

Contribution de l'UTP à la consultation publique de l'ARAF sur le cabotage



L'UTP remercie l'ARAF d'avoir organisé une consultation publique sur les procédures, les critères et la méthodologie qui devraient être utilisés concernant les transports internationaux de voyageurs avec cabotage. L'UTP tient également à vivement remercier l'ARAF d'avoir réuni les parties prenantes sur ce thème, le 20 novembre dernier, cette réunion a donné lieu à des échanges très riches et intéressants. L'UTP souhaite d'ailleurs que l'ARAF puisse réitérer cet exercice à l'avenir. L'UTP est attachée à ce que la méthodologie qui sera retenue par l'ARAF puisse permettre de préserver la sécurité juridique des acteurs ferroviaires, tout en encourageant "l'innovation" et le développement de nouveaux services ferroviaires internationaux en open access.

Question 1 : Quelle est votre lecture du cadre réglementaire existant ? La proposition présentée ci-dessous vous semble-t-elle respecter l'esprit de la directive 2007/58/CE et/ou des textes nationaux (code des transports et décret n°2010-932) ?

L'UTP avait déjà soulevé les risques de non-conformité au texte et à l'esprit de la directive 2007/58¹ lors des discussions sur les différents textes nationaux de transposition : projet de loi "ORTF"² et projet de décret relatif au transport ferroviaire de voyageurs³.

L'UTP préconisait que c'est au **régulateur qu'il appartient de décider** si le service ferroviaire assuré est un service international ou un service national et de le limiter si besoin.

Compte tenu du principe juridique de **primauté du droit communautaire sur le droit national**, l'analyse de la profession est, par ailleurs, confortée par la Communication interprétative de la Commission européenne concernant certaines dispositions de la directive 2007/58.

Pour mémoire, une Communication interprétative de la Commission a vocation à interpréter le droit existant, elle n'a pas pour objet de créer des règles supplémentaires et n'est donc pas théoriquement contraignante juridiquement. Il convient néanmoins de relever que la Commission européenne est liée par ses propres communications, qui deviennent des textes de référence utilisés par tous les acteurs.

¹ 2010/C 353/01 du 28 décembre 2010.

² Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

³ Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs.

Il convient néanmoins de relever que la Commission européenne est liée par ses propres communications, qui deviennent des textes de référence utilisés par tous les acteurs.

La présente consultation publique est particulièrement bienvenue. Comme l'UTP l'a déjà exprimé, il est tout à fait **légitime** que le **régulateur national fixe les critères et la méthodologie retenus**, tels que prévus dans le présent canevas de décision proposé.

Il paraît, en effet, important de concilier deux impératifs majeurs :

- **assurer le libre accès des Entreprises Ferroviaires (EF) qui souhaiteraient effectuer un service international avec cabotage.** Compte tenu des impératifs commerciaux en jeu (notamment l'achat de matériel roulant le cas échéant, le recrutement et la formation du personnel et les dispositions techniques pour l'organisation de l'exploitation), les EF préconisent que les procédures soient à la fois simples et définissent un cadre précis tenant compte de leurs contraintes en terme de délais de procédure et d'information à communiquer aux tiers.
- **assurer la sécurité juridique des acteurs ferroviaires dans le respect de la législation**, qui ouvre à la concurrence les seuls services internationaux.

Généralités (section 1 du canevas)

Concernant les éléments exposés dans cette section, l'UTP n'était pas favorable à la définition de "desserte intérieure" issue du décret n°2010-932. Elle estime, en outre, que cette définition mériterait d'être précisée, conformément au considérant 7 de la directive précitée.

Il importe, en effet, de bien circonscrire cette notion de "*desserte intérieure*" qui est primordiale pour définir le cabotage ferroviaire.

Aussi, l'UTP préconise d'amender cette définition de la façon suivante :

"Desserte intérieure : une desserte, dans le cadre de l'article L.2121-12 du Code des transports, par une société de transport ferroviaire de voyageurs, d'un itinéraire compris entre deux gares situées sur le territoire national incluant la possibilité de prendre et de déposer des voyageurs pour effectuer le trajet entre ces deux gares".

Procédure de notification (section 2 du canevas - articles 2 à 9)

Question 2 : Les procédures (pré notification et notification) vous paraissent-elles claires, complètes et compatibles avec votre activité ?

Comme prévu dans le présent canevas de décision, l'UTP considère que la **procédure de pré-notification** proposée par l'ARAF est **opportune** (cf. art. 2 à 3 du projet). Cette disposition serait, en effet, susceptible de pallier le délai de saisine réglementaire du décret n°2010-932, extrêmement proche du lancement d'un service. L'UTP avait d'ailleurs alerté le ministère sur ce sujet (cf. infra).

L'ARAF encourage donc à bon escient les EF à anticiper le délai de cinq mois prévu par le décret n° 2010-932 en déposant le dossier aux différents destinataires parallèlement à la demande de sillons correspondante (cf. art. 6).

Sur le **contenu du dossier d'information (cf. art. 4 à 5) :**

Les EF observent qu'il est **très important de délimiter avec précision les informations à communiquer dans le dossier d'information.**

L'UTP relève quelques divergences par rapport à l'article 2 du décret n°2010-932.

La "*fréquence du service*" n'est pas prévue au point a), contrairement au 1°) de l'article 2 du décret n°2010-932.

Sur le nombre de voyageurs attendus et le chiffre d'affaires prévisionnel, l'ARAF est plus précise que le 4°) de l'article 2 du décret n°2010-932. Le présent projet indique que les prévisions seront en effet apportées sur une période de cinq ans en détaillant par origine-destination.

Elle s'interroge dès lors sur les conséquences pratiques de ces divergences entre les différents destinataires du dossier d'information (ARAF, ministère des transports et gestionnaire d'infrastructure). Ce point mériterait donc d'être précisé dans la future décision de l'ARAF.

Par ailleurs, l'UTP estime que les **informations contenues dans le "plan de transport"** constitueraient des informations utiles à mentionner dans le dossier d'information. Elles sont à la fois suffisantes et probantes pour alerter toute EF intéressée sur la nature du service en cause, tout en préservant le savoir-faire de l'EF candidate. Il s'agit par ailleurs, des informations connues de tous dans le cadre de la commande des sillons.

Les EF sont étonnées de la **durée de cinq ans retenue** dans le présent projet sur les prévisions à apporter en détaillant par origine-destination dans le dossier d'information (précision également introduite par la Communication interprétative).

Cette durée est certes conforme à la durée des "plans d'entreprise", mais s'agissant d'une activité nouvelle, il semble extrêmement délicat pour une EF candidate de calibrer ses prévisions sur une durée aussi longue, pour un service par essence, nouveau. L'UTP préconise donc une **durée de trois ans maximum.**

Les EF seront également très **attentives aux délais de procédure et au strict respect de la confidentialité des informations commerciales sensibles, transmises comme telles** (art. 8).

A cet égard, elles suggèrent à l'ARAF de s'assurer de la **parfaite cohérence des différents délais procéduraux entre les acteurs** en cas de saisines multiples notamment, compte tenu des impératifs commerciaux de l'EF candidate. Elles soulignent à ce titre qu'une information proportionnée et diligente des EF sur les saisines en cours est de nature à réduire ce risque de saisines multiples (cf. supra commentaire sur les modalités de publicité prévues à l'article 8). De même, il serait judicieux de préciser à l'article 7 le délai exact incombant à l'ARAF pour vérifier la complétude du dossier (7 jours calendaires, francs ?)

Test d'objet principal (cf. article 10 à 27 du canevas)

Question 3 : Est-il souhaitable d'encadrer le délai de saisine de l'Autorité par l'entreprise ferroviaire candidate ?

Les délais de saisine réglementaires (*dossier d'information transmis 5 mois avant le début du service, délai d'un mois du ministre des transports pour saisir l'ARAF, cette dernière disposant alors de 2 mois pour se prononcer...*) **sont peu cohérents avec la vie des affaires des EF**. Dès lors, une EF candidate pourrait ainsi voir son offre commerciale "invalidée" au moment du lancement de son service. Cela mettra en péril l'attractivité de son offre et la fidélisation de ses clients alors qu'elle aura déjà fait connaître sa nouvelle offre de service auprès du public, mis en vente des billets. Il est important d'assurer la viabilité de ce nouveau service ferroviaire.

L'UTP estime donc qu'il serait judicieux d'encadrer le délai de saisine de l'Autorité par l'EF candidate. Cette mesure contribuerait à borner encore davantage les délais de procédure afférents. L'article 13 du projet de canevas mériterait d'être précisé dans ce sens.

Compte tenu des délais réglementaires prévus et des risques commerciaux pesant sur l'EF candidate, le délai d'un mois à compter de la communication du dossier d'information complet paraît suffisant.

Questions 4 : Un tel encadrement est-il souhaitable ? Le délai d'un mois vous semble-t-il adéquat ?

Les dispositions relatives aux EF intéressées paraissent opportunes, afin d'assurer un compromis entre les intérêts en présence.

Compte tenu des délais impartis, les acteurs intéressés doivent, en effet, avoir connaissance du plan de transport envisagé. Les informations contenues dans le plan de transport (dessertes, horaires et fréquences), étant à la fois suffisantes et probantes pour alerter toute EF intéressée sur la nature du service en cause, tout en préservant les données confidentielles à caractère commercial de l'EF candidate.

Les modalités de publicité prévues dans l'article 8 du projet mériteraient d'être précisées, compte tenu du court délai de saisine dont elles disposent.

Elles proposent donc la mise en place d'un **système d'alerte par la création d'une liste de diffusion de l'ARAF après inscription préalable**. Cette modalité serait par ailleurs de nature à lever certains risques tenant à l'opposabilité de cette information sur le site de l'ARAF et conférer également date certaine à cette publication.

Questions 5 : L'approche choisie dans les articles 25 et 26 vous paraît-elle pertinente ? Les seuils proposés à l'article 25 sont-ils satisfaisants ? Les critères cités à l'article 26 vous semblent-ils pertinents ? D'autres critères devraient-ils être pris en compte ? Les critères doivent-ils être hiérarchisés ?

Les EF s'interrogent sur la pertinence des ratios cumulatifs prévus à l'article 25 pour valider de manière objective, dans un premier niveau de test, le caractère international du service. Elles estiment, bien au contraire, que cette qualification doit résulter d'une analyse au cas par cas, du service en question.

A fortiori, elles relèvent que ces ratios :

- Pourront poser des **problèmes concrets d'application**, tenant respectivement à la définition retenue de ces critères, à la fiabilité des outils existants pour modéliser ces critères et des données recueillies.
- Ces **critères combinés entre eux ne sont pas forcément cohérents** pour qualifier le caractère international d'un service ferroviaire.
- Le critère b) relatif à la longueur de la plus grande desserte à l'extérieur du territoire français n'est pas un critère pertinent pour qualifier la vocation internationale d'un service ferroviaire, notamment dans les régions transfrontalières densément peuplées.
- Enfin, l'UTP avait déjà pris position sur le poids de certains de ces ratios⁴, qui finalement et opportunément, n'ont pas été précisés dans le décret n°2010-932).

En revanche, les différents critères pour le **second test** quantitatif et qualitatif prévus à l'article 26 **semblent tout à fait pertinents et exhaustifs** pour permettre à l'ARAF d'effectuer une analyse approfondie du service.

Question 6 : Quel est votre point de vue sur la durée souhaitable de validité de la décision de l'Autorité, ainsi que sur les modalités de suivi ?

L'UTP estime que la décision de l'Autorité doit demeurer valide tant que le service ferroviaire ne fait pas l'objet d'une modification substantielle, relevant de la volonté de l'EF.

L'UTP considère que les modifications substantielles du service du fait de l'EF et susceptibles de remettre en cause la vocation internationale d'un service, telles que l'introduction d'une nouvelle desserte, un changement important d'horaires (desserte aux heures de pointe), le renforcement du service (notamment l'augmentation des fréquences), doivent nécessiter la mise en œuvre d'une nouvelle saisine de l'ARAF, dans les mêmes formes et délais prévus, pour préserver le droit des tiers.

⁴ Lors des discussions sur le projet de décret, l'UTP était d'accord avec les seuils proposés de 50 % des voyageurs et de 50 % du chiffre d'affaires pour l'appréciation du caractère international du service, la part des dessertes intérieures pouvant être plus qu'une "part accessoire" du service international.

Cette option permettrait ainsi un traitement dans les mêmes formes et délais que le dossier initial, ce parallélisme des formes étant source d'une plus grande clarté et lisibilité des procédures, évitant ainsi de multiplier les cas particuliers.

Il serait utile que l'ARAF précise dans sa décision, des exemples concrets de modifications substantielles relevant de la volonté de l'EF et de nature à remettre en cause la vocation internationale du service.

La décision de l'ARAF doit être motivée pour permettre à l'EF qui serait candidate d'être en capacité de modifier son offre, le cas échéant, et lui permettre ensuite une instruction rapide.

L'article 27 indique, toutefois, que cette durée pourrait être variable d'un service international à l'autre. Ladite décision mentionnerait également les données que l'EF candidate devrait fournir pour en assurer le suivi.

L'UTP préconise des modalités de suivi simples à réaliser pour l'EF candidate.

Test d'équilibre économique des contrats de service public

Question 7 : Les procédures vous paraissent-elles claires, complètes et compatibles avec votre activité (cf. article 30 à 36) ?

Le dispositif prévu peut sembler à première vue "compliqué" à mettre en œuvre pour une EF souhaitant se lancer dans un nouveau service international.

Les EF réitèrent certains points de vigilance déjà exprimés dans le test précédent, notamment la nécessité :

- de **délimiter avec précision les informations à communiquer** dans le dossier d'information et de préserver les informations commerciales transmises comme telles par l'EF candidate;
- de **borner les délais de recours dont dispose chaque acteur et de les coordonner**, le cas échéant, dans l'hypothèse par exemple d'une saisine multiple par les différents acteurs. L'article 30 mériterait ainsi d'être précisé.

Les EF rappellent en effet, que les délais de saisine réglementaires **sont peu cohérents avec la vie des affaires des EF**. Dès lors, une EF candidate pourrait ainsi voir son offre commerciale "invalidée" au moment du lancement de son service. Cela mettra ainsi en péril l'attractivité de son offre et la fidélisation de ses clients alors qu'elle aura déjà fait connaître sa nouvelle offre de service auprès du public, mis en vente des billets. Il est important donc d'assurer la viabilité de ce nouveau service ferroviaire.

L'UTP préconise également la mise en place d'un système d'alerte par la création d'une liste de diffusion de l'ARAF après inscription préalable. Cette modalité serait par ailleurs de nature à lever certains risques tenant à l'opposabilité de cette information sur le site de l'ARAF et conférer également date certaine à cette publication (cf. art. 33).

L'UTP s'interroge sur l'intérêt de l'article 34 relatif aux échanges avec les autres autorités européennes de régulation, qui ne doivent être qu'éventuels, compte tenu de l'objet de ce test.

Concernant le test d'équilibre économique des contrats de service public, l'UTP estime utile de rappeler certains éléments de la Communication interprétative précitée, qui n'apparaissent pas pour le moment dans le projet de canevas tels que :

- L'évaluation de l'ARAF doit se limiter aux points indiqués dans la demande qui lui est adressée ;
- Cette évaluation est par nature évolutive. Elle nécessiterait une nouvelle évaluation en cas de modification substantielle, dont les conditions restent à préciser (cf. éléments de réponse à la question 6) ;
- Une menace avérée pour le contrat de service public doit être démontrée : la Communication fait ainsi référence par exemple à une augmentation notable de la contribution publique. Etant entendu, que **l'augmentation alléguée de la contribution publique doit se faire à réseau et services constants sur l'ensemble du contrat**, et en dehors de toute autre augmentation de l'offre en d'autres points du contrat que la ligne considérée dans l'examen. Par ailleurs, il ne faut pas, non plus exclure de cette analyse les éventuels bénéfices d'une amélioration de la fréquence d'une desserte sur une destination en s'intercalant entre deux contrats de service public existants.
En tout état de cause, il conviendrait que l'ARAF précise, en lien avec les autorités organisatrices notamment, ce que recouvre cette formulation ;
- Le test ne doit concerner que les seuls contrats de service public portant "*sur la fourniture de services entre des lieux de départ et d'arrivée desservis par le nouveau service ferroviaire proposé*" ou "*ceux couvrant des services de nature similaire entre les mêmes lieux de départ et d'arrivée offerts sur une liaison parallèle susceptible d'être affectée*". Il importe en effet, de circonscrire les contrats de service public pouvant faire l'objet d'un test. L'UTP rappelle, par ailleurs, que l'appréciation de l'impact économique doit se calculer sur l'ensemble du contrat de service public "éligible" au test, et pas seulement sur la ligne concernée par le cabotage.

Elle s'étonne également, que contrairement aux dispositions prévues à l'article 9 du décret n°2010-932, seuls quatre contrats de service public sont actuellement mentionnés sur le site de l'ARAF.

Question 8 : Si l'analyse de l'Autorité conclut à la compromission de l'équilibre économique d'un contrat de service public, vous paraît-il souhaitable que l'Autorité recommande dans sa décision des limitations ?

Si oui quels types de limitations peut-on envisager ? (limitation du nombre de billets commercialisables sur les trajets domestiques, interdiction de certains arrêts, etc.).

L'UTP préconise que les éventuelles limitations que l'ARAF pourrait recommander dans sa décision soient ciblées au cas d'espèce rencontré.

Il semble important de concilier ce point avec la nécessité de *"fournir aux intervenants sur le marché une sécurité juridique suffisante pour développer leurs activités"* et non l'inverse.

Dans le cadre des futures discussions sur le 4^{ème} paquet ferroviaire⁵, l'UTP a ainsi pris position afin *"que la création de nouveaux contrats de service public ne puisse pas porter atteinte à l'équilibre économique des services en open access préexistants."*

En effet, les entreprises supportent des risques commerciaux, opérationnels et d'investissement. Il convient en outre d'assurer vis-à-vis des voyageurs, la pérennité du service propre à attirer et fidéliser les clients.

Un préavis devra donc être donné aux opérateurs en open access sur les axes concernés, qui pourront demander des compensations en cas de dommage financier".

Question 9 : A quel horizon doit se faire la vérification de la non-compromission du contrat de service public, notamment au regard de l'échéance du contrat ?

L'UTP estime que cette vérification doit s'effectuer à la lumière du contrat de service public en cause, en tenant compte de sa durée.

L'analyse économique prévue à l'article 44 doit se référer au Règlement européen sur les Obligations de Service Public (ROSP)⁶, document de référence pour les contrats de service public, qui fixe les règles à respecter pour les compensations de service public.

Question 10 : Pensez-vous que les critères proposés sont pertinents ? D'autres éléments devraient-ils être pris en compte ?

Les critères proposés sont conformes à la directive 2007/58. A l'instar de son considérant 12, il pourrait être utile d'inclure également les **accords en matière de billetterie**.

⁵ Position UTP 4^{ème} paquet ferroviaire, septembre 2012.

⁶ Règlement (CE) n° 1370/2007 du parlement européen et du conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

Question 11 : Quel est votre point de vue sur la durée souhaitable de validité de la décision de l'Autorité, ainsi que sur les modalités de suivi ?

Il est essentiel pour l'UTP de rappeler que le délai maximal de trois ans, qui est prévu à l'article 6 II du décret n°2010-932, est un délai relatif à la possibilité de saisir à nouveau l'ARAF concernant une desserte intérieure, sauf "*changement significatif des circonstances*".

En conséquence, l'UTP estime que la décision de l'Autorité doit demeurer valide tant que le service ferroviaire ne fait pas l'objet d'une modification substantielle, relevant de la volonté de l'EF (cf. réponse à la question 6). Dès lors, ce type de modification doit nécessiter la mise en œuvre d'une nouvelle saisine de l'ARAF, dans les mêmes formes et délais prévus que la saisine initiale, pour préserver le droit des tiers.

Par ailleurs, il serait utile de préciser par des exemples précis (non limitatifs), ce que recouvre l'expression de "*changement significatif des circonstances*".

En tout état de cause, les motifs de fait ou de droit retenus par l'Autorité pour se prononcer, ainsi que les éléments déterminants fournis dans le dossier et sur lesquels elle a pu fonder son appréciation, semblent être les éléments au regard duquel la notion de "changement significatif" doit être appréciée.

Sur les modalités de suivi, l'UTP préconise des modalités de suivi simples à réaliser pour les EF, à l'aune des délais nécessaires pour développer une nouvelle clientèle internationale.