
Avis n° 2015-023 du 1^{er} juillet 2015
sur les projets d'ordonnance et de décrets transposant la directive 2012/34/UE

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après « l'Autorité »),

Saisie par le directeur des services de transport, par courrier en date du 28 avril 2015 et du 28 mai 2015, de projets d'ordonnance et de décrets transposant la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen ;

Vu la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte des directives 91/440/CE, 95/18/CE et 2001/14/CE) ;

Vu le règlement d'exécution n° 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs ;

Vu le code des transports ;

Vu le code des ports maritimes ;

Vu la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire ;

Vu le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié relatif à l'utilisation du réseau ferré national ;

Vu le décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs ;

Vu le décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaire et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire ;

Vu le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire ;

Après en avoir délibéré le 1^{er} juillet 2015 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

SOMMAIRE

1. Contexte	3
1.1 LE CONTEXTE JURIDIQUE	3
1.1.1 LA DIRECTIVE 2012/34/UE DU 21 NOVEMBRE 2012	3
1.1.2 LES PROJETS D'ORDONNANCE ET DE DECRETS DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE	4
1.2 LA CONSULTATION DE L'AUTORITE	4
1.2.1 LA SAISINE	4
1.2.2 LA CONSULTATION PUBLIQUE	5
1.2.3 LE ROLE DE L'AUTORITE DANS LA TRANSPOSITION ET L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE	5
2. Analyse de l'Autorité	7
2.1 SUR L'ORGANISME DE CONTROLE NATIONAL	7
2.1.1 L'ACCES DE L'ARAF AUX INFORMATIONS NECESSAIRES A L'EXERCICE DE SES MISSIONS	7
2.1.2 LA PROCEDURE DE NOMINATION DES MEMBRES DU COLLEGE DE L'AUTORITE	8
2.2 SUR L'EXPLOITATION D'UN NOUVEAU SERVICE INTERNATIONAL DE TRANSPORT DE VOYAGEURS AVEC DESSERTES INTERIEURES	9
2.2.1 LA SUPPRESSION DU POUVOIR DECISIONNEL DE L'AUTORITE SUR LE TEST D'EQUILIBRE ECONOMIQUE	10
2.2.2 LA LISTE DES REQUERANTS POUVANT SAISIR L'AUTORITE SUR LE TEST D'OBJET PRINCIPAL ET LE TEST D'EQUILIBRE ECONOMIQUE	11
2.2.3 LA CONTRIBUTION FINANCIERE AU PROFIT DE L'AUTORITE ORGANISATRICE	11
2.3 SUR LES CONDITIONS TECHNIQUES ET TARIFAIRES D'ACCES A L'INFRASTRUCTURE	12
2.3.1 LA REPARTITION DES CAPACITES D'INFRASTRUCTURE	13
a. Les relations avec les entreprises ferroviaires dans la gestion de l'infrastructure	13
b. Les règles de priorité dans la répartition des capacités en cas de saturation de l'infrastructure	14
2.3.2 TARIFICATION DE L'INFRASTRUCTURE	14
a. Le système d'amélioration des performances	14
b. La tarification au coût directement imputable	15
c. Exceptions aux principes de tarification	15
d. Tarification des contraintes de capacité	16
e. Les mesures d'incitation à la réduction des coûts et des redevances	17
f. Les conséquences d'un avis non conforme sur la tarification des prestations minimales	18
2.4 SUR L'ACCES AUX INSTALLATIONS DE SERVICE	18
2.4.1 LE PERIMETRE DE L'INFRASTRUCTURE PRINCIPALE ET DES INSTALLATIONS DE SERVICE	19
a. L'exclusion des voies situées à l'intérieur des ateliers de réparation du matériel et des dépôts ou garages d'engins de traction du champ de la régulation	20
b. Les embranchements particuliers	21
c. La redevance quais	21
d. Les redevances d'utilisation du système d'alimentation électrique et d'acheminement de l'électricité	22
2.4.2 LES INFRASTRUCTURES PORTUAIRES MARITIMES ET INTERIEURES LIEES A DES ACTIVITES FERROVIAIRES	23
2.4.3 LES REDEVANCES RELATIVES AUX GARES DE VOYAGEURS	24
2.4.4 LES PRESTATIONS REGULEES RELATIVES AUX AUTRES INFRASTRUCTURES TECHNIQUES	25
2.4.5 MAINTIEN DE LA VALIDITE DES TARIFS EXISTANTS EN CAS D'AVIS NON-CONFORME	25
2.4.6 LES REGLES D'ACCES AUX INSTALLATIONS DE SERVICE	26
a. Les informations à publier par les exploitants d'installation de service	26
b. Les demandes d'accès aux installations de service	27
2.4.7 LA MISE A DISPOSITION DES INSTALLATIONS DE SERVICE NON-UTILISEES	27
2.5 SUR L'ATTRIBUTION DES LICENCES	29
2.6 SUR LA SEPARATION COMPTABLE	30

1. Contexte

1.1 LE CONTEXTE JURIDIQUE

1.1.1 LA DIRECTIVE 2012/34/UE DU 21 NOVEMBRE 2012

1. La directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (ci-après « *la directive* ») procède à une refonte de la législation européenne relative à la libéralisation et à l'accès au réseau ferroviaire. Cette directive dite de « refonte » intègre dans un texte consolidé les modifications antérieures des directives du premier paquet ferroviaire, adapte la législation en vigueur et fixe de nouveaux objectifs et obligations. Elle modifie et consolide les directives 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires, 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires et 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire.
2. La directive vise à établir un espace ferroviaire européen unique par une plus grande intégration du secteur des transports ferroviaires de l'Union. Les principes fondateurs des précédentes directives restent inchangés, en particulier le principe d'indépendance entre la gestion de l'infrastructure ferroviaire et les activités de transport ferroviaire, de séparation comptable et fonctionnelle entre la gestion de l'infrastructure et l'activité de transport, de même qu'entre les différents types d'activités de transport, de création d'un organisme de contrôle de l'accès au réseau et d'ouverture du transport international de voyageurs avec la possibilité d'offrir des dessertes intérieures.
3. Toutefois, la directive définit de nouvelles règles. Elle impose tout d'abord au gestionnaire d'infrastructure des objectifs de performance aux fins d'une utilisation optimale de l'infrastructure ferroviaire, ainsi que de réduction des coûts de fourniture de l'infrastructure, d'une part, et du niveau des redevances d'accès pour les utilisateurs du réseau, d'autre part (article 30). De même, les autorités publiques compétentes doivent prévoir des stratégies d'investissement couvrant une période d'au moins cinq ans dans l'objectif d'un financement pérenne et prévisible du gestionnaire d'infrastructure (article 8).
4. La directive vise également à améliorer la transparence des conditions d'accès à l'infrastructure ferroviaire. Elle comprend désormais en annexe une liste des éléments constituant l'infrastructure ferroviaire et précise les obligations des exploitants en matière d'accès en fonction du type d'installation (article 13). Cet article précise également que l'exploitant d'installation de service placé sous le contrôle direct ou indirect d'une entité ayant une position dominante sur des marchés nationaux de service de transport ferroviaire pour lesquels l'installation est utilisée doit être indépendant sur le plan décisionnel et organisationnel de cette entité.
5. En outre, la directive renforce les missions et l'indépendance de l'organisme de contrôle national. Celui-ci doit être indépendant au plan organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel de toute entité publique ou privée (paragraphe 1 de l'article 55). Il lui est également confié une mission générale d'observation du marché avec un droit d'accès général à l'information (paragraphe 2 et 8 de l'article 56). Il dispose de pouvoirs étendus de régulation de l'accès et de tarification de l'infrastructure principale et des installations de service (paragraphe 1 et 9 de l'article 56). La directive précise également que l'organisme de contrôle peut conduire des audits pour vérifier le respect des règles de séparation comptable (paragraphe 12 de l'article 56). Enfin, l'organisme de contrôle est le garant de la protection du service public puisqu'il est chargé de vérifier si un nouveau service commercial comportant les dessertes intérieures compromettrait l'équilibre économique d'un contrat de service public existant, ce qui justifierait une limitation du droit d'accès au réseau (article 11).
6. Enfin, la coopération entre les régulateurs nationaux est également renforcée pour contribuer à la création du marché unique et garantir un traitement plus efficace des problématiques transnationales. Au niveau européen, ils se coordonnent depuis 2011 au sein du groupe des régulateurs indépendants (IRG-Rail). La directive crée un réseau officiel, ouvert aux vingt-six autorités et présidé par la Commission européenne.
7. Le délai de transposition de la directive expirait le 16 juin 2015.

1.1.2 LES PROJETS D'ORDONNANCE ET DE DECRETS DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE

8. Le projet d'ordonnance soumis pour avis à l'Autorité s'appuie sur l'habilitation donnée au Gouvernement en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, qui l'autorise, dans un délai de 12 mois après la promulgation de la loi, à achever la transposition de la directive 2012/34/UE par ordonnance. Le délai d'habilitation expire donc le 3 août 2015.
9. L'Autorité note au préalable que la loi du 4 août 2014 a déjà transposé certaines obligations de la directive. En particulier :
 - l'article L. 2134-3 du code des transports précise le délai de prise de décision par l'Autorité dans les procédures de règlement de différend, prévu au paragraphe 9 de l'article 56 de la directive ;
 - l'article L. 2102-4 rappelle l'obligation de respecter le principe d'indépendance décisionnelle et organisationnelle de SNCF Réseau, prévu au paragraphe 2 de l'article 7 de la directive ;
 - l'article L. 2121-12 définit les pouvoirs de l'Autorité pour apprécier l'objet principal d'un nouveau service international et son éventuelle atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public, prévu au paragraphe 3 de l'article 10 et au paragraphe 2 de l'article 11 de la directive ;
 - l'article L. 2133-4 confère à l'Autorité le pouvoir d'informer les services de l'Etat des irrégularités potentielles en matière d'aides d'Etat, prévu au paragraphe 12 de l'article 56 de la directive.
10. Les projets de décrets dont l'Autorité est saisie sont les suivants :
 - projet de décret relatif à la licence ferroviaire et portant diverses dispositions en matière de transport modifiant notamment le décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire ainsi que certaines dispositions du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national ;
 - projet de décret relatif aux services internationaux de transport ferroviaire de voyageur modifiant le décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs ;
 - projet de décret relatif aux installations de service du réseau ferroviaire modifiant principalement le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire ;
 - projet de décret relatif à l'accès au réseau ferroviaire modifiant principalement le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national.

1.2 LA CONSULTATION DE L'AUTORITE

1.2.1 LA SAISINE

11. Par courriers en date des 28 avril 2015 et 28 mai 2015, le directeur des services de transport du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a saisi l'Autorité, en application de l'article L. 2133-8 du code des transports, d'une demande d'avis sur les projets d'ordonnance et de décrets destinés à assurer la transposition de la directive.
12. La présente consultation de l'Autorité s'inscrit dans le cadre de la procédure consultative préalable obligatoire, cette dernière ayant été précédée d'une consultation informelle entre ses services et ceux de la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.
13. S'agissant du contenu du projet transmis, l'Autorité constate que la consultation du Gouvernement se limite à communiquer les textes modificatifs et la version consolidée du code. Elle constate que le Royaume-Uni, par le *Department of transport*, organise une consultation publique sur le projet

législatif de transposition de la directive qui comporte des études d'impact et une liste de questions précises permettant d'alerter le public sur les difficultés essentielles présentées par le texte¹. Le Conseil d'Etat préconise d'ailleurs, à l'instar des pratiques des gouvernements d'autres Etats membres, la transmission des études d'impact simplifiées aux organes consultés². L'Autorité estime que le fonds documentaire soumis à la consultation publique ou transmis aux organes consultés pourrait être grandement amélioré dans ce sens.

1.2.2 LA CONSULTATION PUBLIQUE

14. L'Autorité a organisé une consultation publique sur les projets d'ordonnance et de décrets qui lui ont été soumis dans la période de 5 au 19 mai 2015. L'intégralité des observations reçues sur ces projets est publiée sur le site de l'Autorité.
15. Les acteurs consultés ont signalé que les projets de transposition sont incomplets notamment en ce qui concerne l'obligation pour les exploitants d'installation de service d'établir une comptabilité analytique pour l'élaboration des tarifs, la consultation des parties prenantes afin de définir les infrastructures spécialisées, l'absence de déclaration de bonne conduite pour les membres du collège et de la commission des sanctions ou l'omission de certaines prestations complémentaires et connexes de l'annexe II de la directive, comme par exemple les services de billetterie dans les gares.
16. La consultation publique a notamment mis en exergue les divergences entre les projets de transposition et la directive en ce qui concerne le rôle de l'Autorité dans l'analyse de l'atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public, la qualité des requérants pour les demandes du test d'objet principal et d'équilibre économique, la procédure suivie en cas de perturbation des circulations des trains ou l'exclusion des entreprises ferroviaires de l'accès aux installations de service dédiées aux navettes de la liaison fixe transmanche.
17. Les personnes consultées ont estimé que les projets de transposition vont parfois au-delà des exigences de la directive et pourraient, sur certains points, s'avérer problématiques. A titre d'exemple, la procédure de location et crédit-bail pour les installations inutilisées pendant deux années consécutives telle que détaillée dans les projets de transposition est considérée comme complexe et difficile à mettre en œuvre. Par ailleurs, l'application du principe « silence vaut acceptation » pour les avis conformes de l'Autorité relatifs à la tarification des installations de service suscite également des interrogations, dans la mesure où l'application de ce principe pourrait être préjudiciable aux utilisateurs du réseau.

1.2.3 LE ROLE DE L'AUTORITE DANS LA TRANSPOSITION ET L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE

18. L'Autorité rappelle que selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, la transposition des directives constitue une exigence constitutionnelle³. Les autorités nationales sont ainsi tenues de procéder « à l'adoption de toutes les mesures nécessaires à son incorporation effective dans l'ordre juridique national par les véhicules normatifs appropriés. Elle exige, d'une part, l'insertion en droit national de l'ensemble du contenu normatif de la directive et, d'autre part, qu'il soit procédé à la totalité des abrogations et des modifications nécessaires en vue d'assurer la meilleure articulation entre la norme nationale de transposition et le droit interne préexistant »⁴.

¹ Consultation de Royaume-Uni sur la transposition de la directive 2012/34/UE a été publiée le 8 avril 2015 et comporte le projet législatif de transposition, un tableau de synthèse et une étude d'impact.

² Conseil d'Etat, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, étude approuvée en Assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 22 février 2007, p. 42.

³ Cons. const., 10 juin 2004, déc. n° 2004-96 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. n° 7 ; CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, req. n° 287 110, publié au Lebon.

⁴ Conseil d'Etat, *Pour une meilleure insertion...*, préc., p. 4.

19. La Cour de justice de l'Union européenne, faisant prévaloir le principe de primauté de l'ordre juridique de l'Union européenne depuis l'arrêt « *Costa c/ Enel* »⁵, juge que la transposition des directives impose aux Etats membres d'en assurer « *une exécution qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques* »⁶. De cette obligation de transposition découle le respect de plusieurs exigences, telles que l'adoption de normes nationales présentant un caractère contraignant dans le délai imparti ou encore l'abrogation de l'ensemble des mesures nationales contraires à la directive⁷. La transposition doit également être complète, fidèle et effective. A défaut, l'Etat membre peut faire l'objet d'une procédure de manquement, ou éventuellement voir sa responsabilité engagée devant les juridictions nationales.
20. L'Autorité rappelle à ce titre que dans une décision en date du 18 avril 2013, la Cour de justice a considéré que la France avait manqué à ses obligations en ne transposant pas, dans le délai imparti, les dispositions du « premier paquet ferroviaire »⁸ relatives à l'indépendance de la fonction d'allocation des sillons et au système d'amélioration de performances⁹.
21. L'Autorité s'attachera à relever, dans le cadre du présent avis, les principales difficultés qu'elle identifie dans les mesures nationales de transposition projetées par le Gouvernement. En ce sens, elle rappelle qu'outre la procédure en manquement initiée par la Commission européenne, l'article 61 de la directive charge expressément l'organisme de contrôle national de signaler toute mesure nationale d'application qui lui paraîtrait contraire aux obligations et objectifs de la directive 2012/34/UE¹⁰. La Commission européenne, garante de la bonne exécution du droit de l'Union, se prononce dans un délai de quatre mois à compter de la demande et « *décide (...) si la mesure nationale peut être maintenue* ». Elle statue selon la procédure mentionnée à l'article 4 du règlement (UE) n° 182/2011 établissant une procédure consultative au sein du comité des Etats-membres. Il est à noter que la Commission a déjà fait usage de cette procédure à l'encontre des Pays-Bas, en estimant que la réglementation néerlandaise relative au cabotage ferroviaire était contraire à la directive et n'était pas applicable¹¹.
22. L'Autorité estime également utile de rappeler les conséquences contentieuses pouvant s'attacher à une mauvaise transposition de la directive.
23. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne admet que les dispositions d'une directive peuvent, sous certaines conditions, produire un effet direct¹², c'est-à-dire créer des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir devant une juridiction nationale¹³. Dans cette hypothèse, les dispositions de la directive doivent être claires, précises et inconditionnelles¹⁴.
24. Passé le délai de transposition, et en l'absence de transposition correcte, les particuliers peuvent contester une disposition nationale qu'ils estiment non conforme à la directive¹⁵, y compris dans le cadre d'un litige les opposant à des autorités étatiques, ou encore à des organismes ou entités

⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa/Enel*, 6/64, *Rec.* p. 1141.

⁶ CJCE, 6 mai 1980, *Commission/Belgique*, 102/79, *Rec.* p. 1473, pt 11.

⁷ CJCE, 13 mars 1997, *Commission/France*, C-197/96, *Rec.* p. I-1489 ; CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, req. n° 74 052, publié au Lebon.

⁸ Le premier paquet est constitué de la directive 91/440/CEE du Conseil, du 29 juillet 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires, modifiée par la directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001 de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

⁹ CJUE, 18 avril 2013, *Commission c/ France*, C-625/10, pts 41 et s., et 68 et s.

¹⁰ L'article 61 de la directive prévoit « [qu'à] la demande d'un Etat membre ou d'un organisme de contrôle, ou de sa propre initiative, la Commission examine les mesures spécifiques adoptées par les autorités nationales concernant l'application de la présente directive au sujet des conditions d'accès à l'infrastructure et aux services ferroviaires, des licences des entreprises ferroviaires, des redevances pour l'utilisation de l'infrastructure et de la répartition des capacités, dans un délai de douze mois à compter de l'adoption de ces mesures. [...] ».

¹¹ Décision de la Commission européenne 18 juillet 2013 relative à la non-application de certaines dispositions du décret du Royaume des Pays-Bas du 8 juin 2012 établissant des modalités détaillées en ce qui concerne la libéralisation du transport ferroviaire international de voyageurs, C (2013) 4474 final.

¹² CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Rec.* p. 1337, pt. 15.

¹³ CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, req. n° 322 326, publié au Lebon.

¹⁴ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629, pt 23.

¹⁵ CJCE, 19 janv. 1982, *Becker*, 8/81, *Rec.* p. 53, pt 25.

soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants¹⁶ Tel est le cas des établissements publics SNCF Réseau et SNCF Mobilités.

25. En outre, les autorités et juridictions nationales sont tenues de laisser inappliquée toute disposition réglementaire ou législative contraire au droit de l'Union européenne¹⁷. Par conséquent, et outre la procédure d'alerte à la Commission européenne prévue à l'article 61 de la directive, si l'Autorité était confrontée, dans le cadre de l'exercice de ses missions, à une contradiction entre le droit national et les dispositions de la directive, elle devrait laisser inappliquées les dispositions nationales contraires à cette dernière¹⁸.

2. Analyse de l'Autorité

2.1 SUR L'ORGANISME DE CONTROLE NATIONAL

26. Les projets d'ordonnance et de décret modifiant le décret n° 2010-1023 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité visent à transposer les articles 55, 56 et 57 de la directive. En même temps qu'elle conforte son indépendance, la directive renforce les pouvoirs du régulateur national.
27. L'Autorité souligne à titre liminaire que la législation applicable est, pour l'essentiel, déjà conforme aux nouvelles exigences des directives de l'Union européenne puisque la 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 octroie à l'Autorité des pouvoirs de règlement de différends, d'enquête et de sanction.
28. Les dispositions du projet d'ordonnance viennent donc compléter les règles existantes et l'Autorité est d'avis que la transposition est conforme, à l'exception toutefois de deux réserves.

2.1.1 L'ACCES DE L'ARAF AUX INFORMATIONS NECESSAIRES A L'EXERCICE DE SES MISSIONS

29. En application du paragraphe 8 de l'article 56 de la directive, le régulateur national peut exiger du gestionnaire d'infrastructure, des candidats et de toute autre partie intéressée dans l'Etat membre concerné la communication de toutes les informations utiles. Ces informations sont communiquées dans un délai raisonnable précisé par le régulateur et ne dépassant pas un mois, ou six semaines dans des circonstances exceptionnelles. Les données dont le régulateur peut exiger la communication comprennent toutes les données requises par celui-ci dans le cadre de ses fonctions de recours et de surveillance de la concurrence sur les marchés des services ferroviaires. Il s'agit notamment des données nécessaires pour établir des statistiques et observer le marché.
30. Le projet d'ordonnance transpose ces dispositions en modifiant l'article L. 2135-2 du code des transports. L'Autorité s'interroge toutefois sur la conformité de la transposition de ces dispositions dans la mesure où l'article L. 2135-2 fait partie du chapitre V du code des transports consacré aux « sanctions administratives et pénales » et que le droit d'information de l'Autorité est plus général que celui dont elle peut disposer dans le cadre des procédures de sanction. Ces dispositions qui instituent un droit général à l'information pour l'Autorité devraient être codifiées dans un chapitre relatif aux dispositions générales et non dans un chapitre relatif aux sanctions qui doit regrouper les seules dispositions portant sur les sanctions. Ce choix permettrait d'éviter une mauvaise interprétation de ces dispositions les regardant comme limitées aux procédures de sanction alors qu'elles s'avèrent nécessaires, en particulier, à l'exercice des nouvelles missions confiées à l'Autorité en ce qui concerne l'observation des marchés et la surveillance de la concurrence.

¹⁶ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a.*, C-188/89, *Rec.* p. I-3313, pt 19.

¹⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629 ; CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, req. n° 56 776, publié au *Lebon*.

¹⁸ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, 158/80, *Rec.* p. 1805, pts 41-42.

31. L'Autorité rappelle à ce titre que l'article 22 de la loi du 8 décembre 2009 ne distinguait déjà pas le droit d'information dont dispose l'Autorité pour l'accomplissement de ses missions des pouvoirs d'enquête dont bénéficient les agents de l'Autorité. Dès lors, une réécriture des dispositions relatives au droit d'accès à l'information de l'Autorité est indispensable.
32. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a indiqué que l'accès à l'information de l'Autorité doit s'inscrire dans une procédure consultative ou de contentieux et que la demande d'informations doit être justifiée et proportionnée à l'objectif recherché. Il ne serait donc pas dans son intention d'isoler le droit général d'accès aux informations dans une section particulière, distincte de celle consacrée aux opérations de visite et de saisie. Cette réponse n'est pas satisfaisante au regard des nouvelles missions dont la directive investit l'Autorité ni même, de manière générale, de la conception du rôle du régulateur, dont l'accès à l'information constitue le préalable à toute politique de régulation effective et efficace.
33. Pour répondre à cette exigence, l'accès de l'Autorité aux informations nécessaires à l'exercice de ses missions devrait être reconnu sans ambiguïté et son principe inscrit dans les dispositions générales ou dans le chapitre du code des transports relatif aux compétences de l'Autorité. Il peut aussi être souligné que le nouvel article 5 ter du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques participe du renforcement de l'accès à l'information de l'Autorité mais doit encore être confirmé avec l'adoption définitive du texte.

Recommandation n° 1 : L'Autorité demande que le droit d'accès aux informations nécessaires à l'exercice de ses missions soit inscrit dans un chapitre relatif aux dispositions générales ou rattaché aux compétences de l'Autorité, indépendamment du cadre spécifique de la procédure de sanction.

2.1.2 LA PROCEDURE DE NOMINATION DES MEMBRES DU COLLEGE DE L'AUTORITE

34. La directive renforce à l'article 55 l'indépendance de l'organisme national de contrôle, qui doit être une autorité autonome juridiquement distincte et indépendante. Les Etats membres doivent s'assurer que les personnes chargées de l'adoption des décisions agissent indépendamment de tout intérêt commercial lié au secteur ferroviaire et qu'elles ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée. De même, les personnes chargées de l'adoption des décisions ne peuvent occuper aucune position professionnelle ou exercer aucune responsabilité au sein d'aucune des entreprises ou entités régulées.
35. L'Autorité considère que la législation en vigueur, en particulier les articles L. 2132-7 et L. 2132-8, offre des garanties d'indépendance et d'impartialité aux membres de son collège conformes à la directive, mais s'interroge sur la validité de la procédure de nomination des membres du collège qui doit, en application de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 de l'article 55 de la directive garantir que les personnes appelées à siéger au collège « *soient nommées sur la base de règles claires et transparentes, garantissant leur indépendance, par le conseil des ministres ou par toute autre autorité publique qui n'exerce pas directement de droits de propriété sur les entreprises réglementées* »¹⁹.
36. Pour répondre aux exigences de nomination des membres du collège sur la base de règles claires et transparentes, l'Autorité estime qu'il pourrait être envisagé de publier les postes à pourvoir.

Recommandation n° 2 : L'Autorité demande la transposition du paragraphe 3 de l'article 55 en précisant dans l'article L. 2132-1 que la liste des postes à pourvoir au collège de l'Autorité fait l'objet d'une publicité.

¹⁹ Soulignements ajoutés.

2.2 SUR L'EXPLOITATION D'UN NOUVEAU SERVICE INTERNATIONAL DE TRANSPORT DE VOYAGEURS AVEC DESSERTES INTERIEURES

37. Les projets d'ordonnance et de décret n° 2010-932 du 24 août 2010 modifié visent à compléter la transposition des articles 10 et 11 de la directive qui encadre l'ouverture du transport international de voyageurs.
38. En droit de l'Union européenne, la libéralisation du transport international de voyageurs a été réalisée par le troisième paquet ferroviaire. En effet, la directive 2007/58/CE a prévu cette libéralisation au plus tard le 4 juin 2009 et a mis en place une possibilité de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de commercialiser des dessertes intérieures dans le cadre d'un trajet international.
39. Le cabotage ferroviaire est encadré par deux tests :
- un test d'application générale sur l'objet principal du service, qui permet de vérifier que l'objectif est bien de réaliser une desserte internationale, la partie domestique devant rester accessoire (article 10 de la directive) ;
 - un test complémentaire d'équilibre économique, que l'Etat membre peut choisir de mettre en place, qui permet de vérifier que l'autorisation de cabotage ne compromet pas l'équilibre économique des contrats de service public (article 11 de la directive).
40. Le 11 août 2014, la Commission européenne a adopté un règlement d'exécution²⁰ (ci-après « *le règlement d'exécution* ») définissant les modalités de la procédure et des critères à respecter pour déterminer si l'objet principal d'un service ferroviaire est le transport de voyageurs entre des gares situées dans des États membres différents, d'une part, et si l'équilibre économique d'un contrat de service public dans le domaine du transport ferroviaire est compromis par un service international de transport ferroviaire de voyageurs en cabotage, d'autre part. Le règlement d'exécution fixe également les modalités de consultation et de coopération entre les organismes de contrôle sur les résultats des deux tests.
41. L'Autorité rappelle que le règlement d'exécution étant directement applicable dans l'ordre juridique national, il n'est pas nécessaire de prévoir des mesures de transposition et les dispositions nationales contraires sont inapplicables.
42. En outre, l'Autorité estime qu'il serait préférable que la disposition nationale de transposition renvoie directement aux articles du règlement d'exécution²¹. En effet, les projets de transposition qui lui sont soumis intègrent le règlement d'exécution dans les dispositions de droit interne, ce qui est susceptible de créer un risque de contradiction entre les dispositions nationales d'une part et les dispositions du règlement d'exécution, d'autre part.
43. A ce titre, l'Autorité souhaite attirer l'attention sur trois points principaux de divergence entre les projets de transposition et le droit de l'Union.

²⁰ Règlement d'exécution (UE) n° 869/2014 de la Commission du 11 août 2014 relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs.

²¹ Conseil d'Etat, *Pour une meilleure insertion...*, préc. pp.35-36.

2.2.1 LA SUPPRESSION DU POUVOIR DECISIONNEL DE L'AUTORITE SUR LE TEST D'EQUILIBRE ECONOMIQUE

44. En premier lieu, la directive 91/440/CEE, telle que modifiée par la directive 2007/58/CE prévoyait, notamment dans son article 10.3 ter, que l'Autorité adopte des décisions relatives à l'éventuelle atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public. De même, le règlement d'exécution, dans son article 12, prévoit que l'Autorité adopte une décision à l'issue du test d'équilibre économique.
45. En ne modifiant pas l'article L. 2121-12 du code des transports et en prévoyant à l'article L. 2133-1 tel que modifié par le projet d'ordonnance un simple pouvoir d'avis pour le test de l'équilibre économique, le projet de transposition n'est pas conforme au règlement d'exécution.
46. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a précisé de ne pas se sentir lié par la terminologie européenne qu'il convient d'adapter en droit national. Il considère que l'analyse de l'Autorité n'est contraignante que si elle conclut à l'absence d'atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public. En revanche, la décision d'interdire ou de limiter la desserte doit rester de la seule responsabilité de l'autorité organisatrice. Par conséquent, le ministère estime que l'Autorité doit rendre un avis « semi-contraignant ».
47. L'Autorité rappelle qu'au regard du règlement d'exécution, elle doit rendre une décision et non un avis motivé concernant l'éventuelle atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public. Ainsi que l'a souligné l'UTP dans sa réponse à la consultation publique, il s'agit là « *d'une demande attendue par la profession depuis les discussions sur la loi ORTF portant création de l'ARAF et réitérée à plusieurs reprises compte tenu des risques de non-conformité au texte et à l'esprit de la directive.* »
48. L'Autorité précise également que cet aspect a été abordé par le Conseil d'Etat dans sa décision du 30 janvier 2015²² qui portait sur le recours de la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur contre l'avis de l'Autorité relatif à l'impact du service de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public liant la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et la société nationale des chemins de fer (SNCF). Sur la question de la recevabilité, le rapporteur public a notamment souligné que l'acte adopté par l'Autorité est un avis motivé qui revêt un caractère décisoire dès lors qu'il « *empêche l'Autorité organisatrice des transports (AOT) de restreindre ou d'interdire ces dessertes* »²³. En effet, l'Autorité concluant à l'absence d'atteinte à l'équilibre économique, l'autorité de transport est privée de sa faculté de limiter les dessertes intérieures du nouveau service. Le rapporteur public a donc conclu qu'il « *[lui] semble que cette décision doit pouvoir être contestée* »²⁴, conclusion que le Conseil d'Etat a suivie.
49. *A contrario*, si le nouveau service compromettrait l'équilibre économique du contrat de service public, il serait délicat de confier le soin à l'autorité organisatrice de limiter ou interdire les dessertes intérieures concernées, sous sa seule appréciation, dans la mesure où elle ne peut objectivement l'estimer. Par conséquent, toute mesure de restriction ou d'interdiction du service concurrent doit être liée par une décision de l'organisme de contrôle.

Recommandation n° 3 : l'Autorité demande le rétablissement de son pouvoir de décision sur le test d'équilibre économique.

²² CE, 30 janvier 2015, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 374 022, mentionné aux Tables.

²³ Conclusions Xavier Domino in AJDA 2015, p. 875 : « Le Conseil d'Etat juge du régulateur ferroviaire : une première ».

²⁴ *Ibid.*

2.2.2 LA LISTE DES REQUERANTS POUVANT SAISIR L'AUTORITE SUR LE TEST D'OBJET PRINCIPAL ET LE TEST D'EQUILIBRE ECONOMIQUE.

50. En deuxième lieu, les entités qui peuvent saisir l'Autorité pour les tests d'objet principal et d'équilibre économique sont listées de façon exhaustive dans la directive et le règlement d'exécution. En effet, l'article 5 du règlement d'exécution et le paragraphe 3 de l'article 10 de la directive précisent que les entités pouvant introduire une demande de test de l'objet principal sont :

*« a) les autorités compétentes ayant conclu des contrats de service public de transport ferroviaire dans une zone géographique impactée par le nouveau service proposé ;
b) toute entreprise ferroviaire exploitant des services internationaux ou intérieurs de transport ferroviaire de voyageurs sur le ou les trajets devant être desservis par le nouveau service proposé, que ce soit sur une base commerciale ou sur la base d'un contrat de service public. »*

51. Toutefois, l'article 4 du décret du 24 août 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit que le candidat à l'exploitation du nouveau service, la ou les autorités organisatrices ayant conclu un contrat de service public couvrant un lieu de départ et un lieu d'arrivée du nouveau service, et le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie peuvent saisir l'Autorité pour évaluer l'objet principal du nouveau service. L'Autorité note à cet égard, que le ministère ne peut saisir l'Autorité d'un test d'objet principal que dans le cas où il est autorité organisatrice *« ayant conclu un contrat de service public dans une zone géographique impactée par le nouveau service »* et elle propose que la disposition de transposition le précise.

52. De même, l'article 10 du règlement d'exécution et le paragraphe 2 de l'article 11 de la directive précisent que les entités qui peuvent introduire une demande de test d'équilibre économique sont :

*« a) l'autorité ou des autorités compétentes qui ont attribué le contrat de service public;
b) toute autre autorité compétente concernée qui aurait le droit de limiter l'accès en vertu du présent article;
c) le gestionnaire d'infrastructure;
d) l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public. »*

53. Toutefois, l'article 5 du décret du 24 août 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit la possibilité pour le candidat à l'exploitation du nouveau service de saisir l'Autorité d'une demande de test d'équilibre économique, alors que cette entité ne figure pas parmi les requérants prévus au paragraphe 2 de l'article 11 de la directive.

54. L'Autorité souligne que les entités autres que celles listées dans la directive ne peuvent introduire une demande de test d'objet principal et de test d'équilibre économique. Par conséquent, en cas de saisine par des entités non reconnues dans la directive, l'Autorité serait contrainte de faire primer le droit de l'Union européenne et de déclarer la demande irrecevable.

55. Dans ce contexte, l'Autorité estime que les projets de transposition ne sont pas conformes au droit de l'Union européenne et propose de transposer la directive en renvoyant au règlement d'exécution.

Recommandation n° 4 : L'Autorité demande de renvoyer aux articles 5 et 10 du règlement d'exécution la définition de la liste des requérants en précisant que le ministère ne peut saisir l'Autorité d'un test d'objet principal que dans le cas où il est autorité organisatrice ayant conclu un contrat de service public dans une zone géographique impactée par le nouveau service.

2.2.3 LA CONTRIBUTION FINANCIERE AU PROFIT DE L'AUTORITE ORGANISATRICE

56. L'article 5 du décret du 24 août 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit la possibilité pour une autorité organisatrice de percevoir une contribution financière d'une entreprise ferroviaire dont elle autoriserait l'exploitation du service pour compenser l'atteinte à l'équilibre d'un de ses contrats de service public :

« L'autorité organisatrice peut accepter la réalisation d'une desserte intérieure par le candidat à l'exploitation du nouveau service. Elle peut également, sous réserve que l'Autorité ait estimé que la desserte envisagée serait de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public, prévoir une contribution au profit de l'autorité organisatrice afin de neutraliser, dans les limites strictement nécessaires, les incidences de la desserte sur cet équilibre. Les modalités de calcul de cette contribution sont déterminées sur une base objective, transparente et non discriminatoire. »

57. L'Autorité s'interroge tout d'abord sur les conditions d'encadrement de la possibilité donnée à l'autorité organisatrice de transport d'accepter l'exploitation d'un nouveau service et demande de préciser, pour éviter toute ambiguïté dans la lecture de cette disposition, que cette faculté ne peut être exercée que dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.
58. En ce qui concerne l'institution d'une contribution destinée à neutraliser les incidences d'une nouvelle desserte sur l'équilibre économique d'un contrat de service public, l'Autorité rappelle que cette contribution a vocation, d'après l'article 12 de la directive, à s'appliquer à l'ensemble des entreprises ferroviaires assurant des services nationaux ou internationaux de transport de voyageurs, sur les lignes relevant de la compétence de l'autorité organisatrice en charge de ce contrat. Si tel n'était pas le cas, l'institution de la contribution ferait peser un risque de discrimination entre acteurs, au détriment des nouveaux entrants sur le marché. Elle souligne, à l'appui de sa demande, que les parties consultées ont également exprimé le besoin d'une clarification de la disposition.
59. En outre, l'Autorité s'interroge sur le choix du véhicule normatif et souligne que si cette « contribution » devait être analysée comme une taxe, car sans véritable contrepartie, le recours à la loi s'imposerait pour créer une telle imposition, conformément à l'article 34 de la Constitution.

Recommandation n° 5 : L'Autorité demande que la contribution prévue à l'article 5 du décret du 24 août 2010 s'applique à l'ensemble des entreprises ferroviaires assurant des services nationaux et internationaux sur les lignes relevant de la compétence de l'autorité organisatrice, et non au seul nouvel entrant sur le marché.

2.3 SUR LES CONDITIONS TECHNIQUES ET TARIFAIRES D'ACCES A L'INFRASTRUCTURE

60. Les projets d'ordonnance et de modifications du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 soumis à l'examen de l'Autorité visent à transposer les obligations de la directive en matière d'accès à l'infrastructure principale et de tarification.
61. A titre liminaire, l'Autorité note que l'article 6 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret prévoit que « les dispositions du présent décret n'emportent aucune conséquence sur les documents de référence du réseau déjà publiés. »
62. Le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a précisé que cette disposition transitoire signifie que le document de référence du réseau 2016 ne doit pas intégrer les modifications réglementaires et que le décret du 7 mars 2003 dans sa rédaction issue du projet de décret soumis à l'examen de l'Autorité ne s'appliquerait que pour le document de référence du réseau de 2017.
63. L'Autorité attire l'attention du gouvernement sur l'article 64 de la directive qui oblige les Etats membres à veiller à ce que toutes les parties concernées respectent les articles et les annexes de la directive au plus tard 16 juin 2015. Il appartiendra au gestionnaire d'infrastructure de tirer les conséquences dans le DRR des mesures de transposition qui seront arrêtées, dans le respect des dispositions de la directive. L'Autorité estime par conséquent que la disposition transitoire est juridiquement contestable et rappelle que si le document de référence du réseau de 2016 n'était pas conforme à la directive, les justiciables pourraient se prévaloir directement d'une disposition de la directive dès lors qu'elle est claire, précise et inconditionnelle.

64. Afin de lui permettre d'exercer ses missions de régulation économique de la liaison fixe transmanche conjointement avec l'*Office of Rail and Road*, l'Autorité demande que soit transposé de façon littérale en droit français le paragraphe 9 de l'article 2 de la directive qui prévoit que « *la présente directive ne s'applique pas, à l'exception de l'article 6, paragraphes 1 et 4, [séparation comptable] et des articles 10, 11, 12 et 28, [accès au réseau] aux entreprises dont les activités sont limitées à la seule fourniture de services de navette pour véhicules routiers à travers les tunnels sous-marins ou aux opérations de transport sous forme de services de navette pour véhicules routiers à travers ces tunnels* ». Elle rappelle que le projet de transposition de la directive soumis à consultation publique par les autorités britanniques prévoit une transposition à l'identique de cette disposition²⁵ et attire l'attention du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie sur le risque d'insécurité juridique que ferait courir l'absence d'harmonisation des deux régimes législatifs.

Recommandation n° 6 : L'Autorité demande que le paragraphe 9 de l'article 2 soit transposé littéralement.

65. Au-delà de ces remarques liminaires, l'Autorité souhaite attirer l'attention sur deux points principaux.
- a. *Les relations avec les entreprises ferroviaires dans la gestion de l'infrastructure*
66. Le chapitre IV de la directive impose aux gestionnaires d'infrastructure plusieurs obligations en matière de répartition des capacités, aux fins d'assurer en particulier un accès non discriminatoire à l'infrastructure. Certaines de ces obligations n'ont toutefois pas été transposées dans les projets soumis pour avis à l'Autorité.
67. Ainsi, l'article 25-1 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret, traitant des infrastructures spécialisées, ne prend pas en compte l'exigence, pour le gestionnaire d'infrastructure, mentionné au paragraphe 2 de l'article 49 de la directive, de consulter les parties intéressées avant le classement en infrastructure spécialisée d'une portion de l'infrastructure.
68. De même, concernant les mesures à prendre en cas de perturbation de la circulation, l'article 54 de la directive distingue deux situations. Son premier paragraphe traite des défaillances causant une perturbation de circulation des trains alors que le second aborde les cas d'urgence rendant l'infrastructure momentanément inutilisable. Or, l'article 24-1 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret n'établit pas cette distinction et permet au gestionnaire d'infrastructure d'exiger des entreprises ferroviaires qu'elles mettent à disposition les moyens qui lui paraissent nécessaires, et ce, même dans des situations ne présentant pas d'urgence manifeste.
69. L'Autorité estime que l'article 24-1 devrait, conformément à l'article 54 de la directive, distinguer les situations présentant un caractère urgent et rendant l'infrastructure inutilisable de celles n'entraînant qu'une perturbation temporaire du trafic.
70. Enfin, l'Autorité demande de retirer la mention « *directement* » de l'article 21-1 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret qui prévoit que « *ces informations sont fournies sans révéler directement l'identité des autres candidats* ». Elle rappelle à ce titre que, d'une part, le paragraphe 3 de l'article 46 de la directive ne contient pas cette mention et que, d'autre part, la limitation des échanges d'informations sensibles, et notamment des informations pouvant permettre d'identifier la stratégie d'un concurrent, est un prérequis au fonctionnement concurrentiel du secteur.

Recommandation n° 7 : L'Autorité demande que l'article 54 relatif aux cas de perturbation de la circulation de la directive soit transposé dans son intégralité.

²⁵ Consultation de Royaume-Uni sur la transposition de la directive 2012/34/UE du 8 avril 2015.

b. Les règles de priorité dans la répartition des capacités en cas de saturation de l'infrastructure

71. Le paragraphe 2 de l'article 45 de la directive prévoit que le gestionnaire d'infrastructure peut accorder la priorité à certains services lorsque l'infrastructure a été déclarée saturée ou lorsqu'elle a été désignée comme infrastructure spécialisée.
72. Lorsque l'infrastructure a été déclarée saturée, le paragraphe 3 de l'article 47 de la directive autorise le gestionnaire d'infrastructure à mettre en place des règles de priorité. Toutefois, les règles de priorité ne peuvent être appliquées que lorsque le gestionnaire d'infrastructure n'a pas perçu de redevances au titre de la rareté des capacités ou lorsqu'il les a perçues mais qu'elles « *n'ont pas donné de résultats satisfaisants* ». L'Autorité constate que le projet de décret de transposition ne fait pas référence à ces conditions d'application de règles de priorité. Elle recommande en conséquence de compléter le décret sur ce point.
73. Par ailleurs, le projet soumis à l'Autorité introduit au troisième alinéa de l'article 22 du décret du 7 mars 2003 des règles de priorité pour les capacités restantes après application des règles de priorité définies par le gestionnaire d'infrastructure. Or, par définition, une infrastructure est déclarée « saturée » lorsqu'il est impossible pour le gestionnaire d'infrastructure de répondre favorablement à l'ensemble des demandes qui lui sont faites. Par conséquent, l'Autorité émet des doutes sur l'existence et la qualité, après la déclaration de saturation, des « capacités restantes » et s'interroge dès lors sur la pertinence d'une telle disposition.
74. En outre, le deuxième alinéa du paragraphe 4 de l'article 47 de la directive prévoit que les Etats membres peuvent prendre les mesures nécessaires afin que certains services, en particulier les services répondant à des exigences de service public et les services de transport de fret, soient prioritaires lors de l'attribution des capacités de l'infrastructure. Dès lors, l'Autorité s'interroge sur la pertinence de l'ordre de priorité mis en place dans le projet de décret, qui place les services conventionnés en dernière position.
75. En conséquence, l'Autorité recommande de laisser à la discrétion du gestionnaire d'infrastructure l'établissement de ces règles en cas de saturation de l'infrastructure.

Recommandation n° 8 : L'Autorité demande de préciser que les règles de priorité ne peuvent être mises en œuvre qu'après que l'infrastructure a été déclarée saturée et qu'à la condition que le gestionnaire d'infrastructure n'ait pas perçu de redevances de saturation ou qu'il les ait perçues mais sans résultats satisfaisants.

2.3.2 TARIFICATION DE L'INFRASTRUCTURE

a. Le système d'amélioration des performances

76. L'article 34 du projet de décret du 7 mars 2003 tel que modifié introduit en droit français l'obligation pour le gestionnaire d'infrastructure d'établir un système d'amélioration des performances.
77. L'annexe VI de la directive, qui définit les principes de base du système d'amélioration des performances prévu à l'article 35, précise que le système d'amélioration des performances inclut « *notamment la valeur des retards* ». La directive laisse donc ouverte la possibilité d'intégrer dans le système d'amélioration des performances d'autres paramètres afin de réduire au minimum les défaillances du réseau.
78. L'Autorité prend acte de la rédaction du troisième paragraphe de l'article 34 qui, comme le prévoit la directive, laisse ouverte la possibilité pour le gestionnaire d'infrastructure d'inclure dans le système d'amélioration des performances d'autres paramètres de performance que les retards des trains.

79. A ce titre, l'Autorité avait proposé, dans son avis n° 2015-003 du 3 février 2015²⁶, certaines pistes d'amélioration du système, et notamment la prise en compte du nombre de trains supprimés.
80. Enfin, le paragraphe h du point 2 de l'annexe VI de la directive prévoit « [qu'une] fois par an, le gestionnaire d'infrastructure publie le niveau moyen annuel de performance auquel sont parvenues les entreprises ferroviaires au regard des principaux paramètres arrêtés dans le système d'amélioration des performances ». L'Autorité considère que le huitième alinéa de l'article 34 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret doit être complété afin de prévoir la publication des niveaux de performance atteints par chacune des entreprises ferroviaires, comme elle l'avait suggéré dans son avis n° 2015-003 du 3 février 2015²⁷.

b. La tarification au coût directement imputable

81. En application du paragraphe 3 de l'article 31 de la directive, la Commission européenne a adopté le 16 avril 2015 un règlement d'exécution²⁸ (ci-après « le règlement d'exécution ») définissant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire.
82. Les projets de transposition soumis à l'Autorité ne font aucune référence à ce règlement d'exécution. L'Autorité rappelle que s'agissant d'un règlement d'exécution, il n'est pas nécessaire de prévoir des mesures de transposition puisque cet acte est directement applicable dans l'ordre juridique national. Néanmoins, l'Autorité estime qu'il conviendrait que le décret du 7 mars 2003 renvoie directement aux articles du règlement d'exécution.
83. En conséquence, l'Autorité demande de modifier l'article 30 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret afin d'y intégrer un renvoi au règlement d'exécution.

Recommandation n° 9 : l'Autorité demande que le décret du 7 mars 2003 renvoie au règlement d'exécution l'établissement des modalités de calcul du coût directement imputable.

c. Exceptions aux principes de tarification

84. Les modifications à l'article 31 du décret du 7 mars 2003 introduites par le projet de décret visent à transposer le paragraphe 1^{er} de l'article 32 relatif aux exceptions aux principes de tarification et le point 1 de l'annexe VI de la directive, qui définit les paires minimales d'éléments devant être pris en compte par les gestionnaires de l'infrastructure lorsqu'ils établissent la liste des segments de marché en vue d'introduire des majorations dans le système de tarification.
85. L'Autorité remarque que le projet de décret ne précise pas le rôle du régulateur national en matière de contrôle de la liste des segments de marché élaborée par le gestionnaire d'infrastructure. Or, le paragraphe 1^{er} de l'article 32 de la directive prévoit que « [l']organisme de contrôle visé à l'article 55 contrôle cette liste conformément à l'article 56 ».
86. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a précisé que dans la mesure où la liste des segments est obligatoirement contenue dans le document de référence du réseau, l'Autorité pourra la contrôler, par le biais de son avis conforme sur les prestations minimales.

²⁶ Avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires n° 2015-003 du 3 février 2015 relatif au document de référence du réseau ferré national pour l'horaire de service 2016, pt II.56.

²⁷ *Id.*, pt II.55.

²⁸ Règlement d'exécution (UE) de la Commission du 15 avril 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, publié le 13 juin 2015 au Journal officiel de l'Union européenne.

87. Toutefois, l'Autorité demande que son rôle de contrôle de la liste des segments de marché soit davantage précisé dans l'article 31 du décret du 7 mars 2003, afin de ne pas attendre la publication du DRR.

Recommandation n° 10 : l'Autorité demande que le décret du 7 mars 2003 prévoi^e expressément son rôle de contrôle de la liste des segments de marché, afin de ne pas attendre la publication du DRR.

d. Tarification des contraintes de capacité

88. Le paragraphe 4 de l'article 31 de la directive prévoit que « [l]es redevances d'utilisation de l'infrastructure visées au paragraphe 3 peuvent inclure une redevance au titre de la rareté des capacités de la section identifiable de l'infrastructure pendant les périodes de saturation ».
89. L'Autorité note qu'au sein du paragraphe 1^{er} de l'article 33-1 du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret, l'expression « période de saturation » est remplacée par celle de « saturation croissante de l'infrastructure ». Le projet de décret ouvre ainsi la possibilité, pour le gestionnaire d'infrastructure, de mettre au point une tarification des contraintes de rareté s'il anticipe que l'infrastructure sera prochainement saturée et à condition que l'infrastructure ait été préalablement déclarée saturée.
90. Certes, la directive fait effectivement référence à des situations où le gestionnaire d'infrastructure anticipe la saturation de l'infrastructure, au paragraphe 1^{er} de l'article 47, lequel dispose que « [l]orsque, à l'issue de la coordination des sillons demandés et de la consultation des candidats, il s'avère impossible de répondre favorablement à toutes les demandes de capacités de l'infrastructure, le gestionnaire d'infrastructure déclare immédiatement la section de l'infrastructure concernée « infrastructure saturée ». Il en va de même des infrastructures dont on peut penser qu'elles souffriront d'une même pénurie dans un proche avenir ». Toutefois, ce n'est pas parce que la directive prévoit que le gestionnaire d'infrastructure peut déclarer l'infrastructure saturée dès lors qu'une situation de saturation est anticipée qu'elle permet la mise en œuvre d'une tarification de la rareté sans aucun encadrement. La directive ne prévoit en effet l'application d'une tarification de la rareté que « dans les périodes de saturation », c'est-à-dire dans des situations de saturation effective, lorsque le gestionnaire d'infrastructure est dans l'incapacité avérée de satisfaire l'ensemble des demandes de sillons. Dans le contexte de la création du groupe public ferroviaire, s'écarter d'une telle lecture de ces dispositions en permettant l'application d'une tarification de la rareté dans des situations de saturation anticipée ferait courir un risque d'entrave à la concurrence au détriment des entreprises ferroviaires nouvelles entrantes.
91. Si l'interprétation portée par le projet décret selon laquelle il est possible de facturer une redevance au titre de la rareté des capacités en situation de saturation anticipée s'avérait néanmoins retenue, l'Autorité considère que le fait de prévoir qu'une telle redevance puisse être mise en œuvre pour tenir compte de la « saturation croissante de l'infrastructure » reste insuffisamment restrictif. Dans ce cas de figure, il conviendrait de restreindre la possibilité de percevoir cette redevance pour des lignes ou des sections de lignes réellement saturées ou pour lesquelles le gestionnaire d'infrastructure est en mesure de démontrer qu'elles le seront dans un proche avenir et après que celles-ci ont été déclarées saturées.
92. Les parties consultées ont exprimé leur satisfaction sur le projet de transposition du paragraphe 4 de l'article 31 de la directive en insistant, par exemple, sur le fait qu'une tarification au titre de la rareté des capacités devrait se traduire par des majorations de redevances moins systématiques que celles actuellement appliquées via la redevance de réservation. Les parties consultées ont également exprimé leur souhait d'une définition plus précise des cas où l'organisme de contrôle pourra estimer que le gestionnaire d'infrastructure a apporté une preuve suffisante que le plan de renforcement des capacités ne peut être mis en œuvre. Enfin, elles ont souligné que l'article 51 n'était pas transposé correctement du fait, en particulier, qu'il ne précise pas que le plan de renforcement des capacités doit être présenté six mois après l'achèvement de l'analyse des capacités comme prévu par le paragraphe 1 de cet article.

Recommandation n° 11 : L'Autorité demande que la tarification de la rareté soit uniquement mise en œuvre dans des situations de saturation effectives ayant fait l'objet d'une déclaration de saturation. En outre, elle demande que le projet de transposition précise que le plan de renforcement des capacités doit être présenté six mois après l'achèvement de l'analyse des capacités.

e. Les mesures d'incitation à la réduction des coûts et des redevances

93. Le code des transports et le décret n° 2015-140 du 10 février 2015 prévoient que le contrat entre l'Etat et SNCF Réseau comprend des mesures d'incitation visant à réduire les coûts. Cette règle transpose le paragraphe 3 de l'article 30 de la directive, selon lequel « [l]es États membres mettent en vigueur les mesures d'incitation visées au paragraphe 1 par le contrat visé au paragraphe 2, par des mesures réglementaires, ou par une combinaison de mesures d'incitation visant à réduire les coûts dans le contrat et le niveau des redevances par des mesures réglementaires ». Or, l'Autorité relève que le décret du 7 mars 2003, dans sa rédaction issue du projet de décret, n'y fait pas référence.
94. Les parties consultées ont également relevé que le projet de transposition ne prévoit pas expressément que le gestionnaire d'infrastructure soit encouragé par des mesures d'incitation à la réduction des coûts et des redevances d'accès, alors qu'il s'agit d'un vecteur de l'amélioration de la compétitivité du transport ferroviaire vis-à-vis des autres modes.
95. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a indiqué que ces mesures d'incitations seront prises dans le cadre du contrat entre l'Etat et SNCF Réseau.
96. L'Autorité note le choix de privilégier la voie contractuelle pour transposer l'obligation de la directive et veillera au respect de ces dispositions, notamment dans le cadre de l'avis sur le projet du contrat entre l'Etat et SNCF Réseau conformément à l'article L. 2111-10 du code des transports.
97. L'Autorité rappelle que les mesures incitatives qui seront prévues par le contrat concerneront l'encadrement des variations annuelles de l'enveloppe globale des redevances et que la loi ne précise pas que le contrat encadrera l'évolution indépendante de chacune des redevances au sein de cette trajectoire d'évolution globale des redevances.
98. L'Autorité souligne qu'il convient de distinguer les mesures incitatives de nature contractuelle de celles qui peuvent être mises en œuvre spécifiquement pour la redevance fixée au coût directement imputable, en application de l'article 3 paragraphe 2 du règlement d'exécution. Elle précise que les deux dispositifs d'incitation sont complémentaires et que la mise en œuvre de dispositifs incitatifs spécifiquement dédiés à la redevance qui couvre le coût directement imputable n'emporterait aucune conséquence sur la trajectoire d'évolution globale des redevances qui sera prévue par le contrat.
99. Par conséquent, l'Autorité souhaite que les projets de transposition prévoient un mécanisme incitatif spécifique pour l'évolution de la redevance égale au coût directement imputable. En effet, la mise au point de dispositifs incitatifs sur les coûts directement imputables participerait à améliorer la qualité des signaux par les prix et l'efficacité de gestion de l'infrastructure. En outre, le paragraphe 1 de l'article 32 de la directive 2012/34/UE prévoit qu'un segment de marché peut accéder au réseau dès lors qu'il est à même d' « acquitter le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, plus un taux de rentabilité si le marché s'y prête ». Partant, la mise en œuvre d'incitations à la réduction des coûts directement imputables participerait au développement des services ferroviaires, ce qui constitue un objectif fondamental visé par la directive.
100. Dans cette perspective, l'Autorité a vocation à être partie prenante de la mise au point de ces mesures incitatives. Elle demande que le projet d'ordonnance lui ouvre la possibilité, autrement qu'au travers de l'avis conforme annuel sur la tarification, d'adopter des mesures réglementaires visant à définir des dispositifs incitatifs spécifiques pour la redevance fixée au niveau du coût directement imputable.
101. L'Autorité souligne que l'ouverture de cette possibilité serait cohérente avec le rôle joué par d'autres régulateurs sectoriels dans le secteur ferroviaire en Europe (*Office of Rail and Road* au Royaume-Uni) mais aussi dans d'autres industries de réseau en France (*Commission de Régulation de l'Energie*).

Recommandation n° 12 : L'Autorité demande que le projet d'ordonnance prévoie la mise en place de mesures incitatives à la réduction des coûts directement imputables et lui accorde la possibilité d'adopter des mesures réglementaires visant à définir des dispositifs incitatifs spécifiques.

f. Les conséquences d'un avis non conforme sur la tarification des prestations minimales

102. Le projet d'ordonnance ne modifie pas le début de l'article L. 2133-5 du code des transports, lequel dispose que « *L'Autorité de régulation des activités ferroviaires émet un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national (...)* ».
103. L'Autorité rappelle qu'un avis conforme, sous réserve de sa légalité, lie étroitement l'autorité à laquelle il est délivré car il ne lui laisse d'autre alternative que celle d'édicter un texte entérinant l'avis ou celle de renoncer à édicter l'acte. Dès lors, en cas d'avis défavorable, les tarifs ne sont pas exécutoires et ne peuvent donc être légalement institués. De même, dans l'hypothèse d'un avis favorable assorti de réserves, la décision ne sera régulière que si elle lève ces réserves.
104. A cet égard, la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article 9 du décret n° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national perçues au profit SNCF Réseau, qui n'est pas modifiée par le projet de transposition, précise que « *[c]e projet de tarif [de l'infrastructure ferroviaire] est publié dans le document de référence du réseau, accompagné d'une mention précisant que son caractère exécutoire est subordonné à l'avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, conformément au V de l'article 15 de la 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. L'Autorité rend son avis dans un délai de deux mois suivant la publication du document de référence du réseau* ». De même, le document de référence du réseau pour l'horaire de service 2016 indique qu'« *[à] l'exception des dispositions relatives à la tarification des prestations minimales ainsi que celle des prestations d'accès aux infrastructures de service et aux prestations régulées qui y sont fournies qui deviennent exécutoires après avis conforme de l'ARAF, le présent document prend effet dès sa publication. Il s'applique aux demandes de capacité et aux circulations de l'horaire de service 2016, jusqu'à la fin de l'horaire de service, soit le 10 décembre 2016* »²⁹.
105. L'Autorité tient à souligner que les conséquences d'un avis non-conforme de l'Autorité sur les tarifs applicables ne sont abordées par aucune disposition législative ou réglementaire. Or le document de référence du réseau fixe un terme annuel au-delà duquel il cesse d'être applicable, de telle sorte qu'un « vide tarifaire » pourrait apparaître tant que perdurent les éléments ayant conduit l'Autorité à rendre son avis défavorable.
106. Dans ces conditions, l'Autorité suggère de pouvoir elle-même proroger, pour une période transitoire, le tarif en vigueur et d'en inscrire le principe dans le projet d'ordonnance.

Recommandation n° 13 : L'Autorité propose que le projet d'ordonnance lui reconnaisse la faculté de proroger, pour une période transitoire, les tarifs antérieurement en vigueur en cas d'avis non conforme sur la tarification des prestations minimales.

2.4 SUR L'ACCES AUX INSTALLATIONS DE SERVICE

107. Les projets d'ordonnance et de décret modifiant le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif à l'accès aux installations de service du réseau ferroviaire visent à transposer les articles 13, paragraphe 7, l'article 31 et les paragraphes 1 et 2 de l'article 56 de la directive.

²⁹ DRR 2016, V4 du 26 février 2015, point 1.6.1, page 12 (soulignement ajouté).

108. La directive renforce les obligations des exploitants relatives à la fourniture de l'accès aux installations, aux voies et aux services qui y sont offerts. Elle précise notamment que le service de base doit être fourni de manière non-discriminatoire, que les exploitants doivent répondre à toutes les demandes d'accès aux installations dans la mesure du possible et que l'accès à ces services, y compris aux voies, ne peut être refusé que s'il existe une alternative viable. De même, les exploitants d'installations de service fournissent à toutes les entreprises ferroviaires des prestations complémentaires et connexes selon des règles précises.
109. S'agissant des garanties d'indépendance, la directive exige *a minima* une séparation comptable des exploitants d'installations de service exerçant également des activités de transport ferroviaire. Elle exige également que les exploitants de certaines installations, comme les gares ou les terminaux de marchandises, qui sont sous le contrôle direct ou indirect d'une entité ou entreprise qui est également active et occupe une position dominante sur des marchés nationaux de services de transport ferroviaire pour lesquels l'installation est utilisée, soient organisés de manière à assurer leur indépendance organisationnelle et décisionnelle vis-à-vis de cette entité ou entreprise. En outre, elle prévoit que si une installation de service mentionnée à l'article L. 2123-1 du code des transports n'a pas été utilisée pendant au moins deux années consécutives et si au moins un candidat s'est déclaré intéressé par un accès à cette installation auprès de son exploitant, sur la base de besoins avérés, le propriétaire de l'installation publique, par tout moyen approprié, l'information selon laquelle son installation est disponible en totalité ou en partie et qu'il recherche un exploitant.
110. Enfin, la directive indique que la tarification des services fournis dans les installations de service ne doit pas dépasser le coût de la prestation majoré d'un bénéfice raisonnable. Le paragraphe 2 de l'article 31 précise par ailleurs que les exploitants d'installations de service doivent être en mesure de prouver aux entreprises ferroviaires que les redevances des services réellement facturées sont conformes à la méthodologie aux règles et, le cas échéant, aux barèmes définis dans le document de référence du réseau.
111. L'Autorité rappelle que le paragraphe 9 de l'article 13 prévoit la procédure à suivre et les critères à respecter pour accéder aux installations de service. Ces critères seront ultérieurement précisés par des mesures d'exécution de la Commission européenne. Il serait donc préférable que les dispositions de transposition reprennent, dans la mesure du possible de manière littérale, les obligations de la directive dans l'objectif d'éviter toute contradiction et d'assurer un environnement juridique stable et prévisible pour les acteurs du secteur.

2.4.1 LE PERIMETRE DE L'INFRASTRUCTURE PRINCIPALE ET DES INSTALLATIONS DE SERVICE

112. A titre liminaire, l'Autorité souligne que l'annexe II de la directive 2001/14 listant les services à fournir aux entreprises ferroviaires a été modifiée par la directive 2012/34 du 21 novembre 2012 afin de prévoir explicitement que les prestations minimales comprennent l'utilisation de l'infrastructure principale :
- « 1. *L'ensemble des prestations minimales comprend :*
- a) *le traitement des demandes de capacités de l'infrastructure ferroviaire ;*
- b) *le droit d'utiliser les capacités accordées ;*
- c) *l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, y compris les branchements et aiguilles du réseau ;*
 (...) »³⁰.
113. L'infrastructure ferroviaire est définie à l'article 3 de la directive comme étant « *l'ensemble des éléments visés à l'annexe I* »³¹.

³⁰ Les éléments surlignés ont été ajoutés au texte de la directive précédente.

³¹ La nouvelle annexe I listant les éléments de l'infrastructure ferroviaire reprend une définition existante depuis 1969 dans le règlement n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable définit en annexe 1 les éléments constitutifs de l'infrastructure ferroviaire.

114. Le point 2 de l'annexe II liste les installations de service auxquelles l'accès doit être fourni. Cet accès ne peut être refusé que s'il existe une alternative viable.
115. L'Autorité considère qu'il convient d'adopter une lecture combinée des deux annexes de la directive et de regarder le périmètre des installations de service comme délimité au point 2 de l'annexe II de la directive et celui du réseau principal à l'annexe I de la directive. L'Autorité souligne qu'une telle interprétation a pour avantage de ne pas exclure certaines installations de service des obligations d'accès, en particulier les centres de maintenance. En outre, elle permet d'appréhender les installations de service dans leur ensemble, comme les terminaux de marchandises.
116. A ce titre, l'Autorité conteste l'interprétation du ministère concernant les annexes I et II de la directive. Selon le ministère, l'annexe I correspondrait à l'ensemble des installations ferroviaires composant le réseau principal et, de manière non exhaustive, à certaines installations de service. Une telle lecture n'offre pas de cohérence qui fasse sens, à la fois juridiquement, économiquement et techniquement.
117. L'Autorité souhaite ainsi attirer plus particulièrement l'attention sur les points suivants.
- a. *L'exclusion des voies situées à l'intérieur des ateliers de réparation du matériel et des dépôts ou garages d'engins de traction du champ de la régulation*
118. L'article préliminaire du décret du 20 janvier 2012 tel que modifié par le projet de décret prévoit que « [...] [l]e présent décret ne s'applique pas : (...) 2° Aux voies situées à l'intérieur des centres d'entretien et des autres installations techniques, nécessaires à l'exécution des prestations de maintenance, ainsi que des dépôts ou garages d'engins de traction ». En d'autres termes, les voies situées à l'intérieur des ateliers de réparation du matériel et des dépôts ou garages d'engins de traction ne seraient plus soumis aux obligations d'accès et aux principes tarifaires énoncés par le décret du 20 janvier 2012 dans sa rédaction issue du projet de décret.
119. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a indiqué que cette exclusion résultait de l'annexe I de la directive, qui prévoit que « [l]'infrastructure ferroviaire se compose des éléments suivants, pour autant qu'ils fassent partie des voies principales et des voies de service, à l'exception de celles situées à l'intérieur des ateliers de réparation du matériel et des dépôts ou garages d'engins de traction, ainsi que des embranchements particuliers : [...] ».
120. Cependant, cette lecture ne prend pas en compte l'annexe II point 2 de la directive qui dispose que :
- « [l]'accès, y compris l'accès aux voies, est fourni aux installations de service suivantes, lorsqu'elles existent, et aux services offerts dans ces installations :
- [...] e) les installations d'entretien, à l'exception de celles affectées à des services de maintenance lourde et qui sont réservées aux trains à grande vitesse ou à d'autres types de matériel roulant nécessitant des installations spécifiques ;
- f) les autres infrastructures techniques, y compris les installations de nettoyage et de lavage ; [...] ».
121. L'Autorité considère donc que l'interprétation du ministère méconnaît l'annexe II point 2 qui définit les installations d'entretien comme des installations de service, en incluant les voies situées à l'intérieur de ces installations. Ainsi, l'interprétation de l'annexe I de la directive telle qu'elle est faite par le ministère méconnaît l'annexe II de cette même directive.
122. En outre, l'exclusion des voies situées à l'intérieur d'un centre d'entretien du champ de la régulation est également contraire au projet de décret relatif aux installations de service du réseau ferroviaire. En effet, les modifications des articles 9 et 9-1 du décret du 20 janvier 2012, introduites par le projet de décret, relatifs aux centres d'entretien et aux autres installations techniques, prévoient d'inclure dans le service de base : « l'utilisation des voies et autres installations ferroviaires ouvrant l'accès aux installations » de ces centres d'entretien et des autres installations techniques.
123. De plus, l'accès aux voies situées à l'intérieur des centres de maintenance est indispensable à la réalisation des opérations de maintenance. En effet, l'exploitant de ces installations, SNCF Mobilités, met ses voies à disposition des entreprises ferroviaires. Les opérations de diagnostic et les interventions techniques sur le matériel roulant relèvent du personnel de celles-ci. Par conséquent,

sortir du périmètre de la régulation les voies situées à l'intérieur des centres de maintenance reviendrait à supprimer les exigences en matière d'accès à ces installations de service dans des conditions transparentes et non discriminatoires.

124. L'AFRA a d'ailleurs souligné lors de la consultation publique organisée par l'Autorité qu'il « *n'est pas possible que certaines infrastructures de service puissent être exclues du champ d'application du décret et qu'ainsi leur gestionnaire soit légitime à en refuser l'accès.* »

Recommandation n° 14 : L'Autorité demande d'inclure dans le champ du décret du 20 janvier 2012 les voies situées à l'intérieur des centres d'entretien et des autres installations techniques nécessaires à l'exécution des prestations de maintenance, ainsi que celles situées à l'intérieur des dépôts ou garages d'engins de traction.

b. Les embranchements particuliers

125. L'article préliminaire du décret du 20 janvier 2012 tel que modifié par le projet de décret prévoit que « [...] [l]e présent décret ne s'applique pas : 1° Aux embranchements particuliers ; ».
126. S'agissant des embranchements particuliers, l'Autorité souligne qu'il convient de lire l'exception figurant à l'annexe I de la directive en lien avec le considérant 12 de cette même directive, lequel précise qu'« [é]tant donné que les embranchements particuliers tels que ceux situés dans des installations industrielles particulières ne font pas partie de l'infrastructure ferroviaire telle que définie dans la présente directive, les gestionnaires de ces infrastructures ne devraient pas être soumis aux obligations imposées aux gestionnaires de l'infrastructure en vertu de la présente directive. Un accès non discriminatoire aux embranchements devrait cependant être garanti, quel que soit leur propriétaire, lorsqu'ils sont nécessaires pour avoir accès à des installations de service qui sont essentielles pour la fourniture de services de transport et lorsqu'ils desservent ou peuvent desservir plus d'un client final. ».
127. D'une part, l'Autorité souligne que le ministère aurait pu profiter de l'opération de transposition de la directive pour définir la notion d'embranchement particulier. D'autre part, l'Autorité estime que la directive fait d'ores et déjà une distinction entre les embranchements « situés dans des installations industrielles particulières » et ceux qui sont « nécessaires pour avoir accès à des installations de service qui sont essentielles pour la fourniture de services de transport et lorsqu'ils desservent ou peuvent desservir plus d'un client final ». En s'inscrivant dans le cadre tracé par ces dispositions, l'Autorité s'efforcera de définir le périmètre de cette exclusion des embranchements particuliers à travers sa jurisprudence.
128. Ainsi, l'Autorité recommande de préciser a minima que les embranchements donnant accès aux installations de service essentielles à la fourniture de services de transport et qui desservent ou peuvent desservir plus d'un client final relèvent du décret n° 2012-70 relatif aux installations de service.

c. La redevance quais

129. La redevance dite « redevance quais » est destinée à couvrir les coûts du périmètre des biens de SNCF Réseau en gares de voyageurs, ce qui comprend les quais, les couvertures de quais et les accès aux quais. Ce périmètre est actuellement considéré comme relevant des installations de service conformément à l'article 1^{er} du décret du 20 janvier 2012, qui prévoit que les installations de service comprennent les « *gares de voyageurs ouvertes au public, y compris les quais et les haltes, et leurs bâtiments* ».
130. Comme indiqué *supra*, le ministère considère que l'annexe I de la directive regroupe le réseau principal ainsi que certaines installations de service. Dès lors, les quais, qui figurent à l'annexe I, pourraient toujours, selon lui, être considérés comme des installations de service de sorte que la redevance quais devrait continuer à relever du principe de tarification au coût de la prestation majoré d'un bénéfice raisonnable.

131. De son côté, l'UTP a indiqué, en réponse à la consultation publique organisée par l'Autorité, que « *L'intégration ou non de la Redevance Quai (RQ) parmi les prestations minimales en application de la directive 2012/34/UE est pourtant une question d'actualité, à laquelle les entreprises ferroviaires adhérentes à l'UTP ont demandé de lever au préalable toute insécurité juridique. Elles souhaiteraient obtenir de plus amples précisions sur ce sujet* ».
132. L'Autorité estime que l'interprétation proposée par le ministère est juridiquement discutable.
133. En premier lieu, l'annexe I de la directive, qui définit les éléments constitutifs de l'infrastructure ferroviaire, vise les « *quais à voyageurs et à marchandises, y compris dans les gares de voyageurs et les terminaux de marchandises* ». Les quais étant expressément mentionnés comme composante de l'infrastructure principale, la redevance quais ne peut être considérée comme relevant de la tarification applicable aux installations de service.
134. En second lieu, contrairement à ce qu'avance le ministère, le fait que l'annexe I intègre comme composante de l'infrastructure ferroviaire les quais de certaines installations de service mentionnées au point 2 de l'annexe II (gares et terminaux de marchandises) ne peut justifier le maintien des quais dans le périmètre des installations de service. La directive distingue en effet l'accès à l'infrastructure principale, dont l'accès aux quais fait partie, de l'accès aux installations de service.
135. Au regard de ces éléments, l'Autorité estime que la redevance quais devrait relever des prestations minimales et être facturée au coût directement imputable, comme elle l'a déjà souligné dans son avis n° 2014-021 relatif aux projets de document de référence des gares de voyageurs pour les horaires de service 2015 et 2016.

Recommandation n° 15 : A la lecture de la directive, l'Autorité estime juridiquement plus sûr d'intégrer la redevance quais dans les prestations minimales.

d. Les redevances d'utilisation du système d'alimentation électrique et d'acheminement de l'électricité

136. L'annexe II de la directive 2012/34/UE prévoit que les prestations minimales comprennent : « *l'utilisation du système d'alimentation électrique pour le courant de traction, le cas échéant* » et que les prestations complémentaires peuvent comprendre « *le courant de traction, dont les redevances seront séparées, sur les factures, des redevances d'utilisation du système d'alimentation électrique, sans préjudice de l'application de la directive 2009/72/CE* ».
137. L'alimentation et la fourniture d'énergie électrique sont actuellement facturées à travers trois redevances : la redevance pour l'usage des installations de traction électrique (RCE), la redevance de transport et de distribution d'électricité (RCTE) et la redevance de fourniture d'énergie électrique auprès de SNCF Réseau (RFE).
138. En conformité avec les exigences de la directive, l'article 3 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national tel que modifié par le projet de décret prévoit que l'utilisation du système d'alimentation électrique pour le courant de traction (RCE) est compris dans les prestations minimales fournies par le gestionnaire d'infrastructure.
139. De même, il est bien prévu que la fourniture de l'énergie électrique (RFE) relève des prestations complémentaires, tel que le prévoient, d'une part pour les prestations minimales, le paragraphe V de l'article 3 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret³², et d'autre part pour les installations de service, le paragraphe II des articles 5 à 7 puis 9 à 9-1 du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 tel que modifié par le projet de décret³³.

³² « *Dès lors que le gestionnaire d'infrastructure délivre la prestation complémentaire de fourniture de l'énergie électrique, il la délivre dans des conditions transparentes et non discriminatoires à toute entreprise ferroviaire. La fourniture de cette prestation donne lieu à la perception d'une redevance calculée dans les conditions fixées par le décret n°2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux installations de service du réseau ferroviaire* ».

³³ « *Les prestations complémentaires comprennent : a) la fourniture de l'énergie électrique* ».

140. S'agissant de l'acheminement de l'énergie électrique, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a fait le choix de classer le transport et la distribution d'électricité en prestation complémentaire, en précisant que les principes de tarification applicables sont ceux des installations de service. Le V de l'article 3 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret prévoit ainsi que « *l'utilisation du système électrique pour le courant de traction donne lieu à la perception d'une redevance d'acheminement de l'énergie électrique jusqu'au point de consommation calculée dans les mêmes conditions que la prestation complémentaire de fourniture de l'énergie électrique* ».
141. En premier lieu, l'Autorité constate que le transport et la distribution de l'énergie de traction depuis les sites de production électrique jusqu'aux sous-stations électriques propriétés de SNCF Réseau³⁴, sont des prestations rendues par les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution d'électricité à SNCF Réseau au bénéfice des consommateurs ferroviaires (les entreprises ferroviaires et SNCF Réseau).
142. Cette prestation est une prestation extérieure au système ferroviaire : elle porte sur l'usage de réseaux électriques, propriétés de ces gestionnaires, gérés selon des politiques et modalités propres à ce secteur, selon une tarification publique arrêtée par le régulateur électrique (la CRE) et qui vise à couvrir les coûts de construction, d'entretien et plus généralement d'exploitation de ces réseaux. La directive 2012/34/UE est logiquement silencieuse sur ce point et il n'y a donc pas lieu de se référer aux principes tarifaires régissant les prestations minimales ou les installations de service. Pour l'Autorité, l'objectif à poursuivre est de permettre à SNCF Réseau de répercuter à l'euro l'euro les coûts qui lui sont facturés par les gestionnaires des réseaux de transport ou de distribution d'énergie électrique et les éventuels frais de gestion associés.
143. En second lieu, SNCF Réseau assure une prestation de gestion du réseau ferré électrifié, en particulier en assurant l'acheminement de l'électricité entre les sous-stations et les pantographes. A ce titre, il achète l'énergie électrique correspondant à l'ensemble des pertes par effet Joule du réseau électrique ferroviaire. Cette prestation, qui n'est pas explicitement mentionnée par la directive 2012/34/UE, devrait être identifiée dans le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 afin de donner une base réglementaire claire permettant à SNCF Réseau d'assurer cette prestation et d'en répercuter les coûts aux utilisateurs du réseau ferré.
144. Qu'il s'agisse des coûts liés à l'acheminement de l'énergie électrique en amont des sous-stations électriques du réseau ferré national ou de ceux liés à la gestion du réseau ferré électrifié, il convient de permettre à l'Autorité de contrôler le mode de répartition des coûts entre les consommateurs ferroviaires dans le cadre de son pouvoir d'avis conforme.

Recommandation n° 16 : L'Autorité demande de clarifier la base réglementaire s'appliquant aux prestations d'acheminement de l'énergie électrique, en distinguant en particulier les conditions permettant à SNCF Réseau de répercuter les coûts qu'il supporte au titre du transport ou de la distribution de l'énergie depuis les sites de production électrique jusqu'aux sous-stations électriques.

2.4.2 LES INFRASTRUCTURES PORTUAIRES MARITIMES ET INTERIEURES LIEES A DES ACTIVITES FERROVIAIRES

145. Le point 2 de l'annexe II de la directive définit la liste des installations de service, laquelle intègre : « [...] g) *les infrastructures portuaires maritimes et intérieures liées à des activités ferroviaires* ; [...] ».
146. Les modifications de l'article 1^{er} du décret du 20 janvier 2012 introduites par le projet de décret relatif à l'accès aux installations de service du réseau ferroviaire dispose que « [l]es *entreprises ferroviaires et les candidats visés à l'article L. 2122-11 du code des transports se voient proposer de manière transparente et non discriminatoire l'accès par le réseau mentionné à l'article L. 2122-9 du code des transports aux installations de service mentionnées à l'article L. 2123-1 du code des transports, qui comprennent, [...] b) Les voies ferrées portuaires* ; [...] ».

³⁴ Cette prestation représente en 2015 environ 110 millions d'euros dans les 146 M€ de la RCTE actuelle, la différence correspondant pour l'essentiel à l'achat des pertes sur le réseau électrique ferroviaire, soit 35 M€.

147. La rédaction telle que proposée qualifie les infrastructures portuaires maritimes et intérieures liées à des activités ferroviaires de manière plus restrictive que la directive, puisqu'elle ne retient que les voies ferrées portuaires.
148. Cependant, le paragraphe I de l'article 5 du décret du 20 janvier 2012 tel que modifié par le projet de décret prévoit que le service de base fourni dans les voies ferrées portuaires s'applique « *sans préjudice des articles 6, 7 et 8* ». Ces articles font référence aux gares de triage et de formation des trains, aux terminaux de marchandises et aux infrastructures de ravitaillement en combustible. L'Autorité comprend donc que la fourniture du service de base des installations citées aux articles 6, 7 et 8 s'impose à l'exploitant de l'installation, y compris lorsque ces installations sont situées à l'intérieur des ports. De même, l'Autorité en déduit que son avis conforme s'appliquerait également sur les installations de service citées aux articles 6, 7 et 8, y compris lorsqu'elles sont situées dans les ports. Interrogé sur ce point, le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a confirmé cette lecture.
149. Toutefois, les modifications de l'article L. 5352-2 du code des transports introduites par le projet d'ordonnance dispose que « *[l]a fixation des redevances [pour l'utilisation des voies ferrées portuaires] n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 2133-5.* », c'est-à-dire à un avis conforme de l'Autorité.
150. L'Autorité conclut de ces dispositions que le Gouvernement souhaite exclure du périmètre de son avis conforme les voies ferrées portuaires et qu'il considère « *les infrastructures portuaires maritimes et intérieures liées à des activités ferroviaires* » comme un ensemble d'installations de service distinctes comprises dans le périmètre d'un port plutôt que comme une installation de service globale.
151. L'Autorité ne partage pas la lecture retenue par le Gouvernement. Elle rappelle que le point 2 de l'annexe II de la directive n'introduit pas de traitement différencié entre les installations de service, parmi lesquelles figurent les infrastructures portuaires. Elle relève qu'en pratique, la décomposition de l'infrastructure portuaire ayant des activités ferroviaires peut s'avérer délicate pour les utilisateurs et semble particulièrement difficile à mettre en œuvre, et ce d'autant plus si l'Autorité n'émet un avis conforme que sur certaines composantes des installations de service situées dans des ports.
152. A titre d'exemple, les exploitants de ces installations de service portuaires devraient mettre en place deux grilles tarifaires différentes : la première relative aux voies ferrées portuaires, non soumise à avis conforme de l'Autorité, et la seconde portant sur le reste de l'infrastructure portuaire liée à des activités ferroviaires, soumise à l'avis conforme de l'Autorité. Aussi, compte tenu de l'existence d'un avis conforme de l'Autorité sur l'ensemble du périmètre des installations de service, l'Autorité considère qu'il serait pertinent et cohérent qu'elle puisse également émettre un avis conforme portant sur l'ensemble des installations de service portuaire.

Recommandation n° 17 : L'Autorité demande que les redevances des voies ferrées portuaires soient soumises à l'avis conforme prévu à l'article L. 2133-5 du code des transports.

2.4.3 LES REDEVANCES RELATIVES AUX GARES DE VOYAGEURS

153. L'Autorité constate que le paragraphe II de l'article 13-1 du décret du 7 mars 2003 relatif à la détermination des redevances en gares de voyageurs n'a pas connu d'évolution substantielle. Les principes tarifaires sont identiques, notamment sur la fréquence selon laquelle ils sont établis, à savoir sur une base annuelle. L'Autorité recommande que la tarification des gares soit cohérente avec les principes tarifaires applicables à l'ensemble des installations de services tels qu'énoncés à l'article 3 du décret du 20 janvier 2012 qui prévoit que « *[l]es redevances peuvent être fixées pour une période pluriannuelle* ». Cette vision pluriannuelle paraît en effet nécessaire aux prévisions des autorités organisatrices de transport et aux entreprises ferroviaires, redevables de la redevance *in fine*.
154. Le quatrième alinéa du paragraphe III de l'article 14-1 tel qu'ajouté par le projet de décret modifiant le décret du 20 janvier 2012 précise que l'Autorité rend un avis conforme sur les tarifs et un avis motivé sur les autres éléments publiés dans le document de référence des gares de voyageurs dans un délai de deux mois. Par cohérence avec le délai fixé par le projet de décret modifiant le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 en ce qui concerne les installations de service, l'Autorité recommande de porter à

quatre mois le délai qui lui est imparti pour rendre son avis sur le document de référence des gares de voyageurs.

Recommandation n° 18 : L'Autorité demande d'étendre la possibilité d'une tarification pluriannuelle au gestionnaire des gares et de conserver le délai indicatif d'adoption de son avis conforme.

2.4.4 LES PRESTATIONS REGULEES RELATIVES AUX AUTRES INFRASTRUCTURES TECHNIQUES

155. Les modifications de l'article 9-1 du décret du 20 février 2012 introduites par le projet de décret disposent que « *I. Le service de base fourni dans les autres infrastructures techniques, y compris les installations de nettoyage et de lavage, et dans les autres infrastructures d'assistance comprend : a) L'utilisation des voies et autres installations ferroviaires ouvrant l'accès aux installations des autres infrastructures techniques ; b) L'accès depuis la voie publique à ces infrastructures ; c) L'utilisation des installations et équipements destinés à réaliser les opérations de nettoyage externe des trains et la vidange des toilettes ; d) L'utilisation des installations et équipements permettant de procéder à l'approvisionnement en sable des matériels roulants ; e) L'accès aux passerelles de visite de toiture ; f) La distribution des lave-glaces ; g) La distribution de liquide de refroidissement ; h) La manœuvre des installations de sécurité nécessaires à l'accès ou à l'utilisation de ces installations de service que la réglementation réserve à leur exploitant ; i) Les services de pilotage à l'intérieur du site.* ».
156. L'Autorité souligne que la délivrance du service de base fourni dans les autres infrastructures techniques ne devrait pas s'étendre à de simples consommables. En effet cet article juxtapose des prestations nécessitant des investissements significatifs pour pouvoir délivrer un service, telles que « *l'utilisation des installations et équipements destinés à réaliser des opérations de nettoyage* » ou « *l'accès aux passerelles de visite de toiture* », et des prestations relevant de la distribution de consommables tels que les lave-glaces ou le liquide de refroidissement. Du fait des fortes obligations qui reposent sur les exploitants d'installations de service régulées, l'Autorité considère que cette liste de services devrait être réduite pour ne garder que les installations relevant d'investissements significatifs. Cette demande a été formulée par ailleurs par l'UTP lors de la consultation publique organisée par l'Autorité.

2.4.5 MAINTIEN DE LA VALIDITE DES TARIFS EXISTANTS EN CAS D'AVIS NON-CONFORME

157. L'alinéa 2 du paragraphe III de l'article 3 du décret du 20 février 2012 tel que modifié par le projet de décret prévoit que l'Autorité « *rend un avis conforme sur les projets de redevances des prestations régulées dans les trois mois suivant leur réception. L'absence de réponse de l'Autorité au terme de ce délai vaut avis favorable* ».
158. Cette disposition est directement inspirée du principe en vertu duquel le silence de l'administration sur une demande d'un administré vaut décision d'acceptation, tel qu'il a été formulé à l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite loi *DCRA*), dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
159. L'Autorité rappelle l'inopportunité d'une transposition aux procédures de consultation du régulateur d'un article de la loi *DCRA*, dont le champ d'application est limité aux décisions administratives prises exclusivement à l'égard des administrés, comme l'indique d'ailleurs l'intitulé même de cette loi et qui ne peut donc concerner les relations entre administrations. La disposition du « *silence vaut acceptation* », combinée avec des délais obligatoires particulièrement courts, nuirait au bon exercice des missions de l'Autorité et, en particulier, à la qualité de l'avis qu'elle serait amenée à rendre au profit de l'autorité saisissante³⁵.
160. Ainsi, l'application du principe « *silence vaut acceptation* » est inappropriée pour les avis conformes de l'Autorité relatifs à la tarification des installations de service.

³⁵ Avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires n° 2015-016 du 13 mai 2015 sur le projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, pt 23.

161. Concernant le délai d'adoption des avis conformes, l'Autorité souligne que le délai de trois mois paraît court et que sur le plan du fonctionnement opérationnel du secteur, un délai de quatre mois reste compatible avec une validation des tarifs avant la commande par les entreprises ferroviaires des prestations concernées. L'Autorité préconise également de conserver un caractère indicatif aux délais, qu'elle s'efforcera de respecter dans toute la mesure du possible, dans l'intérêt de toutes les parties.
162. En outre, le dernier alinéa du paragraphe III de l'article 3 du décret du 20 février 2012 tel que modifié par le projet de décret dispose que « *les redevances des prestations régulées ne deviennent exécutoires qu'après que les exploitants d'installation de service les ont mis en conformité avec l'avis de l'Autorité* ».
163. L'Autorité précise qu'un avis conforme, sous réserve de sa légalité, lie l'autorité consultante et revêt donc un caractère contraignant car il ne laisse d'autre alternative à l'autorité consultante que d'édicter le texte tel qu'il a été reformulé par l'autorité consultée ou de renoncer à édicter l'acte. Dès lors, en cas d'avis défavorable, les tarifs ne sont pas exécutoires tant qu'ils ne satisfont pas à l'ensemble des prescriptions de l'avis. S'il s'agit d'un avis favorable assorti de réserves, la décision ne sera légale que si elle répond à ces réserves.
164. Cette position est confirmée par le document de référence du réseau applicable à l'horaire de service 2016, qui précise que : « [à] *l'exception des dispositions relatives à la tarification des prestations minimales ainsi que celle des prestations d'accès aux infrastructures de service et aux prestations régulées qui y sont fournies qui deviennent exécutoires après avis conforme de l'ARAF, le présent document prend effet dès sa publication* »³⁶.
165. Il reste enfin que la question des tarifs applicables en cas d'avis conforme défavorable de l'Autorité n'est pas traitée. Comme évoqué *supra*³⁷, le document de référence du réseau a un terme fixé à la fin de l'horaire de service, de telle sorte qu'en l'absence de disposition particulière, il existe un « vide tarifaire » tant que perdurent les éléments ayant conduit l'ARAF à rendre un avis non conforme.
166. Par conséquent, l'Autorité demande de pouvoir proroger, pour une période transitoire, le tarif jusqu'alors en vigueur et d'en inscrire le principe dans le projet d'ordonnance.

Recommandation n° 19 : L'Autorité demande de supprimer la disposition « silence vaut acceptation », de conserver le délai indicatif d'adoption de ses avis conformes et de lui reconnaître la faculté de proroger, pour une période transitoire, le tarif antérieurement en vigueur en cas d'avis non conforme sur la tarification des installations de service.

2.4.6 LES REGLES D'ACCES AUX INSTALLATIONS DE SERVICE

a. Les informations à publier par les exploitants d'installation de service

167. En premier lieu, l'annexe IV de la directive prévoit que « [l]e document de référence du réseau [...] contient les informations suivantes : [...] 2) un chapitre relatif aux principes de tarification et aux tarifs. Ce chapitre contient des précisions appropriées concernant le système de tarification ainsi que des informations suffisantes sur les redevances et d'autres informations utiles relatives à l'accès applicables aux services énumérés à l'annexe II qui sont offerts par un seul fournisseur. Il décrit en détail la méthode, les règles et, le cas échéant, les barèmes utilisés pour appliquer les articles 31 à 36 en ce qui concerne les coûts et les redevances. Il contient, lorsqu'elles sont disponibles, des informations concernant les modifications de redevances déjà décidées ou prévues au cours des cinq prochaines années; [...] 6) un chapitre contenant des informations sur l'accès aux installations de service visées à l'annexe II et la tarification de leur utilisation. Les exploitants d'installations de service qui ne se trouvent pas sous le contrôle du gestionnaire d'infrastructure fournissent des informations sur les tarifs pratiqués pour l'accès à l'installation et pour la prestation de services ainsi que des informations sur les conditions techniques d'accès, à inclure dans le document de référence du réseau, ou indiquent un site internet où ces informations sont mises gratuitement à disposition sous forme électronique; [...] »

³⁶ DRR 2016, V4 du 26 février 2015, pt 1.6.1.

³⁷ Point 2.3.2, f) du présent avis.

168. Conformément à la directive, les modifications de l'article 17 du décret du 7 mars 2003 introduites par le projet de décret prévoient des exigences différentes en matière de transparence selon que l'exploitant d'installations de service se trouve ou non sous le contrôle du gestionnaire d'infrastructure. Ainsi, les attentes en termes de publication sont renforcées si l'exploitant d'installation de service est SNCF Réseau.
169. L'Autorité estime que le projet de décret devrait faire porter les mêmes obligations en matière de transparence pour SNCF Mobilités, exploitant des centres de maintenance et des installations de service se trouvant à l'intérieur de celles-ci, que pour SNCF Réseau. En effet, SNCF Mobilités, qui fait partie du groupe public ferroviaire, est l'opérateur historique du fret ferroviaire français et dispose d'une position dominante sur le marché. Or, lorsque la position dominante dont bénéficie une entreprise trouve son origine dans un ancien monopole légal, comme c'est le cas de SNCF Mobilités, une responsabilité particulière repose sur cet opérateur qui ne doit pas porter atteinte, par son comportement, au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché³⁸.
170. En ce qui concerne, en second lieu, les informations non-tarifaires, le paragraphe IV de l'article 2 du décret du 20 janvier 2012 dans sa rédaction introduite par le projet de décret précise les informations que l'exploitant d'une installation de service doit mettre à disposition des entreprises ferroviaires sur son site internet afin qu'elles puissent en demander l'accès. L'Autorité rappelle que seule une information claire, complète et disponible en amont permet de garantir un accès non discriminatoire aux installations de service et recommande de définir un cadre standard pour ces informations afin de s'assurer que tous les exploitants d'installations de service fournissent le même niveau d'information.

b. Les demandes d'accès aux installations de service

171. L'article L. 2123-3-3 du code des transports tel que modifié par le projet d'ordonnance dispose que « [I]es demandes d'accès aux installations de service et aux services mentionnés à l'article L. 2123-1 sont traitées dans un délai raisonnable, fixé par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. ». Le paragraphe I de l'article 2 du décret du 20 février 2012 tel que modifié par le projet de décret complète ce principe puisqu'il prévoit que « [I]'exploitant de l'installation de service doit, par écrit, motiver toute décision de refus de fournir une prestation et indiquer dans ce cas les alternatives viables existantes dans d'autres installations. L'absence de réponse dans le délai visé à l'article L. 2123-3-3 du code des transports vaut rejet de la demande d'accès. L'exploitant dispose alors d'un délai d'un mois pour motiver son refus ».
172. L'Autorité estime qu'il serait préférable que la réponse à une demande d'accès soit motivée en cas de refus plutôt que d'allonger le délai d'un mois supplémentaire, ce qui peut s'avérer pénalisant pour les entreprises ferroviaires. L'Autorité propose donc de supprimer ce délai supplémentaire d'un mois. Lors de la consultation publique organisée par l'Autorité, certains utilisateurs du système ferroviaire ont d'ailleurs évoqué leurs craintes à ce sujet.

Recommandation n° 20 : L'Autorité demande que le refus d'accès aux installations de service soit motivé sans délai.

2.4.7 LA MISE A DISPOSITION DES INSTALLATIONS DE SERVICE NON-UTILISEES

173. Le paragraphe 6 de l'article 13 dispose que « Si une installation de service visée à l'annexe II, point 2, n'a pas été utilisée pendant au moins deux années consécutives et si des entreprises ferroviaires se sont déclarées intéressées par un accès à cette installation auprès de l'exploitant de cette installation, sur la base de besoins avérés, son propriétaire annonce publiquement que son exploitation est disponible à la location ou au crédit-bail en tant qu'installation de service ferroviaire, en totalité ou en partie, à moins que l'exploitant de cette installation de service ne démontre qu'un processus de reconversion en cours empêche son utilisation par une entreprise ferroviaire. »
174. L'Autorité relève, à titre liminaire, que l'article L. 2123-3-6 du code des transports et l'article 12 du décret du 20 janvier 2012 dans leur rédaction issue des textes soumis à l'avis de l'Autorité prévoient de nombreuses précisions sur les modalités pratiques d'application de la procédure de mise à

³⁸ CJUE 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom AG*, C-280/08 P, pt 83.

disposition sous forme de location ou crédit-bail. L'Autorité souligne à ce titre que l'acte d'exécution, prévu au paragraphe 9 de l'article 13 de la directive précisera les conditions d'accès aux installations de service, la procédure à suivre et les critères à respecter. Elle recommande, afin d'assurer la sécurité juridique et un environnement réglementaire stable, de transposer littéralement cette disposition.

175. En premier lieu, l'article L. 2123-3-6 du code des transports tel que modifié par le projet d'ordonnance prévoit cinq exceptions justifiant l'absence de mise en location du site. Il dispose que « *1. Si une installation de service mentionnée à l'article L. 2123-1 n'a pas été utilisée pendant au moins deux années consécutives et si au moins un candidat s'est déclaré intéressé par un accès à cette installation auprès de son exploitant, sur la base de besoins avérés, le propriétaire de l'installation publie, par tout moyen approprié, l'information selon laquelle son installation est disponible en totalité ou en partie et qu'il recherche un exploitant, sauf lorsque :*
- 1° L'accès à l'installation de service en vue de la fourniture du service de base a été accordé à ce candidat ; ou*
 - 2° L'exploitant de l'installation de service en place ou, le cas échéant, son propriétaire s'il n'est pas lui-même l'exploitant de l'installation, ont engagé un processus de reconversion de cette installation de service ; ou*
 - 3° L'installation de service fait l'objet d'études ou de travaux en vue de maintenir sa destination et d'assurer son exploitation, qui la rendent provisoirement indisponible ; ou*
 - 4° Le propriétaire décide d'assurer lui-même directement l'exploitation de l'installation, le cas échéant en se substituant à l'exploitant en place ; ou*
 - 5° S'agissant des voies ferrées portuaires, la demande d'accès présentée par le candidat n'a pas pour objet d'assurer le pré- ou le post-acheminement ferroviaire d'un service de transport fluvial ou maritime.*
176. L'Autorité rappelle que le paragraphe 6 de l'article 13 de la directive ne prévoit qu'une seule exception, la reconversion. Les autres cas autorisant à ne pas mettre l'installation de service à disposition d'autres exploitants ne sont pas prévus par la directive.
177. L'Autorité recommande, *a minima*, que l'exception relative aux travaux puisse être prouvée formellement au demandeur ou à l'Autorité, par le biais de documents opposables. En outre, si le propriétaire reprend l'exploitation du site (4°), il conviendrait de l'obliger à examiner la demande de l'entreprise ferroviaire à qui l'accès a été initialement refusé.
178. En deuxième lieu, la rédaction des alinéas 4 et 5 du paragraphe II de l'article 11 du décret du 20 janvier 2012 issue du projet de décret précise que « *la justification de la réalité des besoins avérés* » et la transmission de « *tous les éléments que le candidat juge nécessaires pour permettre l'examen de la viabilité économique de l'exploitation de l'installation de service concernée par le propriétaire de l'installation ou les entreprises susceptibles de candidater à l'exploitation de celle-ci, tels que l'existence d'accords commerciaux* ».
179. L'Autorité estime que l'obligation faite à une entreprise ferroviaire de prouver son « besoin avéré » pour demander une publication de l'annonce d'appel à exploitant n'est pas justifiée et constitue une barrière à l'entrée potentielle. En effet, si une entreprise ferroviaire réalise des démarches formelles en vue de pouvoir exploiter un site ou en faire changer l'exploitant, c'est sur la base de besoins réels et non pas dans l'objectif d'une stratégie abusive. Au surplus, il ne paraît pas opportun de demander à une entreprise ferroviaire de communiquer, dans ce cadre, des éléments confidentiels tels que des accords commerciaux, dont la diffusion serait susceptible de porter préjudice à ses projets de développement.
180. L'Autorité note en troisième lieu que le paragraphe IV de l'article 12 du décret de 20 janvier 2012 dans sa rédaction issue du projet de décret prévoit un délai de quatre mois pour que le propriétaire de l'installation de service fasse connaître sa décision quant à la publication de l'annonce. Ce délai n'est pas nécessaire pour prouver un processus de reconversion ou de travaux en cours, si tel est bel et bien le cas, et pour décider de publier l'annonce d'appel à exploitant. En outre, l'Autorité estime qu'un tel délai pourrait être préjudiciable à l'entreprise ferroviaire qui demande l'accès à cette installation de service et propose de le réduire à deux mois.

181. Enfin, la consultation publique de l'Autorité a permis de relever que la procédure est jugée trop complexe par les parties prenantes. L'AFRA rappelle à cet égard qu' « *il est fondamental, si les entreprises ferroviaires alternatives ne sont pas consultées sur le devenir des installations de services gérées par l'opérateur historique, que l'Autorité puisse autoriser toute modification de destination d'une infrastructure de service ou le cas échéant sa cession.* » L'UTP souligne également que la charge de la preuve incombant aux entreprises ferroviaires, quant à l'inutilisation d'une installation de service et à la réalité de ses besoins, est excessive. L'UTP s'inquiète également des disparités de transposition entre Etats membres alors qu'un règlement d'exécution doit être adopté prochainement. Ainsi, les participants à la consultation publique proposent d'adopter une rédaction plus proche de la directive.
182. En conséquence, et dans l'attente de l'adoption d'un acte d'exécution relatif à l'article 13 de la directive, l'Autorité propose de transposer le paragraphe 6 de l'article 13 littéralement.

Recommandation n° 21 : L'Autorité demande que le paragraphe 6 de l'article 13 de la directive soit transposé littéralement.

2.5 SUR L'ATTRIBUTION DES LICENCES

183. Les projets de textes soumis à l'Autorité, notamment le projet de modification du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, transposent le chapitre III de la directive relatif à l'attribution des licences et le Règlement d'exécution (UE) 2015/171 de la Commission du 4 février 2015 sur certains aspects de la procédure d'octroi des licences des entreprises ferroviaires.
184. L'article 4 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret prévoit, conformément au paragraphe 4 de l'article 17 de la directive, que, pour exercer une activité de transport ferroviaire de voyageurs ou de marchandises, une entreprise doit être titulaire d'une licence. Cette licence est octroyée par une autorité indépendante de toute entreprise ferroviaire. Elle atteste de l'honorabilité et des capacités financières de l'entreprise ainsi que du respect par l'entreprise des exigences en matière de capacité professionnelle et de couverture de la responsabilité civile.
185. En premier lieu, le paragraphe 2 de l'article 16 de la directive, qui pose le principe de l'indépendance de l'autorité attributaire des licences, prévoit que « *l'autorité responsable de la délivrance des licences n'effectue elle-même aucune prestation de services de transport ferroviaire et est indépendante de toute entreprise ou entité qui l'effectue* ». Cette disposition vise à éviter tout risque de discrimination entre entreprises lors de l'attribution des licences.
186. L'article 10 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret dispose que les demandes de licence sont adressées au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie. A ce titre, et au regard tant du statut d'établissement public à caractère industriel et commercial de SNCF Mobilités qui confère au ministre chargé des transports la tutelle de ce dernier que de l'influence de l'Etat dans la gouvernance de SNCF Mobilités, l'Autorité s'interroge sur la compatibilité de l'article 10 du projet de décret avec le paragraphe 2 de l'article 16 de la directive et propose que l'attribution des licences relève de la compétence d'un organisme indépendant, tel que ceux prévus par la 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.
187. En second lieu, l'Autorité considère que l'article 10 du décret du 7 mars 2003 tel que modifié par le projet de décret renvoie à un arrêté du ministre chargé des transports la définition de la composition du dossier à constituer aux fins d'obtention d'une licence et aurait pu utilement faire référence à l'annexe III de la directive qui fixe la liste des documents devant être a minima fournis par les entreprises pour justifier du respect des exigences en matière de capacité financière.

Recommandation n° 22 : L'Autorité demande que l'organisme responsable de l'attribution des licences soit indépendant de toute entreprise ferroviaire.

2.6 SUR LA SEPARATION COMPTABLE

188. En premier lieu, le projet d'ordonnance modifie l'article L. 2122-4 du code des transports relatif à la séparation comptable entre gestionnaire d'infrastructure et entreprise ferroviaire pour préciser les éléments comptables attendus. Il impose aux « *entreprises qui exercent des activités d'exploitation de services de transport ferroviaire et de gestion de l'infrastructure ferroviaire* » la production d'un bilan, d'un compte de résultat et d'une annexe.
189. L'Autorité estime opportun de généraliser la production de ces éléments à l'ensemble des activités faisant l'objet d'une obligation de séparation comptable, afin de garantir un niveau d'information suffisant pour toutes les activités soumises à une telle obligation.
190. En deuxième lieu, l'activité de gestion des gares de voyageurs, faisant historiquement l'objet d'une obligation de séparation comptable, représente une activité significative et doit faire l'objet d'un « *rapport relatif à la gestion des gares de voyageurs ainsi qu'aux modalités et à l'impact d'un transfert de celle-ci à SNCF Réseau ou à des autorités organisatrices de transport* »³⁹, en 2016. Pour éviter toute ambiguïté de lecture, l'Autorité recommande que l'article L. 2133-1-1 du code des transports distingue précisément les obligations de séparation comptable de la gestion des gares de voyageurs, d'une part, et de la gestion des autres installations de service, d'autre part.
191. En troisième lieu, en ce qui concerne la séparation comptable de l'activité de transport ferroviaire de fret, le projet d'ordonnance modifie l'article L. 2144-1 du code des transports en transposant de manière quasi-littérale le paragraphe 3 de l'article 6 de la directive. Cette dernière disposition de la directive prévoit, en effet, une séparation comptable des activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret, d'une part, et des activités relatives à la fourniture de services de transport ferroviaire de voyageurs, d'autre part.
192. L'Autorité constate que l'article L. 2144-1 du code des transports, dans sa rédaction actuelle, prévoit l'établissement et la publication de comptes séparés pour les activités relatives à la fourniture de services de transport ferroviaire de fret, sans toutefois distinguer cette activité de celle du transport de voyageurs. Pour l'Autorité, la législation actuelle va donc plus loin que l'exigence de la directive car elle requiert d'une entreprise ferroviaire réalisant des activités de fourniture de services de transport ferroviaire de fret et des activités annexes d'isoler cette première activité dans des comptes distincts, indépendamment de la nature de ces activités annexes. Revenir sur ces dispositions pour retenir une transposition littérale de la directive conduirait à perdre une information qui peut s'avérer utile pour l'Autorité dans ses travaux et sa compréhension de l'ensemble des dimensions du secteur.

Recommandation n° 23 : L'Autorité demande le maintien de la rédaction actuelle de l'article L. 2144-1 du code des transports.

³⁹ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, art. 29.

EST D'AVIS

d'appeler l'attention du Gouvernement sur divers points devant faire l'objet d'une transposition en formulant les recommandations suivantes :

Sur l'organisme de contrôle

Recommandation n° 1 : Prévoir que le droit d'accès de l'Autorité aux informations nécessaires à l'exercice de ses missions figure dans un chapitre relatif aux dispositions générales ou soit rattaché aux compétences de l'Autorité, indépendamment du cadre spécifique de la procédure de sanction.

Recommandation n° 2 : Transposer le paragraphe 3 de l'article 55 en précisant dans l'article L. 2132-1 du code des transports que la liste des postes à pourvoir au collège de l'Autorité fait l'objet d'une publicité.

Sur le nouveau service de transport international de voyageurs avec dessertes intérieures

Recommandation n° 3 : Rétablir le pouvoir décisionnel de l'Autorité sur le test d'équilibre économique.

Recommandation n° 4 : Renvoyer aux articles 5 et 10 du règlement d'exécution la définition de la liste des requérants autorisés à saisir l'Autorité en test d'objet principal et test d'équilibre économique.

Recommandation n° 5 : Prévoir que la contribution prévue à l'article 5 du décret du 24 août 2010 s'applique à l'ensemble des entreprises ferroviaires assurant des services nationaux et internationaux sur les lignes relevant de la compétence de l'autorité organisatrice, et non au seul nouvel entrant sur le marché.

Sur l'accès au réseau et sa tarification

Recommandation n° 6 : Transposer littéralement le paragraphe 9 de l'article 2 de la directive.

Recommandation n° 7 : Transposer l'article 54 relatif aux cas de perturbation de la circulation de la directive dans son intégralité.

Recommandation n° 8 : Préciser que les règles de priorité ne peuvent être mises en œuvre qu'après déclaration de saturation et qu'à la condition que le gestionnaire d'infrastructure n'ait pas perçu de redevances de saturation ou qu'il les ait perçues mais sans résultats satisfaisants.

Recommandation n° 9 : Renvoyer au règlement d'exécution, dans l'article 30 du décret du 7 mars 2003, l'établissement des modalités de calcul du coût directement imputable.

Recommandation n° 10 : Préciser le rôle de contrôle par l'Autorité de la liste des segments de marché.

Recommandation n° 11 : Indiquer que la tarification de la rareté ne peut être mise en œuvre que dans des situations de saturation effectives. Préciser que le plan de renforcement des capacités doit être présenté six mois après l'achèvement de l'analyse des capacités.

Recommandation n° 12 : Prévoir la mise en place de mesures incitatives à la réduction des coûts directement imputables avec la possibilité pour l'Autorité d'adopter des mesures réglementaires visant à définir des dispositifs incitatifs spécifiques.

Recommandation n° 13 : Permettre à l'Autorité de proroger, pour une période transitoire, le tarif antérieurement en vigueur en cas d'avis non conforme sur la tarification des prestations minimales.

Sur l'accès aux installations de service

Recommandation n° 14 : Inclure dans le champ du décret du 20 janvier 2012 les voies situées à l'intérieur des centres d'entretien et des autres installations techniques, nécessaires à l'exécution des prestations de maintenance, ainsi que des dépôts ou garages d'engins de traction.

Recommandation n° 15 : Privilégier le reclassement de la redevance quais dans la catégorie des prestations minimales.

Recommandation n° 16 : Clarifier la base réglementaire s'appliquant aux prestations d'acheminement de l'énergie électrique, en distinguant en particulier les conditions permettant à SNCF Réseau de répercuter les coûts qu'il supporte au titre du transport ou de la distribution de l'énergie depuis les sites de production électrique jusqu'aux sous-stations électriques.

Recommandation n° 17 : Soumettre les redevances des voies ferrées portuaires à l'avis conforme prévu à l'article L. 2133-5 du code des transports.

Recommandation n° 18 : Etendre la possibilité d'une tarification pluriannuelle au gestionnaire des gares de voyageurs et conserver le délai indicatif pour l'adoption de son avis conforme.

Recommandation n° 19 : Supprimer la disposition « silence vaut acceptation », conserver le délai indicatif d'adoption des avis conformes et reconnaître à l'Autorité la faculté de proroger, pour une période transitoire, le tarif antérieurement en vigueur en cas d'avis non conforme sur la tarification des installations de service.

Recommandation n° 20 : Prévoir que le refus d'accès à une installation de service est motivé sans délai.

Recommandation n° 21 : Transposer littéralement le paragraphe 6 de l'article 13 de la directive.

Sur l'attribution des licences

Recommandation n° 22 : Confier l'attribution des licences à un organisme indépendant de toute entreprise ferroviaire.

Sur la séparation comptable

Recommandation n° 23 : maintenir la rédaction actuelle de l'article L. 2144-1 du code des transports

Le présent avis sera transmis au directeur des services de transport à la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis à l'unanimité de ses membres présents le 1^{er} juillet 2015.

Présents : Monsieur Pierre CARDO, président ; Madame Anne YVRANDE-BILLON, vice-présidente ; Mesdames Anne BOLLIET et Marie PICARD ainsi que Messieurs Jean-François BÉNARD, Nicolas MACHTOU et Michel SAVY, membres du collège.

Le Président

Pierre CARDO