

ARAF Questionnaire

I. Objet et modalités de la consultation publique

II. Références réglementaires

Q1 Quelle est votre lecture du cadre réglementaire ? La proposition présentée ci-dessous vous semble-t-elle respecter l'esprit de la directive 2007/58/VE et/ou des textes nationaux (codes des transports et décret n°2010-932) ?

Thello partage l'inventaire des principaux textes, mais relève une discordance entre la directive, selon laquelle seul l'organisme est en charge de la détermination de l'objet principal du transport, ce dernier exprimant une « décision motivée » et la transposition en droit français, laquelle partage les responsabilités entre l'ARAF et le Ministre.

- La fonction de l'ARAF est consultative, le ministre accordant le droit d'accès sur proposition de l'ARAF (donc de façon non rigoureusement contraignante) lorsque celle-ci estime que la condition est remplie, selon le décret 2010-932.
- De même, l'Autorité organisatrice se prononce « au vu de l'avis » de l'ARAF.

Une autre incohérence porte sur la redevance que peut éventuellement exiger une Autorité organisatrice pour compenser une atteinte au contrat de service public : l'article 3 septies de la directive ne fait pas peser cette redevance sur la seule nouvelle EF admise au cabotage contrairement à l'article 7 du décret.

La directive nous semble donc transposée de façon perfectible, ce qui laisse une part d'interprétation aux termes du décret.

Thello exprime en outre des regrets sur la vision déformée de la réglementation (pour laquelle l'ARAF n'est certes pas responsable), laquelle tend à protéger les services subventionnés plutôt que de remettre en question ces subventions, au sens de l'« erreur manifeste » : une autorité publique a ainsi la possibilité de mettre en place des obligations de service public, définies comme des « obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas, ou pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions » (règlement 1191/60). Un nouvel entrant - dont les coûts de production sont potentiellement inférieurs à ceux d'une entreprise ferroviaire historique - s'engageant sur une desserte internationale pourrait avoir une perception différente d'un marché de cabotage.

De plus, il semble important à Thello de rappeler que la communication interprétative de la commission prévoit que : « le processus décisionnel devrait être clair, transparent et non discriminatoire ». Cela signifie qu'il devrait s'appliquer uniformément à l'ensemble des EF assurant en compte propre des missions dans le périmètre d'une AO donnée, et qu'il convient que les nouveaux entrants ne soient pas discriminés face d'une part à un « droit du grand père »

qui avantagerait un opérateur présent préalablement à l'encadrement du cabotage, et face d'autre part à des EF assurant à la fois des trafics internationaux en compte propre tout en opérant des contrats de service public.

III. Canevas

Q2 Les procédures vous paraissent-elles claires, complètes et compatibles avec votre activité ?

De manière générale, la pré-notification est une possibilité pertinente (et fait d'ailleurs écho aux processus amont RFF de « procédure de répartition des sillons », selon l'expression de la Communication interprétative de la Commission) ; il serait utile de préciser quels seraient les engagements de l'ARAF en retour (notamment concernant le type de réponse, et le délai) pour en évaluer plus finement l'utilité.

Concernant la compatibilité avec l'activité, Thello rappelle que le développement de dessertes internationales nouvelles ou ayant connu une période d'interruption comporte une part de risque commercial. A ce titre, il est difficile pour les EF de présenter des statistiques flux / recettes fiabilisées sur 5 ans, et de façon générale pour l'ensemble des données qu'elle sera amenée à fournir (comme le prévoit l'article 21).

Q3 Est-il souhaitable d'encadrer le délai de saisine de l'Autorité par l'entreprise ferroviaire candidate ?

Il serait souhaitable que l'entreprise ferroviaire candidate puisse solliciter la vérification de l'objet international postérieurement au dépôt du dossier, et pas uniquement simultanément.

Q4 Un tel encadrement est-il souhaitable ? Le délai d'un mois vous semble-t-il adéquat ?

Le délai d'un mois semble adéquat car les parties prenantes ne procèdent pas elles-mêmes à la vérification de l'objet principalement international. Ce délai, égal à celui que les textes prévoient pour le ministre, paraît ainsi raisonnable et suffisant pour préserver les droits à recours des entreprises ferroviaires intéressées. Un délai plus long serait donc superflu, et ferait peser un risque juridique pour le nouvel entrant.

Q5 L'approche choisie dans les articles 25 et 26 vous paraît-elle pertinente ? [...]

Les dispositions de l'article 25 demeurent assez floues, concernant la méthode de calcul ; les voyageurs nationaux non français (état membre adjacent) rentrent-ils en compte d'une quelconque manière dans le calcul ?

D'autre part, le critère portant sur la part de l'international mériterait d'être exprimé en voyageurs x kilomètres (voire en recettes) et non en voyageurs, dans la mesure où :

- la demande est quantitativement plus forte sur des courtes distances que sur des trajets internationaux souvent longs – les modèles gravitaires couramment utilisés en prédiction de la demande considèrent que celle-ci décroît avec le carré de la distance.
- L'impact économique est bien davantage corrélé au voyageurs x kilomètres qu'aux voyages.

Il est probable que l'article 25 ne permette pas dans la plupart des cas de conclure, ne serait-ce que compte-tenu du critère géographique (30% hors du territoire français) ; les relations radiales les plus porteuses type Paris – Bruxelles, Paris – Zürich, Paris – Genève, Paris – Barcelone sont d'office éliminées.

Thello s'interroge aussi sur le seuil de 60% retenu pour le nombre de voyageurs et les recettes internationales : 50% ne suffiraient-ils pas à caractériser l'objet principalement international ?

Malgré tout, l'enjeu porte principalement sur l'article 26 et ses modalités d'application. Par exemple :

- comment interprète-t-on la situation concurrentielle de la desserte offerte, s'il y a déjà coexistence d'offres en open access vs. conventionnée ?
- l'arrivée d'un nouvel opérateur open access est-elle alors plus légitime, ou souhaite-t-on en pareil cas y mettre un frein ?
- considère-t-on qu'une desserte de cabotage inter-régionale est susceptible de nuire à l'économie de service public de deux AO régionales exploitant conjointement un service conventionné, mais n'ayant pas chacune vocation à exploiter la dite relation ?
- que se passe-t-il en cas de cabotage concernant deux AO distinctes (par exemple une AO régionale, et l'AO TET, dont le rattachement direct au Ministère des transports peut par ailleurs faire craindre un conflit d'intérêts) ?

Q6 *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 faut d'abord remarquer qu'un réexamen périodique de la décision de l'ARAF est difficile à instituer, l'auto-saisine de l'ARAF n'étant pas prévue par les textes. Ce ré-examen doit nécessairement faire suite à une saisine, et il convient de simplifier les démarches visant à la reconduction d'une autorisation de cabotage.

Une durée de validité de 3 ans semble raisonnable : durant cette période, la détermination d'objet principal est réputée valide – l'EF candidate au cabotage pouvant soumettre une nouvelle demande en cas modification substantielle de la desserte (en particulier du volume de

circulations), réalisée à l'initiative de l'EF (les conséquences subies par l'EF et notamment liées à la planification des travaux ou au tracé des sillons par le GI étant à exclure). En pareil cas, l'EF est déjà tenue par l'article 2 du décret d'envoyer de nouveau un dossier à toutes les parties concernées en cas de « modification substantielles d'un service de transport ». Cette disposition qui oblige déjà l'entreprise candidate devrait suffire justement à garantir un suivi du trafic réalisé. A l'expiration de cette période de 3 ans, l'EF candidate au service de cabotage devrait pouvoir tacitement prolonger l'exploitation de son service, sans de nouveau solliciter un test d'objet principal auprès de l'Autorité, et sauf saisine de la part d'une tierce partie.

Q7 *Les procédures vous paraissent-elles claires, complètes et compatibles avec votre activité ?*

Thello exprime ses réserves sur la systématique de l'atteinte au contrat de service public. Il n'y a pas nécessairement effet « vases communicants » entre les services conventionnés et open access, qui ferait perdre au premier les voyageurs et recettes gagnés par le second. Au contraire, il est envisageable que de nouveaux services open access amènent à des bénéfices pour les autres services (par exemple : diminution du coût généralisé rail grâce à l'effet fréquence).

Il convient de préciser que la Directive interroge l'impact d'un service de cabotage sur un contrat de service public dans sa globalité, et pas seulement sur la seule relation concernée – les possibles évolutions futures des services subventionnés du périmètre de l'AO devraient aussi être prises en compte.

L'asymétrie d'information sur les flux pose problème : un nouvel entrant doit réaliser une étude de marché ad-hoc, sans connaissance préalable fine de la demande ferroviaire (ni tous modes). A contrario, l'AO est réputée connaître ses flux, et semble peu légitime à recourir auprès de l'ARAF à moins qu'elle ne soit tenue de les communiquer à un nouvel entrant (au-delà des dispositions de l'art. 5 du décret 2010-932). En pratique, cette information pourrait aller jusqu'à un niveau de précision assez fin, de l'ordre de l'O/D et concernant les flux ainsi que les recettes.

Enfin, le dossier d'information remis par l'EF candidate à l'exploitation d'un service de cabotage contient des informations sensibles, et la capacité de l'AO de n'en pas transmettre les éléments du secret des affaires à leur opérateur pose question (cf. article 5 du Décret 2010-932), sachant que les « données commerciales » relevant du « respect de la confidentialité » ne sont pas déterminées. Pour certains projets, le plan de transport peut faire partie de ces éléments à protéger. Thello demeure gêné par le risque de conflit d'intérêts si l'opérateur délégataire se retrouve aussi en concurrence frontale de type open access sur des marchés internationaux.

Q8 *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 ? [...]*

Il est important de permettre l'existence de trafics de cabotage, quitte à envisager des restrictions. Ces limitations devraient être spécifiques au cas instruit, et expirer en même temps

que le contrat de service public. Il faut en outre éviter d'introduire des freins, voire des blocages par le truchement de telles limitations, à l'apparition d'opérateurs open access.

Q9 A quel horizon doit se faire la vérification de la non-compromission de contrat de service public, notamment au regard de l'échéance du contrat ?

Cette vérification est bien sûr facilitée si elle survient peu de temps avant la fin du contrat de service public.

Néanmoins, les AO ont une certaine latitude pour ajuster leur niveau de dessertes (essentiellement par le nombre de km*trains) durant la période d'application du contrat. Une adaptation de leur commande a lieu régulièrement à fin A-2 / début A-1 préalablement à la commande de sillons par l'opérateur délégataire (et une AO ne prévoyant pas une telle clause pourrait tomber sous le coup de l' « erreur manifeste »). De façon plus générale, il conviendrait d'ailleurs que les conventionnements gagnent encore en souplesse, de façon à ce que les évolutions d'un marché en voie de libéralisation puissent être mieux absorbés, et de sorte à ce qu'un opérateur délégataire ne soit pas surprotégé d'une volonté de pénétration du marché en compte propre, dans des conditions plus avantageuses pour la collectivité.

Dès lors, il leur est possible d'intégrer l'arrivée d'un opérateur open access sans préjudice économique – si ce trafic de cabotage demeure dans des proportions raisonnables par rapport au volume économique du contrat de service public.

Q10 Pensez-vous que les critères proposés sont pertinents ? D'autres éléments devraient-ils être pris en compte ?

Pour réconcilier ouverture du marché international et économie de service public, un critère supplémentaire pourrait être l'engagement de l'EF candidate au cabotage d'admettre à bord de ses trains les tarifs de l'AO locale, modulo une compensation raisonnable dont la détermination pourrait être correspondre à une forme de transaction. En fonction des cas, cette méthode pourrait être plus pertinente économiquement et socio-économiquement que l'éventuelle redevance décrite dans la Directive 2007/58 (art 3 septies). Elle serait cohérente avec l'attendu (12) de la directive qui évoque les « accords en matière de billetterie » (que, pour des raisons politiques, l'AO pourrait ne pas vouloir instaurer de prime abord fussent-ils pertinent pour ses voyageurs).

En effet, le nouvel entrant pourrait avoir intérêt à participer à l'offre de transport régionale plutôt qu'à s'en montrer concurrent selon qu'il choisisse un positionnement de contraste ou d'intégration. Les contraintes du réseau (capacité) peuvent l'amener rechercher une inscription dans les sillons (et une desserte) de la trame cadencée conçus de prime abord pour le trafic régional plutôt que de revendiquer des sillons « hors-système » conçus pour son propre optimum, mais irréalisables car incompatibles avec celui du système. Un tel positionnement est donc à même de créer un renfort d'offre pour une AO régionale, à moindre coût.

L'AO serait libre d'accepter ou de refuser le dispositif proposé ; la détermination de la compensation pourrait intervenir dès la remise du dossier cabotage à l'ARAF et à l'AO concernée, de sorte que le Régulateur puisse se prononcer sur la pertinence de cette desserte de cabotage, sur des critères à la fois économiques et socio-économiques.

Q11 *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 ?*

En tout état de cause, l'atteinte à l'économie d'un contrat de service public n'a plus de sens à partir de l'expiration dudit contrat (que celui-ci soit reconduit ou non).

A l'exception de ce cas de figure, une période d'observation de 3 ans semble un bon compromis, pour permettre d'observer l'évolution du service à moyen terme.

Il convient que la décision de l'Autorité s'applique d'une façon uniforme à l'ensemble du marché, de sorte à ce qu'une EF ne soit pas en situation de caboter peu après un refus notifié à une autre EF sur la même desserte pour une offre similaire ; l'ARAF est garante de l'équité de traitement.

Cependant, une nouvelle demande portant sur une desserte de cabotage déjà refusée par l'Autorité devrait être instruite, si sa nature ou son volume sont substantiellement différents de la 1^{ère} demande et/ou s'ils tiennent compte des motivations du premier refus.

Comme pour le test d'objet principal, il convient de prévoir une procédure aussi simple que possible pour réévaluer l'atteinte à l'économie de service public à expiration de validité de la décision de l'Autorité.