

1 **Recours déposé par Eurostar devant la CIG au tunnel sous la Manche**

2 **Audition du mercredi 2 octobre 2013**

3
4 Lieu : Ministère des affaires étrangères

5
6
7
8
9 *La séance est ouverte à 10 h 45, sous la présidence de M. François Barry Delongchamps*

10 **M. le Président.**- Bienvenue à tout le monde. La commission intergouvernementale, qui est
11 l'organe de régulation du lien fixe du tunnel sous la Manche, a organisé cette séance d'audition,
12 conformément à l'article 5.3 de son règlement de procédure, pour traiter les recours qui sont faits
13 conformément à l'article 12 du Règlement binational sur l'utilisation du lien fixe.

14 Après avoir reçu les commentaires écrits du demandeur, du défendeur et des parties
15 intéressées, et après avoir recueilli l'avis, conformément à l'article 9 du règlement, de son Comité
16 Economique Binational, la commission intergouvernementale a organisé cette audition aujourd'hui
17 pour recueillir toute information pertinente supplémentaire avant qu'elle réunisse tous les éléments de
18 cette procédure et qu'elle puisse répondre au recours qui a été formulé par Eurostar le 20 mars 2013.

19 La commission intergouvernementale a pris en considération les documents écrits en détail. La
20 réunion d'aujourd'hui n'a pas pour objet de recommencer oralement, de répéter ou de résumer
21 oralement les documents écrits qui ont déjà été fournis et que tout le monde a reçus.

22 D'un autre côté, il n'est que normal que les parties aient la possibilité de réagir au rapport du
23 Comité Binational et d'appuyer leur point de vue, d'étayer leur point de vue avec toutes les
24 explications qui leur paraissent nécessaires. Bien sûr, les membres de la commission
25 intergouvernementale pourront poser des questions également pour clarifier certains points.

26 A partir du moment où la commission intergouvernementale aura reçu toutes les informations
27 qui lui paraissent nécessaires pour répondre au recours, elle en informera les parties, conformément à
28 l'article 7.3 du règlement, et elle fera connaître sa décision, pas plus tard — mais j'espère avant — que
29 deux mois après.

30 La commission intergouvernementale va se réunir tout de suite après l'audition d'aujourd'hui
31 pour faire le point et décider de la question de savoir si elle dispose ou pas des informations qui lui
32 permettent d'en finir avec cette procédure et de conclure la procédure. Si c'est le cas, la commission
33 intergouvernementale en informera les parties dans les cinq jours ouvrables. Si ce n'est pas le cas, et
34 toujours dans les mêmes cinq jours ouvrables, la commission intergouvernementale indiquera aux
35 parties ce qui lui est nécessaire comme informations complémentaires, soit venant des parties, soit
36 venant des experts.

37 C'est donc une réunion normale de la commission intergouvernementale, même si nous ne la
38 consacrons qu'à un seul point. Comme vous le savez certainement, la décision de la CIG se règle entre
39 les chefs de délégation, conformément au Traité. Néanmoins, pour que tous les points de vue soient
40 considérés, il est utile et nécessaire que d'autres membres de la commission y soient associés, ce qui
41 est le cas aujourd'hui.

42 La délégation française est composée de :

- 1 - moi-même, François Barry Delongchamps, président de la commission,
 2 - de M. Pierre Garnier, qui est le chef de la délégation française au Comité de sécurité du
 3 tunnel et membre de la commission,
 4 - et de M. Gille Sanson, qui est co-président du Comité de sécurité et membre également de
 5 la commission intergouvernementale.

6 La délégation britannique est composée de :

- 7 - M. Christopher Irwin, chef de la délégation britannique,
 8 - de Mme Caroline Wake, présidente du Comité de sécurité du tunnel et membre de la
 9 commission,
 10 - de Mme Agnès Bonnet, qui est suppléante de Mr Brian Kogan, suppléante au titre de
 11 l'ORR britannique ; je dis qu'elle est suppléante de Mr Brian Kogan, qui participe à cette
 12 procédure en qualité de co-président britannique du CBE, du Comité Binational
 13 Economique, conformément à l'article 9 du règlement, plutôt qu'en tant que membre de la
 14 CIG.

15 Le secrétariat de la CIG, responsable de la documentation et du déroulement de la procédure et
 16 de la préparation de la décision de la Commission à partir des instructions des membres de la
 17 Commission, est composé de :

- 18 - Mme Corinne Ménage, secrétaire-générale de la délégation qui exerce la présidence et qui
 19 est également chargée du greffe de cette procédure, conformément au règlement,
 20 - et de M. Martin Jones, qui est secrétaire-général de la délégation britannique.

21 Le CBE, le Comité Binational Economique, va vous présenter très rapidement la manière dont
 22 il a travaillé. Je lui demanderai de ne pas résumer, de ne pas aborder les questions qui figurent dans le
 23 rapport lui-même pour ne pas ajouter des éléments nouveaux à ce que tout le monde a déjà reçu, afin
 24 que la documentation ne soit pas altérée.

25 Le Comité Binational est représenté par les auteurs du rapport que vous avez reçu le
 26 19 septembre ; ils se présenteront eux-mêmes.

27 Je souhaite maintenant demander aux représentants des deux parties — on commence
 28 par Eurostar et ensuite Eurotunnel — de se présenter eux-mêmes.

29 Je précise une dernière chose, enfin deux dernières choses : conformément aux procédures de
 30 la Commission, les discussions et les conversations tenues ici sont confidentielles. Une interprétation
 31 simultanée est fournie et fonctionne, je l'espère. Un verbatim en français et en anglais sera établi et
 32 sera communiqué aux parties. Je vous demanderai aussi, ne serait-ce que pour la clarté du verbatim,
 33 qu'avant de prendre la parole, chacun se présente avec son nom.

34 Je souhaite, avant de donner la parole au Comité Binational Economique, que les membres des
 35 deux parties se présentent.

36 Nous commençons par Eurostar, si vous le voulez.

37 **Mr Gareth Williams.**- Merci monsieur. I am Gareth Williams, and I am the Director of
 38 Regulatory Affairs for Eurostar International Limited. Also representing Eurostar today, we have
 39 Kami Haeri from August & Debouzy, Chris Jackson from Burges Salmon, and James Flynn from
 40 Brick Court Chambers.

41 **M. Emmanuel Moulin.**- Monsieur le Président, Emmanuel Moulin, directeur général adjoint
 42 du groupe Eurotunnel SA, Jean-Alexis Souvras, directeur des affaires publiques, Jean-Pierre Ramirez,

1 directeur du réseau ferroviaire à Eurotunnel et David Marteau, ainsi que nos avocats, Me Pinsolle et
2 Me Lacoste.

3 **M. le Président.**- Je donne la parole aux représentants du Comité Binational pour qu'ils nous
4 expliquent les conditions dans lesquelles ils ont travaillé et préparé leur rapport, et ensuite, nous leur
5 poserons des questions.

6 **M. Michel Bellier.**- Michel Bellier, co-président du Comité Binational Economique.

7 Merci, monsieur le Président. Suite à votre demande, je vais présenter rapidement le
8 déroulement de l'instruction et l'objet de notre rapport.

9 Le Comité Binational Economique, représenté par Brian Kogan et moi-même, agit en tant
10 qu'expert désigné par la CIG en application de l'article 12.2 du Règlement binational qui a transcrit la
11 Directive 2001-14 en droit français et britannique, et le Comité binational économique a eu pour
12 responsabilité d'instruire le recours déposé par Eurostar.

13 Nous avons mené cette instruction en conformité, en faisant référence, pour le fond, au
14 Règlement binational qui a transmis la Directive 2001-14. Cette instruction s'est déroulée
15 conformément au règlement de procédure de la CIG pour l'instruction des recours.

16 Les parties présentes connaissent bien les différentes étapes et les documents qui ont été
17 échangés puisque tout document produit par l'une des parties a été communiqué à l'autre. C'est donc
18 sur la base de ces documents, et en référence aux textes que j'ai cités, que le Comité Binational
19 Economique a préparé son rapport.

20 Le rapport aborde les différents points soulevés par les parties : Eurostar, d'une part, et les
21 concessionnaires du tunnel sous la Manche, qui, collectivement, sont appelés dans le rapport, et que
22 j'appellerai aujourd'hui, "Eurotunnel".

23 Le rapport aborde trois questions : tout d'abord la compétence de la CIG pour accueillir le
24 recours, en réponse à des observations faites par Eurotunnel ; la recevabilité du recours, point qui est
25 contesté par Eurotunnel ; et enfin la conformité du Document de référence du réseau aux exigences du
26 Règlement et de la Directive et, d'autre part, la validité des consultations menées sur la version 2014
27 du Document de référence du réseau.

28 Je terminerai en précisant que nous n'avons examiné que les activités passagers, puisque le
29 recours d'Eurostar ne porte pas sur le fret, qui n'est pas une activité exercée par Eurostar.

30 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Maintenant, nous allons passer à la phase des questions.
31 Nous avons entre nous un certain nombre de questions. Je vais commencer par la première, et
32 ensuite... Il serait bon que vous puissiez répondre aux questions au fur et à mesure de manière à ce
33 qu'on avance le plus vite possible.

34 Ma première question est la suivante : le rapport du CBE recommande, au paragraphe 144,
35 d'exiger qu'Eurotunnel explique dans son Document de référence du réseau, pour chaque tarif, le
36 montant correspondant aux coûts à long terme du projet. A quelle catégorie de coûts à long terme le
37 CBE se réfère-t-il ?

38 **M. Michel Bellier.**- Monsieur le Président, la notion de coûts long terme du projet est
39 introduite dans la Directive à l'article 8.2, dans un article qui précise que les tarifs peuvent aller
40 jusqu'aux coûts long terme du projet dans un certain nombre de cas définis — je n'entrerai pas dans le
41 détail —, mais dans des conditions que nous considérons qu'Eurotunnel remplit.

42 Donc de notre point de vue, les coûts long terme du projet, en tant que limite pour les tarifs,
43 s'appliquent à Eurotunnel.

1 Cette notion de coûts long terme du projet est très vague dans les textes, puisque la Directive
2 ne le précise pas et qu'il n'y a pas eu non plus de travaux de la Commission européenne détaillant ou
3 donnant une approche sur ce que peuvent être les coûts long terme.

4 C'est néanmoins une question que le Comité Binational s'est posée. Nous avons essayé
5 d'apprécier ce que les coûts long terme pouvaient contenir et, aujourd'hui, le stade de nos réflexions
6 nous amène à considérer que les coûts long terme du projet devraient inclure les coûts suivants :

- 7 • les coûts de fonctionnement et de maintenance ;
- 8 • les coûts de l'investissement initial au travers de l'amortissement annuel, lequel doit être
9 basé sur, selon les cas, les coûts historiques, le coût actuel ou le coût de remplacement,
10 ceci selon la catégorie d'actifs, de manière à financer les coûts de renouvellement ;
- 11 • enfin, le coût de la dette et une rentabilité raisonnable des fonds propres, de façon à
12 récupérer et couvrir les coûts de financement, y compris la quote-part des coûts qui
13 correspond à la rémunération du risque.

14 Voilà, monsieur le Président, l'interprétation que nous donnons, au Comité Binational
15 Economique, à la notion de coûts long terme.

16 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Je crois que la délégation britannique a des questions à
17 poser, d'autres questions. Je lui donne la parole.

18 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you, Mr. President. I am Christopher Irwin, I am head of the
19 UK delegation.

20 I've really got a four-part question just to prepare you, but it's a very simple question. At
21 paragraph 150, 150(b), the JEC concludes that Eurotunnel must be able to justify its charges to railway
22 undertakings. Paragraph 150(b).

23 My four-part question is this: Where and then to whom do the JEC expect that justification to
24 be provided ? And then in what form ? And then, finally, what is the basis for that expectation?

25 So where, to whom, what form, and what is the basis for that expectation ? Thank you.

26 **M. Michel Bellier.**- Merci, monsieur le Président. Je vais répondre à votre question en traitant
27 d'abord la quatrième partie : l'origine, la base qui nous amène à mentionner, à définir ce qu'est la
28 justification.

29 La justification des tarifs facturés est une notion qui apparaît à l'article 11.5 du Règlement
30 binational, en disant que le gestionnaire de l'infrastructure doit être en mesure de justifier les tarifs
31 payés. Le terme anglais est un peu différent, mais la notion est celle-là.

32 Le règlement ne dit rien d'autre et nous avons donc donné notre interprétation du règlement en
33 considérant que, puisque cet article fait référence au tarif payé par les réseaux, il serait logique, il est
34 logique de considérer que c'est aux réseaux concernés, c'est-à-dire aux réseaux qui exploitent des
35 services et qui font l'objet de facturations, qu'Eurotunnel doit justifier ses tarifs.

36 C'est une justification qui doit être faite de manière directe, indépendamment du processus de
37 préparation des tarifs et de l'élaboration du Document de référence du réseau. Cette notion de
38 justification est vis-à-vis des réseaux, mais un autre article de la Directive précise qu'Eurotunnel et les
39 gestionnaires d'infrastructures doivent donner toute information aux Etats membres. C'est pourquoi
40 nous avons mentionné cette obligation de communiquer des informations à la CIG, au sens d'Etat
41 membre. Et la forme de cette justification est une justification qui doit comprendre un certain nombre
42 d'éléments chiffrés de justification de ses coûts.

1 Encore une fois, nous sommes sur le terrain de l'interprétation puisqu'il n'existe pas de
2 documents au sein de la Directive, au sein du Règlement, dans les commentaires de la Commission ou
3 dans les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne qui précise ce qu'est cette justification.

4 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you very much. I just, if I may, want to understand a little bit
5 more. I was interested in your principle that those who are charged should be those to whom an
6 explanation is made as to what the basis is. But I wonder on what basis you say that, other than as an
7 assertion.

8 **Mr Brian Kogan.**- Brian Kogan, co-chairman of the Joint Economic Committee.

9 As Monsieur Bellier has already said, this is a subject on which there is no case law, so what
10 we have to do, as advisors to a regulatory body, is provide our interpretation of what we think is the
11 correct application of this provision. And I can say that our view is that the correct interpretation of
12 the natural meaning of this provision in the legislation is that the charges should be justified by the
13 infrastructure manager to the people on whom the charges are imposed, in other words, the railway
14 undertaking.

15 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you very much. Could I ask really our third substantive
16 question ?

17 You won't be surprised that I spent a little bit of time looking at RFF and Network Rail's
18 Network Statements to try and understand what their practice is.

19 Can the JEC explain why its recommended requirements for Eurotunnel are commensurate
20 with other regulators' expectations of railway infrastructure managers ?

21 **Mr Brian Kogan.**- First of all, I should say that again this is a subject on which the provision
22 in the legislation is descriptive rather than determinative, so that what we have written represents our
23 interpretation of what we believe is the correct meaning of the legislation.

24 In this particular case, it is also true to say that we have taken into account the practices
25 adopted both in France and also in Great Britain, so as to use that as a basis for what we have said.

26 I am going to talk a little bit now about practice in Great Britain, and Monsieur Bellier will
27 then follow up with his description of how these matters are dealt with in France.

28 So the first thing to say is that, in Great Britain, the level of transparency generally, which is
29 required from infrastructure managers, is considerably higher than anything which is required -- has
30 been required so far and is required in our recommendations from Eurotunnel.

31 Some of you may know that all of the details of charges to individual operators are made
32 public, all framework agreements are published. The minute details of the regulatory bodies'
33 consideration which it goes through when it is conducting its price control, its access charge review on
34 a five-yearly basis, both for -- well, for the two major network operators : for Network Rail and for
35 HS1 ; those detailed operations are all made public. And in many cases, those documents are the ones
36 that are referred to in the Network Statements, so that train operators are able, if they wish, to delve
37 into those minute details.

38 And I think I will finish by saying that, in Great Britain, there have been no appeals on this
39 subject within the last five years, and we assume because of the degree of transparency which is made
40 available to train operators.

41 **M. Michel Bellier.**- Je vais, monsieur le Président, sur cette question de la transparence et des
42 justifications, citer un certain nombre de décisions de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires
43 française (ARAF en acronyme), puisqu'elle a eu à connaître et a pris position en plusieurs occasions
44 sur cette question.

1 L'ARAF, tout d'abord, concernant la transparence, a fait référence à la définition donnée par
 2 l'Autorité de la concurrence en France et je vais lire sa décision : « La transparence signifie, pour les
 3 utilisateurs du réseau, que l'ensemble des règles tarifaires soit public, qu'ils puissent vérifier le montant
 4 des redevances demandées et, surtout, établir des prévisions pour ce poste de dépenses ».

5 L'ARAF en a tiré des conséquences en ce qui concerne le gestionnaire d'infrastructure du
 6 réseau français (RFF) : « RFF doit donc, d'une part, publier les règles tarifaires applicables au mode de
 7 facturation des réseaux et décrire son contenu dans le DRR et, d'autre part, en justifier le montant aux
 8 utilisateurs ».

9 Enfin, une autre décision relative à la portée de clauses de confidentialité sur des informations
 10 jugées sensibles commercialement (point que notre rapport aborde) : l'ARAF précise que, quand il y a
 11 des clauses de confidentialité qui ne permettraient pas leur communication aux utilisateurs sur certains
 12 éléments de coûts, il reviendrait au gestionnaire d'infrastructure de justifier du tarif dans le cadre de la
 13 préparation de l'avis que l'Autorité, l'ARAF, doit rendre sur le DRR.

14 C'est la notion que les informations de nature confidentielle peuvent ne pas être
 15 communiquées aux utilisateurs, donc aux entreprises ferroviaires, mais doivent l'être au régulateur.

16 Voilà les références relatives à des décisions de l'ARAF sur cette question de la transparence
 17 et des justifications.

18 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you very much. Can I just, so I understand a little bit more
 19 clearly -- I found those explanations very illuminating, but I am still trying to calibrate what you are
 20 recommending in paragraph 170(a)(i), for example, with the standard applied by either of the national
 21 infrastructure managers.

22 Is what you are proposing in 170(a)(i) substantially or significantly different from that applied
 23 by RFF or by Network Rail ?

24 **M. Michel Bellier.**- Nous avons élaboré ces propositions avec le souci d'avoir une cohérence
 25 avec les pratiques. Nous considérons que nos propositions, pour ce qui concerne les pratiques en
 26 France, sont cohérentes avec les pratiques de l'ARAF.

27 Les documents, les extraits des décisions de l'ARAF que je vous ai lus ne détaillent pas
 28 exactement le détail de ce qui doit être contenu au titre des justifications. C'est pourquoi nous avons
 29 appliqué notre jugement et fait des recommandations qui nous paraissent adaptées à la situation.

30 **Mr Brian Kogan.**- Just to add to that about the practice in Great Britain. Yes, it is certainly
 31 the case that both Network Rail and HS1 make imposed charges on train operators which are
 32 described as direct costs, and we believe that that is a basic requirement of the provisions in Directive
 33 2001/14 and, in the case of Great Britain, in the implementing legislation.

34 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you very much.

35 Can I move on to another point by way of exploring analogies ?

36 In paragraph 164 of your report, you refer to it being right to interpret the nature of the
 37 procedural obligations relating to consultation in accordance with the standards applicable to a public
 38 body in an equivalent legal and factual situation.

39 From where do you get the notion; from where do you derive the notion that the appropriate
 40 standard of consultation against which to judge the quality of Eurotunnel's consultation is the standard
 41 applied to public bodies ?

42 Eurotunnel, after all, is not a public body. Where do you get the notion that it is appropriate to
 43 apply the standard equivalent to a public body ?

1 **Mr Brian Kogan.**- Again, we had to look at the legal provisions and decide what we believed
2 the current interpretation of these provisions was. This is an area on which we took legal advice
3 because there is a great deal of case law about the requirements for an effective consultation process.

4 In this particular case, we appreciate that Eurotunnel is a private company and cannot
5 therefore be in any sense a public authority. However, it does have an obligation imposed on it by
6 legislation, and we believe that, in that sense, that places certain requirements on it which would not
7 be the same necessarily as requirements imposed by, let's say, a private contract.

8 That is the point that we were trying to make in the report, that the fact that in carrying out this
9 consultation, Eurotunnel is satisfying a statutory obligation. It is something which has to be borne in
10 mind.

11 **Mr James Irwin.**- Do you want to follow that, or just your micro is on ?

12 **Mr Brian Kogan.**- I think -- we have set this out in more detail in paragraph 1 -- we set out
13 the basis of what we said in paragraph 163 of our report, and I think that really gives a useful guidance
14 to the kind of approach that we would expect to see.

15 **Mr Christopher Irwin.**- I don't know whether this is a question that you are able to answer
16 immediately, but I am trying -- I would be very interested to know of other private bodies which are
17 carrying out an analogous function to Eurotunnel that actually get treated as equivalent for these
18 purposes to a public body.

19 **Mr Brian Kogan.**- I should say we are not saying that Eurotunnel is a public body. We are
20 simply saying that the public law guidance is actually a very useful guidance as to how this process
21 may be carried out.

22 **M. le Président.**- Merci beaucoup. J'ai en réalité une dernière question pour le moment, qui
23 touche au paragraphe 81 (c), où il est question de l'indépendance de la CIG. Je vais vous lire cette
24 phrase que je ne comprends pas très bien. Il est dit : « L'indépendance de l'organisme de contrôle est
25 appréciée de façon objective, par rapport à son propre pouvoir exécutif comme à l'égard des parties en
26 cause, selon les critères communément admis. »

27 Au sens de l'article 30.1 de la Directive, l'organisme de contrôle peut-être le ministère
28 responsable des questions de transport et, en même temps, vous dites qu'il doit être, cet organe de
29 contrôle, indépendant du pouvoir exécutif. Je ne comprends pas très bien comment on peut concilier
30 les deux termes.

31 **M. Michel Bellier.**- Monsieur le Président, les termes utilisés « pouvoir exécutif » ont un sens
32 particulier, au moins en français, quand ils ont des majuscules, puisqu'il s'agit du pouvoir exécutif du
33 gouvernement. Dans le cas présent, la rédaction, maladroite sans doute, veut dire que l'organisme de
34 contrôle par rapport à son propre pouvoir décisionnel, le pouvoir qu'il a de prendre des décisions. Cela
35 ne fait pas référence au pouvoir exécutif au sens large, c'est-à-dire à l'Etat, et cela n'a pas de relation
36 avec des considérations d'origine de ses membres, et là, je reprends votre référence à l'article 30 sur
37 l'origine des membres de la CIG.

38 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Je pense qu'à moins qu'il y ait d'autres questions de mes
39 collègues, nous avons, et je vous en remercie, fait le tour de cet aspect de notre réunion.

40 Je pense donc que nous sommes arrivés au moment où je vais inviter les représentants
41 d'Eurostar à réagir au rapport du CBE et de nous soumettre tous les points qu'ils souhaitent pour ce
42 faire. Ensuite, nous serons amenés peut-être à poser quelques questions. Je vous en prie.

43 **Mr Gareth Williams.**- Thank you, Mr. Chairman. Gareth Williams.

44 I will make a few brief introductory remarks, then I will hand over to my colleague, James, to
45 take the IGC through more of the detail of Eurostar's position.

1 I am conscious that the purpose today is to focus on the JEC's report, so we do not intend to go
2 over the content of previous submissions. However, some basic context is appropriate.

3 The issues on which the JEC is advising are not just technical. They matter, and they matter
4 because Eurotunnel's costs account for more than a quarter of the ticket price charged to every
5 passenger.

6 The grounds of this appeal are strictly those of transparency and structure, but without the
7 transparency necessary to determine whether the charges are lawfully incurred, it will be impossible to
8 say whether the objectives of European law, and those of the IGC, to maximize the efficient use of the
9 infrastructure are being met.

10 The JEC makes the crucial point that the structure of charges must be respected. This does not
11 prevent -- and we do not seek to artificially constrain -- Eurotunnel as a commercial operator from
12 recovering legitimate costs.

13 But Eurotunnel must demonstrate that these relate solely to the business of being the
14 infrastructure manager, and not to any other separate and sometimes conflicting concerns. And it must
15 show how these costs relate to each category of charge.

16 If they are direct costs, list them and show how they relate to usage. If it is a markup, declare,
17 justify and explain it. If they are long-term project costs, tell me what costs it is sought to recover,
18 evidence them and tell me what proportion of them I am expected to bear. It is straightforward. That's
19 unobjectionable.

20 The second crucial point made by the JEC is its proper insistence on transparency with
21 reference to the Network Statement. No matter how much Eurotunnel tried to conflate the two, it is
22 one thing to say in an invoice or a contract or wherever that a methodology has been correctly applied,
23 it is another thing to demonstrate that that methodology is itself compliant. The two are not the same.

24 The JEC is right to see them as separate steps. The JEC is also right to say that the Network
25 Statement should be the place where this transparency and compliance is demonstrated. It is a
26 regulatory requirement and it makes sense. It is the one common point of reference for all operators.
27 It is the one place that all operators can go to get reassurance that the methodology of charging is
28 equitable and compliant; compliant both in the nature of the costs it seeks to recover and how it
29 allocates them between users.

30 And the JEC is also correct to find that Eurotunnel falls manifestly short of these
31 straightforward but essential requirements. So we are pleased to see the JEC agrees with us.

32 But there is a further stage, and that is to translate the JEC's findings into practical and
33 effective remedies. And we therefore invite the IGC to make a determination which is both
34 comprehensive and for which the tests of compliance are unambiguous.

35 So I now hand over to James.

36 **Mr James Flynn.**- Thank you, Mr. Chairman, with your permission. I'm James Flynn,
37 counsel.

38 The Commission has received Eurostar's written comments on the JEC report. In accordance
39 with your indication, I am not intending to repeat all of those, but simply to highlight some of our
40 main issues and points on which we particularly agree, or in one or two instances disagree with the
41 conclusions and recommendations of the JEC.

42 And I am going to deal with the points under three headings essentially, which I will call
43 procedure, substance and remedy.

44 So if I might start with procedure. This is an area where generally, more or less entirely, we
45 find ourselves in agreement with the conclusions and recommendations of the JEC. Those are of

1 course heavily contested by Eurotunnel, which in effect is arguing before you that Eurostar has no
2 standing to raise the issues and, even more, you have no competence to determine them which, if that
3 proposition were correct, would lead to the conclusion that, in this regard, Eurotunnel is not subject to
4 regulatory oversight.

5 Now, we are not going to repeat here what we and, perhaps more importantly, the JEC have
6 said about the independence of the Intergovernmental Commission itself, or indeed repeat what we
7 have said about the role of the JEC in our comments. We will leave those, we will leave those on the
8 record.

9 But I would like to say a few words about Eurostar's standing, which is a question of
10 interpretation of Article 12 of the Bi-national Regulation, which reflects, and we say faithfully reflects,
11 as the whole regulation does, the Directive in this case, Article 30.

12 Now, the key point about the admissibility and standard in Article 12 of the regulation is that it
13 is a generous standard and it is deliberately designed to be easily satisfied. We say that we satisfied
14 that test by a wide margin.

15 You will recall that the article provides that an appeal can be brought by a person which
16 believes -- and I stress the word "believes" -- believes that it has been unfairly treated, or discriminated
17 against, or is in any other way -- very general words -- in any other way aggrieved.

18 Eurostar believes that it has been unfairly treated. It believes it has been discriminated
19 against. And even if you don't agree with us in your final judgment on these matters, then Eurostar is
20 plainly otherwise aggrieved by the lack of detail in the Network Statement for several reasons, some
21 of which were identified by the JEC, by way of reaction to their report.

22 Paragraph 106 of their report says that Eurostar is aggrieved because the Network Statement
23 represents the terms on which our competitors can have access to the tunnel, and therefore that we
24 need to understand it and we need it to be a legally compliant document. And we entirely agree with
25 that point. It is also a point that is reflected in the observations which you have in the file. I think it's
26 bundle F from DB Schenker. As an interested party, they also see the Network Statement as an
27 important document and they have obviously responded in detail to Eurotunnel's consultation.

28 A second example from the JEC report, which is in paragraph 108. They conclude, and
29 recommend that you conclude, that Eurostar is entitled to justification by a reference to the Network
30 Statement of the charges that Eurostar pays under the RUC -- the RUC. It follows from this
31 proposition that an allegation of insufficiency of justification would be a legal basis for grievance
32 under Article 12. And we make that allegation.

33 A third example, if it's needed. Our complaint is in respect of a document, the Network
34 Statement, on which our comments -- Eurotunnel specifically invites comments from Eurostar, which
35 acknowledges our substantial interest in the matter. And it is perverse, we say, for it now to be
36 suggested that we can't say that we are aggrieved by the outcome.

37 But the bottom line, if I can put it in a slightly colloquial way, is that you do not have to be too
38 technical about this. The intention of the regulation is that disputes should be resolved on their merits,
39 on their substance by the Commission, and not tied up in arid legal debates about standing.

40 So we say it is a low threshold, we passed it, and there is nothing in the objections that have
41 been raised.

42 One other point on procedure and then I will move on to the substance of the matter.

43 *(Pause.)*

44 Thank you. Thank you, Mr. Chairman. The other point on procedure that I would wish to
45 raise, that we want to stress now, is the suggestion by Eurotunnel that the head company, Groupe
46 Eurotunnel SA, is not to be regarded as a party to these proceedings.

1 We say that is really untenable. The company is cited as a respondent in our opening
2 document. The Network Statement is published as a Eurotunnel document, it is available on the group
3 website. There are, I think, four representatives of Groupe Eurotunnel here today to defend their
4 position.

5 And we say specifically, in paragraph 9 of our comments on the JEC report, that the group
6 accounts may be directly affected by issues that arise in this appeal, and the group as a whole, of
7 course, has significant interest in other transport services which do or may compete with the services
8 to which the Network Statement relates.

9 So at the very least, Groupe Eurotunnel is an interested party for the reasons that we give in
10 paragraph 9 and, in any event, it has sought to make representations in its own name through
11 Mr. Gounon, thus therefore accepting that it has an interest in these proceedings. It plainly does in our
12 submission, and it has taken full opportunity to put its point of view across to the Commission.

13 So in our view, the only interesting thing about this argument is why it has been made. But
14 that is something on which we can only speculate.

15 Now, if I may move on to the substance. Mr. Williams has already indicated that it is no part
16 of Eurostar's case in these proceedings to prevent Eurotunnel from charging anything that the
17 Directive allows it to charge and specifically recovering from Eurostar any charges that are
18 legitimately allocated to Eurostar.

19 We do say that it is a particular feature, a probably exceptional feature of this case that
20 Eurotunnel, the infrastructure manager, has substantial activities in businesses that are more or less
21 close competitors, and plainly, we should not be bearing any cost that should be allocated to those
22 activities, especially those that actually use the fixed link.

23 So the crucial thing, as I think Mr. Williams has already emphasised in his overview, is that
24 we say under the Directive and the regulation which applies it, the structure of the charges must be
25 explicit in the Network Statement, and the structure must mirror the charging principles which are set
26 out in the Directive.

27 There I think your questions have already touched on which principles are applicable. We
28 share the view of the Joint Economic Committee, which I think is paragraph 136 and following of its
29 report, that the starting point for the charging structure is Article 7(3), to which other types of charges
30 which the Directive envisages may be added, and those of course include Article 8(2), relating to the
31 long-term costs of specific infrastructure projects.

32 That approach is not only a suggestion by us and a conclusion by the JEC, it is actually the
33 law. It is the law because the European Court has so held in a case which is cited both in our
34 documents and -- well, in all the documents by Eurotunnel as well, and that's -- I will give you the case
35 number. It's case C556/10, Commission v. Germany.

36 If I may, I'll just read out onto the record -- because it will save people looking it up --
37 paragraphs 85 to 87 of that important judgment.

38 At 85, it says:

39 "It is clear that, in order to comply with the objectives pursued by the Directive, the
40 infrastructure charge constitutes," it is admitted, "a minimum corresponding to the cost that is directly
41 incurred as a result of operating railway services as provided for in Article 7(3) of the directive, and a
42 maximum, arising from the total costs incurred by the infrastructure manager, as provided for in
43 Article 8(1) of the directive.

44 Between those two extremes, the Directive provides that the charge may vary by the inclusion
45 of a charge which reflects the scarcity of capacity, as provided for in Article 7(4) of the Directive, the

1 cost of environmental effects referred to in Article 7(5) or specific investment projects, as mentioned
2 in Article 8(2), as well as the discounts provided for in Article 9."

3 Paragraph 87 concludes: It should be noted that the two principles -- by which the Court is
4 referring back to the principle of direct costs or the principle of total costs -- are not interchangeable.

5 In other words, you don't have to choose one or the other, the charges can be on a scale
6 between the minimum and the maximum.

7 The JEC cites this case to you in paragraph 139 of its report, and it also draws to your
8 attention certain key elements of the opinion of the advocate general which the Court followed.

9 In relation to the question that you, Mr. Chairman, already put to the JEC, I think it is worth
10 noting, given the nature of these texts, that the Court's advocate general says that the charging rules are
11 not without their complexity.

12 So I think we clearly -- we all agree about that, and it's the authority of the advocate general to
13 say so. But he says that the provisions of the Directive are a complex system and it sets out the factors
14 that must be taken into account when determining infrastructure charges. And he also rejects as false
15 -- that you have to make a choice between the direct costs and the maximum full costs, and says that it
16 can be on a range or according to the criteria that the Directive lays down.

17 Now, what we draw from that is that the essential thrust of the Eurotunnel case, when they
18 finally get on to the substance rather than arguing about standing and the independence of the
19 Commission, the case that Article 8(2) is a self-standing and a sort of ring-fenced magic garden is
20 untenable. What Article 8(2) does is to set out additional charges which can be made in respect of the
21 long-term costs of specific investment projects. It's not a self-standing, aloof provision.

22 Indeed I think it has been noted that it's surprising really that Eurotunnel take the point,
23 because Article 8(2) doesn't provide a basis for recovery of anything but long-term investment costs.

24 On any view, as the JEC has pointed out, even if that is their case, they must recognize that the
25 Network Statement does not specify how its charges relate to the long-term investment costs.

26 Now, again let me make clear on Mr. William's behalf that Eurostar is not saying that
27 Eurotunnel cannot benefit from Article 8(2). What it is saying is that if they wish to claim the benefit
28 of that paragraph in the Directive, they must provide the appropriate level of detail in the Network
29 Statement so that it can be ascertained what element of charges go to remunerating the long-term
30 investment costs. And Article 8(2) is not just a blank cheque for an infrastructure manager that
31 happens to have made an exceptional investment. It doesn't suggest that once you've made that
32 investment, the charges can be set at any level that may suit the infrastructure manager. They have to
33 be on the basis of the long-term costs. And we say that means those costs must be identified. Now --

34 **M. le Président.**- Merci beaucoup...

35 **Mr James Flynn.**- I have a couple more points, I am afraid, Mr. Chairman, if I may. I am
36 sorry, I thought perhaps you were about to ask a question.

37 I am going to cover very quickly transparency and the level of justification, which is also one
38 of your questions, and to make some comments on what is the appropriate remedy and comments on
39 the JEC's approach to the remedy, and I hope you'll find that helpful. But I don't want to take up more
40 of your time than it is appropriate.

41 On transparency, again we refer to the legal sources in our pleadings and largely the JEC
42 agrees with us. That's paragraph 142 and following of their report. I am not even sure that the
43 relevant provisions are in dispute. We cite them at paragraph 55 of our reply document. We also
44 quote, at paragraph 56 of that document, the European Commission's Best Practice Guide for Network
45 Statements, which is perhaps an element you might wish to consider in addition to the matters of
46 national practice that you've already elicited from the members of the Joint Economic Committee.

1 The principle, we say, is that there is a requirement for detail and information, and the
2 underlying idea is that the charges should be explained. Network Statements, we say, are for the
3 benefit of operators; they are published to make clear to operators the basis of the charges that will be
4 levied on them for the use of infrastructure and to achieve the objectives of the Directive which, as
5 you will recall, include fairness, increase of efficiency, the lowering of costs and the optimising of use
6 of infrastructure.

7 As to the debate -- and that was also inherent in one of the questions that have been put to the
8 committee this morning -- there is a discussion on at what level, at what time does justification or
9 detail have to be provided; what has to be provided in the statement, what can be asked for later by an
10 operator or by the regulator.

11 We say that's a question. There is no case law about it, as the members of the committee
12 rightly said. That's a question that has to be addressed at the level of principle. If you think about the
13 purpose of the Network Statement, it's a document that has to be available to all operators, and, in our
14 view, that means by necessary implication that it has to contain the level of detail that those operators
15 need to base their investment decisions, their operating plans and to check that they are being fairly
16 treated. And at a second stage, we agree with the JEC once they are paying those charges, they are
17 entitled, and Eurostar is entitled, to an explanation from the infrastructure manager of how the charges
18 that are actually invoiced are calculated by reference to the charging structure set out in the Network
19 Statement. That is an entitlement of Eurostar.

20 Perhaps I could just briefly mention consultation while we are on the subject of transparency,
21 because it's in the same area. The point of consultation is to allow an informed dialogue between the
22 infrastructure manager and its clients, if I can put it that way.

23 We agree with the Commission on the law, and you've already questioned them about that and
24 how -- what read across there is from the public law cases and the public law duties to apply that body,
25 which is nevertheless obliged under law to consult. And we say it's perfectly appropriate to make an
26 analogy with the requirements of consultation in public law. And we point out to you that it is also
27 necessary to give an interpretation of that provision that is, as it were, an EU law interpretation. It's
28 not to be decided by a specific reference to one or other national system. But those are illuminating.

29 However, we part company with the JEC because, regrettably, they suggest that our second
30 ground on consultation should be rejected.

31 We have two short points in response to that. We are not saying that Eurotunnel has to agree
32 with the points that consultees make in a consultation process. Of course it's free to disagree and come
33 to a different final decision, but it has to demonstrate engagement with the consultees. We say it will
34 have to give reasons for rejecting their view. And we note that in the submissions, as interested
35 parties, exactly that point is made by DB Schenker. There is no such engagement with Eurotunnel.
36 Comments are made, there is no reaction, there is no change.

37 And the second point we make -- and it's a short one -- is that for consultation to be valid and
38 meaningful, sufficient time has to be given.

39 If the comments are only solicited at a stage so close to when the final decision has to be
40 taken, then the person making the consultation has not got the time to engage and effectively mind is
41 already made up.

42 Lastly, Mr. Chairman -- I know I am trespassing on your patience -- we would like to address
43 the remedy.

44 If our case is correct, as the JEC believes, on the insufficient level of detail in the Network
45 Statement, the question is what is the Commission obliged to do about it, what can it do. And we have
46 two issues with the approach that the committee has suggested, and this is going back to paragraph
47 144 of their report, which you have already identified this morning.

1 The first problem we have with is they suggest that any improvement in transparency, any
2 greater transparency should be ordered by you in relation to the next Network Statement, the 2015
3 one. We disagree with that really on the level of principle. If our appeal is upheld, it will have
4 established that the 2014 Network Statement is defective and that, in our submission, calls for a
5 remedy which pragmatically, we have suggested, should be requiring Eurotunnel to issue a new and
6 compliant Network Statement which would be applicable to the remaining period covered by the 2014
7 statement and for 2015.

8 A more detailed complaint is that the recommendations which are contained in paragraphs
9 144, 150 and finally 170 of the report, for what the -- basically the form of order that the Commission
10 should issue in respect of what the new Network Statement should contain is, we say, rather vague and
11 general. We say that the Commission must fashion a remedy that provides effective relief, or that will
12 be not doing your duty under the regulation. An imprecise order would be basically no remedy and
13 would also be a recipe for provoking further appeals on the question of adequacy of content of the
14 Network Statement.

15 So we say that it's in the interest of stability and also in the interest of demonstrating the
16 effectiveness of the regulatory system that the ultimate decision to be issued by the Commission, if it
17 agrees with us, should leave both Eurotunnel and Eurostar in no doubt as to what you consider in some
18 detail the compliant Network Statement should contain.

19 We had set out a lot of the detail in our observations on the report, paragraphs 30 and 33,
20 which refer to the further detail in our pleadings, and I am not going to go over that. Perhaps I could
21 just leave it by saying that there is an implication, we say, flowing from the unusual nature of the
22 infrastructure manager of this case in that it is not just an infrastructure manager which has the cost of
23 an infrastructure manager. It's an infrastructure manager which has also the cost of a variety of other
24 businesses.

25 And we note, in paragraph 27 of our observations on the JEC report, that means there is a
26 particular risk of conflict of interest and cross-subsidy, and we say as a matter of principle, therefore,
27 the Network Statement will have to contain sufficient detail to demonstrate those risks have been
28 avoided.

29 I think on that, I will -- I think Mr. Williams would like to make a concluding remark, but I
30 think I will stop belabouring you with the details at this stage, Mr. Chairman. Thank you.

31 **Mr Gareth Williams.**- Yes, I'd like to make one final point, and it is to step back somewhat
32 from the sort of closing and legal argument that is probably the subject of most this morning's
33 proceedings.

34 The point I would like to make is that my company pays over a quarter of a billion Euros per
35 annum to access the tunnel. All we've asked them to do is explain the basis on which they charge their
36 customers. It echoes a point that the IGC has itself made as a matter of record since at least 2009.

37 With any other infrastructure manager -- we heard from Monsieur Bellier and Mr. Kogan
38 about practices in both UK and in France. With any other infrastructure manager, this would be
39 normal regulatory business.

40 With Eurotunnel, the response is entirely different. It's the hiring of litigation lawyers to
41 wrangle over process and standing. It's the kind of attempts that we've only recently been made aware
42 of to, shall we say, lobby interested parties about the specific considerations of this appeal outside the
43 IGC's own process and not to disclose its activity, and it is campaign of misrepresentation, broad-line
44 defamation in the media.

45 It is little surprise that the Joint Economic Committee finds in favour of our appeal on virtually
46 every legal point, but there is a wider issue, which is about the kind of behaviours the regulatory
47 expects from the company it regulates and, when reasonable attempts at engagement and exhortation

1 have failed, what it will do to enforce those behaviours. And that's the point on which I'll leave it.
2 Thank you.

3 **M. le Président.**- Le chef de la délégation britannique a une ou deux questions à vous poser.
4 Je lui donne la parole.

5 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you. Christopher Irwin.

6 Can I take a cue from you, Gareth, and step back. What I am about to ask about is obviously
7 without prejudice to the merits of these specific grounds of your appeal, and therefore I ask it in the
8 spirit of looking at wider issues. I found the description of process and standing put by your counsel
9 full of material for further thought. But there is a sort of a basic human question I have. It's really to
10 try to get a sense of the weight of the grievance in practical terms.

11 How do we assess how important this grievance really is to you ? You made the point about
12 spending, and so on. But how has it inhibited your company's activities in practice ? For example, did
13 it inhibit you from announcing last week the extension of services to Amsterdam in December 2016 ?
14 Did it inhibit you from making a very, very major -- a 800-million investment decision in relation to
15 Siemens' rolling stock and the refurbishment of the existing fleet ?

16 And if it did, how do I see that as an interested observer and a member of the IGC ?

17 **Mr Gareth Williams.**- It's absolutely fundamental and it's fundamental at several levels.
18 Firstly, it is fundamental about establishing the principle that this company is properly and effectively
19 regulated, that there are rules by which it plays, that those rules are transparent and proper and they are
20 able to be scrutinised by all. It is fundamental because it goes to the heart of the justification for very,
21 very substantial levels of charge.

22 As I say, over a quarter of every ticket price including are costs that are direct pass-through
23 costs onto every passenger's ticket. We have long established that we have concerns over the level of
24 those prices and those prices fundamentally affect whether or not we can make further investments,
25 they fundamentally affect the business case for developing new markets, they fundamentally affect the
26 nature and usage of the tunnel and the way in which competition may develop.

27 What we have said is it is therefore essential for those costs to be explained. We haven't
28 sought at this stage to say we have a specific -- a complaint about the costs, but we have said that it is
29 essential that those costs are properly explained.

30 When you look at the level of those costs, which are 200 and something million Euros per
31 annum, that is a very, very sizeable portion of our business.

32 **Mr Christopher Irwin.**- I am just debating with myself as to whether it is legitimate for me to
33 pursue this particular line of question. But I suppose what I am looking to have is some indication of
34 things that you seriously might have done had you had a more transparent situation in which to
35 operate. But that's a very hypothetical question, I suppose, so please don't feel you are obliged to
36 answer it.

37 But what I am trying to indicate is that, in a dispassionate way, I've heard enough material to
38 give me a sense of the grievance that you say exists. What I keep on asking myself is, thinking back
39 to the standing issue, how substantial is that in terms of actual decisions made involving real sums of
40 money, involving the development of the business.

41 **Mr Gareth Williams.**- Counsel might add a couple of legal points after. But in the spirit of
42 trying to be helpful with the spirit of the questions, it is fundamental.

43 You mentioned two examples, which was the recent announcement on Amsterdam and the
44 announcement on rolling stock, both indications of how we are seeking to develop our business.

1 Anyone who is familiar with this market will know that discussion about Amsterdam has been
 2 on and off for many years. It indicates it is a very, very marginal business case, and one that we have
 3 had to work hard with NS to unlock. There are many other such potential markets out there, Cologne
 4 or regional France, and so on and so forth. Your ability to serve those or not will fundamentally
 5 affect, for instance, the size of the fleet that you choose to invest in and whether that satisfies just core
 6 markets or whether that is able to develop other markets, and so on and so forth.

7 But how can you seriously make those kinds of 30-year investment decisions for those sums
 8 of money if you cannot even have explained to you the basis for your single largest business cost, if it
 9 is not established whether cost is levied according to recognised regulatory rules or is it the whim of
 10 the infrastructure manager and is it confined to the activities providing that infrastructure or is it
 11 cross-subsidising other activities.

12 These are fundamental questions that underpin very serious long-term investment decisions,
 13 and all of this starts with the necessary transparency. All we are asking is explain the basis of these
 14 costs to customers.

15 **Mr James Flynn.**- Might I just make a one-sentence observation on Mr. Irwin's question.

16 Sir, you said you were standing back, you said you were having a debate with yourself.
 17 Perhaps I can just say that the strength of the grievance which perhaps you've heard something about
 18 does not go to the question of admissibility of this hearing, of the appeal, because it's a low standard,
 19 and once we've passed that standing, then in our submission the Commission is seized of the legal
 20 question and the legal question has to be answered on the merits. But I hope that this will give you
 21 some reassurance that it is not a put-up job and not something that Eurostar doesn't feel strongly about.

22 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Je vais me permettre de vous poser une dernière question,
 23 qui va assez bien dans la continuation de cette conversation. C'est sur ce que vous avez dit concernant
 24 l'explication, la justification des coûts d'Eurotunnel dont vous dites que vous avez besoin et que vous
 25 demandez.

26 Je vois dans le document, dans le Règlement binational, l'article 12 alinéa 3, qui précise que
 27 « *les concessionnaires et les autres parties intéressées fournissent sans délai inutile à la commission*
 28 *intergouvernementale (je dis bien à la commission intergouvernementale) toute information*
 29 *demandée... En particulier, les concessionnaires fournissent à la commission intergouvernementale*
 30 *toute information nécessaire lui permettant de s'assurer que les redevances fixées l'ont été sur une*
 31 *base non discriminatoire et conformément au chapitre II de la Directive 2001/14/CE. »*

32 Et quand je vais voir le chapitre II de la Directive de 2001, je vois à l'article 7 quelque chose
 33 qui me paraît correspondre : « *Les Etats membres peuvent exiger du gestionnaire de l'infrastructure*
 34 *qu'il fournisse toute information nécessaire sur les redevances imposées »* et surtout « *A cet égard, le*
 35 *gestionnaire de l'infrastructure doit être capable de prouver que les redevances d'utilisation de*
 36 *l'infrastructure réellement facturées à chacun des opérateurs en application des articles 4 à 12 sont*
 37 *conformes à la méthode, à la réglementation et, le cas échéant, aux barèmes définis dans le document*
 38 *de référence du réseau »*, et je vous renvoie, comme tout le monde, à l'annexe 1 de la Directive qui
 39 précise ce que doit contenir le document de référence du réseau.

40 Ma question est donc la suivante : quelle est la source de votre exigence ? Quelle est la source
 41 juridique, quelle est la base juridique de votre exigence, que nous avons bien comprise par ailleurs,
 42 mais quelle est la base juridique de votre exigence qui contraindrait Eurotunnel à devoir justifier
 43 devant vous, plutôt que devant la commission intergouvernementale, la structure de ses redevances
 44 dans le DRR par rapport aux principes de tarification de la Directive ?

45 **Mr James Flynn.**- This may be in our answer to your question, Mr. Chairman.

46 I think when we make that point in relation to the ex post justification, we are referring not to
 47 Article 12(3) of the Bi-national Regulation, but to 11(5) just above it, which says that the charging
 48 body must be able to justify the charges billed. And that requirement is not limited. In our

1 interpretation, it's not limited to a justification to the regulator, in this case, the Intergovernmental
2 Commission.

3 As the JEC has already said this morning, and as I sought to re-assure you by a reference to
4 the advocate general's opinion, these are somewhat -- they are not only complex, but somewhat
5 open-textured provisions which are required to be read not only as they stand and in the sort of strict
6 statutory construction that English lawyers might be used to, but also by reference to a principle such
7 as the purposes of the Directive which will be set out in its recital.

8 I think our view of this, our submission on this, in line with the JEC, is that it's necessary to
9 give some content to these provisions, which is consistent with the purpose of the Directive, and it's
10 not meant to be read limitatively, even when that's how it might appear.

11 The justification debate is obviously something that we have set out in some detail in our
12 written pleadings, and I know you don't wish me to go through all that now.

13 I hope that's at least the beginning of an answer to your question, Mr. Chairman.

14 **Mr Gareth Williams.**- I'll also simply reflect, again as both members of the JEC have pointed
15 out, that in relation to whether infrastructure managers, this is a well established principle and has not
16 been challenged by them, by Network Rail, by RFF, and including by private infrastructure managers
17 such as HS1.

18 **M. le Président.**- Nous n'avons pas d'autres questions, je pense, mais je me tourne vers les
19 autres membres.

20 **Mme Agnès Bonnet.**- You said -- when you were talking about consultation, you said that
21 you felt that Eurotunnel hadn't really engaged properly in the consultation process. Was it just about
22 time scales or was it also about substance ?

23 **Mr Gareth Williams.**- It's both. I think on time scales, this year we had about a week, which
24 was an improvement on the 24 hours we got on one previous occasion. But when you did a
25 black-lined version of what went in and what came out, it was very hard to mark any material change
26 whatsoever.

27 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Je pense que nous avons passé cette étape. Maintenant, je
28 vais me tourner vers les représentants d'Eurotunnel pour leur demander de présenter leurs remarques
29 suite au rapport.

30 On peut faire une petite pause, mais nous avons déjà quelques minutes de retard sur notre
31 horaire. Une toute petite pause de trois minutes, si nécessaire. Trois minutes... Mais il y a des gens qui
32 n'ont pas attendu cette mesure pour se retirer...

33 (*Sourires.*)

34 Il est 12 h 14 et nous avons déjà un peu de temps de retard sur notre horaire.

35 ***La séance, suspendue à 12 h 14, est reprise à 12 h 19.***

36 **M. le Président.**- Je propose que nous recommandions nos travaux. Comme je le disais tout à
37 l'heure, nous demandons à Eurotunnel de nous faire part de leurs réflexions sur le rapport du Comité
38 Binational.

39 **Me Philippe Pinsolle.**- Merci, monsieur le Président. Monsieur le Président, mesdames et
40 messieurs les membres de la commission intergouvernementale, je ferai trois séries d'observations sur
41 le rapport du CBE, mais avant de les faire, je ferai trois observations préliminaires sur ce qui vient
42 d'être dit.

1 La première, c'est au cours des réponses qui ont été faites à vos questions. Il n'y a pas de
2 problème de principe là-dessus, mais si on commence à opérer des comparaisons avec ce qui se fait
3 avec les autres documents de référence, nous sommes tout à fait prêts à le faire, mais cette question n'a
4 pas été instruite. Dans ce cas-là, il faut l'instruire, parce que nous sommes tout à fait disposés à aller
5 voir ce qui se fait ailleurs, à aller voir ce qui se fait sur HS1 — ce n'est pas tout à fait ce qu'on vous a
6 décrit —, à aller voir ce qui se fait sur Perpignan-Figueras. Il y a un certain nombre d'éléments pour
7 lesquels vous verrez que le niveau d'exigence n'est pas le même que celui qu'on veut appliquer à
8 Eurotunnel.

9 C'est une discussion qui n'a pas été instruite. On peut le faire si vous le souhaitez et nous
10 sommes prêts à le faire.

11 Deuxième observation : nous avons entendu M. Kogan dire que le CBE a pris un avis
12 juridique dans ses travaux. Nous n'en avons pas connaissance. La question qui est devant vous est
13 avant tout juridique. Nous regrettons que cet avis n'ait pas été communiqué et que nous ne puissions
14 pas nous être exprimés dessus. S'agissant de questions aussi fondamentales, il nous semble que fonder
15 une recommandation sur un avis juridique — pardonnez-moi l'expression — clandestin pose un
16 problème de régularité de la procédure.

17 Troisième observation très brève : sur la présence du groupe Eurotunnel, nous sommes ici en
18 qualité de concessionnaires. Nous ne pensons pas que le groupe Eurotunnel est ici. La justification qui
19 a été donnée de l'autre côté de la table sur l'impact financier de cette procédure sur le groupe ne suffit
20 évidemment pas à en faire une qualité de partie, mais vous l'aurez observé.

21 J'en viens maintenant à mes observations sur le rapport, et je suivrai l'ordre que nous avons
22 suivi jusqu'à présent, à savoir les questions d'indépendance et d'impartialité, les questions de
23 recevabilité et les questions de fond, et je parlerai naturellement assez longtemps des questions de
24 fond.

25 Je suis obligé avant de rappeler nos objections sur votre indépendance et votre impartialité.
26 Vous aurez bien compris qu'il ne s'agit pas d'objections à titre personnel contre tel ou tel de ses
27 membres mais face à l'institution.

28 Des objections sur votre indépendance d'abord, sur deux points. Les gouvernements sont juges
29 et parties dans cette affaire. C'est un fait. La CIG représente les Etat, les membres sont désignés par les
30 gouvernements. Je pense ne pas aller très loin en disant qu'au sens du droit international, les actes de la
31 CIG seraient imputables aux deux gouvernements. Néanmoins, les gouvernements sont propriétaires
32 d'Eurostar. Donc nous avons les gouvernements de ce côté de la table, de ce côté de la table et de ce
33 côté de la table. C'est une difficulté qui, à notre sens, vous empêche de juger. Vous n'y êtes pour rien à
34 titre individuel, nous n'y sommes pour rien, mais c'est un fait et c'est contraire aux exigences, pensons-
35 nous, de l'article 30 de la Directive de 2001 et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de
36 l'homme.

37 Deuxième difficulté distincte : le cumul au sein de la CIG des fonctions de régulateur et
38 d'organe de jugement sans formation de jugement distincte. Il est exact que des régulateurs peuvent
39 avoir une formation de jugement. C'est le cas de l'AMF en France, mais, dans ce cas, c'est une
40 formation distincte et les membres ne sont pas les mêmes. Cette précaution n'a pas été prise et, du
41 coup, il y a une grande perméabilité entre les deux fonctions. Cette perméabilité est illustrée, par
42 exemple, par la présence de M. Kogan, qui n'est plus ici mais qui est là-bas.

43 C'est illustré par le fait qu'il y a eu, dans le contexte des réunions de justification avec le
44 régulateur, qui sont tout à fait normales, des discussions sur les sujets qui sont ceux qui sont devant
45 vous aujourd'hui.

46 C'est illustré encore par le fait que des pièces ont été versées dans la procédure, alors qu'elles
47 ne l'avaient pas été par les parties, par le CBE, et ces pièces, le CBE les tient en sa qualité de
48 régulateur.

1 La difficulté ici est évidemment différente. C'est une difficulté qui est de deux ordres : c'est
 2 une difficulté de séparation des autorités (article 6), mais cela vous est bien connu, mais aussi une
 3 difficulté de respect du contradictoire, puisque toute la connaissance acquise par le régulateur vient
 4 interférer dans sa fonction de jugement sans que les parties puissent nécessairement s'exprimer dessus.
 5 C'est cela, la vraie difficulté sur l'absence de perméabilité. On l'a soulevée, on maintient l'objection. Je
 6 ne reviens pas dessus, mais elle est réelle. Dans cette situation, vous devriez la reconnaître.

7 Deuxième type de réserves : cette fois-ci sur l'impartialité. Elles tiennent à la fois au fond de
 8 l'affaire, pour lequel il existe à notre sens un préjugé sur certaines questions fondamentales, et à la
 9 procédure.

10 Sur la procédure, je n'y reviendrai pas. Elles sont dans notre mémoire : nous avons exprimé un
 11 certain nombre de réserves. Je tiens simplement à dire qu'elles sont maintenues ici.

12 Sur le fond, cette affaire porte sur deux questions juridiques fondamentales :

- 13 - l'articulation entre les articles 7.3 et 8.2 de la Directive ;
- 14 - et l'articulation entre le pouvoir de justification (rond 5 du Règlement binational ou 7.2 de
 15 la Directive) et le contenu du document de référence. Dans quelle mesure l'exercice de
 16 justification doit se retrouver dans le document de référence ?

17 Sur la première question (7.3/8.2), vous avez dans le dossier une lettre de M. Ourliac, un
 18 ancien président du CBE, du 11 mars 2013, qui constate une divergence de vues entre Eurotunnel et le
 19 CBE sur cette question. La divergence de vues veut dire que le CBE a un avis sur cette question, qui
 20 est d'ailleurs exprimé dans son rapport, qui, avant même que la formation de jugement soit appelée à
 21 se prononcer, a été exprimé et qui, à notre sens, constitue un préjugé de cette question dans le sens
 22 classique procédural qui fait que nous ne sommes pas, nous semble-t-il, en présence d'une autorité de
 23 jugement impartiale. Cette réserve est aussi maintenue.

24 Voilà ce que j'avais à dire brièvement sur les questions d'impartialité et d'indépendance.

25 J'en viens maintenant à ma deuxième série d'observations, cette fois-ci peut-être un peu plus
 26 longue, sur la question de la recevabilité du recours et sur la question de l'intérêt à agir d'Eurostar dans
 27 cette procédure précise, avec deux volets : l'intérêt à agir et le fait... Quel est le but réel de cette
 28 procédure ? N'y a-t-il pas un détournement de procédure ?

29 Premier point : la question de l'intérêt à agir.

30 Je vais faire assez bref. Vous êtes saisis d'une demande portant sur le document de référence
 31 2014. Le meilleur argument que j'ai entendu de l'autre côté de la table sur l'intérêt à agir, c'est lorsque
 32 mon confrère Flynn a dit : « On a besoin de savoir ce que nos concurrents vont payer ». C'est un
 33 argument qui est rhétorique parce que — je vais vous le montrer dans un moment —, ce que les
 34 concurrents vont payer, c'est la même chose que ce qu'Eurostar paie, et cela vient de la convention
 35 d'utilisation. Le document de référence le dit clairement. Donc ils savent très bien ce que les
 36 concurrents vont payer.

37 Mais plus fondamentalement, il n'y a pas de concurrent en 2014. Donc savoir ce que les
 38 concurrents vont payer en 2014, cela n'a aucun d'intérêt puisqu'il n'y a pas de concurrent. Il n'y en aura
 39 pas en 2015 non plus, on le sait aujourd'hui.

40 On est donc dans une justification qui est purement théorique et qui ne correspond à aucun
 41 préjudice concret.

42 De l'autre côté de la table, on invoque l'article 12.1 et on vous dit : « Il suffit d'estimer (*believe*
 43 en anglais) que j'ai un préjudice » et on transforme cette exigence en : « Il suffit d'alléguer que j'ai un
 44 préjudice », ce qui n'est pas du tout la même chose. Si on dit : « Il suffit d'alléguer un préjudice », cela
 45 veut dire qu'il n'y a pas de contrôle de la recevabilité de la demande au sens de l'intérêt à agir, et ce

1 n'est pas ce qu'on admet. On admet qu'il y a un contrôle puisqu'on ne dit pas : « Vous ne pouvez pas
2 déclarer la demande irrecevable ».

3 Donc s'il y a un contrôle, il ne suffit pas d'alléguer un préjudice ; il faut au minimum
4 l'identifier de manière concrète et, nous semble-t-il, c'était le sens de vos questions.

5 Vous aurez observé, notamment en réponse à vos questions, qu'Eurostar a beaucoup de mal à
6 identifier concrètement quel est le préjudice subi aujourd'hui, prétendument, en raison de ce qu'ils
7 estiment être des insuffisances du document de référence 2014. C'est tout simplement parce qu'il n'y
8 en n'a pas.

9 Vous aurez observé aussi que, dans son rapport, le CBE, qui conclut à la qualité et à l'intérêt
10 pour agir (il mélange les deux notions, mais peu importe) d'Eurostar, est très prudent. Au
11 paragraphe 106, il nous dit qu'il y a un grief véritable qui concerne *potentiellement Eurostar*. On
12 emploie encore le terme « potentiellement » au paragraphe 106 et au paragraphe 108.
13 « Potentiellement », cela veut dire hypothétique, et c'est en réalité cela qu'on allègue devant vous. On
14 allègue un préjudice qui n'est pas identifié et qui est, en toute hypothèse, hypothétique, et le caractère
15 hypothétique fait obstacle, selon nous, à la recevabilité du recours.

16 L'article 12.1 exige un préjudice et ce préjudice peut être estimé, comme on dit, mais il doit
17 être réel, il doit être certain et il doit être né, pour prendre le critère juridique français dont nous ne
18 disons pas qu'il est applicable ici, mais c'est une règle de bon sens. On ne peut pas se faire une action
19 en justice, puisque nous sommes ici en formation de jugement, pour un préjudice hypothétique, et
20 nous avons devant vous une demande qui est fondée sur un préjudice hypothétique.

21 Il n'y a pas aujourd'hui de grief, pour Eurostar, sur les insuffisances alléguées du document de
22 référence 2014. C'est, en réalité, déjà pour le passé et en comprend assez mal pourquoi Eurostar
23 revient sur ces questions.

24 En fait, on comprend très bien : l'objectif réel — et c'est mon deuxième point sur la
25 recevabilité — d'Eurostar n'est pas d'obtenir une plus grande transparence.

26 *(Pause.)*

27 **M. le Président.**- Merci.

28 **Me Philippe Pinsolle.**- Je n'ai pas fini. J'attendais simplement que...

29 Mon deuxième point sur la recevabilité, c'est que vous devez vous demander pourquoi vous
30 êtes saisis de cette question aujourd'hui au-delà de l'apparence. L'allégation, c'est le manque de
31 transparence ; cela a été répété à plusieurs reprises.

32 La réalité, c'est qu'Eurostar veut faire baisser le montant des charges, même s'ils disent le
33 contraire. D'ailleurs j'ai noté, en réponse à vos questions, que M. Williams a dit, qu'il y avait des :
34 « *grave concerns about the level of these prices* ». Il parle bien du niveau des prix quand on lui pose la
35 question ; il n'est plus du tout sur la transparence. Pourquoi ? Parce que la transparence, nos amis
36 d'Eurostar l'ont garantie par contrat. On le fait valoir non pas comme objection technique mais comme
37 élément de fait que vous devez connaître : la convention d'utilisation prévoit un certain nombre de
38 règles, y compris des droits audits. Il y a eu deux arbitrages entre les parties sur ces questions (j'ai été
39 conseiller d'Eurotunnel dans les deux arbitrages, l'un sur les charges d'utilisation générales, l'autre sur
40 les questions d'assurance et, à chaque fois, il y a eu des accords amiables) et je ne reviens pas sur ces
41 procédures, mais ce que je veux dire, c'est que, depuis 1994, la structure n'a pas changé, si ce n'est la
42 simplification opérée après le premier arbitrage.

43 Donc l'idée qu'Eurostar ne connaît pas l'origine des charges d'utilisation qui lui sont facturées
44 est totalement fautive parce que, dans les faits, Eurostar bénéficie d'un droit contractuel que n'ont pas
45 les autres concurrents — peu importe, c'est un fait — et qui lui donne accès à cette information.

1 L'objectif réel de cette procédure n'est donc pas d'obtenir plus d'informations. Ce n'est pas vrai.
 2 L'objectif réel, c'est un moyen de faire rentrer dans le schéma de ces redevances une logique de coût
 3 marginal que vous trouvez à l'article 7.3, qui s'applique aux infrastructures financées avec des aides
 4 d'Etat, ce qui n'est pas le cas d'Eurotunnel, pour faire baisser le niveau des charges. C'est l'objectif
 5 macroéconomique de cette opération, et donc une remise en cause de droits contractuels existants avec
 6 les conséquences qui iraient avec.

7 Peu importe, vous n'êtes pas saisis de cette question, mais vous devez vous poser la question
 8 de l'objectif réel, et nous disons qu'à la fois sur le terrain de l'intérêt à agir et sur celui de l'objectif réel
 9 de la démarche, la demande est irrecevable.

10 C'était ma deuxième série d'observations.

11 Troisième série d'observations (et cette fois-ci, nous allons entrer dans le fond et les questions
 12 juridiques qui vous sont soumises) : la demande d'Eurostar porte sur une lecture erronée de la
 13 Directive dans l'articulation des articles 7.3 et 8.2 — premier point — ; deuxième point : la demande
 14 d'Eurostar — et vous l'avez dit — est dépourvue de base légale. A notre sens, il n'y a pas de base pour
 15 obtenir ce qu'il demande.

16 Sur le premier point, je vais vous demander simplement de prendre la Directive avec moi et
 17 d'avoir les textes sous les yeux : 7.3 et 8.2.

18 Il y a une première observation qui est générale et qui est liée au titre de ces articles. Vous
 19 verrez que l'article 7 fixe des principes de tarification et que l'article 8 pose des exceptions aux
 20 principes de tarification. Le terme « exception » est au pluriel parce qu'il y a plusieurs exceptions de
 21 nature différente. Vous avez une exception à l'article 8.1, qui est d'une certaine nature, et une
 22 exception à l'article 8.2 qui est d'une autre nature, disons-nous.

23 Si vous comparez 8.1 et 8.2, vous verrez effectivement que ces articles sont libellés de
 24 manière différente. L'article 8.1 autorise un Etat membre à autoriser la possibilité de percevoir des
 25 majorations, qui a une logique d'ajout par rapport à quelque chose d'existant, et il fait référence dans
 26 son deuxième alinéa au coût directement imputable à l'exploitation. C'est le principe de l'article 7.3.
 27 Donc on voit très bien que cet article se lit dans la continuité de l'article 7.3, en faisant référence aux
 28 mêmes concepts.

29 C'est ce qu'a dit la Cour dans l'affaire Commission contre Allemagne, qui s'est prononcée sur
 30 l'article 8.1 et non pas sur l'article 8.2. Il n'y a donc pas de jurisprudence sur l'article 8.2. C'est un point
 31 fondamental.

32 Le deuxième point, c'est que le CBE n'a pas cité nécessairement la Cour mais les conclusions
 33 de l'avocat général qui dit autre chose, mais qui n'a pas été suivi par la Cour. On ne peut donc pas tirer
 34 grand-chose des conclusions de l'avocat général, mais là, vous voyez qu'un régime se poursuit.

35 8.2, disons-nous — et c'est une question qui, encore une fois, n'a pas été tranchée —,
 36 fonctionne différemment. Il vise d'abord un certain nombre de projets, soit passés, soit futurs, et il
 37 autorise directement — c'est un droit direct du gestionnaire de l'infrastructure — à fixer ou à maintenir
 38 des redevances plus élevées basées sur le coût à long terme. Fixer, cela veut dire fixer directement ;
 39 maintenir (c'est peut-être, à notre sens, l'argument le plus fort) fait nécessairement référence à un
 40 régime antérieur. Le régime antérieur peut être fixé par contrat, dans notre hypothèse de la convention
 41 d'utilisation, et le régime antérieur est nécessairement distinct, dans sa structure, de l'exigence de
 42 l'article 7.3. Il a été fait avant.

43 Donc si vous avez un régime antérieur et un article qui vous dit que vous avez le droit de le
 44 maintenir, cela veut bien dire que ce régime antérieur constitue en l'état. Donc on ne peut pas lui
 45 substituer un régime de coûts directement imputable de l'article 7.3, comme on vous le dirait de l'autre
 46 côté de la table ; sinon, cela veut dire que l'on remet en cause le droit de maintenir des coûts plus
 47 élevés fondés sur le coût à long terme.

1 Quand vous analyserez ces textes, pensez à l'impact de ce terme « maintenir » qui fait
2 référence encore une fois à un régime préexistant.

3 Nos amis nous disent : « Mais non, pas du tout, vous pouvez parfaitement prendre les deux
4 textes puisque vous pouvez appliquer cumulativement les exigences de 8.2 et de 7.3 ». C'est
5 l'argument et cela, nous semble-t-il, est erroné, parce que cela postule que 7.3 fixerait en fait une
6 information à communiquer, c'est-à-dire opérerait une distinction entre les coûts. Mais 7.3 ne fait pas
7 cela. 7.3 vous dit que c'est la redevance qui est constituée de...

8 Je lis 7.3 : « *Sans préjudice [de l'exception que nous avons vue] (...) les redevances perçues*
9 *pour l'ensemble des prestations minimales et l'accès par le réseau aux infrastructures de service sont*
10 *égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* ».

11 Donc 7.3 définit la nature et la structure de la redevance. Ce n'est pas une information. La
12 redevance, c'est blanc, le coût directement imputable, et 8.2 vous dit : « Vous pouvez fixer noir,
13 quelque chose d'autre, ou maintenir quelque chose d'autre ». Nous disons que c'est autre chose. On ne
14 peut pas articuler ces deux textes ensemble puisque chacun définit directement la nature et la structure
15 de la redevance.

16 C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'il n'est pas exact de procéder à une analogie avec
17 l'article 8.1 qui est rédigé différemment. Il nous semble que ces deux textes s'excluent mutuellement,
18 donc ne sont pas substituables, pour reprendre l'expression de la Cour de justice. Cette question est
19 fondamentale et elle n'a pas été tranchée. Elle vient devant vous, mais elle est fondamentale par les
20 implications économiques qu'elle aura sur les projets privés si vous retenez une interprétation « coût
21 plus majoration de type 8.1 », parce qu'on remet en cause toute la logique d'un financement privé en
22 appliquant un régime qui est celui de l'article 7.3/8.1, c'est-à-dire financement public plus majoration,
23 à un financement purement privé.

24 Vous aurez aussi en tête les conséquences économiques potentielles d'une décision qui
25 pourrait vous conduire à remettre en cause un certain nombre de projets, notamment les PPP, si vous
26 reteniez cette interprétation par la mauvaise analogie entre les deux régimes.

27 Ce sont mes observations sur l'articulation 7.3/8.2.

28 Deuxième série d'observations, cette fois-ci, sur ce que j'avais baptisé l'absence de base légale.
29 Vous avez parlé de base juridique et nous sommes donc tout à fait sur la même ligne. Il y a dans la
30 demande d'Eurostar — je vais le dire en des termes peut-être un peu familiers — une volonté d'usurper
31 des pouvoirs de régulateur, c'est-à-dire qu'Eurostar aimerait bien être le régulateur d'Eurotunnel et
32 aimerait bien lui dire ce qu'on doit intégrer dans les coûts et comment on doit les justifier.

33 On le voit très bien, parce que nos amis critiquent le document de référence, mais il n'y a
34 aucune référence à l'article pertinent. L'article pertinent, c'est l'article 5 du Règlement binational, qui
35 définit le contenu du document de référence. L'article 5 est, disons-nous, le siège de la matière.

36 Ce contenu reprend l'article 3 de la Directive et de son annexe 1 et dit simplement au petit d)
37 que l'on doit indiquer les principes de tarification et les tarifs, conformément à la Directive,
38 naturellement. Il n'y a pas de référence dans cet article à l'exercice de justification de l'article 11.5, qui
39 est un exercice, disons-nous, d'une nature différente. L'exercice de justification de l'article 11.5
40 procède, lui, de l'article 7.2 de la Directive qui donne des droits aux Etats membres. Les Etats
41 membres ont exercé ces droits en nommant la CIG, qui est l'organe régulateur avec lequel nous
42 sommes engagés dans un processus de justification qui dure depuis déjà un certain temps et qui est
43 tout à fait bienvenu, sur lequel nous n'avons aucune difficulté. Nous n'avons aucune difficulté à ouvrir
44 nos livres pour la CIG.

45 Une autre question est d'utiliser cette faculté pour la transposer dans le document de référence
46 destiné au public. C'est une chose qui, disons-nous, ne s'impose pas parce que le texte ne le dit pas,
47 premier point. On ne peut donc pas, comme le fait le CBE, interpréter l'article 11.5 pour créer un droit
48 pour les entreprises ferroviaires qui n'existeraient pas (c'est ce qu'ils font et c'est le premier point) et,

1 deuxième point, parce que ce n'est pas, en pratique, faisable en raison de la confidentialité de ces
2 informations.

3 Il y a donc là une dualité de régime qui s'impose et qui correspond du reste, nous semble-t-il, à
4 la pratique des parties jusqu'à aujourd'hui. La pratique des parties est un élément important qui permet
5 d'interpréter un texte juridique sur des principes généralement reconnus et nous ne disons pas qu'elle
6 est suffisamment ancienne pour constituer une coutume ou un usage, mais néanmoins, c'est un indice
7 de la manière dont ces textes fonctionnent. Il y a bien des exercices qui sont complètement distincts :
8 un exercice de justification vis-à-vis du régulateur, qui relève notamment des pouvoirs du régulateur
9 dans le Règlement binational et qui peut demander toute information, comme vous l'avez dit, et un
10 exercice d'information au titre du document de référence, dont les contours sont fixés, disons-nous,
11 d'abord par l'article 5.

12 C'est la raison pour laquelle la transposition de l'article 11.5 dans l'article 5, qui n'est permise
13 par aucun texte et qui permet de conférer indirectement aux entreprises ferroviaires, et à Eurostar en
14 particulier ici, des pouvoirs analogues à ceux du régulateur, nous paraît tout à fait malvenue et ne pas
15 correspondre à la réalité de ces textes et aux droits respectifs des parties.

16 Si vous aviez un doute sur leur objectif réel à ce sujet, je vous invite à consulter les demandes
17 d'Eurostar dans leur recours, notamment aux paragraphes 3.11 et suivants. Ce que fait Eurostar dans
18 son recours... Ils ont deux types de demande ; ils ont des demandes (pardonnez-moi, j'ai pris le
19 document anglais parce que cela a été manifestement rédigé en anglais) qui sont des déclarations pour
20 le passé, de violation des textes (là, pas de problème : vous êtes tout à fait dans votre rôle d'autorité de
21 jugement), mais après, ils ont des demandes qui tendent en réalité à vous faire utiliser vos pouvoirs de
22 régulateur dans le contexte d'un recours privé, c'est-à-dire : « Voilà, vous devrez dire que le *Network*
23 *Statement*, le document de référence, doit contenir un certain nombre d'informations précises », dont
24 on vous donne la liste, « et vous voudrez bien dire que c'est le résultat de ma plainte », mais ce sont
25 des fonctions de régulateur et si, en votre qualité de régulateur, vous nous dites que le document de
26 référence doit contenir un certain nombre d'éléments, on peut tout à fait en discuter et s'y plier (c'est
27 une autre question), mais ce n'est pas dans le contexte d'une plainte d'une entreprise particulière qui
28 doit faire valoir un préjudice spécial existant qui n'existe pas, pour faire changer en réalité le rôle du
29 régulateur.

30 Vous avez donc ici l'utilisation par Eurostar de votre double fonction pour tenter d'influencer
31 sur vos activités de régulateur via un recours privé. Nous pensons que vous ne laisserez pas faire cela.

32 Pour conclure — nous allons rattraper —, j'aurai quelques observations à faire qui résultent
33 cette fois-ci des recommandations du CBE, qui, à notre sens, confirment très exactement ce que je
34 viens de vous dire.

35 Si vous prenez les recommandations du CBE, ce qui m'a frappé, c'est qu'au terme de ses
36 explications, le CBE vous recommande de prendre un certain nombre de décisions concernant le
37 document de référence 2015 et non pas 2014. Il y a trois problèmes avec cela.

38 Le premier, c'est qu'à notre sens, cela excède vos pouvoirs d'autorité de jugement. Vous êtes
39 ici en formation de jugement et non pas en formation de prescription de choses à faire pour le futur.
40 Cela, c'est l'activité de régulateur. Cela n'entre donc pas dans vos pouvoirs de l'article 12.

41 Mais peu importe : à supposer que ce soit le cas — deuxième observation, c'est technique —,
42 ce serait *ultra petita*. Nos adversaires ont confirmé que leur demande porte sur le document de
43 référence 2013 et non pas 2015. Donc si vous vous prononcez sur 2015 — je préfère vous le dire
44 maintenant —, vous êtes directement en dehors de la demande qui est devant vous et vous auriez un
45 problème technique là-dessus. Mais ce n'est pas cela, l'observation la plus fondamentale.

46 L'observation la plus fondamentale, c'est qu'en vous recommandant de prendre des décisions
47 sur 2015 et non sur 2014, le CBE a admis qu'il n'y a pas de grief pour 2014. La recommandation qui
48 est devant vous, qui porte sur 2015, montre bien que, sur 2014, il n'y a pas d'objet, il n'y a pas d'enjeu

1 sur le document de référence 2014 puisque, implicitement, mais clairement à notre avis, le CBE vous
2 fait des recommandations pour 2015.

3 J'en ai terminé avec mes observations et je réponds volontiers à vos questions. Merci
4 beaucoup.

5 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Oui, il y a des questions de la part de la CIG. Je vais
6 donner tout de suite la parole au chef de la délégation britannique qui a une première question, et nous
7 en aurons d'autres.

8 **Mr Christopher Irwin.**- Thank you very much. I found a lot of what you said interesting,
9 new, and provoked fresh thoughts.

10 If I can start off with a very simple question. You didn't really give me a clear sense of what
11 degree of grievance or damage that you, Eurotunnel, feel is acceptable to people you might describe --
12 you did describe as your adversaries. You didn't quantify the degree of grievance or damage that your
13 adversary should believe they have suffered before they are entitled to exercise a right of redress from
14 this regulatory body who you challenge anyway.

15 **Me Philippe Pinsolle.**- Il y a deux raisons à cela. La première c'est qu'il est très difficile de
16 quantifier dans l'abstrait, c'est-à-dire qu'il nous semble que ce qui est dit par Eurostar est d'une extrême
17 généralité. Cela consiste à dire : « J'ai besoin de plus d'informations pour prendre des décisions de
18 gestion ». Je vous ai montré, je crois, qu'ils ont cette information par d'autres voies et que le contrat
19 étant en vigueur jusqu'en 2052, ils ont une certaine prévisibilité qu'on ne va pas forcément trouver
20 ailleurs, mais peu importe. Il m'est donc difficile de fixer une barre sur une prétention qui est elle-
21 même abstraite.

22 La deuxième, mais c'est une indication, c'est qu'il nous semble en toute hypothèse qu'un
23 préjudice hypothétique n'est pas suffisant. Il faut un préjudice réel et il ne me semble pas avoir entendu
24 de l'autre côté de la table la caractérisation concrète d'un préjudice réel.

25 **Mr Christopher Irwin.**- May I ask a rather different question, and really this is stimulated by
26 what you said, and I am not sure that I fully understood your thinking.

27 It's really got two parts to it.

28 The first is, as a matter of generality, I would be interested to hear Eurotunnel's understanding
29 of paragraphs 83 to 85 of the -- sorry, 85 to 87 of the European Court's ruling in the German case, how
30 that corresponds to the position you are taking.

31 My second question, which I think is related, while you think about that, is a much simpler
32 one. If you are right, if you are right in saying that only 8(2) of 2001/14 applies in the case of
33 Eurotunnel, how does one cope with the costs directly incurred? How does one cope with the
34 variable costs?

35 8(2) doesn't -- self-evidently to me anyway, maybe I am missing something, it doesn't describe
36 how variable costs can be dealt with. And I am interested -- are you leaving those to one side? Is
37 there no cost to the tunnel, to the group, to anyone involved, the infrastructure manager, on his service
38 passing through the tunnel?

39 **Me Philippe Pinsolle.**- Pour répondre à votre première question générale, il faut quand même
40 que je relise la décision, parce que je ne vous cache pas que je ne la connais pas par cœur. Je vais la
41 regarder, mais je ne crois pas que cette décision se prononce sur la question précise qui vous est
42 soumise et les objectifs assignés à la Directive — je lis rapidement ici — ne me paraissent être
43 applicables que dans le contexte particulier qui était celui de cette affaire, mais on peut discuter de
44 cette question. En tout cas, il me semble que la question qui vous est soumise n'a pas été plaidée.

45 Sur le deuxième aspect, pour moi, dans la situation qui est la nôtre, on est dans l'hypothèse de
46 maintenir un régime existant. Donc la question des coûts variables se trouve dans le régime existant

1 qu'on a le droit de maintenir. Je ne peux pas répondre plus précisément à cela, mais en toute
2 hypothèse, l'articulation logique est celle-là.

3 Cela ne veut pas dire qu'ils sont exclus, pardonnez-moi. Ils sont inclus dans un système qui est
4 défini autrement.

5 **Mr Christopher Irwin.**- Just to be sure I have understood. You are saying that variable costs
6 would be part of the higher charges set on the basis of the long-term costs of such projects, to take the
7 language of 8(2) ?

8 **Me Philippe Pinsolle.**- J'ai dit simplement que, comme vous l'avez observé, ce n'est pas traité
9 par 8.2 — nous sommes tout à fait d'accord — de manière explicite et qu'il y a un droit de maintenir
10 un régime existant basé sur (c'est du mauvais français, mais peu importe) ou fondé sur, en français, les
11 coûts élevés, c'est sans préjudice d'autres choses. Cela n'épuise pas la matière à notre sens.
12 Simplement, cela fixe le principe de détermination de la redevance. En d'autres termes, ce n'est pas
13 nécessairement exhaustif.

14 **M. le Président.**- Merci. J'ai une première question concernant votre contestation du
15 régulateur en tant que juge. D'abord, pour préciser que — ce n'est pas une question — ce que vous
16 alléguez comme les préjugés du CBE, cela ne touche pas la formation de jugement que constitue la
17 CIG.

18 La CIG a été constituée en 1986 (je parle pour la délégation française en particulier) dans son
19 principe et système de nomination. Elle a acquis à partir de 2001, puis plus tard dans son règlement,
20 des compétences formelles en matière de recours. Quand vous êtes-vous aperçu, depuis cette époque,
21 que la CIG ne pouvait pas se constituer en formation de jugement ? Cela date de quand ?

22 **Me Philippe Pinsolle.**- A titre personnel ou en tant que représentant ?

23 **M. le Président.**- En tant que représentant d'Eurotunnel. J'ai lu cela avec beaucoup d'intérêt et
24 je vous ai écouté sur ce chapitre. C'est en 2001 ? Si on ne correspond pas à la Directive... Quand
25 Eurotunnel a-t-il découvert cela ?

26 **Me Philippe Pinsolle.**- En réalité, c'est quand la question se pose qu'on s'occupe de ces
27 questions et que l'on constate, selon nous — et encore une fois, il n'y a pas de critique personnelle
28 ici —, une insuffisance dans le mode d'organisation pour garantir l'étanchéité. C'est au moment où la
29 question se pose que l'on voit qu'il s'agit des mêmes personnes. Ce n'est donc pas forcément dans les
30 textes tels qu'ils existent de manière sèche mais dans l'application qui en est faite à un moment donné
31 que l'on peut constater un problème auquel il peut être remédié dans le futur, encore une fois. Il ne
32 s'agit pas de cela. L'AMF a son fonctionnement. Je prends un exemple : pour l'Ordre des avocats, c'est
33 un peu le même problème qui s'est posé.

34 Encore une fois, ce n'est pas l'institution telle qu'elle existe qui est en cause, mais un mode de
35 fonctionnement appliqué à cette affaire.

36 **M. le Président.**- Merci beaucoup. J'ai deux autres questions, dont l'une est suscitée par votre
37 passionnante démonstration juridique sur le 8.2. Vous avez dit "maintenir", et vous en tirez les
38 conséquences que nous avons entendues. Qu'en serait-il s'il ne s'agissait pas de maintenir mais de
39 fixer, puisqu'il y a fixer ou maintenir ? Est-ce que vous en tireriez — c'est une question sur une
40 situation hypothétique qui n'est pas la vôtre — les mêmes conclusions ou y aurait-il des conclusions
41 différentes selon qu'il s'agit de fixer ou de maintenir les tarifs ?

42 **Me Philippe Pinsolle.**- C'est une question qui est effectivement hypothétique et abstraite, et il
43 est donc difficile d'y répondre de manière précise. Néanmoins, il me semble que la Directive donne un
44 droit direct au gestionnaire de l'infrastructure de fixer des redevances basées sur, dit la Directive, le
45 coût à long terme.

1 Ensuite, est-ce que c'est un régime similaire ou différent de ce qui pouvait exister par ailleurs ?
 2 Je ne peux pas vous le dire, mais cela donne un droit direct de fixation sans passer par l'article 7.3.
 3 C'est cela que nous disons. Fixer est clair, pour nous.

4 **M. le Président.**- Dans les deux cas ?

5 **Me Philippe Pinsolle.**- Dans les deux cas, me semble-t-il.

6 **M. le Président.**- Pas plus ou moins ?

7 **Me Philippe Pinsolle.**- Non, probablement pas plus ou moins.

8 **M. le Président.**- J'ai enfin une dernière question : comment est-ce qu'Eurotunnel a répondu
 9 ou se propose de répondre aux préoccupations exprimées par la CIG dans sa lettre du 12 février 2013 à
 10 propos du DRR ? Il s'agit d'une lettre qui fait partie des références de notre affaire et c'est pourquoi je
 11 vous pose la question, même si vous allez dire peut-être que nous mélangeons les fonctions de
 12 régulateur et d'organe de jugement.

13 **Me Philippe Pinsolle.**- Ma réponse — et mes réserves sont au dossier et je n'ai pas besoin de
 14 les répéter — concrète là-dessus, c'est que c'est précisément dans le document de référence 2015 que
 15 l'on tiendra compte des observations de la CIG faites en février 2013. Voilà.

16 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Quelqu'un veut-il ?...

17 **M. Emmanuel Moulin.**- Pardon. Je vous laisse solliciter d'autres questions éventuelles avant
 18 de dire un mot pour terminer.

19 **M. le Président.**- Normalement, on en est à la phase des questions, auxquelles vous pouvez
 20 répondre. Je pensais que vous aviez fini. Ou c'est sur une question ?

21 **M. Emmanuel Moulin.**- C'est sur un autre point.

22 **M. le Président.**- C'est sur un autre point ? Je suis entre les mains de nos gardiens en termes
 23 de procédure pour respecter la procédure. Normalement, nous avons prévu...

24 **M. Emmanuel Moulin.**- Excusez-moi, j'ai juste un commentaire à faire sur l'intervention de
 25 M. Williams de tout à l'heure. Je voulais donc vous laisser épuiser les questions avant de faire ce
 26 commentaire conclusif de notre intervention.

27 **M. le Président.**- On va vous donner la parole, et on réserve la possibilité de poser d'autres
 28 questions pour conclure.

29 **M. Emmanuel Moulin.**- Je voulais juste faire un commentaire assez rapide sur l'intervention
 30 de M. Williams tout à l'heure. Je laisse de côté les commentaires tout à fait inappropriés, me semble-t-
 31 il, sur l'attitude d'Eurotunnel, puisque ce sont les termes qui ont été employés (*behavior*),
 32 commentaires qui, je pense, devraient rester à la porte d'une telle instance de jugement et qui ne font
 33 que commenter la juste défense par une société de son intérêt social. Je mets donc ceci de côté.

34 Je veux juste insister sur un point. M. Williams a insisté très fortement sur le poids des péages
 35 dans le chiffre d'affaires d'Eurostar et sur le niveau des péages, et je crois que c'est tout à fait
 36 révélateur de l'intention d'Eurostar dans ce contentieux. Comme l'a dit Me Pinsolle, je crois que,
 37 derrière l'alibi de la transparence — et nous savons très bien qu'Eurostar dispose de toutes les
 38 informations dont il a besoin —, ce qu'on cherche aujourd'hui, c'est à réduire les péages. J'ai été
 39 intéressé de noter que les péages représentent une part importante du chiffre d'affaires, mais
 40 évidemment, sans tunnel sous la Manche, il n'y aurait pas d'Eurostar.

41 Mais ce qu'a oublié de nous commenter M. Williams, ce sont les excellents résultats
 42 d'Eurostar, qui ont été publiés récemment, puisque nous avons les comptes qui ont été publiés
 43 récemment, et je crois qu'il était utile, pour votre information, de savoir qu'alors qu'Eurostar se plaint

1 de préjudices, de ne pas pouvoir se développer à cause des niveaux des péages, de constater
2 qu'Eurostar a dégagé en 2012 un profit de 91 millions de livres et qu'Eurostar vient également
3 d'annoncer des investissements supplémentaires, d'annoncer l'ouverture de nouvelles routes, de se
4 porter candidat à une franchise ferroviaire en Grande-Bretagne...

5 Je pense donc que, contrairement à ce qui est allégué, les péages ne sont clairement pas un
6 obstacle au développement de cette entreprise.

7 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Y a-t-il d'autres questions de la part de la CIG ?

8 **Mr Christopher Irwin.**- Can I just explore one area ? I mean let us, for the sake of argument,
9 assume that you are right in your assertion that 8(2) is the relevant article and 7(3) is not to your
10 situation. Can you just help me -- I am not clear that the application of 8(2) and the non-application of
11 7(3) exempts the infrastructure manager from providing -- sorry.

12 I am not clear that 8(2) exempts the infrastructure manager from the revisions of Article 3 of
13 the Directive, i.e., to publish a Network Statement with the elements in it outlined in Annex 1 of the
14 Directive.

15 So am I right in assuming that whether or not it's 8(2) or 7(3), in a sense of the content and
16 publication, Network Statement is irrelevant ?

17 **Me Philippe Pinsolle.**- Il est exact que les exigences de contenu du document de référence
18 sont définies à l'article 3 et reprises à l'article 5 du Règlement binational et, là-dessus, nous ne
19 soutenons pas que 8.2 nous exonérerait de 3 ou de 5. Simplement, pour déterminer quel est le contenu
20 impliqué, il faut bien faire référence à la méthode. C'est là que nos amis opèrent un lien et veulent
21 transformer 7.3 en exigence d'informations, mais il n'y a pas d'arguments que l'applicabilité de l'article
22 8.2 directe nous exonérerait du Document de référence. Cela n'a jamais été soutenu.

23 **Mr Christopher Irwin.**- So you accept that there needs to be a detailing of the methodology
24 rules and scales used, and so on, in ...

25 **Me Philippe Pinsolle.**- Dans les limites de la Directive. On est en désaccord avec ce que dit la
26 Directive là-dessus. Il faut être très clair. Nos amis voudraient voir dans ce texte des stipulations qui
27 n'y figurent pas. C'est là que nous sommes en désaccord, mais que le texte s'applique, cela ne fait
28 aucun doute.

29 **Mr Christopher Irwin.**- And the other thing, president, I would be grateful for -- I don't
30 know whether it's realistic in the time scale of our deliberations, but I don't think we really had an
31 answer to the question I posed about the understanding of the Court of Justice's ruling in paragraphs
32 85 to 87.

33 **M. le Président.**- Là, je peux vous répondre. Cela ne se comprend que...

34 **Mr Christopher Irwin.**- I was going to say if it would help, I would be very happy to see a
35 piece of paper later on today that would allow them to reflect on what -- perhaps over lunch time.

36 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Je pense qu'on va s'en tenir à cela pour le moment. Je note,
37 et je pense que vous avez noté cette question ou cette requête.

38 Je propose que nous fassions une coupure maintenant et que nous reprenions dans 40 ou
39 45 minutes.

40 Nous avons une contrainte horaire : nous devons terminer vers 15 heures cette session. Nous
41 aurons donc encore un peu de temps, et nous aurons des questions à poser encore au CBE ou aux
42 parties.

1 Ensuite, les deux parties pourront conclure peut-être en dix minutes, si elles ont besoin de
2 conclure, Eurostar et Eurotunnel, et ensuite, nous pourrions mettre fin à notre réunion. Je pense qu'il est
3 bien que cet élément intervienne aussi dans ce cadre.

4 Je vous propose de suspendre provisoirement la séance pour 45 minutes et de nous retrouver
5 ici pas plus tard que 13 h 45. Merci beaucoup.

6 *La séance, suspendue à 13 h 01, est reprise à 13 h 54.*

7 **M. le Président.**- Je propose que nous reprenions nos travaux en continuant la dernière série
8 de questions et en laissant ensuite aux deux parties la possibilité de donner leurs dernières réflexions.
9 Je demande aux membres de la CIG s'ils ont des questions.

10 **Mme Agnès Bonnet.**- It's a question to the JEC about their decision to kind of look at or kind
11 of deal with recommendation in the 2015 Network Statement, rather than the 2014 Network
12 Statement, whether they could explain the reason for reaching this conclusion.

13 **Mr Brian Kogan.**- I would say first that we recognise that the appeal actually related to the
14 2014 Network Statement, and I would say that our recommendation that these changes should be made
15 in the 2015 Network Statement was a pragmatic recommendation which recognised that Eurotunnel is
16 right now in the process of preparing the draft 2015 Network Statement for consultation.

17 Of course I would say also that the legal requirement is for Eurotunnel to publish and then to
18 keep up-to-date on a regular basis its Network Statement, and I guess if -- I think if Eurotunnel were to
19 make changes to the 2015 Network Statement, it may also be necessary for it to make corresponding
20 corrections or changes to the 2014 Network Statement that was already in force.

21 **M. le Président.**- Y a-t-il d'autres questions ? J'ai deux questions. J'en ai une pour Eurotunnel
22 et une pour le CBE. Je vais commencer par Eurotunnel.

23 J'ai compris en vous écoutant que la CIG devrait faire attention, dans ces décisions ou sa
24 décision, en ce qui concerne le DRR 2015. C'est un DRR d'une année spécifique, telle que proposée ou
25 identifiée par le CBE. Cela veut-il dire, selon vous, que l'on a la possibilité d'intervenir sur un DRR
26 générique, quel qu'il soit, sans date, sans année, sans millésime ? Ou bien, selon vous, dans la mesure
27 où il n'est pas exclu que nous nous déclarions compétents, dans l'hypothèse où nous nous déclarerions
28 compétents et qu'on en arrive à ce sujet, nous nous intéresserions au DRR le plus proche, c'est-à-dire
29 2014, quel est votre sentiment ? Dans la mesure où il y aura toujours un DRR, il faudra toujours,
30 pendant un certain temps en tout cas, et non pas toujours, que la CIG fasse son travail.

31 **Me Philippe Pinsolle.**- Encore une fois, vous êtes ici en formation de jugement et vous êtes
32 donc saisis d'une plainte précise. Le sens de mon observation était d'attirer votre attention sur le fait
33 que vous êtes saisis sur 2014 et que si vous deviez vous prononcer sur 2015, vous auriez un problème
34 d'*ultra petita* qui peut être justiciable d'un recours, que nous ne souhaitons pas — ce serait un recours
35 technique — pour éviter cet écueil.

36 Ce que vous dites est différent. Si vous vous prononcez sur 2014 par la voie d'une décision et
37 que cette décision soit confirmée, il me semble qu'elle aurait un effet obligatoire pour le futur, mais
38 par analogie, si vous voulez ; ce ne serait pas sur le DRR sur lequel vous êtes saisis. Vous êtes saisis
39 sur 2014 et vous formulez un certain nombre de prescriptions qui s'appliquent à cet élément et qui
40 auront évidemment ensuite une valeur pour le futur, mais simplement, vous devez être prudents sur la
41 manière dont vous articulez votre décision.

42 Mais ce que nous disons aussi, c'est que cette recommandation montre — et vous l'avez
43 compris — qu'il n'y a pas d'enjeu sur 2014, mais je ne le répète pas.

44 **M. le Président.**- Je comprends que, selon vous, il n'y a pas d'enjeu sur 2014, mais dans
45 l'hypothèse, différente, où il y en aurait un, ce serait, selon vous, sur 2014 que la CIG serait fondée à
46 porter son attention dans le cadre de cette décision ?

1 **Me Philippe Pinsolle.**- C'est ce dont vous êtes saisis. Ce n'est pas nous qui vous avons saisis.

2 **M. le Président.**- Dont acte, je dirai. Merci beaucoup.

3 J'ai une question pour le comité binational. C'est de lui demander à son tour, puisque j'ai posé
4 la question à Eurostar ainsi qu'à d'autres membres de la CIG et je la pose cette fois-ci au CBE, quelle
5 est, selon vous, la base légale qui pourrait obliger Eurotunnel à justifier la structure de ses coûts dans
6 le DRR sur la base de tout ce que nous avons entendu ce matin ?

7 **M. Michel Bellier.**- Premier point : concernant le contenu du DRR — ce n'est pas exactement
8 votre question, mais je pense que nous avons présenté un certain nombre d'arguments en faisant
9 référence aux articles de la Directive qui définissent le contenu du DRR —, ce DRR doit contenir un
10 certain nombre d'informations qui, de notre point de vue, ne sont pas actuellement présentées par
11 Eurotunnel dans le DRR 2014.

12 En ce qui concerne maintenant la justification, le Règlement binational utilise le mot
13 « justification » dans son article 11.5, qui est un article différent de l'article 12.2 qui traite de
14 l'obligation, de la possibilité pour les Etats membres et la CIG de demander toute information à
15 Eurotunnel.

16 C'est pourquoi le raisonnement consistant à dire que la relation entre l'Etat membre et
17 Eurotunnel en ce qui concerne la fourniture d'informations, c'est le 12.2, et que le 11.5 traite de la
18 justification vis-à-vis d'autres parties, les autres parties intéressées étant les entreprises ferroviaires.

19 **M. le Président.**- Oui, sauf qu'il ne le dit pas.

20 **M. Michel Bellier.**- Je crois avoir dit lors d'une précédente réponse que c'était notre
21 interprétation, et je vous ai donné le fil du raisonnement qui nous conduit à conclure qu'il y a des
22 obligations de justifier les tarifs vis-à-vis des entreprises ferroviaires. Mais je reconnais que c'est une
23 interprétation.

24 **M. le Président.**- Merci beaucoup.

25 J'ai une toute dernière question pour le CBE qui ressemble à celles que nous avons posées
26 déjà, en ce qui concerne le préjudice : vous, CBE, quel degré de préjudice, selon vous, justifie ou
27 justifierait un droit de recours auprès de la CIG ? Quel est le degré de préjudice d'un opérateur, comme
28 actuellement Eurostar, qui déclenche, selon vous, cette capacité ou ce droit de recours ? Quel est le
29 seuil ?

30 **Mr Brian Kogan.**- This is plainly a legal issue. Monsieur Bellier and I are not qualified
31 lawyers, and it is one of the issues on which we have sought legal views, legal advice, which we have
32 received, and we have described that legal advice as it applies to this, in the report which we have
33 prepared.

34 I think my personal understanding of this is that -- it's two things. One is that, as has been said,
35 the threshold for such a grievance is relatively low because of the way that this is expressed in the
36 legislation, and, secondly, it does not necessarily have to be the case that the appellant has actually
37 already suffered. It is enough for them to believe that they may suffer and have a genuine belief in
38 that area. So that is our understanding.

39 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Y a-t-il d'autres questions ?

40 **Mr Christopher Irwin.**- I have one just for clarification.

41 I would really appreciate it, if you did have views that were in any way remarkable on the
42 European Court judgment, particularly paragraphs 85 to 87, if you could, as a matter of urgency, let us
43 see those.

1 I am not asking for great detail, but I do think, looking down the road, it could be of particular
2 interest. Thank you.

3 **M. Michel Bellier.**- Il se trouve qu'un des membres de l'équipe de la CIG a le texte anglais de
4 la décision de la Cour de justice. L'alternative pourrait être de lire les articles, à moins que vous
5 préfériez avoir les références. J'ai l'article. Si vous souhaitez qu'on en fasse la lecture... Ou bien vous
6 préfériez avoir les arguments écrits.

7 **M. le Président.**- Combien de temps prend la lecture ? Nous l'avons sous les yeux ? Alors on
8 peut le lire, si vous voulez.

9 **Mr Christopher Irwin.**- My concern really was that I -- Christopher Irwin -- my concern was
10 that I understood Eurotunnel to reject the relevance of these particular two paragraphs, and I just
11 wanted to understand why they rejected them and therefore to get a sense, to help us form our own
12 opinion of whether they were relevant or not. It is just a tool for information. But frankly we need
13 information sooner, rather than later, for obvious reasons, unless people are content to...

14 **Me Philippe Pinsolle.**- Je pensais le faire dans mes observations de clôture. Je peux le faire
15 maintenant si vous voulez, mais c'est vraiment comme vous voulez.

16 **M. le Président.**- Je pense qu'on en vient très vite aux observations de clôture. Si c'est prévu,
17 c'est très bien.

18 **Me Philippe Pinsolle.**- C'est prévu.

19 **M. le Président.**- S'il n'y a pas d'autres questions, je vais donner la parole à Eurostar pour ses
20 observations de clôture.

21 **Mr James Flynn.**- Thank you, Mr. Chairman. James Flynn once again.

22 I think I have four points. The first goes to the one you opened with this afternoon -- 2014,
23 2015 -- and we appreciate the clarification that the JEC has made, in saying that its criticisms such as
24 they are which would uphold from our appeal apply to the 2014 statement, even if they suggest, as a
25 matter of pragmatism, that the correction should be applied in the 2015 statement.

26 We brought our appeal against the 2014 statement. And as I said this morning, I think it
27 follows that if you uphold the appeal, you will have held the 2014 statement as defective. And
28 certainly what we've heard this afternoon means that my learned friend, Mr. Pinsolle, was wrong to
29 suggest this morning that insofar as it made the recommendations in relation to the 2015 statement, the
30 Joint Economic Committee should implicitly be taken to have found that there was no issue with the
31 2014 statement.

32 So I hope that's clear. In relation to standing which again you just asked about, we do not
33 equate the holding of a belief by an applicant with the right to bring an appeal. So it's not just a
34 question of "allegation". The belief has to be a reasonable one, and the JEC says that.

35 But when my friend, Mr. Pinsolle, says in effect that some harm must have crystallised and
36 that some questions have sought to explore what actually Eurostar hasn't been able to do or what
37 impact has anything had, that is too high, far too high a standard and inconsistent with the wording of
38 the Directive. You would be legally wrong to apply the test that you would have to apply in a civil
39 case to the very different context of this regulatory appeal.

40 There is absolutely no need for Eurostar to wait, for example, until the day that a competitor is
41 actually running trains through the tunnel to bring this appeal, if it believes reasonably that the
42 charging structure is discriminatory against it, to take an example.

43 The fact of the matter is there is a real issue here in that Eurostar, to this day, simply does not
44 know, through any mechanism whatsoever, including the RUC -- the RUC -- what the long-term costs
45 are that Eurotunnel seeks to recover. The RUC does not provide, and nothing else provides, any

1 transparency as to how the charges that Eurotunnel makes reconcile to its long-term costs or how the
2 charges are compliant with the European Union Directive and the regulation. No methodology
3 applied has been demonstrated to be compliant.

4 What this case is actually about is transparency which broadly, we would say, is a good thing,
5 which we say the Directive says is a good thing, and which Eurotunnel seems to consider to be a grave
6 threat.

7 If its charges can be justified, there will be no reduction in charges. If they can't be, then
8 another debate opens up. But there is nothing improper in these proceedings in Eurostar seeking
9 disclosure and openness about the charges, in order to assess the legality of the structure of the charges
10 and ultimately their level. There is nothing improper about that at all.

11 And if I may lastly say, there is -- I am not going to go back over the interpretation of Article
12 8(2). You have our submissions. I read to you the relevant paragraphs of the Court of Justice's case
13 law, which we say make quite clear that Article 8(2) is not a sort of ring-fenced chance circle, and
14 even textually one asks -- it is implied that a comparison has to be made with something, because it
15 refers to, in the English version, higher charges. There are many conditions set out in Article 8(2) and
16 they all have to be satisfied, but it refers to higher charges than what you might ask. It's not a
17 self-standing provision.

18 There is no risk of a chilling effect on infrastructure projects of a finding by this Commission
19 in accordance with the law as declared as we say, that Article 8(2) is not a self-standing article.

20 Infrastructure managers can recover their costs under the scheme set out in the Directive (7.3,
21 8.2), any other applicable heading. And, furthermore, all infrastructure projects, including this one,
22 build into the contractual mechanism a change of law clause so that adjustments can be made and
23 forecasts made when new developments come along.

24 So the idea that the purpose of the Directive is fixed forever, a legal scheme set up 15 years
25 before it came into force, is simply a mischaracterisation of the situation, as we would allege.

26 And I think unless anyone else has anything else, I think those are the four main points that I
27 wish to cover in closing.

28 Thank you, Mr. President.

29 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Maintenant, je propose aux représentants d'Eurotunnel de
30 faire leurs dernières remarques.

31 **Me Philippe Pinsolle.**- Merci, monsieur le Président. Deux points pour répondre à des
32 questions antérieures.

33 Le premier est sur une question de M. Irwin, quand il m'avait parlé du contenu du document
34 de référence en m'interrogeant sur les méthodes, les règles et le barème. On m'a dit à la pause que nous
35 avons indiqué au paragraphe 124 de notre contre-mémoire du 10 juin 2013, où ces éléments se
36 trouvaient, selon nous, dans le document de référence, c'est-à-dire aux paragraphes 6.1 pour la
37 méthode, 6.2 et 6.3 pour les règles et aux annexes 3 et 4 pour les barèmes. Je fais simplement
38 référence à ce paragraphe pour le *transcript*.

39 Deuxième observation : sur la décision Commission contre Allemagne, il y a plusieurs raisons
40 pour lesquelles ce que dit cette décision n'est pas pertinent pour la question qui vous est posée.

41 La première, c'est que la question qui a été posée à la Cour et qui est décrite au paragraphe 79
42 était la question de savoir si l'Allemagne aurait dû adopter une législation indiquant avec certitude qu'il
43 convient d'appliquer le principe des coûts directs prévus à l'article 7 paragraphe 3 de la Directive ou
44 — c'était formulé comme une alternative — celui des coûts totaux prévus à l'article 8 paragraphe 1.
45 C'est la question.

1 La réponse de la Cour est au paragraphe 87 et elle dit que « ces deux principes ne sont pas
2 substituables. Le système prévu à l'article 8 paragraphe 1 ne peut être utilisé que si le marché qu'il
3 prête... »

4 La question qui lui est posée est l'articulation 7.3/8/1 et c'est dans ce contexte que la Cour se
5 prononce. Ce que la Cour juge dans ce contexte porte sur l'articulation 7.3/8.1.

6 Dans ce contexte, la Cour fait effectivement référence à l'article 8.2 au paragraphe 86, dans
7 une considération qui est un peu ambiguë mais qui a l'air de dire que le niveau des références serait
8 borné par un maximum qui serait l'article 8.1 et par un minimum qui serait l'article 7.3 et qu'entre les
9 deux, se situerait le niveau de référence de l'article 8.2. Il y a quelque chose qui a l'air de vouloir dire
10 cela et qui est au passage. Mais cela ne se prononce pas, et je ne suis pas sûr que ce soit absolument
11 indispensable à la décision de la Cour.

12 Le statut juridique, on peut en discuter et cela reprend ce que dit l'avocat général, mais, dans
13 ce contexte, même au passage, il n'y a aucune formule de la Cour qui laisse entendre que l'articulation
14 entre 7.3 et 8.2 aurait été vue par la Cour. C'est une question qui ne lui a pas été posée ; c'est une
15 question qui n'a pas été instruite et donc les références à 8.2, qu'on trouve au passage dans ce contexte
16 ne nous paraissent pas pertinentes. Il faut que la question lui soit posée, très clairement, selon nous.

17 C'est la raison pour laquelle nous disons qu'on ne peut pas transposer cet article et, encore
18 moins, tirer de ce qui est dit sur l'article 8.2 une quelconque conclusion pour la question qui vous est
19 posée aujourd'hui.

20 Troisième série d'observations : sur le préjudice, je voudrais réagir à ce qu'a dit M. Kogan. Il a
21 dit (et c'est intéressant) : « On n'est pas des juristes mais on a pris un avis... » OK, mais je le lis
22 comme un préjudice qu'une partie *may suffer*. Or là, faut aller relire la Directive ou, plus exactement,
23 je prends le Règlement binational, si je retrouve la version anglaise (je l'avais il y a une minute, mais
24 ce n'est pas grave)... La directive vous dit : « Estime être victime ». « Etre victime », c'est en français,
25 et en anglais, c'est encore plus clair : c'est « *has been treated unfairly* ». Cela porte donc sur une
26 situation existante et non pas sur une situation future, et nous disons simplement qu'il n'y a pas de
27 situation existante qui crée un grief, mais vous l'avez compris et je ne le répète pas.

28 Avec cela, j'en ai fini avec mes observations.

29 **M. le Président.**- Merci beaucoup. Ces remarques closent notre audition. Je vous remercie
30 beaucoup de la manière dont nous avons pu traiter ce cas. Je remercie tous les participants, en
31 particulier les parties, Eurostar et Eurotunnel, ainsi que nos experts, et je vous rappelle ce que j'ai dû
32 dire au début de la réunion : dans les cinq jours, la commission vous fera savoir si elle est en mesure,
33 avec les éléments dont elle dispose, de prendre ou non une décision, laquelle décision sera
34 effectivement annoncée dans un délai qui ne dépasse pas deux mois.

35 C'est tout ce que je peux dire à ce stade. Encore une fois, je vous remercie, au nom de tous
36 mes collègues, de tout ce travail. Voilà, sans rien pouvoir ajouter. Merci.

37 ***La séance est levée à 14 h 18.***

38