera son affaire personnelle* » d'obtenir de l'entreprise ferroviaire désignée qu'elle l'informe en temps utile de toute communication reçue d'Infrabel.

110. Le Service de Régulation estime que la formulation de ces trois paragraphes manque de clarté dès lors que la manière dont ces différentes dispositions s'articulent n'est pas précisée. Le § 1<sup>er</sup>, en vertu duquel certaines informations sont mises à disposition du candidat lui-même, pourrait en effet être compris comme une dérogation à la règle, formulée en termes plus généraux, contenue au § 3, alinéa 1<sup>er</sup>. Ce § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, est cependant rédigé dans des termes qui laissent penser qu'au contraire, les informations qui doivent être transmises au candidat, en ce compris en vertu du § 1<sup>er</sup>, peuvent l'être à l'entreprise ferroviaire plutôt qu'au candidat lui-même. L'articulation de ces dispositions avec le § 2, alinéa 2, du même article n'est pas claire non plus.

111. Le Service de Régulation s'est demandé si cet article 6 du contrat porte atteinte au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités.

Si l'on interprétait l'article 6 comme permettant à Infrabel de communiquer exclusivement avec l'entreprise ferroviaire désignée en ce qui concerne les capacités réservées et ce, en tout temps, il serait, de la sorte, porté atteinte au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités. Ce droit leur est en effet reconnu précisément pour leur permettre de développer leurs activités sans intermédiaire, même si leurs intérêts sont contraires aux objectifs commerciaux poursuivis par une entreprise ferroviaire<sup>13</sup>. Cet objectif serait être remis en cause si les candidats non-entreprise ferroviaire perdaient le contrôle des sillons réservés et étaient obligées de passer par l'intermédiaire de l'entreprise ferroviaire désignée dans toutes leurs relations avec Infrabel. Ceci rendrait la gestion de sa commande par le candidat non-entreprise ferroviaire inutilement compliquée et pourrait donner lieu à des malentendus et ce, alors que le candidat non-entreprise ferroviaire est la partie responsable du paiement des redevances.

112. Lors de la réunion du 10 mai 2017, le Service de Régulation a interrogé Infrabel au sujet de cette disposition. Infrabel a indiqué que le § 3 de l'article 6 du contrat était sans préjudice des §§ 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> de la même disposition. Infrabel a ajouté que c'est uniquement en temps réel qu'elle s'adresse, en ce qui concerne les sillons du candidat, à l'entreprise ferroviaire désignée et non au candidat.

113. Infrabel n'est pas revenue sur la question dans ses observations du 16 avril 2018.

114. Le Service de Régulation prend note des clarifications d'Infrabel et considère que l'article 6, dans cette interprétation, ne viole pas le droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités. Des considérations de sécurité peuvent, en effet, imposer qu'en temps réel, les communications se fassent directement entre l'entreprise ferroviaire désignée et Infrabel. Comme l'a souligné le SSICF dans son avis précité du 12 octobre 2017, l'interface sécurité avec Infrabel est, en ce qui concerne les informations à prendre en compte par les systèmes de sécurité des entreprises ferroviaires, de la seule responsabilité

---

<sup>13</sup> Voy. l'extrait cité ci-dessus de l'Exposé des motifs accompagnant 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, ([http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2094adca-6859-414d-9ae5-8c913a7b6541.0003.01/DOC_1&format=PDF) - p. 95, §§ 53 et s.)

de l'entreprise ferroviaire désignée. Bien que ceci n'empêche pas le candidat non-entreprise ferroviaire d'être tenu informé tant par celle-ci que par Infrabel, il est raisonnable de considérer que dans les communications en temps réel, l'urgence justifie que la communication se passe exclusivement entre Infrabel et l'entreprise ferroviaire désignée, à charge pour le candidat de s'assurer que l'entreprise ferroviaire désignée le tienne informé.

115. Le Service de Régulation recommande cependant à Infrabel de modifier la formulation de l'article 6 du contrat pour refléter les clarifications apportées lors de la réunion du 10 mai 2017.

### 6.3.7. Quant au défaut de désignation de l'entreprise ferroviaire

116. En vertu des articles 8.1 et 3.2 du contrat, si le candidat non-entreprise ferroviaire ne communique pas à Infrabel le nom de l'entreprise ferroviaire désignée au plus tard 30 jours calendrier avant le premier jour de circulation de la commande de sillons concernée (ou aux autres délais fixés à l'article 3.2), le candidat est réputé avoir renoncé à l'intégralité de la commande de sillons concernés, au sens du DRR, de sorte que la commande de sillons est entièrement annulée et que le candidat est redevable du montant de la redevance « *calculé en application du point 6.6.2 du DRR* »<sup>14</sup> pour chaque circulation.

117. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel indique qu'elle se doit « *d'avoir une certitude quant à la désignation d'une entreprise ferroviaire et éviter que l'absence de désignation puisse équivaloir à un dédit indirect* », avec les risques que cela implique que les candidats puissent créer des congestions artificielles ou spéculer.

118. Le Service de Régulation estime que cette règle, qui aboutit à faire perdre au candidat l'intégralité de sa commande de sillons, en ce compris si cette commande est faite, par exemple, pour une année entière, est excessive et disproportionnée par rapport à l'avantage qu'en retire Infrabel.

D'autres mesures moins sévères peuvent être prévues pour atteindre le même objectif de lutter contre les risques de congestion artificielle ou de spéculation. Ainsi, en vertu du point 6.4.2 du DRR, les candidats, en ce compris les candidats entreprises ferroviaires, peuvent annuler les capacités une par une dans certains délais et moyennant le paiement de certaines pénalités, sans perdre l'intégralité de leur commande de sillons. Rien ne justifie, du point de vue de la lutte contre les risques de congestion artificielle ou de spéculation, de traiter plus sévèrement les candidats lorsqu'ils ne désignent pas une entreprise ferroviaire à temps que lorsqu'ils annulent purement et simplement certaines capacités. L'argument d'Infrabel lié à la nécessité d'éviter les dédits et la spéculation n'est donc pas justifié.

119. De plus, dans l'hypothèse où plusieurs entreprises ferroviaires sont désignées pour différentes circulations faisant l'objet d'une même demande de capacités comme envisagé dans la section 4.2.3 ci-dessus, le défaut de désignation d'une entreprise ferroviaire ne devrait pas pouvoir être considéré comme une renonciation aux capacités pour lesquelles

---

<sup>14</sup> Lire « du point 6.4.2 du DRR ». Voy. ci-dessous.

une entreprise ferroviaire a bel et bien été désignée. La renonciation ne devrait donc valoir que pour les capacités pour lesquelles aucune entreprise ferroviaire n'a été désignée. L'inverse constituerait pour le candidat non-entreprise ferroviaire une sanction disproportionnée par rapport à l'avantage qu'en retire Infrabel.

120. Le Service de Régulation considère donc que la règle prévue aux articles 8.1 et 3.2 du contrat porte atteinte au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités, et est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

### 6.3.8. Quant à l'obligation d'être couvert par une assurance

#### 6.3.8.a. Portée de l'obligation

121. En vertu de l'article 11.1 du contrat, le candidat est tenu d'être signataire d'une police d'assurance « *couvrant les conséquences pécuniaires de sa responsabilité envers Infrabel* ».
122. En vertu de l'article 10.2 du contrat, le candidat non-entreprise ferroviaire est responsable des dommages directs « corporels » et « matériels » causés à Infrabel par l'exécution de ses obligations prévues dans le contrat, sans préjudice des dispositions du Contrat d'utilisation de l'Infrastructure ferroviaire conclu entre Infrabel et l'entreprise ferroviaire désignée.

Cette disposition ne vise pas expressément les dommages directs financiers, tels ceux liés au non-paiement des redevances, par exemple. Le Service de Régulation estime cependant que le contrat ne peut raisonnablement pas être interprété comme signifiant que les manquements du candidats à ses obligations contractuelles envers Infrabel n'engageraient sa responsabilité que si elles donnent lieu à un dommage corporel ou matériel, et non à un dommage financier. Une telle interprétation n'aurait pas de sens et rendrait certaines obligations telles les obligations de paiement des redevances purement potestatives.

La responsabilité contractuelle du candidat non-entreprise ferroviaire envers Infrabel doit donc être comprise comme couvrant tout dommage causé par un manquement du candidat à ses obligations contractuelles envers Infrabel.

123. L'article 11.1 du contrat parlant de la responsabilité du candidat envers Infrabel de manière générale, il faut comprendre que l'assurance visée doit également couvrir sa responsabilité envers Infrabel pour tout manquement à ses obligations prévues par le DRR.

#### 6.3.8.b. Imposition d'une double assurance

124. Le Service de Régulation s'est demandé si les risques posés par le candidat non-entreprise ferroviaire du fait de l'exécution de ses obligations contractuelles envers Infrabel étaient distincts des risques posés par l'entreprise ferroviaire désignée elle-même.

Dans la négative, le fait pour Infrabel d'exiger que le candidat non-entreprise ferroviaire soit couvert contre ces risques reviendrait à lui imposer la charge d'une double assurance.

En effet, dès lors que l'entreprise ferroviaire désignée doit, elle aussi, en vertu des articles 13, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire, et 4.2 du Contrat d'utilisation de l'Infrastructure ferroviaire, être assurée pour sa responsabilité civile envers Infrabel, et puisque le coût de cette assurance est répercuté sur le candidat non-entreprise ferroviaire par le biais du prix que celle-ci lui facture, le candidat non-entreprise ferroviaire est, dans l'hypothèse où les mêmes risques sont couverts, contraint de payer deux fois une assurance pour les mêmes risques.

125. Les obligations du candidat envers Infrabel prévues par le contrat sont relatives à la désignation de l'entreprise ferroviaire désignée (articles 3.1 à 3.3 du contrat), à la garantie, par le candidat, de certaines obligations de l'entreprise ferroviaire désignée envers Infrabel (article 3.5), au non-transfert de capacités (article 4), à la renonciation ou à l'annulation de capacités (article 5), à la communication de certaines informations à Infrabel (article 6), au paiement des redevances (articles 7 et 8.1), au respect de la confidentialité (article 12) et à la fin du contrat (article 13). Les obligations du candidat envers Infrabel qui découlent du DRR lui-même sont, quant à elles, schématiquement, relatives au respect de la procédure de réservation de capacités (chapitre 4 du DRR) et au paiement des redevances (chapitre 6 du DRR, auquel renvoient les articles 7 et 8.1, précités, du contrat de réservation des capacités).

Parmi ces obligations, seules les obligations de garantie (article 3.5) et de communication de certaines informations (article 6) semblent de nature à causer les mêmes risques que ceux causés du fait de l'entreprise ferroviaire désignée.

126. Interrogée au sujet des risques posés par un candidat non-entreprise ferroviaire de son propre fait ou du fait de ses sous-traitants, Infrabel a indiqué, dans son courrier daté du 6 mars 2017, qu'outre les risques financiers, relatifs au paiement des redevances, l'activité du candidat non-entreprise ferroviaire engendre des « *risques opérationnels, voire liés à la sécurité* ». Ces derniers sont, par exemple, selon Infrabel, relatifs aux informations communiquées par le candidat non-entreprise ferroviaire à Infrabel et à l'entreprise ferroviaire désignée (« *mauvaise information/connaissance concernant le transport exceptionnel, le matériel roulant, l'équipement de la ligne, ...* »). Infrabel a aussi indiqué que le risque opérationnel est d'autant plus élevé que le candidat non-entreprise ferroviaire n'est pas tenu de faire preuve de compétences professionnelles ferroviaires.
127. Le Service de Régulation constate que selon le SSICF, le candidat non-entreprise ferroviaire ne peut poser aucun risque opérationnel dès lors qu'il « *ne bénéficie d'aucun système de reconnaissance ou d'accréditation en matière de sécurité* » et que l'entreprise ferroviaire désignée ne peut pas « *se décharger vers lui d'une part de sa responsabilité en matière de sécurité* » (avis du SSICF du 12 octobre 2017, mentionné ci-dessus, § 22). Ainsi, comme l'explique le SSICF, même dans un cas où le candidat non-entreprise ferroviaire fournit des informations en relation avec des questions de sécurité, c'est l'entreprise ferroviaire désignée qui doit opérer les vérifications nécessaires et, le cas échéant, ne pas autoriser le transport, de sorte que le candidat non-entreprise ferroviaire ne pose aucun risque opérationnel et ne supporte aucune responsabilité en matière de sécurité.
128. Le candidat non-entreprise ferroviaire ne posant aucun risque opérationnel et ne supportant aucune responsabilité en matière de sécurité, les risques posés du fait des informations qu'il

transmet à Infrabel semblent bien distincts de ceux posés par l'entreprise ferroviaire désignée elle-même.

129. En ce qui concerne, en revanche, l'obligation du candidat, prévue à l'article 3.5 du contrat, de garantir la bonne exécution, par l'entreprise ferroviaire désignée, d'une série d'obligations de celle-ci envers Infrabel, elle rend le candidat responsable, au même titre que l'entreprise ferroviaire désignée, pour une série de dommages qui pourraient être causés par cette dernière. Les articles 3.5 et 11 combinés du contrat de réservation des capacités impliquent donc par définition qu'une double assurance est exigée par Infrabel pour certains risques.

Le Service de Régulation a déjà relevé ci-dessus que cette disposition est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire en raison de son caractère excessif. Sa combinaison avec l'article 11.1 du contrat revient, de plus, à imposer au candidat une discrimination par rapport aux candidats entreprises ferroviaires, qui ne doivent être assurés qu'une fois pour les mêmes risques. Les candidats non-entreprise ferroviaire sont en effet désavantagés d'un point de vue commercial puisqu'ils doivent exposer un coût supplémentaire (celui de payer une deuxième fois une assurance pour les mêmes risques).

130. L'obligation d'assurance, prévue à l'article 11.1 du contrat, combinée à l'obligation de vérification et de surveillance, prévue à l'article 3.5 du contrat, porte par conséquent atteinte au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités et est donc contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### *6.3.8.c. Couverture de l'obligation de paiement des redevances*

131. Le Service de Régulation constate par ailleurs que l'article 11.1 du contrat, puisqu'il impose au candidat d'être assuré pour les conséquences pécuniaires de sa responsabilité envers Infrabel, comme on l'a vu ci-dessus, couvre également la responsabilité du candidat dans le paiement des redevances. Or, comme relevé ci-dessus (n°s 48 et s.), l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire limite les règles que le gestionnaire de l'infrastructure peut imposer au candidat « *afin d'assurer la sauvegarde de ses aspirations légitimes en ce qui concerne les recettes* ». Ces règles, notamment, « *ne peuvent porter que sur la fourniture d'une garantie financière ne dépassant pas un niveau approprié, proportionnel au niveau d'activité envisagé du candidat* », et doivent respecter les modalités prévues par le Règlement d'exécution (UE) 2015/10 du 6 janvier 2015 concernant les critères applicables aux candidats pour les demandes de capacités de l'infrastructure ferroviaire.
132. Interrogée au sujet de la compatibilité du contrat avec ce règlement d'exécution, Infrabel a indiqué, dans son courriel du 17 août 2017, que dès lors qu'il n'impose pas de garantie financière au candidat non-entreprise ferroviaire, le contrat de réservation des capacités est conforme au règlement d'exécution.
133. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel indique que l'assurance à contracter par le candidat « *ne couvre pas la responsabilité du candidat en cas de non-paiement des redevances* ».

134. Le Service de Régulation constate cependant qu'Infrabel a adopté la position inverse dans son courrier daté du 6 mars 2017, dans lequel elle a indiqué, en réponse à la question du Service de Régulation sur les risques posés par le candidat non-entreprise ferroviaire, que ces candidats posaient notamment des risques financiers relatifs au paiement des redevances. De plus, comme on l'a vu ci-dessus (§122), le contrat, tel qu'il est rédigé dans ses termes actuels, ne peut être compris que comme signifiant que l'assurance à conclure couvre également le paiement des redevances. Si cette interprétation du contrat ne correspond pas à la volonté d'Infrabel, la formulation de l'article 11.1 du contrat doit être modifiée.
135. Le Service de Régulation estime que l'article 55, § 1er, du Code ferroviaire, et l'article 41, § 2, de la directive 2012/34 dont il est la transposition, ne permettent pas au gestionnaire de l'infrastructure d'imposer, pour la sauvegarde de ses aspirations légitimes quant à ses recettes, des règles autres que celles prévues dans cette disposition et dans le règlement d'exécution. L'article 11.1 du contrat, en tant qu'il vise la responsabilité du candidat en cas de non-paiement des redevances, est donc contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire.

#### *6.3.8.d. Absence d'identification des risques à couvrir*

136. Les candidats non-entreprise ferroviaire ne posant aucun risque opérationnel, comme l'a indiqué le SSICF dans son avis du 12 octobre 2017, et l'assurance ne pouvant couvrir le paiement des redevances, comme cela vient d'être exposé, le Service de Régulation s'est demandé quels étaient précisément les risques restants qui devraient faire l'objet d'une couverture, et a interrogé Infrabel à ce sujet.
137. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel admet qu'elle manque de retour d'expérience pour élaborer une liste des risques à couvrir. Elle indique cependant que dans la quasi-totalité des cas où un sinistre survient, l'entreprise ferroviaire essaye de se défausser sur un sous-traitant, un auxiliaire, etc. plutôt que d'indemniser immédiatement Infrabel, ce qui entraîne des retards dans l'indemnisation des dommages subis par l'infrastructure d'Infrabel et l'augmentation de la « sinistralité » du réseau. Infrabel soutient que vu cette pratique, il est certain que les entreprises ferroviaires tenteront, en cas de sinistre, d'impliquer le candidat et qu'il serait illogique qu'un acteur de la chaîne, « à l'origine qui plus est de la réservation des sillons », ne soit pas assuré.
138. Le Service de Régulation constate qu'Infrabel admet ne fournir aucune indication en ce qui concerne les risques à couvrir par l'assurance. L'explication d'Infrabel selon laquelle en cas de sinistre, les entreprises ferroviaires seront amenées à tenter d'impliquer les candidats non-entreprise ferroviaire n'explique pas quels types de comportements ou d'omissions engageant la responsabilité de ces candidats envers Infrabel l'assurance devrait couvrir, particulièrement au regard du fait que, comme l'a indiqué le SSICF dans son avis du 12 octobre 2017, les candidats non-entreprise ferroviaire ne posent aucun risque opérationnel.
139. Lors de la réunion du 10 mai 2017, Infrabel a indiqué, au sujet de la question du montant minimal de couverture, que le candidat non-entreprise ferroviaire doit produire sa police au moment de signer le contrat de réservation des capacités, et que c'est à ce moment qu'Infrabel vérifie si cette police est raisonnable au sens de l'article 11 du contrat.

140. Au vu de ces éléments, l'absence d'indication sur les risques que l'assurance à contracter doit couvrir laisse à Infrabel une très large marge d'appréciation quant à ce qui constitue une « *police d'assurance couvrant les conséquences pécuniaires de sa responsabilité envers Infrabel* » au sens de l'article 11.1 du contrat et crée par conséquent une insécurité juridique pour les candidats non-entreprise ferroviaire potentiels.
141. Le Service de Régulation considère par conséquent que l'article 11.1 du contrat, en ce qu'il ne précise pas les risques que l'assurance doit couvrir et crée donc une insécurité juridique quant à la possibilité concrète, pour les candidats non-entreprise ferroviaire, de réserver des capacités, porte atteinte à leur droit de demander des capacités, et est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### *6.3.8.e. Absence d'un montant minimal de couverture*

142. Le Service de Régulation note, de plus, qu'aucune indication n'est donnée, dans le contrat de réservation des capacités, quant au montant minimal de la couverture de responsabilité requise.
143. Lors de la réunion du 10 mai 2017, Infrabel a expliqué qu'aucun montant minimal de couverture n'avait été prévu car il est très difficile d'en définir un, tant les situations de différents candidats peuvent varier. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel a mentionné un accident à titre d'illustration, pour lequel un wagon unique lui a causé un dommage avoisinant 10 000 000 EUR.
144. Le Service de Régulation comprend la difficulté invoquée par Infrabel mais constate que l'absence de montant minimal augmente encore l'insécurité juridique créée par l'absence de fixation des risques à couvrir. La difficulté de fixer un montant minimal doit, de plus, être relativisée d'une part, par le fait que, comme l'expose le SSICF dans son avis du 12 octobre 2017, le candidat non-entreprise ferroviaire n'assume aucune responsabilité en matière de sécurité, et d'autre part, par le fait que l'assurance ne peut pas, comme exposé ci-dessus (§ 131), couvrir le risque de non-paiement des redevances.
145. Le Service de Régulation considère par conséquent que l'article 11.1 du contrat, en ce qu'il ne précise pas le montant minimum de la couverture de responsabilité et crée donc une insécurité juridique quant à la possibilité concrète, pour les candidats non-entreprise ferroviaire, de réserver des capacités, porte atteinte à leur droit de demander des capacités, et est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire.

#### **6.3.9. Quant à la possibilité de résilier le contrat en cas d'inutilisation des capacités**

146. En vertu de l'article 13.2 (iv) du contrat, Infrabel peut résilier le contrat « de plein droit » quand pendant l'horaire de service précédent, le candidat a utilisé les capacités réservées « *à moins de 80% du nombre de circulations hebdomadaires prévues* ».
147. Le Service de Régulation constate que cette règle a pour objet de sanctionner la non-utilisation de l'infrastructure. Or, comme relevé ci-dessus (n°s 48 et s.), l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du

Code ferroviaire limite les règles que le gestionnaire de l'infrastructure peut imposer au candidat « afin d'assurer la sauvegarde de ses aspirations légitimes en ce qui concerne [...] l'utilisation future[...] de l'infrastructure ». Ces règles, notamment, « ne peuvent porter que sur la fourniture d'une garantie financière [...] et sur la capacité à présenter des offres conformes en vue de l'obtention de capacités de l'infrastructure ». La règle prévue à l'article 13.2 (iv) du contrat ne portant ni sur l'une, ni sur l'autre, elle est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup> du Code ferroviaire.

148. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel ne le conteste pas mais souligne qu'elle doit « éviter les réservations de complaisance, qui ne visent qu'à bloquer de la capacité pour d'autres opérateurs » et faire des capacités une « utilisation effective et optimale », conformément à l'article 26 de la directive 2012/34. Infrabel ajoute que « l'implémentation d'une règle use-it-or-loose-it [...] est une pratique courante pour éviter de tels abus ». Infrabel souligne encore que le pourcentage retenu de 80% d'utilisation est également prévu à l'article 4.4.3 du DRR, « conformément à l'habilitation conférée par l'article 52, paragraphe 1, de la directive 2012/34 au gestionnaire du réseau ».
149. Le Service de Régulation constate qu'en vertu de l'article 26 de la directive 2012/34, les systèmes de tarification et de répartition des capacités de l'infrastructure ferroviaire doivent permettre « au gestionnaire de l'infrastructure de commercialiser les capacités de l'infrastructure disponibles et d'en faire une utilisation effective et optimale ». Cette règle générale n'impose aucunement l'instauration d'une règle « use-it-or-loose-it » et ne saurait être considérée comme faisant exception à la règle prévue à l'article 41, § 2, de la directive (transposée à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire). L'article 52, § 1<sup>er</sup>, de la directive, est, quant à lui, relatif à prise en compte des niveaux antérieurs d'utilisation des sillons pour la seule question lors de la détermination des priorités dans le processus de répartition des capacités. Il s'agit d'une règle précise, qui ne permet donc pas une dérogation générale à la règle prévue à l'article 41, § 2, de la directive (transposée à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire). Aucun des arguments d'Infrabel ne permet donc de renverser le constat selon lequel l'article 13.2 (iv) du contrat ne portant ni sur « la fourniture d'une garantie financière », ni sur « la capacité à présenter des offres conformes en vue de l'obtention de capacités de l'infrastructure », elle est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup> du Code ferroviaire.
150. Le Service de Régulation constate également, de manière surabondante, que le pourcentage d'utilisation imposé aux candidats est élevé par rapport à l'utilisation actuelle effective des sillons réservés par les entreprises ferroviaires. Ainsi, si l'on examine le taux d'utilisation des sillons réservés par les entreprises ferroviaires actives sur le réseau belge en 2015, 2016 et 2017, taux repris dans le tableau ci-dessous, on constate que la moitié des entreprises ferroviaires n'atteignent pas un taux d'utilisation de 80%, loin s'en faut pour certaines d'entre elles, même si une amélioration peut être globalement observée pour l'année 2017.

	2015	2016	2017
EF1	94,45%	93,83%	97,61%
EF2	97,86%	98,56%	98,12%
EF3	91,43%	91,21%	94,40%
EF4	60,67%	65,85%	75,74%
EF5	70,96%	62,23%	69,55%

EF6	67,33%	66,48%	74,20%
EF7	72,39%	71,79%	80,16%
EF8	55,77%	59,80%	73,33%
EF9	62,78%	54,68%	73,61%
EF10	71,05%	60,95%	88,69%
EF11	78,81%	73,01%	73,92%
EF12	84,08%	86,69%	87,36%
EF13	52,24%	56,86%	62,87%
EF14	85,14%	74,57%	84,95%

151. De plus, en vertu du chapitre 6 du Contrat d'utilisation de l'Infrastructure ferroviaire, Infrabel peut retirer à l'entreprise ferroviaire son droit d'utilisation de la capacité « *si au cours de l'horaire de service précédent, les capacités attribuées ont été utilisées [...] à moins de 80% du nombre de circulations hebdomadaires prévues* ». Infrabel n'a pourtant jamais exercé ce droit vis-à-vis des entreprises ferroviaires ayant utilisé moins de 80%, ce qui rend l'application de la règle imprévisible et potentiellement discriminatoire.
152. Dans ses observations du 16 avril 2018, Infrabel soutient que la manière dont elle vérifie ce taux n'est pas pertinente mais n'explique pas pourquoi. Le Service de Régulation estime au contraire que l'application ou la non-application par Infrabel des règles qu'elle fixe dans le DRR ou dans les annexes à celui-ci ne peut être laissée à son entière discrétion, sous peine d'entraîner un traitement potentiellement discriminatoire des candidats.
153. Au regard de ces deux éléments, le Service de Régulation estime que le taux de 80% n'est, dans l'état actuel de l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, pas justifié, ce qui pourrait porter atteinte au droit des candidats non-entreprise ferroviaire de demander des capacités.
154. Le Service de Régulation constate par ailleurs, et sous réserve des deux problèmes précités de conformité de l'article 13.2 (iv) du contrat au Code ferroviaire, qu'au point 4.4.3, alinéa 4, du DRR, il est prévu qu'Infrabel peut suspendre ou retirer le droit d'utilisation du sillon en cas de sous-utilisation de ce sillon et ce, après concertation avec le candidat. Cette obligation de concertation préalable n'est prévue ni dans le contrat de réservation des capacités, ni dans le Contrat d'utilisation de l'Infrastructure ferroviaire. Dès lors qu'il s'agit d'une précision supplémentaire figurant dans le DRR, il ne s'agit pas à proprement parler d'une incompatibilité entre ces contrats et le DRR au sens de l'article 2.3.3, *in fine*, du DRR. Il ne faut donc pas conclure que le contrat de réservation des capacités, en ce qu'il ne prévoit pas d'obligation de concertation, primerait sur le DRR.

## 7. Remarques complémentaires

155. Le Service de Régulation relève une erreur matérielle dans la version néerlandaise du contrat, où le numéro de paragraphe « 3.2 » est manquant.
156. Comme déjà relevé ci-dessus (note de bas de page n° 10), l'article 8.1, al. 2, du contrat est également entaché d'une erreur matérielle. Il réfère à une redevance calculée en application

du point 6.6.2 du DRR or, le DRR ne contient pas de tel article. C'est au point 6.4.2 du DRR, relatif aux sanctions pour les capacités annulées, qu'il convient de se référer.

157. Le Service de Régulation note par ailleurs que l'article 10.1 prévoit une responsabilité des parties pour leurs sous-traitants. A cet égard, dans son courrier daté du 6 mars 2017, Infrabel a indiqué qu' « *eu égard aux sous-traitants éventuels du candidat non entreprise ferroviaire [...], cette option est fortement limitée par l'effet de l'article 29 du Code ferroviaire* ». L'entreprise ferroviaire désignée ne doit pas être considérée comme un sous-traitant du candidat puisqu'elle n'est pas désignée pour exécuter certaines des obligations du candidat envers Infrabel. Le Service de Régulation recommande, pour plus de clarté, qu'il soit indiqué à l'article 10.1 du contrat que l'entreprise ferroviaire désignée n'est pas un sous-traitant du candidat au sens de cette disposition.

## 8. Décision

158. Considérant que l'exigence de la conclusion d'un contrat de réservation des capacités n'est pas contraire aux dispositions du Code ferroviaire ;

Considérant que les contraintes imposées dans ce contrat ne peuvent cependant pas revêtir un caractère excessif ;

Le Service de Régulation décide ce qui suit :

1. Les articles 2.2.1.2 et 4.2.1.1 du document de référence du réseau, en ce qu'ils imposent la conclusion du contrat de réservation des capacités avant l'introduction, par le candidat, d'une demande de capacités, sont contraires aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire et doivent être modifiés.
2. L'article 3.3, alinéa 1<sup>er</sup>, du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il ne permet la désignation que d'une entreprise ferroviaire par commande de sillons, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire et doit être modifié.
3. L'article 3.3, alinéa 2, du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il ne permet au candidat de changer d'entreprise ferroviaire désignée qu'au plus tard 30 jours avant le premier jour des circulations concernées, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire et doit être modifié pour prévoir un délai raisonnable.
4. L'article 3.5 du contrat de réservation des capacités (de même que l'article 3.4, dans sa nouvelle version proposée par Infrabel), en ce qu'il impose aux candidats non-entreprise ferroviaire une obligation de garantie (ou de vérification et de surveillance) du respect, par l'entreprise ferroviaire désignée, de certaines de ses obligations envers Infrabel, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire et doit être supprimé.
5. Les articles 8.1 et 3.2 du contrat de réservation des capacités, en ce qu'il prévoient que l'absence de désignation d'une entreprise ferroviaire 30 jours avant le premier jour de circulation de la commande de sillons est réputée constituer une renonciation à

l'intégralité de la commande de sillons concernés, sont contraires aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire. Ils doivent être modifiés pour prévoir une sanction moins sévère en cas de défaut de désignation de l'entreprise ferroviaire.

6. L'article 11.1 du contrat, combiné à l'article 3.5 du contrat (soit l'article 3.4, dans sa nouvelle version proposée par Infrabel), en ce qu'il impose au candidat non-entreprise ferroviaire la charge d'une double assurance, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire. L'article 11.1 du contrat, en ce qu'il couvre la responsabilité du paiement des redevances, est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire. Le même article 11.1, en ce qu'il ne précise ni les risques à couvrir, ni le montant minimum de la couverture de responsabilité, est contraire aux articles 27/1 et 32 du Code ferroviaire. L'article 11.1 du contrat doit être modifié ou supprimé.
7. L'article 13.2 (iv) du contrat, en ce qu'il permet à Infrabel de mettre fin au contrat en cas d'utilisation de moins de 80% des capacités réservées, est contraire à l'article 55, § 1<sup>er</sup>, du Code ferroviaire et doit être supprimé.

## 9. Possibilité de recours

159. Conformément à l'article 221/1 du Code ferroviaire, un recours auprès de la Cour des marchés siégeant comme en référé est ouvert à toute personne justifiant d'un intérêt contre les décisions du Service de Régulation prises en application des articles 63, §§ 2 et 3, et 64 du Code.

La Cour des marchés est saisie du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction.

Sous peine d'irrecevabilité pouvant être prononcée d'office par la Cour des marchés, le recours visé à l'article 221/1 est formé dans un délai d'un mois à partir de la notification de la décision ou, pour les personnes intéressées auxquelles la décision ne devait pas être notifiée, dans un délai d'un mois à dater de la publication au Moniteur belge de la décision concernée.

Le Code judiciaire est d'application en ce qui concerne la procédure, sauf si les dispositions du Code ferroviaire y dérogent.

Hormis les cas où le recours est dirigé contre une décision du Service de Régulation infligeant une amende administrative sur pied des articles 63, § 3, et 64, le recours n'a pas d'effet suspensif, mais la Cour peut ordonner, d'office ou à la demande de l'une ou l'autre partie dûment motivée dans la citation introductive d'instance, la suspension de la décision attaquée.

La Cour statue sur la demande de suspension au plus tard dans les dix jours qui suivent l'introduction de la cause, sauf circonstances exceptionnelles, liées au respect des droits de la défense, motivées par la Cour.

Au plus tard le jour de l'introduction de la cause, le Service de Régulation communique au demandeur et à la Cour une copie du dossier administratif.

\*

Bruxelles, le 28 mai 2018

Pour le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de l'Aéroport de Bruxelles-National,

Serge DRUGMAND  
Directeur