

**Avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013
relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 14 août 2013, enregistrée le 19 août 2013 sous le numéro 13/0061 A par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence sur le projet de loi portant réforme ferroviaire ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code des transports ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les représentants des EPIC Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), les représentants de l'association française du rail (AFRA), le président de l'Autorité de régulation de activités ferroviaires, M. Jacques Auxiette (président du Conseil régional des pays de la Loire) et les représentants du ministère délégué aux transports, à la mer et à la pêche entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 23 septembre 2013 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I.	Le cadre réglementaire actuel du secteur ferroviaire	4
A.	LE CONTEXTE EUROPÉEN DE L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE	4
B.	L'ORGANISATION DU SECTEUR FERROVIAIRE EN FRANCE	7
1.	LES TEXTES NATIONAUX APPLICABLES	7
2.	LA GESTION DE L'INFRASTRUCTURE FERROVIAIRE EN FRANCE	7
a)	La gestion du réseau ferré national	7
b)	La gestion des infrastructures laissées à la SNCF.....	9
c)	Le régulateur sectoriel	10
3.	L'ACTIVITÉ DE TRANSPORT FERROVIAIRE.....	10
II.	Les enjeux concurrentiels liés à la gouvernance du système ferroviaire	11
A.	LES RISQUES CONCURRENTIELS DANS LE SECTEUR FERROVIAIRE	11
1.	LE RISQUE D'ACCÈS DISCRIMINATOIRE AUX INFRASTRUCTURES FERROVIAIRES.....	12
2.	LES RISQUES CONCURRENTIELS LIÉS AU DÉVELOPPEMENT ET À L'ENTRETIEN DU RÉSEAU.....	12
3.	LE RISQUE DE SUBVENTIONS CROISÉES	13
4.	LES ÉCHANGES D'INFORMATIONS COMMERCIALEMENT SENSIBLES.....	14
5.	LES RISQUES CONCURRENTIELS LIÉS À LA DIVERSIFICATION DES ACTIVITÉS SUR LES SECTEURS CONNEXES AU TRANSPORT FERROVIAIRE	14
B.	LES PRINCIPES GARANTISSANT UNE GOUVERNANCE CONCURRENTIELLE DU SECTEUR FERROVIAIRE	15
1.	LA TRANSPARENCE DANS LA GESTION DE L'INFRASTRUCTURE FERROVIAIRE.....	16
2.	LA SÉPARATION ENTRE LES ACTIVITÉS DE GESTION DES INFRASTRUCTURES FERROVIAIRES ET D'EXPLOITATION DE SERVICES DE TRANSPORT FERROVIAIRE	17
a)	L'impartialité du gestionnaire d'infrastructure.....	17
b)	Les modalités pratiques de séparation des activités	18
3.	LA NÉCESSITÉ D'UN RÉGULATEUR SECTORIEL FORT ET INDÉPENDANT	20
III.	Analyse du projet de loi portant réforme ferroviaire	21
A.	LES GRANDS AXES DE RÉFORME CONTENUS DANS LE PROJET DE LOI	22
1.	LE PRINCIPE D'UN GESTIONNAIRE D'INFRASTRUCTURE UNIFIÉ (SNCF RÉSEAU).....	23
2.	LA CONSTITUTION DU GROUPE PUBLIC FERROVIAIRE.....	24
B.	L'ANALYSE DÉTAILLÉE DU PROJET DE LOI	25
1.	LA CONSTITUTION DU GESTIONNAIRE D'INFRASTRUCTURE SNCF RÉSEAU.....	26
a)	Le périmètre du gestionnaire d'infrastructure	26
b)	La gouvernance de SNCF Réseau	31
c)	Les mesures de sauvegarde pour garantir l'impartialité de SNCF Réseau .	35

d) Le reversement de dividendes de SNCF Mobilités au profit de l'entretien du réseau	38
2. L'INTÉGRATION DE SNCF RÉSEAU DANS LE GROUPE PUBLIC FERROVIAIRE.....	39
a) Les missions de l'EPIC de tête	39
b) La gouvernance de l'EPIC de tête	41
c) Revoir et clarifier le rôle de l'EPIC de tête dans le système ferroviaire français	44
3. LA RÉGULATION DU SECTEUR FERROVIAIRE.....	47
a) Le Haut comité du ferroviaire.....	48
b) Les modifications apportées à l'ARAF	50
4. L'IMPACT CONCURRENTIEL DU VOLET SOCIAL DE LA RÉFORME.....	54
CONCLUSION	56

1. Par lettre du 14 août 2013, le ministre de l'économie et des finances a saisi, au nom du gouvernement, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») d'une demande d'avis sur un projet de loi portant réforme ferroviaire. Ce projet de loi a pour objet de réviser la structure actuelle de la gouvernance du système ferroviaire en France, en vue d'apporter une réponse aux enjeux de qualité du service public, de soutenabilité de la trajectoire financière et de modernité sociale du système ferroviaire.
2. Pour ce faire, il envisage de revoir l'organisation de ce secteur en modifiant les dispositions législatives contenues dans le code des transports. Le projet de loi prévoit, en particulier, de regrouper les fonctions de gestionnaire de l'infrastructure du réseau ferré national au sein d'une entité unique, d'intégrer ce nouveau gestionnaire d'infrastructure (ci-après « GI ») au sein d'un groupe industriel public et de poser les jalons législatifs nécessaires au rétablissement des équilibres économiques du système ferroviaire et à la refonte du cadre social du secteur.
3. Les observations de l'Autorité se concentreront, en présence d'un texte qui soulève de multiples enjeux, sur les seuls aspects relevant de sa mission : la compatibilité des options retenues par la réforme avec le libre jeu de la concurrence. Elles porteront successivement sur un rappel du contexte réglementaire dans lequel s'insère le projet de loi (I), sur les principes qui doivent guider la réforme de la gouvernance du secteur ferroviaire afin de permettre que le libre jeu de la concurrence s'y développe de façon optimale (II) et sur l'analyse du projet de loi en lui-même assortie de recommandations (III).

I. Le cadre réglementaire actuel du secteur ferroviaire

4. Le secteur ferroviaire en France est en phase d'ouverture à la concurrence. Ainsi, au-delà des autres objectifs poursuivis, le projet de loi soumis à l'avis de l'Autorité doit s'analyser dans le cadre du processus d'ouverture engagé il y a plus de 20 ans (A), qui a structuré l'organisation actuelle de ce secteur en France (B).

A. LE CONTEXTE EUROPÉEN DE L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE

5. Sous l'impulsion de l'Union européenne, l'objectif de la libéralisation du transport ferroviaire est de revitaliser ce secteur d'activité dans son ensemble et, en particulier, de rendre les entreprises ferroviaires plus compétitives.
6. La directive n° 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires (JOCE L 237 du 24 août 1991, p. 25), ainsi que les deux directives qui l'ont complétée, ont posé les premiers jalons de cette libéralisation sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Cette première directive a défini les grands principes qui encadrent l'ouverture progressive à la concurrence du secteur ferroviaire. D'une part, elle prévoyait la séparation entre les activités de transport exercées par les entreprises ferroviaires et la gestion de l'infrastructure ferroviaire, sous la forme d'une séparation au minimum comptable entre les activités des entreprises ferroviaires et les activités d'un gestionnaire d'infrastructure. D'autre part, elle a introduit la notion de droit d'accès au réseau ferroviaire pour toutes les entreprises ferroviaires.

7. La notion d'entreprise ferroviaire a été définie par la directive n° 95/18/CE du Conseil, du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires (JOCE L 143 du 27 juin 1995, p. 70–74). Elle prévoit que, pour circuler sur le réseau ferré, toute entreprise à statut privé ou public dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises ou de voyageurs par chemin de fer, la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise, doit être titulaire d'une licence d'entreprise ferroviaire, accordée par un Etat membre.
8. La réglementation sectorielle européenne a ainsi structuré la libéralisation autour de quatre principes centraux que les États membres doivent respecter :
 - l'indépendance de gestion opérationnelle des entreprises ferroviaires à l'égard des États membres ;
 - la séparation de la gestion de l'infrastructure ferroviaire et de l'exploitation des services de transport des entreprises ferroviaires ;
 - l'assainissement de la structure financière des entreprises ferroviaires ;
 - la garantie de droits d'accès aux réseaux ferroviaires des États membres pour les entreprises ferroviaires.
9. Par la suite, les premiers textes ont été modifiés et complétés par l'adoption successive de directives et de règlements européens regroupés en trois « paquets ferroviaires » en 2001, 2004 et 2007.
10. Les deux premiers paquets ferroviaires sont venus préciser le cadre général du transport ferroviaire, mais aussi imposer l'ouverture complète du secteur du transport ferroviaire de marchandises, qui devait au plus tard avoir lieu le 1^{er} janvier 2007.
11. S'agissant spécifiquement de l'accès général au réseau, l'article 14 de la directive n° 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 (JOCE L 75 du 15 mars 2001, p. 29–46) prévoit que la répartition et la tarification des capacités de l'infrastructure doit être mise en œuvre de façon équitable et non-discriminatoire et revient aux seuls gestionnaires de l'infrastructure, qui doivent jouir d'une indépendance juridique, organisationnelle et décisionnelle par rapport à toute entreprise ferroviaire.
12. Le troisième paquet ferroviaire a posé les bases de l'ouverture à la concurrence en Europe du transport ferroviaire de passagers (ou de voyageurs). En effet, la directive n° 2007/58/CE prévoit que les entreprises ferroviaires établies dans un Etat membre se voient accorder au plus tard le 1^{er} janvier 2010 « un droit d'accès à l'infrastructure de tous les Etats membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs » (directive n° 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, article 10, paragraphe 3 bis).
13. Ce droit d'accès au réseau pour le transport international de voyageurs est complété par un droit de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de desservir des gares étrangères situées sur le parcours du train, qui peut être exercé à la condition que l'objet principal du service soit le transport de voyageurs entre des gares situées dans des Etats membres différents.

14. Le cadre européen a récemment fait l'objet d'une « refonte » avec l'adoption de la directive n° 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (JOUE L 343 du 14 décembre 2012, p. 32), qui abroge les directives n° 91/440/CEE, n° 95/18/CE et n° 2001/14/CE, précitées, et doit faire l'objet d'une transposition par les Etats membres au plus tard le 16 juin 2015.
15. Sans bouleverser le schéma institutionnel et les principes gouvernant l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire, cette directive consolide les principes de gouvernance déjà exposés plus haut en leur apportant des précisions. Ainsi, l'obligation de séparation comptable entre les activités relatives à la fourniture de services de transport et les activités de gestion de l'infrastructure reste inchangée, tout comme l'obligation, pour le gestionnaire d'infrastructure, d'assurer son indépendance sur les plans juridique, organisationnel et décisionnel, par rapport aux entreprises ferroviaires. Cette directive prévoit en outre le renforcement des compétences du régulateur sectoriel national sur certains aspects.
16. Enfin, un quatrième paquet ferroviaire a été proposé par la Commission européenne le 30 janvier 2013. Ce nouveau paquet ferroviaire se compose de deux règlements européens et de trois directives qui, pris dans leur ensemble, visent quatre objectifs :
 - réformer la gouvernance de la gestion de l'infrastructure ferroviaire pour la rendre plus indépendante des entreprises ferroviaires ;
 - ouvrir totalement à la concurrence le secteur des services de transport ferroviaire de voyageurs au plus tard le 1^{er} décembre 2019 tout en assurant un équilibre avec l'exécution d'obligations de service public ;
 - renforcer l'interopérabilité et la sécurité du système ferroviaire européen ;
 - maintenir des conditions et des garanties sociales satisfaisantes pour le personnel du secteur ferroviaire.
17. Dans le projet de quatrième paquet ferroviaire, la Commission européenne propose notamment de réformer le système de gestion de l'infrastructure ferroviaire en modifiant la directive n° 2012/34/UE. La Commission européenne prévoit d'accroître les obligations pesant sur les Etats membres en matière de séparation des activités de transport ferroviaire et des activités de gestion de l'infrastructure ferroviaire. Dans le projet de directive, la séparation n'est ainsi plus uniquement comptable, mais institutionnelle, afin de mieux garantir l'indépendance d'un gestionnaire d'infrastructure unique pour exercer ses missions de manière efficiente et non discriminatoire. Une telle séparation institutionnelle et patrimoniale prendrait la forme d'une interdiction, pour toute entreprise, de détenir des droits directs ou indirects permettant de contrôler ou d'influencer simultanément le gestionnaire d'infrastructure et une entreprise ferroviaire.
18. La proposition autorise néanmoins les Etats membres disposant, avant l'adoption de la directive, d'un système verticalement intégré comprenant à la fois la gestion de l'infrastructure ferroviaire et des activités de transport ferroviaire, par exemple sous l'égide d'une société holding mère, à conserver cette structure à condition de mettre en place des mesures de sauvegarde visant à garantir concrètement l'indépendance juridique, financière et décisionnelle de l'entité en charge de la seule gestion de l'infrastructure ferroviaire.
19. Le quatrième paquet ferroviaire est actuellement examiné par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

B. L'ORGANISATION DU SECTEUR FERROVIAIRE EN FRANCE

1. LES TEXTES NATIONAUX APPLICABLES

20. En France, le transport ferroviaire est organisé par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, dite « LOTI » (JORF du 31 décembre 1982, p. 4004). Cette loi a été modifiée et complétée à plusieurs reprises, notamment pour être mise en conformité avec le cadre européen applicable, notamment par :
- la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire (JORF du 15 février 1997, p. 2592), qui a séparé les activités de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire pour les confier à Réseau ferré de France (ci-après « RFF ») de celles de transporteur ferroviaire exercées par la Société Nationale des Chemins de fers français (ci-après la « SNCF ») ;
 - la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (JORF du 6 janvier 2006, p. 217), qui a créé l'Établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF), chargé de délivrer les autorisations requises pour l'exercice des activités ferroviaires et d'en assurer le suivi et le contrôle ;
 - 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 (JORF du 9 décembre 2009, p. 21226), dite « ORTF », qui a instauré l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après « l'ARAF »), chargée de concourir au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire.
21. L'ensemble de ces textes a depuis lors été codifié dans le code des transports, complété par de multiples textes réglementaires. En particulier, les règles de tarification d'accès aux infrastructures ferroviaires sont définies dans le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national (JORF du 8 mars 2003, p. 4063), modifié, en dernier lieu, par le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire (JORF du 22 janvier 2012, p. 1291).
22. En France, l'ouverture à la concurrence complète des services de transport ferroviaire de marchandises est effective depuis le 31 mars 2006 et celle des services internationaux de transport de voyageurs depuis le 13 décembre 2009. En revanche, les services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs ne sont pas encore ouverts à la concurrence.

2. LA GESTION DE L'INFRASTRUCTURE FERROVIAIRE EN FRANCE

a) La gestion du réseau ferré national

23. L'exploitation et la gestion du réseau ferré national est partagée entre RFF et la SNCF.
- ◆ Le rôle de RFF dans la gestion du réseau ferré national
24. Les règles gouvernant la gestion de l'infrastructure ferroviaire en France sont issues de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau Ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire. Cette loi transposait en France la directive n° 91/440, précitée.

25. Au-delà de la seule séparation comptable prévue initialement par les textes européens, la loi n° 97-135 a organisé une séparation plus poussée entre l'activité de gestion de l'infrastructure ferroviaire, confiée à RFF entité juridiquement distincte sous forme d'EPIC à la personnalité morale propre, et l'activité de services de transport ferroviaire, exercée par la SNCF.
26. Dans ce cadre, un partage des actifs ferroviaires a été opéré entre la SNCF et RFF. Aux termes de l'article 5 de la loi n° 97-135, ont été transférés en pleine propriété à RFF « *les voies, y compris les appareillages fixes associés, les ouvrages d'art et les passages à niveau, les quais à voyageurs et à marchandises, les triages et les chantiers de transport combiné, les installations de signalisation, de sécurité, de traction électrique et de télécommunications liées aux infrastructures, les bâtiments affectés au fonctionnement et à l'entretien des infrastructures* ». RFF est ainsi l'un des rares EPIC propriétaire du domaine public dont il a la charge.
27. Dans sa version codifiée actuelle, l'article L. 2111-9 du code des transports prévoit que RFF a pour objet « *l'aménagement, le développement, la cohérence et la mise en valeur du réseau ferré national, conformément au principe du service public et dans le but de promouvoir le transport ferroviaire en France dans une logique de développement durable* ». Il est ainsi « *le gestionnaire du réseau ferré national* ».
28. RFF est le principal gestionnaire d'infrastructure ferroviaire en France au sens de textes européens. A ce titre, RFF a pour mission de répartir les capacités d'utilisation des infrastructures du seul réseau ferré national. Il est ainsi le seul compétent pour programmer et répartir les sillons ferroviaires, c'est-à-dire la capacité d'infrastructure requise pour faire circuler un train donné d'un point à un autre à un moment donné qui est sollicitée par une entreprise ferroviaire (articles L. 2122-2 et L. 2122-3 du code des transports). C'est également RFF qui fixe, dans le respect de la loi, des décrets et des arrêtés précités, le niveau des redevances dont les entreprises ferroviaires doivent s'acquitter pour utiliser les sillons qui leur ont été accordés.

◆ Le rôle de la SNCF dans la gestion du réseau ferré national

29. La SNCF joue un rôle significatif dans la répartition des sillons. La loi n° 97-135 l'a chargée de la gestion du trafic et des circulations, ainsi que de l'entretien du réseau ferré national pour le compte de RFF, qui la rémunère à cet effet. Cette activité, qui confère à la SNCF la qualité de gestionnaire d'infrastructure délégué (ci-après « GID »), recouvre une part très importante des missions confiées à RFF en ce qui concerne la répartition des sillons ferroviaires. La SNCF assure en effet la réalisation des études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons, la gestion opérationnelle des circulations ou encore l'attribution des sillons de « dernière minute ».
30. Le partage des responsabilités relatives à la mission de répartition des sillons, mais aussi d'entretien des voies a été rendu nécessaire par l'insuffisance des moyens et des ressources confiés à RFF pour mener à bien ces missions. A cet égard, le rapport d'information n° 3204 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale du 9 mars 2011 sur la libéralisation du transport ferroviaire en Europe relève que « (...) RFF ne dispose pas des moyens de gérer l'exploitation des voies, qui fait l'objet d'un contrat avec la direction de la circulation ferroviaire (DCF), entité indépendante au sein de la SNCF, regroupant l'essentiel des effectifs affectés au réseau (environ 40 000 personnes), RFF étant quant à elle une structure légère de 2 000 personnes ».

31. Afin d'encadrer ce rôle de gestionnaire d'infrastructure délégué confié à la SNCF en ce qui concerne la répartition des sillons, la loi ORTF du 8 décembre 2009, précitée, a créé au sein même de la SNCF un service spécialisé qui exerce les missions de gestion du trafic et des circulations, pour le compte et selon les principes et objectifs fixés par RFF (article L. 2123-5 du code des transports). Au sein de la SNCF, le service gestionnaire de ces missions est la « Direction de la Circulation Ferroviaire » (ci-après la « DCF »). Cette direction est gérée de façon indépendante de la branche Infra de la SNCF, qui exerçait auparavant ces missions de répartition des infrastructures et de gestion des circulations. La branche Infra de la SNCF continue d'exercer les missions concernant la gestion de l'infrastructure, l'entretien et l'exécution des travaux sur les voies.
32. La DCF exerçant des missions essentielles qui doivent être menées dans des conditions d'indépendance « *garantissant une concurrence libre et loyale et l'absence de toute discrimination* », le législateur a mis en place des mesures visant à garantir cette indépendance vis-à-vis des autres branches de la SNCF. En particulier, elle est dotée d'un budget propre (article L. 2123-8). Les conditions de nomination et de révocation de son directeur, qui a l'interdiction d'occuper des fonctions au sein du conseil d'administration de la SNCF, sont par ailleurs spécifiques, notamment en raison de sa désignation directe par le Premier ministre sous le contrôle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (article L. 2123-6). Enfin, son personnel a interdiction de divulguer des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique qui sont en sa possession du fait de son activité de GID (article L. 2123-7).
33. Dans un arrêt du 18 avril 2013, la Cour de justice de l'Union européenne a constaté un manquement de la France pour n'avoir pas pris toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect de ses obligations européennes en matière de répartition des sillons ferroviaires. La coexistence d'un GI autonome et d'un GID intégré à l'opérateur historique de transport ne remplissait pas les conditions d'indépendance requises pour garantir une répartition non discriminatoire et équitable des sillons en France, dès lors que la DCF n'était pas séparé juridiquement de la SNCF (arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 avril 2013, Commission/République française, C-625/10, non encore publié au Recueil).

b) La gestion des infrastructures laissées à la SNCF

34. Certains actifs ferroviaires sont expressément exclus du transfert de propriété à RFF et ont été laissés à la charge de la SNCF, qui en assure la gestion. Il s'agit de tous les biens dévolus à l'exploitation des services de transport, et notamment les gares, les terminaux de marchandises, les ateliers de fabrication, de maintenance et de stockage des équipements liés à l'infrastructure ainsi que les immeubles administratifs reliés à ces infrastructures. Contrairement à RFF, la SNCF ne détient pas la propriété de ces infrastructures, mais en est affectataire pour les besoins de ses missions et peut dans certains cas les aliéner.
35. Contrairement aux voies, les gares de voyageurs sont réputées ne pas appartenir au réseau ferré national et sont gérées et exploitées directement par la SNCF. La branche « Gares & Connexions », une division de la SNCF, gère ainsi quelques 3 000 gares en France, notamment en ce qui concerne leur accès et les services rendus en gares. Depuis le 1^{er} janvier 2011, la gestion des gares par la SNCF fait l'objet d'une comptabilité séparée de celles des activités de transport.

36. De plus, la SNCF est affectataire et responsable de la gestion des infrastructures de services, comme une partie des cours de marchandises ou les gares de triage, qu'elle utilise pour ses propres activités de transport ferroviaire.

c) Le régulateur sectoriel

37. La loi ORTF, précitée, a mis en place l'Autorité de régulation des activités ferroviaires qui a été installée le 1^{er} décembre 2010. Cette autorité publique indépendante a pour mission de garantir l'accès au réseau ferroviaire. Elle veille ainsi à ce que l'accès aux capacités d'infrastructure sur le réseau et aux différentes prestations associées soit accordé de manière équitable et non discriminatoire (article L. 2131-4 du code des transports).
38. Pour ce faire, l'ARAF dispose de pouvoirs spécifiques, notamment :
- elle approuve les règles de séparation comptable prévues par le code des transports (article L. 2133-4 du code des transports) ;
 - elle émet un avis conforme sur la fixation des principales redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national (article L. 2133-5 du code des transports) ;
 - elle émet un avis motivé sur le document de référence du réseau que RFF a la responsabilité de publier chaque année (article L. 2133-6 du code des transports) ;
 - elle émet un avis sur la nomination et la cessation des fonctions du directeur de la DCF (article L. 2133-9 du code des transports) ;
 - elle dispose d'un pouvoir de règlement de différends portant sur tout traitement inéquitable, discrimination ou autre préjudice liés à l'accès au réseau. Ce pouvoir est assorti de la possibilité de prononcer des astreintes (article L. 2134-2 du code des transports) ;
 - elle dispose, après mise en demeure de l'intéressé, d'un pouvoir de sanction en cas de manquement d'un gestionnaire d'infrastructure ou d'une entreprise ferroviaire aux obligations lui incombant au titre de l'accès au réseau ou de son utilisation (article L. 2135-7 du code des transports).

3. L'ACTIVITÉ DE TRANSPORT FERROVIAIRE

39. L'offre sur les services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs est à l'heure actuelle limitée aux seules prestations fournies par la SNCF, l'opérateur historique national. Cette situation de monopole légal concerne tant les lignes d'envergure nationale, comme les lignes à grande vitesse, que les lignes régionales, comme le TER ou les trains d'équilibre du territoire (TET). La SNCF est également le principal fournisseur de services ferroviaires internationaux de voyageurs au départ ou à destination de la France, seule ou par le biais de consortiums avec d'autres opérateurs européens.
40. Les lignes internationales de voyageurs sont néanmoins ouvertes à la concurrence depuis le 13 décembre 2009, ce qui a permis à un opérateur nouvel entrant de fournir de telles prestations. Il s'agit de Thello, entreprise commune entre l'opérateur historique italien Trenitalia et l'entreprise privée Transdev, qui fournit un service de nuit régulier sur les axes Paris-Venise et Paris-Rome.

41. Par ailleurs, avec l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de marchandises, de nombreuses entreprises ferroviaires sont entrées sur le marché, aux côtés de la SNCF qui est active dans ce secteur par le biais de Fret SNCF et de sa branche Geodis. Euro Cargo Rail (filiale du groupe allemand Deutsche Bahn) est aujourd'hui le principal concurrent de Fret SNCF sur ce marché, mais d'autres opérateurs sont également présents, comme Europorte France, Colas Rail, CFL Cargo ou SNCB Logistics.

II. Les enjeux concurrentiels liés à la gouvernance du système ferroviaire

42. Le législateur a acté l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de marchandises et du transport international de voyageurs. Les textes européens prévoient à ce stade celle du transport domestique de voyageurs pour 2019.
43. L'ouverture à la concurrence suppose de mettre les entreprises ferroviaires sur un pied d'égalité, notamment par rapport à l'opérateur historique de transport, afin d'être en mesure, par leurs mérites respectifs, d'apporter un certain nombre de bénéfices. Elle a notamment pour objectifs de stimuler la compétitivité des entreprises ferroviaires et d'en favoriser le développement et les investissements au bénéfice de l'ensemble de la collectivité et notamment au profit du consommateur final. En particulier, elle peut procurer aux voyageurs et aux chargeurs une plus grande variété d'offres de transport dont certaines sont mieux adaptées à leurs besoins, notamment s'agissant des tarifs, de fréquences de rotation des trains ou de la qualité de services rendus. Elle peut également jouer au bénéfice des autorités organisatrices de transport en vue de disposer d'une offre de services plus large et mieux adaptée à leur mission d'aménagement du territoire.
44. Dans un tel cadre, le respect d'un certain nombre de principes directeurs, notamment en ce qui concerne l'architecture générale de la gouvernance, est nécessaire (B) pour éviter que le développement de la concurrence ne soit entravé (A). Ces principes guideront l'analyse de l'Autorité sur le projet de loi qui lui est soumis pour avis. Plus largement, ils pourront servir de cadre aux différentes parties prenantes au processus législatif, mais aussi à l'élaboration des décrets qui complèteront la loi, pour apprécier l'impact concurrentiel des modifications ou compléments qu'il est envisagé d'apporter au texte.

A. LES RISQUES CONCURRENTIELS DANS LE SECTEUR FERROVIAIRE

45. L'Autorité a déjà identifié dans certains avis et décisions qu'elle a rendus les grandes catégories de risques qui sont susceptibles d'entraver le développement du jeu normal de la concurrence entre entreprises ferroviaires. Ils concernent l'accès discriminatoire aux infrastructures ferroviaires (1), le développement et l'entretien de ce même réseau au seul profit d'une ou plusieurs entreprises ferroviaires (2), le risque de subventions croisées entre les activités d'entreprise ferroviaire et de gestion de l'infrastructure (3), la communication d'informations commercialement sensibles au profit de certaines entreprises ferroviaires (4) et les risques liés à la diversification d'activité de l'opérateur historique de transport vers d'autres activités de transport connexes (5).

1. LE RISQUE D'ACCÈS DISCRIMINATOIRE AUX INFRASTRUCTURES FERROVIAIRES

46. L'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire pose, en tout premier lieu, la question de l'accès au réseau pour les entreprises ferroviaires. La législation européenne et le code des transports ont institué le droit d'accès au réseau ferroviaire. Le code du transport prévoit ainsi en son article L. 2122-9 que « *les entreprises ferroviaires autorisées à exploiter des services de transport ont, dans des conditions équitables et sans discrimination, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire, y compris pour l'accès par le réseau aux infrastructures de services* ». Ce droit est un pré-requis pour garantir l'ouverture à la concurrence de toute industrie de réseau.
47. Le premier risque concurrentiel est donc que des entreprises ferroviaires, notamment des nouveaux entrants, soient l'objet d'un traitement discriminatoire pour accéder aux infrastructures ferroviaires, ce qui les mettrait dans l'incapacité d'entrer ou de se développer sur les marchés de transport ferroviaire. Ce risque est plus important si une entreprise ferroviaire est aussi en charge de la gestion du réseau, dès lors qu'elle sera juge et partie pour l'attribution des capacités ferroviaires indispensables à l'activité de ses concurrents.
48. Un traitement discriminatoire peut revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir de refus d'accès aux capacités ferroviaires, non motivés par des considérations objectives. Il peut également s'agir de formes plus sophistiquées de discrimination, comme des tarifs d'accès discriminatoires, non transparents ou des manœuvres dilatoires rendant dans les faits des capacités ferroviaires indisponibles pour les entreprises ferroviaires.
49. De telles pratiques peuvent porter sur les sillons ferroviaires, sans lesquels les trains sont dans l'incapacité de circuler, mais également pour toute autre infrastructure ferroviaire dont l'accès est indispensable pour accéder au marché. C'est pourquoi le droit sectoriel impose des règles de tarification transparentes pour les gares de voyageurs ouvertes au public et pour certaines infrastructures de services (voir notamment l'article premier du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, précité).

2. LES RISQUES CONCURRENTIELS LIÉS AU DÉVELOPPEMENT ET À L'ENTRETIEN DU RÉSEAU

50. En deuxième lieu, le développement et l'entretien des infrastructures ferroviaires peuvent donner lieu à l'apparition d'entraves à la concurrence. Ces deux activités sont en effet fondamentales pour la détermination de la politique commerciale des entreprises ferroviaires, en vue de conquérir certains clients ou de se développer sur certaines lignes.
51. Le risque existe en effet qu'une entreprise ferroviaire, si elle a la capacité d'influencer ces choix, puisse détourner la gestion de l'infrastructure ferroviaire au profit de ses propres intérêts commerciaux et au détriment des autres opérateurs du secteur. C'est plus particulièrement le cas s'agissant de la programmation des travaux d'entretien sur le réseau. En effet, cette programmation est susceptible d'être orientée au profit d'une entreprise ferroviaire dans le but de supprimer de façon temporaire, pour le temps des travaux, des sillons ferroviaires dont ses concurrents ont seuls l'usage à ce moment précis. De même, les choix de développement ou de rajeunissement du réseau peuvent faire l'objet d'arbitrages en faveur d'une entreprise ferroviaire pour prendre en compte sa politique commerciale au mépris des besoins des autres entreprises ferroviaires.

52. Le risque d'entrave au développement de la concurrence est plus élevé si la gestion de l'infrastructure dans son ensemble est confiée à une entité qui cumule à la fois des activités d'exploitation et de services ferroviaires de transport. Comme pour l'attribution des capacités ferroviaires, cette situation de conflit d'intérêts est susceptible de générer des effets d'éviction sur les autres opérateurs de services de transport ferroviaire, en rendant l'accès au réseau impossible ou en le développant dans des conditions qui ne leur permettent pas de tirer profit des nouvelles lignes mises en place.
53. La Commission européenne relève d'ailleurs en ce sens qu'« *il peut exister une tentation pour un groupe qui gère l'infrastructure en fonction de ses seuls intérêts, par exemple en ne le rendant pas interopérable pour les entreprises ferroviaires de pays voisins ou en développant le réseau uniquement selon ses propres besoins en comparaison avec ceux d'entreprises ferroviaires concurrentes.* » (Annexe 5 de la communication de la Commission européenne du 3 mai 2006 portant sur le rapport au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire (COM/2006/189/Final)).

3. LE RISQUE DE SUBVENTIONS CROISÉES

54. En troisième lieu, le financement peut être la source d'une perturbation durable du jeu concurrentiel dans le secteur ferroviaire. En effet, le réseau ferroviaire, dont la gestion est généralement une activité sous monopole, compte tenu de ses spécificités, bénéficie de concours financiers publics pour garantir la soutenabilité de son développement et de son entretien. C'est le cas en France par le biais de subventions directes de l'Etat ou de contributions des régions pour soutenir certaines activités de transport local.
55. Dans ces conditions, et en particulier si une entreprise ferroviaire participe à la gestion de l'infrastructure, le jeu concurrentiel normal entre opérateurs est susceptible d'être faussé si des fonds publics ou les résultats d'exploitation excédentaires générés par les activités subventionnées sont utilisés pour financer des activités de transport soumises à la concurrence. Une telle orientation de ressources publiques pourrait ainsi créer de graves distorsions de concurrence en faveur d'une entreprise ferroviaire qui profiterait d'un avantage concurrentiel artificiel qui ne serait pas fondé sur ses propres mérites, par exemple en adaptant indument sa politique commerciale pour proposer des prix artificiellement bas, que sa structure de coûts en services de transport ne pourrait normalement pas lui permettre.
56. L'Autorité a déjà eu l'occasion de se prononcer, dans d'autres secteurs économiques, sur de telles pratiques anticoncurrentielles, comme par exemple dans sa décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001 dans laquelle elle a indiqué « *qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elles* » (décision n° [00-D-50](#) du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, pages 14 et 15).

57. Une subvention croisée, par sa durée, sa pérennité et son importance, peut avoir un effet potentiellement négatif sur la concurrence, car la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel sans contreparties financières est équivalente à l'octroi de subventions qui peuvent aboutir, à long terme, à éliminer du marché les concurrents ne disposant pas d'avantages analogues (avis n° [94-A-15](#) du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'E.D.F et de G.D.F. au regard de la concurrence, page 14, et décision n° [00-D-47](#) du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, page 13).

4. LES ÉCHANGES D'INFORMATIONS COMMERCIALEMENT SENSIBLES

58. En quatrième lieu, la gestion des informations sensibles crée un risque pour le fonctionnement de la concurrence. L'accès aux infrastructures ferroviaires implique un dialogue entre les entreprises ferroviaires qui formulent des demandes d'accès et le gestionnaire d'infrastructure. Ce dernier est donc amené à connaître de nombreuses informations confidentielles qui revêtent un caractère commercialement sensible. Ces informations proviennent tant des demandes d'accès que des nombreux documents que le gestionnaire d'infrastructure produit pour répartir les capacités dont il a la charge, comme l'horaire de service par exemple. La divulgation de telles informations présente un risque majeur d'atteinte à la concurrence. En effet, une entreprise ferroviaire qui en aurait connaissance pourrait modifier sa politique commerciale en conséquence, profitant ainsi d'un avantage concurrentiel qui ne serait pas fondé sur ses propres mérites.
59. L'Autorité s'est déjà prononcée par le passé sur de telles pratiques en précisant que *« l'utilisation, par une entreprise en position dominante, d'informations stratégiques obtenues dans l'exercice de la mission de gestion d'accès au réseau qu'elle détient peut constituer un abus de cette position dominante, prohibé par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce »*. A cet égard, il convient d'insister sur le fait que ce risque concurrentiel n'est pas théorique et s'est déjà concrétisé dans le secteur ferroviaire par la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, qui ont tendu à produire des effets d'éviction sur de nombreux opérateurs de fret ferroviaire en France. Ainsi, la SNCF a été condamnée par l'Autorité pour avoir utilisé des informations confidentielles qu'elle avait reçues en sa qualité de GID, abus de position dominante d'une particulière gravité, renforcée d'ailleurs par le contexte d'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire (décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012, précitée, paragraphes 360, 386, 679 et 682).

5. LES RISQUES CONCURRENTIELS LIÉS À LA DIVERSIFICATION DES ACTIVITÉS SUR LES SECTEURS CONNEXES AU TRANSPORT FERROVIAIRE

60. En cinquième lieu, dans sa décision n° [13-D-16](#), l'Autorité a notamment indiqué que *« les pratiques consistant à chercher à évincer, discipliner ou décourager les concurrents, par des procédés ne relevant pas de la compétition par les mérites, de la part d'entreprises qui mobiliseraient, sur des marchés ouverts à la concurrence, des moyens issus de marchés en monopole, lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise en position dominante, sont susceptibles d'être contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce et à l'article 102 du TFUE »* (décision n° 13-D-16 du 27 juin 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur du transport de personnes, paragraphe 114).

61. Dans son avis n° [09-A-55](#) du 4 novembre 2009, précité, sur le secteur du transport terrestre de voyageurs, l'Autorité avait déjà identifié certains risques induits par l'intervention de l'opérateur historique ferroviaire dans le champ concurrentiel au-delà de ses seules activités de transport ferroviaire (paragraphe 168 à 174). En particulier, elle a montré que le transport ferroviaire de voyageurs joue un rôle particulier au sein de la chaîne de transport public, en raison de l'importance des gares de voyageurs qui ont une fonction centrale en matière d'articulation avec les autres types de transports terrestres, notamment urbains.
62. Si l'Autorité ne s'est jamais opposée à la diversification des activités de l'opérateur historique de transport ferroviaire, qui peut être bénéfique à la concurrence en permettant l'entrée d'un nouvel opérateur sur des marchés connexes, l'utilisation du pouvoir de marché du transporteur ferroviaire historique est néanmoins susceptible d'entraîner des perturbations durables sur les marchés connexes de transport public. L'Autorité avait déjà à l'époque mis l'accent sur les questions d'offres d'interconnexion groupées, dont les concurrents de la SNCF ne peuvent faire bénéficier leurs clients, et avait souligné la nécessité de rendre accessible l'information en matière de transport ferroviaire pour permettre aux concurrents sur les marchés de transport urbains de prendre en charge des voyageurs issus du trafic ferroviaire (avis n° 09-A-55, précité, paragraphe 215).

B. LES PRINCIPES GARANTISSANT UNE GOUVERNANCE CONCURRENTIELLE DU SECTEUR FERROVIAIRE

63. Les risques d'atteinte à la concurrence dans le secteur ferroviaire, tels qu'ils viennent d'être identifiés, sont donc indéniables. L'Autorité estime néanmoins que ces risques peuvent être atténués, voire mis sous contrôle, si certains principes directeurs sont suivis dans la mise en œuvre de la gouvernance générale du secteur, garantissant l'effectivité de l'ouverture à la concurrence.
64. Les enjeux concurrentiels dans le secteur ferroviaire sont, en très grande partie, liés à l'interaction, nécessaire mais complexe, entre les activités de gestion des infrastructures ferroviaires et les activités commerciales de transport ferroviaire. Avec l'ouverture totale à la concurrence, envisagée aujourd'hui à l'horizon 2019, la multiplication des opérateurs de transport ferroviaire rendra cette interaction encore plus cruciale et sujette à risques, si elle n'est pas correctement anticipée. A cette date, les intérêts des opérateurs de transport ferroviaire ne seront plus portés uniquement par l'opérateur historique, comme c'est le cas aujourd'hui, à tout le moins en ce qui concerne le transport de voyageurs. Dans cette perspective, la gouvernance générale du secteur ferroviaire doit garantir la neutralité concurrentielle des infrastructures ferroviaires, au profit de l'ensemble des opérateurs du secteur ferroviaire.
65. La gouvernance du secteur ferroviaire doit dès lors répondre tant à l'exigence de transparence dans la gestion des infrastructures ferroviaires (1) qu'à l'exigence d'une séparation suffisante entre cette activité et celle d'exploitation de services de transport ferroviaire (2). L'accès au réseau doit de plus être contrôlé par une autorité de régulation indépendante pour garantir son caractère non discriminatoire et transparent (3).

1. LA TRANSPARENCE DANS LA GESTION DE L'INFRASTRUCTURE FERROVIAIRE

66. En vue de garantir la neutralité de la gestion des infrastructures ferroviaires, il convient que celle-ci soit mise en œuvre de façon transparente. La transparence permet de garantir que les choix faits concernant la gestion des infrastructures ferroviaires sont neutres, objectifs et non discriminatoires. Elle conditionne aussi l'exercice d'une concurrence effective entre les opérateurs économiques du secteur, afin qu'ils disposent d'une prévisibilité suffisante quant à la disponibilité de capacités du réseau. Ceci leur permet de construire leurs modèles de développement et d'anticiper l'évolution des postes de coûts liés à l'accès aux infrastructures.
67. La transparence doit, premièrement, se refléter dans la structure de gouvernance du secteur, en établissant des règles de partage de compétence claires et précises. Ceci revient à confier la gestion de l'infrastructure à une entité clairement identifiée, afin de garantir que les choix stratégiques relatifs au développement du réseau et à sa gestion en général sont attribuables à un interlocuteur précis.
68. Deuxièmement, d'un point de vue opérationnel, la transparence suppose la mise en place de règles d'accès aux infrastructures prédéfinies, objectives et stables, en vue de permettre aux opérateurs de raisonnablement anticiper les conditions de répartition de ces infrastructures. Cette exigence de transparence concerne tout autant l'accès à ces infrastructures que la tarification de cet accès. L'Autorité s'est déjà prononcée sur la nécessité de l'élaboration transparente de ce type de règles à de nombreuses reprises. Dans son avis n° 08-A-18, elle a relevé que « *la transparence signifie pour les utilisateurs du réseau que l'ensemble des règles tarifaires soient publiques, pour qu'ils puissent vérifier le montant des redevances demandées et surtout établir des prévisions pour ce poste de dépense. Pour établir un plan de développement à moyen terme et réunir les financements nécessaires, les nouveaux opérateurs entrant sur le marché ont besoin d'une règle tarifaire claire, complète, objective et raisonnablement stable sur plusieurs années (...)* » (avis n° 08-A-18 du 13 octobre 2008 relatif à un projet de décret sur les redevances d'utilisation du réseau ferré, page 9).
69. A titre d'illustration, l'Autorité a récemment sanctionné pour abus de position dominante une absence de transparence de la part de la SNCF concernant la gestion de ses cours de marchandises, son comportement consistant à s'abstenir de préciser les conditions d'utilisation des cours de marchandises, notamment en termes de tarification, au détriment de ses concurrents (décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012, précitée, paragraphe 414).
70. Troisièmement, les procédures appliquées pour la répartition des capacités ferroviaires doivent également être définies par avance et disposer d'un calendrier précis. Ainsi, les opérateurs du secteur ferroviaire peuvent être informés suffisamment en amont pour formuler leurs demandes en capacités, mais également en contrôler l'objectivité et le bon avancement ainsi qu'éventuellement contester les conditions et résultats de l'attribution.
71. Quatrièmement, compte tenu de la nature particulière du secteur ferroviaire dont les acteurs sont de nature très différente, la consultation des parties prenantes et, dans une certaine mesure et sous certaines conditions, la concertation préalable sur certains choix stratégiques pour l'avenir du secteur, sont des éléments de nature à accroître la transparence dans les choix de gestion des infrastructures ferroviaires et le caractère objectif de ces choix. Cette consultation trouve néanmoins une limite impérative dans l'autonomie dont doit jouir la structure chargée de la gestion des infrastructures, en vue de conserver son indépendance et de garantir la neutralité d'accès au réseau.

2. LA SÉPARATION ENTRE LES ACTIVITÉS DE GESTION DES INFRASTRUCTURES FERROVIAIRES ET D'EXPLOITATION DE SERVICES DE TRANSPORT FERROVIAIRE

a) L'impartialité du gestionnaire d'infrastructure

72. Les intérêts commerciaux et stratégiques propres aux activités de gestion des infrastructures ferroviaires ont tendance à diverger, voire à s'opposer, avec ceux des entreprises ferroviaires qui exploitent des services de transport ferroviaire.
73. Dans le cadre d'une ouverture à la concurrence, en vue de garantir un accès transparent, non discriminatoire et équitable aux infrastructures ferroviaires, il est donc nécessaire de supprimer les possibles conflits d'intérêts qui peuvent surgir pour une entreprise qui serait à la fois en charge de la gestion d'une infrastructure ferroviaire et de l'exploitation de services de transport ouverts à la concurrence. Ces conflits d'intérêt font courir le risque que la gestion des infrastructures ferroviaires soit effectuée au seul profit de l'entreprise ferroviaire qui en a la charge, au détriment de toutes les autres entreprises ferroviaires.
74. Dans son avis n° [98-A-05](#), le Conseil de la concurrence, s'exprimant sur les principes permettant d'assurer le fonctionnement concurrentiel du marché de l'électricité, a ainsi relevé que « *lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité (avis n° [96-A-10](#) du 25 juin 1996), de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés* » (avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE).
75. La gouvernance générale du secteur ferroviaire doit donc permettre de prévenir l'éventualité de tels conflits d'intérêts en séparant, de façon effective, les fonctions de gestion de l'infrastructure des activités d'exploitation de services de transport ferroviaire ouvertes à la concurrence. Ainsi, les missions de gestion d'infrastructure peuvent être exercées de façon impartiale, au profit de l'ensemble des acteurs du secteur, par un gestionnaire d'infrastructure.
76. Le gestionnaire d'infrastructure doit disposer de garanties d'indépendance spécifiques vis-à-vis de l'ensemble des entreprises ferroviaires. Ces garanties doivent permettre d'assurer l'autonomie organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructures, et ce tant dans les choix opérationnels de répartition des capacités dont il a la charge que dans ses choix stratégiques de développement du réseau.
77. Pour cela, le gestionnaire doit se voir, premièrement, doter de l'autonomie budgétaire et de ressources matérielles et humaines suffisantes, lui permettant d'effectuer en propre les missions qui lui sont confiées. Ceci permet de s'assurer qu'une entreprise ferroviaire n'a pas une influence économique décisive sur le gestionnaire d'infrastructure ou que ce dernier n'est pas en pratique maintenu dans une situation de dépendance économique ou fonctionnelle l'empêchant de faire des choix opérationnels objectifs et indépendants.
78. Dans son avis n° [08-A-17](#), le Conseil de la concurrence avait signalé qu'un tel critère d'autonomie organisationnelle ne lui semblait pas rempli pour l'actuel gestionnaire du réseau ferré national, RFF :

« les relations entre RFF et la SNCF sont, de fait, déséquilibrées en raison du faible nombre de personnes mises à la disposition de RFF, l'essentiel des moyens humains et des compétences techniques étant toujours affecté à la SNCF. Si RFF est chargé de l'exploitation de ses infrastructures, notamment la gestion de l'accès et la répartition des capacités aux transporteurs, il n'en a pas les moyens matériels et c'est la SNCF qui réalise les études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons au sein de ses bureaux des horaires (article 21 du décret n° 2003-194 précité). Ainsi, RFF a-t-il déclaré ne pas être en mesure aujourd'hui de conduire réellement l'attribution des sillons et de le faire dans des conditions garantissant une stricte égalité entre les transporteurs (Cour des comptes, rapport précité, p. 47) » (avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, paragraphe 31).

79. Deuxièmement, le gestionnaire d'infrastructure doit se voir attribuer l'ensemble des missions nécessaires pour gérer une infrastructure ferroviaire donnée et les mettre en œuvre selon des critères objectifs, équitables et non discriminatoires. Cette compétence étendue est primordiale pour l'attribution et la tarification des sillons ferroviaires, ressource rare à laquelle les entreprises ferroviaires doivent avoir accès dans les conditions les plus souples possibles. C'est pour cela que le droit sectoriel européen a prévu pour les sillons un régime spécifique de séparation des « *fonctions essentielles* », obligeant les Etats membres à les confier à « *un organisme de tarification et un organisme de répartition qui sont indépendants des entreprises ferroviaires sur le plan juridique, organisationnel et décisionnel* » (directive 2012/34/CE, précitée, article 7).
80. Au-delà de ce socle minimal de compétence sur la gestion des sillons et de leur tarification, le gestionnaire d'infrastructure doit également maîtriser l'ensemble des autres missions de gestion de l'infrastructure qui ont une influence sur l'attribution des sillons, pour éviter toute discrimination indirecte. L'Autorité relève en effet que les missions de circulation ferroviaire, d'entretien du réseau et de développement de ce dernier interagissent avec la mission de répartition des sillons en elle-même.
81. L'autonomie du gestionnaire doit par ailleurs être étendue au-delà de la seule question des sillons. En effet, la gestion des gares et des infrastructures de services, qui sont indispensables à l'activité sur les marchés de transport ferroviaire, peut également entraîner des perturbations durables sur la concurrence par le biais de pratiques discriminatoires. C'est pour cela que le régulateur a jugé nécessaire d'encadrer leur tarification d'accès (voir plus haut paragraphe 49). Leur gestion doit donc être soumise à la même exigence générale d'indépendance.

b) Les modalités pratiques de séparation des activités

82. La séparation comptable imposée par le droit européen (directive 2012/34/CE, précitée, article 6 alinéa 1) est un pré-requis pour permettre le développement effectif de la concurrence, mais n'est pas suffisante à elle seule pour garantir un degré suffisant de séparation des activités, comme l'a notamment souligné le Conseil de la concurrence dans l'avis n° [98-A-05](#) précité.
83. Dans son avis n° 09-A-55 précité, l'Autorité a déjà eu l'occasion d'indiquer les différents modèles de séparation d'activité (paragraphe 181 à 190), qui sont donc rappelés ci-dessous de façon succincte. Il existe ainsi trois modèles de séparation, présentés ci-dessous en fonction des garanties d'indépendance qu'ils comportent pour obtenir un accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires.

84. Premièrement, la séparation de propriété consiste en un transfert de l'activité de gestion des infrastructures à une entreprise distincte de l'opérateur de service de transport ferroviaire. En France, cette méthode présenterait la plus grande cohérence, dans la mesure où la propriété du réseau ferré, à l'exception des gares et de certaines infrastructures de services, a déjà été transférée à un gestionnaire d'infrastructures distinct, RFF.
85. Néanmoins, bien qu'ayant suivi une logique de séparation patrimoniale, la création de RFF n'a pas permis d'assurer une indépendance véritable par rapport aux intérêts de l'opérateur historique de transport. En effet, comme cela est indiqué plus haut, RFF n'a pas été dotée des moyens humains et matériels nécessaires pour mettre en œuvre elle-même ses missions.
86. Deuxièmement, un autre modèle est celui de la séparation juridique impliquant la filialisation de la mission de gestion de l'infrastructure au sein d'un groupe de sociétés auquel sont également intégrées des activités de services de transport ferroviaire.
87. Il s'agit d'une solution intermédiaire qui présente un certain nombre d'avantages. Elle permet d'assurer une meilleure transparence comptable et financière et de doter la filiale d'organes de direction dédiés. Elle peut également permettre à la collectivité de bénéficier des synergies possibles entre réseau et exploitation lorsqu'elles existent. Le Conseil de la concurrence a préconisé cette solution à plusieurs reprises, par exemple pour l'activité « mobiles » de France Télécom dans l'avis n° [97-A-07](#) du 27 mai 1997, pour le fonctionnement des services financiers de la Poste dans l'avis n° [96-A-10](#) du 25 juin 1996 ou pour l'activité de messagerie de la SNCF dans l'avis n° [95-A-18](#) du 17 octobre 1995.
88. A titre d'illustration, c'est le modèle de séparation appliqué en Allemagne depuis 1994 au sein du groupe Deutsche Bahn. Les différentes activités de gestion des infrastructures ferroviaires (sillons, gares de voyageurs et installations propres à la production et à l'approvisionnement en électricité de traction ou en combustibles) sont gérées par trois filiales séparées juridiquement de l'activité mobilités du groupe (de droit privé), opérateur historique de transport. Afin de garantir la non discrimination d'accès au réseau, chacune des filiales jouit de garanties d'indépendance particulièrement étendues, prévues dans les statuts du groupe ou qui sont garanties par des mesures d'organisation interne, dont la mise en œuvre est contrôlée par le régulateur sectoriel allemand.
89. Troisièmement, la séparation fonctionnelle consiste en la création d'un département séparé et la mise en œuvre de règles de fonctionnement permettant d'ériger entre celui-ci et les autres services de l'opérateur historique des « murailles de Chine ».
90. La séparation fonctionnelle ne se limite pas à la séparation comptable. Elle inclut également de nombreuses garanties relatives, par exemple, au rattachement des salariés, à la circulation de l'information ou encore à l'autonomie de la stratégie. Ainsi, dans l'avis n° [00-A-29](#) précité, concernant le fonctionnement du marché électrique, le Conseil de la concurrence renvoie à son avis n° [98-A-05](#) précité et indique qu'« *il avait estimé que, si le RTE n'était pas constitué en établissement public distinct, solution qui serait "la meilleure garantie d'indépendance souhaitable dans un système concurrentiel respectant totalement l'esprit de la directive", et s'il restait intégré à l'opérateur historique, il convenait, à tout le moins, qu'il soit constitué sous la forme d'une direction autonome et séparée des autres directions, avec des garanties statutaires pour son directeur, une pleine autonomie comptable ainsi que des garanties de confidentialité. La loi a consacré cette exigence en octroyant à son directeur, par rapport à la présidence d'EDF, des prérogatives d'indépendance supérieures à celles du président d'une filiale par rapport à la société de son groupe* ».

91. Pour autant, la question de la séparation des activités entre missions de gestion de l'infrastructure et exploitation de services de transport ferroviaire ne saurait se résumer à la seule question du choix du modèle de séparation envisagé. Au contraire, si un modèle de séparation donné offre intrinsèquement des garanties plus ou moins étendues, il est nécessaire d'analyser *in concreto* l'ensemble des garanties d'indépendance de gestion accordées au gestionnaire d'infrastructure en vue d'accomplir ses missions, pour vérifier si la séparation est effective.
92. A cet égard, l'Autorité souligne à nouveau le cas de RFF qui, bien que séparé patrimoniallement de l'opérateur historique, n'est pas dans les faits en capacité d'assurer par elle-même, dans les conditions d'indépendance requises, les fonctions nécessaires à une exploitation non discriminatoire du réseau.
93. Ainsi, indépendamment du modèle de séparation considéré, l'architecture de la gouvernance proposée doit, de façon concrète, préserver la pleine autonomie organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure en apportant des garanties tangibles de l'absence d'influence d'une ou plusieurs entreprises ferroviaires. Ces garanties peuvent revêtir des formes très variées, mais doivent toutes, prises ensemble, former un faisceau permettant de garantir l'autonomie du gestionnaire d'infrastructure. A titre d'exemple, participent à un meilleur niveau général d'autonomie du gestionnaire d'infrastructure le fait qu'il dispose d'un budget propre, d'un personnel dédié à l'exécution de ses missions et ne disposant d'aucun lien avec des entreprises ferroviaires, de dirigeants qui lui sont propres et remplissant eux-mêmes certaines conditions d'indépendance, ou encore de mécanismes effectifs destinés à limiter l'échange d'informations commercialement sensibles avec des entreprises ferroviaires.

3. LA NÉCESSITÉ D'UN RÉGULATEUR SECTORIEL FORT ET INDÉPENDANT

94. Dans son avis n° [08-A-17](#) précité, l'Autorité avait appuyé la création de l'Autorité de régulation des activités ferroviaire (ARAF), qui constituait une étape importante dans l'ouverture à la concurrence des marchés ferroviaires. L'ouverture à la concurrence rend nécessaire une régulation sectorielle forte grâce à la mise en place d'une autorité publique chargée d'en contrôler la bonne application dans des conditions d'indépendance aptes à lui permettre d'orienter de façon objective le développement de la concurrence.
95. L'intervention du régulateur sectoriel doit être d'autant plus conséquente et forte que la séparation entre les activités de gestion de l'infrastructure et de transport ferroviaire est faible, notamment en vue d'encadrer et de contrôler le respect du droit d'accès au réseau.
96. Ce régulateur doit disposer de pouvoirs pertinents et contraignants pour encadrer *ex ante* le développement de la concurrence en conformité avec le cadre réglementaire applicable, d'une part, et de pouvoirs de contrôle *ex post* dissuasifs pour corriger efficacement les comportements portant atteinte à ces mêmes règles, d'autre part. En outre, le régulateur doit être doté de moyens suffisants pour mettre en œuvre l'ensemble de ces missions de façon effective et efficace. A cet égard, l'Autorité a déjà eu l'occasion de souligner certaines lacunes fondamentales s'agissant des pouvoirs de l'ARAF, notamment en termes de régulation économique *ex ante*.

III. Analyse du projet de loi portant réforme ferroviaire

97. Le projet de loi soumis à l'avis de l'Autorité de la concurrence porte une réforme visant à rénover en profondeur le système ferroviaire français. L'exposé des motifs du projet de loi indique que cette refonte de la gouvernance du secteur ferroviaire est nécessaire pour remédier à des dysfonctionnements dans la production de l'offre de transport, dus en particulier au caractère inachevé de la gestion des infrastructures. Ceci porte préjudice tant aux voyageurs, aux autres usagers qu'aux entreprises ferroviaires.
98. Afin de corriger ces dysfonctionnements, le projet de loi propose une nouvelle gouvernance qui s'articule autour de quatre objectifs :
- l'intégration industrielle qui, compte tenu des caractéristiques du secteur ferroviaire, a pour but de renforcer la qualité et la performance du système ferroviaire dans son ensemble et d'en maîtriser le coût ;
 - le rétablissement des équilibres économiques et financiers du secteur pour remédier à l'endettement de la gestion du réseau ferré national, dont la situation financière tend à se dégrader ;
 - la construction d'un cadre social homogène pour tous les travailleurs de la branche ferroviaire ;
 - la garantie d'un accès transparent et non discriminatoire au réseau pour les entreprises ferroviaires et du fonctionnement impartial d'un gestionnaire d'infrastructure unifié, intégré à un groupe public ferroviaire.
99. En pratique, la nouvelle architecture du secteur ferroviaire repose sur la constitution d'un groupe public ferroviaire qui sera opérationnel le 1^{er} janvier 2015 (article 15, alinéa 3, du projet de loi). En lieu et place de la structure actuelle, articulée autour de deux entités autonomes, RFF et la SNCF, le groupe public ferroviaire (ci-après « le GPF ») intègre, sous le chapeau d'un EPIC de tête, un premier EPIC en charge des fonctions de gestion de l'infrastructure et un second EPIC qui se voit confier l'exploitation de services de transport ferroviaire. La structure du GPF est ainsi schématiquement la suivante :
- un EPIC national de tête, nommé la SNCF (ci-après dénommé « l'EPIC de tête »), doté des fonctions d'une société détentrice au sens du code de commerce, des deux autres EPIC intégrés dans le GPF (article 1^{er} du projet de loi, article L. 2102-2 du code des transports) ;
 - un EPIC national dénommé « SNCF Réseau », en charge de la gestion unifiée de l'infrastructure, et placé sous le contrôle de l'EPIC de tête ;
 - un EPIC national dénommé « SNCF Mobilités », en charge, à titre principal, des activités de transport ferroviaire exercées aujourd'hui par la SNCF, et placé sous le contrôle de l'EPIC de tête.
100. En préambule, l'Autorité considère que la réforme ferroviaire aujourd'hui engagée par le gouvernement est une opportunité pour les pouvoirs publics de réformer en profondeur ce secteur d'activité. L'Autorité se félicite que tel semble être l'objectif premier du projet de loi soumis à son avis, qui prévoit, selon ses termes mêmes, une organisation du système intégralement revue.

101. La réforme de 1997, qui a donné naissance au gestionnaire d'infrastructure RFF, ainsi que les autres réformes législatives qui sont intervenues par la suite, ont consolidé un modèle de gestion du réseau ferré national qui n'était pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture à la concurrence. Dans son avis n° [11-A-15](#) du 29 septembre 2011 précité, l'Autorité avait rappelé ce constat en indiquant que « *le modèle de gestion de ces infrastructures doit être revu en profondeur afin de fournir toutes les garanties indispensables en matière d'objectivité, de transparence et de sécurité* » (paragraphe 51).
102. L'objectif d'ouverture à la concurrence est d'ailleurs l'un des objectifs du projet de loi, au moins indirectement, par sa volonté de garantir un accès non discriminatoire et transparent au réseau. Dans le contexte actuel, il est primordial que le projet permette, entre autres objectifs, l'accompagnement de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire. L'ouverture est déjà effective pour le transport ferroviaire de marchandises et le transport international de voyageurs, y inclus le cabotage. Elle est à ce stade prévue pour 2019 pour le transport intérieur de voyageurs.
103. Ainsi, l'analyse que va entreprendre l'Autorité s'articulera autour de l'adéquation du projet de loi avec un objectif d'ouverture à la concurrence et de compétitivité du secteur ferroviaire. A cet égard, elle rappelle que la concurrence n'est pas une fin en soi mais un outil au service de l'efficacité économique et, en l'espèce, un moyen d'obtenir un meilleur fonctionnement du secteur ferroviaire dans son ensemble, au profit notamment des utilisateurs de services de transport ferroviaire en France.
104. Par ailleurs, le projet de loi soumis à examen est également guidé par d'autres impératifs que la concurrence, sur lesquels il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer, comme cela a été rappelé au paragraphe 3. L'analyse de l'Autorité se veut néanmoins réaliste et pragmatique. Dès lors, bien que centrée sur l'impact concurrentiel du projet de loi, elle évoquera également les autres sujets qui structurent aujourd'hui le secteur ferroviaire, notamment en abordant d'autres objectifs poursuivis par le projet de loi comme l'objectif d'intégration industrielle ou de réforme sociale, qui revêtent également une dimension concurrentielle.
105. Au regard des principes de gouvernance exposés plus haut, l'Autorité formulera des observations, dans un premier temps, sur les grands axes de réforme qui se détachent du projet de loi (A) avant d'en analyser en détail, dans un second temps, les modalités (B).

A. LES GRANDS AXES DE RÉFORME CONTENUS DANS LE PROJET DE LOI

106. L'organisation institutionnelle du secteur ferroviaire est profondément remaniée par le projet de loi, en deux mouvements à première vue opposés en terme d'impact concurrentiel. D'une part, un gestionnaire d'infrastructure unifié est créé (1) en lieu et place du système de compétences partagées entre RFF et la SNCF, ce qui constitue une avancée indéniable. D'autre part, la constitution du GPF (2) a pour conséquence de substituer à la séparation patrimoniale entre RFF et la SNCF une séparation uniquement juridique, ce qui constitue un recul, au moins théorique.
107. L'analyse de l'Autorité s'attachera à apprécier les conséquences concrètes de ces remaniements et les conditions nécessaires pour que les bénéfices attendus du premier mouvement ne soit pas affaiblis par la réalisation des risques liés au second.

1. LE PRINCIPE D'UN GESTIONNAIRE D'INFRASTRUCTURE UNIFIÉ (SNCF RÉSEAU)

108. L'article 8, II, du projet de loi prévoit que l'établissement public « Réseau Ferré de France », qui est aujourd'hui le principal gestionnaire d'infrastructure en France, prend la dénomination « SNCF Réseau ».
109. L'article 2 du projet de loi fait de SNCF Réseau le gestionnaire du réseau ferré national et modifie l'article L. 2111-9 du code des transports en lui assignant les missions suivantes :
- « L'établissement public national à caractère industriel et commercial dénommé 'SNCF réseau' a pour objet d'assurer, conformément aux principes du service public et dans le but de promouvoir le transport ferroviaire en France dans une logique de développement durable :*
- 1° l'accès à l'infrastructure, soit la répartition des capacités de l'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'accès à l'infrastructure sur le réseau ferré national ;*
- 2° la gestion opérationnelle des circulations sur le réseau ferré national ;*
- 3° la maintenance de l'infrastructure, soit l'entretien et le renouvellement du réseau ferré national ;*
- 4° le développement, l'aménagement, la cohérence et la mise en valeur du réseau ferré national ;*
- 5° la gestion des infrastructures de services dont il est le propriétaire et leur mise en valeur ».*
110. Par ailleurs, la modification de l'article L. 2111-9 du code des transports retire à l'actuelle SNCF ses missions en matière de gestion des sillons, de gestion du trafic et des circulations, et de fonctionnement et d'entretien des installations techniques et de sécurité du réseau ferré national. Sont ainsi supprimés le deuxième alinéa de l'article L. 2111-9 et les articles relatifs à la direction des circulations (articles L. 2123-6 à L. 2123-11) et à la mission de GID aujourd'hui confiée à la SNCF (actuel article L. 2141-1, 4°).
111. Enfin, lors de la mise en place de SNCF Réseau, l'article 9 du projet de loi prévoit que *« SNCF Mobilités transfère à SNCF Réseau l'ensemble des biens, droits et obligations attachés aux missions de gestion de l'infrastructure mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 2111-9 du code des transports (...) »*, alors que l'article 11 du projet de loi prévoit en substance la reprise par SNCF Réseau des contrats des personnels de SNCF Mobilités attachés aux missions de gestion du réseau ferré national.
112. L'ensemble de ces modifications législatives emportent trois conséquences pour la gouvernance du système ferroviaire français.
113. Premièrement, le projet de loi confie les missions de gestion d'infrastructure pour le réseau ferré national à la seule entité SNCF Réseau. Il met ainsi fin à la situation actuelle par laquelle la gestion du réseau ferré national est mise en œuvre par un gestionnaire d'infrastructure, RFF, et un gestionnaire d'infrastructure délégué, la SNCF, enchevêtrement de compétences qui est aujourd'hui source d'inefficacité.
114. Les compétences de gestion de l'infrastructure seront désormais regroupées en une seule main, ce qui renforcera la transparence dans l'organisation du secteur ferroviaire. Ceci est bienvenu au regard de l'actuelle répartition des compétences entre la SNCF et RFF, qui est opaque et complexe. Le projet de loi tire ainsi les conséquences de l'arrêt en manquement de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 avril 2013, précité.

115. Deuxièmement, les missions dévolues à SNCF Réseau vont au-delà des seules fonctions essentielles consacrées par le droit européen. Le gestionnaire d'infrastructure unifié sera ainsi en charge de la répartition des sillons et de leur tarification, mais aussi de la gestion des circulations, de l'entretien et du développement du réseau.
116. Or, pour garantir l'accès non discriminatoire au réseau, il est essentiel de regrouper au sein d'un GI unique ces différentes missions, dès lors qu'elles s'interpénètrent et ont toutes une incidence sur la tâche même de répartition des sillons ferroviaires. Les missions du GI seront, d'autre part, assurées de manière unifiée, efficace et plus transparente par une entité unique, ce qui concrétise dans les faits la logique d'intégration industrielle qui sous-tend le projet de loi.
117. Enfin, troisièmement, le transfert des actifs et des personnels prévus dans le projet de loi marque le regroupement sous le chapeau d'une seule entité de RFF, de la DCF et de la branche Infra de la SNCF, ce qui permettra à SNCF Réseau de mener l'ensemble de ses missions en propre. L'Autorité s'était déjà exprimée favorablement au regroupement de ces trois entités pour donner les moyens à RFF d'effectuer ses missions dans les conditions d'indépendance requises (avis n° 08-A-17, précité, paragraphes 34 et 35).
118. Sur ce point, l'article 9 prévoit à ce stade que le transfert des biens, droits et obligations afférentes aura lieu au profit de la mission de SNCF Réseau prévue au deuxième alinéa de l'article L. 2111-9 du code des transports. Cette référence étant sujette à interprétation, l'Autorité estime qu'une référence à l'ensemble des missions couvertes par l'article L.2111-9 serait plus appropriée pour lever toute ambiguïté sur le fait que la DCF et l'ensemble de la branche Infra de la SNCF seront effectivement cédés à SNCF réseau.
119. En conclusion, l'Autorité est favorable à la mise en place de SNCF Réseau en tant que gestionnaire d'infrastructure unifié, sans préjudice des recommandations qu'elle sera amenée à formuler dans le présent avis, notamment pour assurer son indépendance effective.

2. LA CONSTITUTION DU GROUPE PUBLIC FERROVIAIRE

120. Le projet de loi prévoit la constitution d'un groupe public qui assume l'ensemble des missions aujourd'hui confiées à RFF et à la SNCF. Ceci implique que le gestionnaire d'infrastructure, bien que conservant la forme d'un EPIC national, est intégré verticalement aux côtés de l'activité de transport ferroviaire de l'opérateur historique. La mise en place du groupe public est motivée par trois des objectifs qui sous-tendent le projet de loi : l'intégration industrielle du secteur ferroviaire pour en garantir une meilleure efficacité, le désendettement du système ferroviaire et le contrôle du déficit de l'activité d'entretien du réseau, et la pérennité du cadre social aujourd'hui applicable.
121. D'un point de vue concurrentiel, cette situation appelle plusieurs observations fondamentales de la part de l'Autorité.
122. L'intégration du gestionnaire d'infrastructure au sein du groupe public ferroviaire revient sur la situation actuelle. La responsabilité de la gestion de l'infrastructure ne sera plus séparée de façon patrimoniale de l'activité d'entreprise ferroviaire de l'opérateur historique, mais seulement juridiquement, sous forme d'EPIC distincts. Le modèle prévu par le projet de loi est en substance proche de celui d'un groupe de sociétés verticalement intégré afin de cumuler, pour des raisons industrielles, financières et sociales, les activités de gestionnaire d'infrastructure et d'entreprise ferroviaire.

123. Comme déjà indiqué dans ses avis antérieurs, et notamment dans l'avis n° 09-A-55 précité, l'Autorité considère que le modèle de séparation de propriété semble être le plus adapté pour préserver l'indépendance du gestionnaire d'infrastructures ferroviaires et la neutralité d'accès au réseau ferré. Elle prend néanmoins acte que telle n'est pas l'option retenue dans le projet de loi, notamment pour des raisons de politique industrielle, compte tenu des spécificités du secteur ferroviaire. Ces raisons tiennent, en substance, aux interactions importantes entre le réseau et les infrastructures ferroviaires, d'une part, et le matériel roulant, d'autre part, qui nécessitent une intégration forte de certains aspects des missions de gestion d'infrastructure et des activités d'entreprise ferroviaire.
124. Si le choix d'opter pour un modèle de séparation juridique n'est pas critiquable en soi, il emporte néanmoins d'importantes conséquences d'un point de vue concurrentiel. Intégrer le gestionnaire d'infrastructure dans le même groupe que l'activité de transport ferroviaire de l'opérateur historique soulève ainsi des questions d'indépendance et présente des risques concernant l'accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires. A cet égard, l'Autorité remarque que la décision de donner au GPF dans son ensemble le nom de l'opérateur historique de transport (« SNCF ») n'est, au moins symboliquement, pas neutre.
125. Limiter de manière effective les risques concurrentiels inhérents à la création du GPF implique la mise en place de garanties internes et externes d'indépendance, spécifiques et renforcées, notamment par rapport à une situation de séparation patrimoniale. La situation de séparation uniquement juridique appelle donc une analyse détaillée du projet de loi, et partant de l'ensemble du système ferroviaire, pour déterminer *in concreto* si les garanties d'indépendance consenties à la gestion de l'infrastructure permettent effectivement de préserver l'autonomie décisionnelle et organisationnelle requise pour SNCF Réseau.

B. L'ANALYSE DÉTAILLÉE DU PROJET DE LOI

126. L'analyse du projet de loi doit être menée en trois étapes. Si elles ont un rôle différent, ces étapes forment néanmoins un ensemble, de même que les recommandations que l'Autorité sera conduite à faire au fil de leur examen. Elles visent toutes trois, à différents niveaux, à vérifier de façon globale que les conditions sont réunies pour permettre le développement de la concurrence dans le secteur ferroviaire.
127. L'Autorité formulera donc trois séries d'observations :
- elles porteront, tout d'abord, sur les caractéristiques du gestionnaire d'infrastructure, et notamment sur les garanties internes dont il dispose pour asseoir son indépendance (1) ;
 - elles s'intéresseront, ensuite, à l'intégration de la gestion de l'infrastructure dans le groupe public ferroviaire, pour déterminer si cette intégration ne porte pas atteinte à l'indépendance de SNCF Réseau, mais également si sa gouvernance n'offre pas une capacité d'influence disproportionnée à l'opérateur historique de transport sur l'ensemble du secteur ferroviaire (2) ;
 - enfin, l'Autorité examinera la régulation sectorielle mise en place par le projet de loi et plus particulièrement les garanties qu'elle apporte pour permettre un accès transparent et non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires (3).

1. LA CONSTITUTION DU GESTIONNAIRE D'INFRASTRUCTURE SNCF RÉSEAU

128. Le premier niveau d'analyse consiste à vérifier que SNCF Réseau est constitué dans des conditions de nature à garantir la transparence dans le secteur ferroviaire, d'une part, et son autonomie décisionnelle et organisationnelle, d'autre part.
129. Dans cette partie, les observations de l'Autorité porteront sur le périmètre de SNCF Réseau (a), sa gouvernance (b), les mesures de sauvegarde prévues dans le projet de loi pour garantir son impartialité (c) et le mécanisme de reversement des dividendes de l'opérateur historique de transport au profit de l'entretien du réseau (d).

a) Le périmètre du gestionnaire d'infrastructure

130. L'alinéa 2 du nouvel article L. 2111-9 du code des transports prévoit que le périmètre de compétence du gestionnaire d'infrastructure se limite au réseau ferré national et aux infrastructures de services dont SNCF Réseau a la charge, c'est-à-dire celles issues du partage patrimonial entre RFF et la SNCF après la mise en place de RFF en 1997.
131. Le projet de loi ne prévoit aucun changement en ce qui concerne l'exploitation, la gestion et le développement des gares de voyageurs, ces missions restant à la charge de l'opérateur historique de transport, SNCF Mobilités (article L. 2123-1 et L. 2141-1, 3° du code des transports). L'opérateur historique demeure donc le gestionnaire de la majeure partie des gares en France. Il en va de même pour les infrastructures de services qui ont été laissées sous sa seule responsabilité en 1997 (cours de marchandises, gares de remisage, etc.). La gestion de ces deux types d'infrastructures ferroviaires n'est pas confiée à SNCF réseau en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure unifié.
132. Compte tenu des préoccupations d'ordre concurrentiel qu'elle a pu émettre par le passé sur la gestion de ces deux types d'infrastructures ferroviaires, l'Autorité regrette ce *statu quo*.
- ◆ La séparation des activités de gestion des gares de voyageurs et des infrastructures de services
133. Elle a en effet déjà eu l'occasion de se prononcer sur les enjeux concurrentiels associés à la gestion des gares de voyageurs pour l'ouverture du secteur ferroviaire. Dans son avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 précité, l'Autorité a montré que les gares de voyageurs revêtent toutes les caractéristiques d'une infrastructure essentielle dont l'accès doit être garanti de façon non discriminatoire et transparente pour les entreprises ferroviaires. Elle avait également souligné que les gares de voyageurs sont des pôles d'échange essentiels dès lors que le transport ferroviaire de voyageurs occupe une place centrale dans la chaîne de transport public, notamment pour les marchés de transport urbain. Dans ce cadre, les risques d'ordre concurrentiel existent compte tenu de la diversification des activités de l'opérateur historique, qui n'est pas en elle-même critiquable, la demande de transport intermodal étant de plus en plus forte de la part des usagers.
134. Il apparaît dès lors nécessaire à l'Autorité de garantir la neutralité concurrentielle des gares de voyageurs, comme c'est le cas pour le réseau ferré national, pour ne pas entraver un développement effectif de la concurrence dans le secteur ferroviaire. Dans son avis, l'Autorité avait déjà formulé des recommandations visant à garantir cette neutralité concurrentielle en demandant que la gestion et l'exploitation des gares de voyageurs soient séparées, de façon effective, des autres activités de l'opérateur historique de transport pour prévenir les conflits d'intérêts concernant leur gestion.

135. A cet égard, elle avait préconisé que soit instaurée, à titre transitoire, une séparation fonctionnelle pour gérer les gares, puis à terme une séparation juridique en vue de garantir de façon plus effective l'indépendance du gestionnaire des gares ainsi constitué. L'Autorité a réitéré ces mêmes recommandations dans son avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011, également précité.
136. L'Autorité ne peut que constater que ces recommandations n'ont pas été suivies d'effet et que le projet de loi, aujourd'hui soumis à son avis, ignore également ces risques concurrentiels majeurs qui sont susceptibles d'entraver le développement effectif de la concurrence dans le secteur ferroviaire, mais aussi sur d'autres marchés connexes.
137. De plus, nombre d'infrastructures de services, telles que les cours de marchandises, les gares de triage ou les installations d'approvisionnement en électricité de traction, sont également indispensables pour les entreprises ferroviaires en concurrence avec l'opérateur historique. Sans accès à ces infrastructures, ou en cas d'accès à des conditions discriminatoires, le développement de la concurrence pourra être notablement affaibli. A l'image des gares de voyageurs, leur accès doit donc être garanti de façon non discriminatoire et transparente, et leur neutralité concurrentielle assurée.
138. C'est d'ailleurs pour cela que le droit sectoriel, prenant acte de cette situation, a prévu des règles de tarification spécifiques pour l'accès par le réseau et aux services reliés à certaines de ces infrastructures de services jugés indispensables pour l'activité des entreprises ferroviaires. L'article premier du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, précité, fournit une liste des infrastructures pour lesquelles l'accès par le réseau doit être garanti :
- « b) Les installations d'alimentation électrique et de distribution de l'électricité de traction sur les voies ferrées ouvertes à la circulation publique ;*
 - c) Les gares de triage ou de formation des trains ;*
 - d) Les voies de remisage ;*
 - e) Les terminaux de marchandises, y compris les chantiers de transport combiné, ainsi que les infrastructures autres que ferroviaires de ces terminaux ;*
 - f) Les infrastructures d'approvisionnement en combustible en sable et les passerelles de visite de toiture ;*
 - g) Les installations des centres d'entretien et les autres installations techniques, nécessaires à l'exécution des prestations de maintenance légère ».*
139. Les risques d'accès discriminatoire aux infrastructures de services ne sont pas hypothétiques. Au contraire, dans sa décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 précitée, l'Autorité a sanctionné la SNCF pour avoir entravé la pénétration et le développement de ses concurrents sur le marché du transport ferroviaire de marchandises, en publiant de façon tardive et incomplète la liste de ses cours de marchandises et leurs principes de tarification d'accès.
140. Dès lors, l'Autorité regrette que le gouvernement n'ait pas saisi l'opportunité que lui procure le projet de loi pour proposer des solutions à la hauteur des enjeux concurrentiels que représentent les gares de voyageurs et les infrastructures de services dans une phase d'ouverture à la concurrence. Ceci est d'autant plus regrettable que ce projet de loi a pour objet de remettre à plat le système ferroviaire, ce qu'il fait à bien des égards, mais sans aller jusqu'au bout de sa logique d'intégration industrielle.

141. L’Autorité rappelle que les gares de voyageurs revêtent les caractéristiques d’infrastructure essentielle, non seulement en ce qui concerne leurs quais, mais également leurs fonctions d’information et d’orientation des voyageurs, de vente de titres de transport et de développement de l’intermodalité.
142. Dans ce cadre, l’Autorité recommande que la gestion, l’exploitation et le développement des gares de voyageurs et des infrastructures de services indispensables à l’activité des entreprises ferroviaires (c’est-à-dire l’ensemble de celles listées au paragraphe 138) soient séparés, à tout le moins de façon juridique, du reste des activités de l’opérateur historique de transport (SNCF Mobilités) (recommandation n° 1).
- ◆ Les modalités de la séparation des activités de gestion des gares de voyageurs et des infrastructures de services
143. La séparation juridique de ces infrastructures pourrait être mise en œuvre de plusieurs façons. La première consisterait à les transférer au gestionnaire d’infrastructure unifié qui est créé par le projet de loi. Ceci paraît particulièrement justifié en ce qui concerne les infrastructures de services listées plus haut. Il pourrait être également envisagé, en particulier s’il était considéré que la gestion des espaces commerciaux des gares comporte des spécificités, de transférer leur gestion à une nouvelle entité juridiquement séparée de l’opérateur historique. En toute hypothèse, le transfert devrait comprendre l’ensemble des missions de gestion opérationnelle et de développement des infrastructures concernées ainsi que les moyens humains et matériels attachés aujourd’hui à l’exécution de ces missions.
144. En l’état actuel du projet de loi, la solution la plus pertinente est de transférer les gares de voyageurs et les infrastructures de services listées à SNCF Réseau, pour plusieurs raisons.
145. Premièrement, le transfert à SNCF Réseau aurait pour effet de confier la gestion de l’ensemble des infrastructures ferroviaires à une entité unique. L’Autorité considère que cette solution s’inscrit dans le droit fil de la logique d’intégration industrielle qui sous-tend le projet de loi. Un traitement unifié de l’ensemble des infrastructures ferroviaires aura vraisemblablement pour effet de renforcer d’autant les synergies attendues de la constitution du gestionnaire d’infrastructure unifié, notamment en supprimant des interfaces entre RFF et la SNCF qui génèrent d’importants coûts de transaction.
146. Cela permettra en outre à SNCF Réseau de maîtriser dans son intégralité la chaîne de gestion de l’infrastructure en France et ainsi de mieux l’intégrer opérationnellement. Par exemple, SNCF Réseau sera un véritable « guichet unique » pour les demandes en capacités ferroviaires des entreprises ferroviaires, de l’attribution des sillons jusqu’aux services rendus en gares, qu’il s’agisse de voyageurs ou de fret. Ceci renforcerait l’efficacité du système ferroviaire en général, au profit de tous ses acteurs et en donnant par la même l’occasion à SNCF Réseau l’opportunité d’améliorer ses gains de productivité.
147. Ce transfert aurait par ailleurs un effet substantiel sur la transparence du système, qu’il simplifierait, mettant fin au morcellement des responsabilités dans la gestion des infrastructures ferroviaires. Par exemple, il permettrait que le gestionnaire d’infrastructure soit responsable du document de référence dans son ensemble, alors qu’aujourd’hui la SNCF en est responsable pour son chapitre 6 qui concerne les infrastructures de services. Il pourrait également permettre de fusionner le document de référence du réseau et le document de référence des gares en un document unique plus lisible et mieux coordonné.

148. Deuxièmement, le but du transfert est de garantir la neutralité concurrentielle de ces infrastructures ferroviaires, s'agissant de l'accès en lui-même mais également des services rendus attachés à ces infrastructures qui sont également indispensables à l'activité des entreprises ferroviaires. Or, SNCF Réseau remplit les garanties d'indépendance nécessaires pour exercer de façon opérationnelle de telles missions au profit de l'ensemble des entreprises ferroviaires, à condition que ces garanties d'indépendance soient effectives, ce qui fait l'objet de recommandations dans cet avis. Cette option présente donc l'avantage d'une solution à droit constant, qui ne suppose pas la constitution d'une nouvelle entité juridiquement séparée autour duquel il serait nécessaire de construire de nouvelles garanties d'indépendance et de non discrimination.
149. Troisièmement, ainsi que M. Auxiette l'a préconisé dans son rapport du 22 avril 2013 visant à préparer le projet de loi, un transfert à SNCF Réseau regrouperait l'ensemble du patrimoine foncier ferroviaire (Rapport de Jacques Auxiette, *un nouveau destin pour le service public ferroviaire français : les propositions des régions*, proposition n° 32, pp. 42 et 43). Ceci pourrait en permettre une gestion plus uniforme, facilitant le rôle des pouvoirs publics dans leur fonction de planification de la politique générale de transport.
150. Quatrièmement, lors de l'instruction et de la séance, l'argument a été avancé qu'un transfert de gares de voyageurs à SNCF Réseau ne serait pas pertinent, car le gestionnaire d'infrastructure ne dispose pas des compétences pour accomplir certaines des missions qui sont propres à l'activité de gestion des gares de voyageurs. Ces missions spécifiques concernent, entre autres, les services d'orientation des voyageurs dans les gares, la diffusion de l'information en gares et la gestion des espaces commerciaux.
151. Il faut d'ores et déjà indiquer que cet argument n'a pas été soulevé en ce qui concerne la gestion des infrastructures de services, telles que décrites dans cet avis. Il ne remet donc pas en cause les conclusions concernant la pertinence d'un transfert à SNCF Réseau de ces infrastructures. L'Autorité ne considère pas plus justifié de laisser la gestion des gares de voyageurs à SNCF Mobilités, comme prévu par le projet de loi. En effet, le cœur de métier de SNCF Mobilités n'est pas la gestion de services en gares, mais l'exploitation de services de transport ferroviaire.
152. En outre, il ne semble pas exister de raisons pratiques impératives qui rendent impossible une diversification des activités de SNCF Réseau pour les services rendus en gares. D'autres gestionnaires d'infrastructure, comme dans le secteur aérien Aéroports de Paris (ADP), disposent d'un tel périmètre d'activité et savent gérer, de façon satisfaisante, des missions comme la gestion d'espaces commerciaux.
153. En tout état de cause, s'il était avéré que la spécificité de certains services rendus en gares empêchait un transfert efficace de ces infrastructures à SNCF Réseau, la séparation juridique nécessaire au bon fonctionnement de la concurrence devrait alors prendre la forme d'une nouvelle entité juridiquement séparée, chargée de la gestion des gares de voyageurs.
154. Cinquièmement, le transfert à SNCF Réseau pourrait permettre au gestionnaire d'infrastructure unifié de disposer, sur le moyen ou le long terme, de nouveaux leviers de financement pour l'entretien du réseau, dont la situation financière ne cesse de se dégrader. En effet, la gestion d'autres infrastructures ferroviaires que le réseau ferré national pourrait permettre à SNCF Réseau de financer une partie de l'activité d'entretien du réseau par les excédents d'exploitation générés grâce à ces autres infrastructures. C'est en tout premier lieu le cas pour les recettes tirées de l'exploitation des infrastructures de services qui sont amorties depuis longtemps et, pour certaines comme les cours de marchandises, demandent peu d'investissements.

155. Il a été soutenu pendant l’instruction et en séance que, sur le moyen terme, l’exploitation des gares de voyageurs ne produirait pas nécessairement des excédents d’exploitation, compte tenu des investissements particulièrement lourds qu’elle demande aujourd’hui.
156. Toutefois, ceci ne peut être tout d’abord pas être exclu, en particulier pour les gares d’envergure nationale, comme les grandes gares parisiennes qui sont l’objet d’une forte demande en espaces commerciaux susceptible de générer d’importantes recettes dans le futur. En outre, si le développement et la maintenance des gares nécessitent des investissements à court ou moyen terme, ceux-ci seront amortis sur le long terme et permettront, une fois faits, à SNCF Réseau de bénéficier de recettes régulières d’autant plus élevées que les investissements auront été réalisés de manière efficace.
157. Le besoin de procéder à des investissements ne semble d’ailleurs pas nécessairement grever les résultats des gestionnaires d’infrastructures d’autres pays ou d’autres secteurs d’activité, qui peuvent par ailleurs bénéficier de recettes commerciales importantes. A titre d’exemple, la gestion de l’ensemble des gares de voyageurs en Allemagne permet à son gestionnaire (DB Stations & services) de générer un résultat d’exploitation avant impôt positif et significatif, malgré des investissements importants. De même, le gestionnaire des gares de voyageurs et des infrastructures de services en Suède dégage lui aussi un résultat d’exploitation largement positif, dû aux loyers qu’il perçoit au titre de l’occupation des espaces dans les infrastructures qu’il gère et développe. La situation est analogue pour des gestionnaires d’infrastructures aéroportuaires, comme ADP ou certains aéroports de province (par exemple Toulouse-Blagnac ou Nice Côte-d’Azur) qui sont dans une situation financière d’équilibre en tirant une part importante de leurs recettes de la gestion des espaces commerciaux et services rendus aux passagers.
158. Enfin, il convient d’insister sur le fait que la gestion des gares par SNCF Réseau impliquerait, en pratique, le transfert de Gares & Connexions. Or, pour la période depuis laquelle une séparation comptable de Gares & Connexions existe, il est relevé que cette branche de SNCF a généré des résultats nets positifs, respectivement de 25 millions en 2012 et 19 millions en 2011. A très court terme, le transfert de la gestion des gares entrainera donc celui d’une branche bénéficiaire.

◆ Le calendrier de la séparation des activités

159. Les éventuelles difficultés sociales pesant sur la mise en œuvre d’une telle séparation en ce qui concerne les gares de voyageurs pourraient cependant justifier une certaine progressivité dans la mise en œuvre de la réforme.
160. Le secteur du transport ferroviaire de marchandises est en effet déjà ouvert à la concurrence depuis le 31 mars 2006, mais la phase initiale d’ouverture n’a pas été accompagnée de garanties suffisantes pour en permettre une pleine effectivité. Il paraît en tout état de cause urgent que les infrastructures de services indispensables à l’activité des entreprises ferroviaires en ce secteur, comme les cours de marchandises ou les gares de remisage, soient dès aujourd’hui transférées à SNCF Réseau. Les risques concurrentiels attachés à ces infrastructures sont déjà en train de produire des effets négatifs sur le développement de la concurrence. La SNCF a en effet mis en œuvre des abus de position dominante notamment par le biais de manipulations sur ses cours de marchandises pour tenter d’évincer ses concurrents en matière de fret ferroviaire (décision n° 12-D-25, précitée). Il est donc fondamental que le transfert des infrastructures de services indispensables à l’activité de ces entreprises ferroviaires soit mis en œuvre au plus vite (Recommandation n° 1 a).

161. De plus, les risques concurrentiels qui sont attachés aux gares de voyageurs sont également déjà susceptibles de se concrétiser du fait de la diversification des activités de l'opérateur historique et du fait de la concurrence dans le secteur du transport international de voyageurs, ouverte depuis fin 2009. Un accès non discriminatoire aux services rendus en gares doit donc être déjà garanti.
162. Toutefois, sur le marché du transport ferroviaire de voyageurs, la date d'ici laquelle l'accès non discriminatoire aux gares de voyageurs devra absolument être garanti de façon effective est l'ouverture totale à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs, actuellement prévue pour 2019 dans les textes européens. Ainsi, l'Autorité engage les pouvoirs publics à rendre effectif le transfert des gares de voyageurs à une entité distincte de SNCF Mobilités au plus tard à cette date. Elle les encourage néanmoins à réaliser ce transfert le plus tôt possible pour préparer cette échéance (recommandation n° 1 b).
163. Dans l'intervalle, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour que l'accès aux gares de voyageurs par la branche Gares & Connexions de la SNCF soit rendu véritablement équitable. L'Autorité réitère à ce titre l'ensemble des recommandations qu'elle avait formulées dans ses avis n° 09-A-55 (paragraphe 197 à 206) et n° 11-A-15 (paragraphe 75 à 78, 119 à 125, 143, 146 à 161 et 172). En particulier, les personnels de la plateforme de services aux entreprises ferroviaires (PSEF), qui sert actuellement d'interface entre la SNCF et les entreprises ferroviaires pour les demandes d'accès aux gares, doivent au moins être soumis au même régime de confidentialité que celui actuellement en vigueur pour Gares & Connexions. Plus largement, les demandes de prestations des transporteurs concurrents doivent être traitées directement par Gares & Connexions, avec des garanties de confidentialité par rapport à SNCF Mobilités. Ces mesures semblent en tout état de cause nécessaires pour rendre la gestion des gares compatible avec l'article 13 de la directive n° 2012/34/UE, précitée, dont la transposition devra avoir lieu au plus tard en juin 2015 et qui impose que l'exploitant d'une installation de services (dont les gares de voyageurs) est « *organisé de manière à assurer son indépendance organisationnelle et décisionnelle (...)* ».

b) La gouvernance de SNCF Réseau

164. L'article 2 du projet de loi articule la gouvernance de SNCF Réseau autour de son conseil d'administration (nouvel article L. 2111-15 du code des transports), composé, dans des proportions égales, par des représentants de l'Etat (ou des personnalités qualifiées choisies par lui), par des personnalités choisies par l'EPIC de tête pour le représenter (dont le vice-président de son directoire) et par des représentants des salariés. Le président du conseil d'administration de SNCF Réseau remplit également les fonctions de vice-président du directoire de l'EPIC de tête et de directeur général de SNCF Réseau (nouvel article L. 2111-16 du code des transports). Par ailleurs, la nomination, la reconduction et la révocation anticipée de ce dirigeant sont assorties de garanties spécifiques, afin d'assurer son indépendance vis-à-vis des entreprises ferroviaires.
165. Si la gouvernance prévue par le projet de loi n'est pas en soi critiquable d'un point de vue concurrentiel, l'Autorité estime néanmoins qu'elle présente certaines lacunes, concernant notamment la composition du conseil d'administration et la nomination de ses membres.

◆ L'indépendance du président du conseil d'administration de SNCF Réseau

166. L'Autorité est favorable au fait d'assujettir la nomination, la reconduction et la révocation anticipée du président du conseil d'administration de SNCF Réseau à des garanties spécifiques. Ce président est une des clés de voûte de la gouvernance de SNCF Réseau, dont l'indépendance vis-à-vis de l'opérateur historique ou de toute autre entreprise ferroviaire est essentielle pour garantir l'autonomie du gestionnaire d'infrastructure.
167. Dans le projet de loi, les garanties d'indépendance du président de SNCF Réseau sont inspirées de celles qui prévalent aujourd'hui pour le directeur de la circulation ferroviaire de la SNCF (actuel article L. 2123-6 du code des transports), et vont même au-delà dans une certaine mesure. L'Autorité considère néanmoins qu'elles ne permettent pas, en l'état du projet, de garantir de façon effective un degré suffisant d'indépendance vis-à-vis des entreprises ferroviaires.
168. Si l'ARAF pourra désormais s'opposer à sa nomination, sa reconduction ou sa révocation anticipée, elle ne pourra le faire que dans les conditions très restrictives prévues par la loi. Aux termes du nouvel article L. 2111-16-1, la seule condition destinée à garantir l'indépendance exigée du président de SNCF Réseau, et pour laquelle l'ARAF pourrait s'opposer à sa nomination, est, en substance, qu'il n'ait pas de responsabilités professionnelles ou ne reçoive pas de rémunération, de la part d'une entreprise ferroviaire ou d'une de ses filiales, au moment où il prend ses fonctions de président de SNCF Réseau.
169. Cette absence de conflit d'intérêt est à l'évidence nécessaire. Elle est néanmoins loin d'être une condition suffisante pour garantir l'indépendance du président de SNCF Réseau. En l'état actuel du projet de loi, l'ARAF serait dans l'incapacité de s'opposer à une personnalité proposée qui aurait, dans un passé récent, exprimé des positions très favorables vis-à-vis de l'opérateur historique, ou même serait issue des rangs de l'opérateur historique mais n'y serait, par exemple, plus employée depuis la veille de la date d'examen de sa candidature. Or, dans les faits, ces circonstances tenant à la personne même du candidat proposé sont pourtant des éléments objectifs de nature à induire un biais dans le comportement du futur dirigeant de SNCF Réseau. De même, le fait que le président de SNCF Réseau ait adopté, lors de son premier mandat, des positions illustrant un manque d'autonomie par rapport à l'opérateur historique ne permettrait pas davantage à l'ARAF de s'opposer à sa reconduction.
170. Sur ce point les recommandations de l'Autorité sont de deux ordres.
171. Premièrement, la notion d'indépendance du président du conseil d'administration de SNCF Réseau doit avoir une acception suffisamment large pour prendre en compte tout type de conflits d'intérêts que cette personnalité pourrait avoir avec les entreprises ferroviaires, et en particulier avec l'opérateur historique de transport.
172. Il est donc recommandé de maintenir l'interdiction de prise d'intérêts dans toute entreprise ferroviaire du président du conseil d'administration de SNCF Réseau telle que prévue aujourd'hui dans le projet de loi, mais de ne pas lier les pouvoirs de l'ARAF à cette seule interdiction, afin de donner à la notion d'indépendance sa pleine signification, notamment d'un point de vue comportemental. Ceci aura pour effet de permettre à l'ARAF de prendre en compte tous les aspects de l'indépendance dont doit faire preuve le président du conseil d'administration de SNCF Réseau.

173. Deuxièmement, l'Autorité recommande que les pouvoirs de l'ARAF soient amendés pour l'associer aux processus de nomination, reconduction ou révocation anticipée du président du conseil d'administration de SNCF Réseau et de lui permettre de procéder à une analyse large de son indépendance.
174. Antérieurement à la nomination ou la reconduction du président du conseil d'administration de SNCF Réseau, l'ARAF devrait pouvoir émettre un avis motivé sur la (ou éventuellement les) personnalité(s) proposée(s) par le conseil de surveillance de l'EPIC de tête. Cet avis devrait être rendu après audition du (ou des) candidat(s). Il porterait sur l'indépendance, au sens large, requise pour être en mesure d'exercer ses fonctions de manière objective et non discriminatoire et pourrait être public, en vue d'en renforcer la légitimité et afin qu'il ne puisse être ignoré.
175. En conséquence, l'Autorité propose la modification suivante du nouvel article L. 2111-16 du code des transports, en son dernier alinéa :

« ~~Si l'~~Autorité de régulation des activités ferroviaires émet un avis motivé public sur estime que la personne pressentie portant sur les compétences et n'apporte pas les garanties suffisantes d'indépendance vis-à-vis des entreprises ferroviaires pour remplir ses fonctions les conditions fixées à l'article L. 2111-16[1] à compter de avant sa nomination ou de sa reconduction. ~~ou si, e~~En cas de révocation, si elle estime que cette révocation est en réalité motivée par l'indépendance manifestée par la personne concernée vis-à-vis des intérêts de SNCF Mobilités, elle peut s'y opposer dans un délai et des conditions fixées par voie réglementaire » (recommandation n° 2).

◆ L'absence de conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration

176. Le projet de loi prévoit une interdiction explicite d'exercer des responsabilités dans toute entreprise ferroviaire pour le président du conseil d'administration de SNCF Réseau. Pour les autres membres du conseil d'administration, l'interdiction ne semble pas exister, l'article L. 2111-16-1 du code des transports prévoyant que :

« Sont considérés comme dirigeants de SNCF Réseau pour l'application du présent article, outre le président du conseil d'administration, les responsables de la direction générale. La liste des emplois de dirigeants est arrêtée par le conseil d'administration et communiquée à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dans les conditions fixées par voie réglementaire.

Pendant leur mandat, les dirigeants de SNCF Réseau ne peuvent exercer d'activités, ni avoir de responsabilités professionnelles dans une entreprise exerçant directement ou par l'intermédiaire d'une de ses filiales une activité d'entreprise ferroviaire (...) »

177. Or, à l'instar du président, il est indispensable que l'ensemble des membres du conseil d'administration de SNCF Réseau n'aient aucun lien avec des entreprises ferroviaires, afin de garantir que leur vote au sein de l'unique organe de direction de SNCF Réseau soit objectif et ne prenne pas prioritairement en compte les intérêts de telle ou telle entreprise ferroviaire. L'article L. 2111-16-1 est, à cet égard, sujet à interprétation et pourrait laisser croire que les administrateurs de SNCF Réseau ne sont pas soumis à une telle interdiction.
178. Dans ces conditions, une clarification semble nécessaire dans la loi pour étendre à tous les membres du conseil d'administration de SNCF Réseau cette interdiction de prise d'intérêts ou de responsabilités dans une entreprise ferroviaire, une filiale ou une société contrôlant une entreprise ferroviaire. Ceci revient en pratique à ajouter dans l'article L. 2111-16-1 les termes « *et les membres* » après le terme « *président* » (recommandation n° 3 a).

179. Dans le même ordre d'idée, et afin de limiter les risques de prise d'intérêts croisés et de circulation d'informations commercialement sensibles entre le gestionnaire d'infrastructure et l'opérateur historique de transport, l'Autorité recommande également que les mêmes personnes ne puissent siéger aux conseils d'administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités. Dès lors que la composition de ces deux conseils d'administration est incluse dans la loi (article L. 2111-15 et L. 2141-6 du code des transports), une telle précision pourrait y être apportée. Alternativement, cette précaution pourrait être utilement incluse dans les décrets qui fixeront les statuts respectifs de SNCF Réseau et SNCF Mobilités (recommandation n° 3 b).
180. Enfin, l'Autorité souligne que les représentants de l'Etat au sein des organes de direction des trois EPIC du GPF devraient, idéalement, être des personnalités différentes, pour prévenir de façon pleine et entière la concrétisation des mêmes risques concurrentiels.
- ◆ L'inclusion d'un représentant d'une entreprise ferroviaire dans le conseil d'administration de SNCF Réseau
181. Le projet de loi ne prévoit pas qu'un représentant d'une entreprise ferroviaire puisse devenir membre du conseil d'administration, mais la rédaction actuelle ne l'exclut pas non plus. En revanche, l'étude d'impact accompagnant le projet de loi prévoit cette possibilité en indiquant que « Parmi les personnalités qualifiées présentes au conseil d'administration de SNCF Réseau, un représentant des entreprises ferroviaires opérant sur le réseau ferré national autre que SNCF Mobilités sera désigné » (étude d'impact, page 16). Cette mesure est présentée comme contribuant à l'impartialité de SNCF Réseau en lui garantissant un fonctionnement plus transparent.
182. L'Autorité ne conteste pas que la transparence peut être renforcée en donnant un droit de regard sur l'activité du gestionnaire d'infrastructure aux autres parties prenantes du secteur. En revanche, la désignation envisagée d'un représentant des entreprises ferroviaires au conseil de d'administration de SNCF Réseau appelle les réserves suivantes.
183. En premier lieu, si l'indépendance de SNCF Réseau doit être garantie vis-à-vis de l'opérateur historique, elle doit l'être également vis-à-vis de toute entreprise ferroviaire, afin d'éviter un accès à des informations commercialement sensibles ou de permettre l'usage d'un pouvoir d'influence au sein du conseil d'administration pour obtenir un traitement plus favorable, notamment en cas d'arbitrage impliquant plusieurs entreprises.
184. Ce raisonnement est valable aussi bien pour la nomination du représentant d'une seule entreprise ferroviaire que pour celle du représentant de plusieurs entreprises, qui ne les représenterait de toute façon pas toutes, SNCF Mobilités étant par principe exclue.
185. En second lieu, la participation d'un représentant d'entreprises ferroviaires conduirait cet administrateur à prendre position sur des décisions de SNCF Réseau sur lesquelles il est susceptible d'avoir des intérêts propres, influencés par sa propre politique commerciale. Il ne pourrait donc s'exprimer de façon neutre et objective. Il paraîtrait en particulier paradoxal de lui donner un pouvoir décisionnaire sur des sujets touchant à la détermination des redevances d'accès au réseau. Sur ces décisions, une entreprise ferroviaire sera incitée à plaider pour une baisse de ces redevances afin de maximiser ses propres profits, au mépris de la nécessité d'équilibre du financement de l'infrastructure. Dans ces conditions, la nomination dans le conseil d'administration de SNCF Réseau d'un représentant d'une entreprise ferroviaire ou d'entreprises ferroviaires n'est pas une option recommandable.

186. Néanmoins, l'Autorité est favorable à ce que l'ensemble des acteurs du système ferroviaire puisse être plus étroitement associé, sous forme d'information ou de consultations périodiques, à l'accomplissement des tâches de SNCF Réseau. Cette implication, garantissant une meilleure transparence générale, est susceptible de renforcer la légitimité des choix de SNCF Réseau. L'Autorité indique, à cet égard, que telle lui semble être déjà une des fonctions du Haut comité du ferroviaire, dont le rôle pourrait être approfondi à cet effet (nouvel article L. 2100-3 du code des transports).

c) Les mesures de sauvegarde pour garantir l'impartialité de SNCF Réseau

187. Le projet de loi prévoit d'intégrer d'autres mesures de sauvegarde spécifiques dans les articles L. 2111-16-2 à L. 2111-16-4 et L. 2122-4-1 du code des transports pour garantir, de façon concrète, l'impartialité et l'indépendance générale de SNCF Réseau vis-à-vis des entreprises ferroviaires. Ces mesures portent en substance sur :

- la limitation de la mobilité vers des entreprises ferroviaires des personnels dirigeants de SNCF Réseau, dont son président, ou de tout personnel de SNCF Réseau ayant eu à connaître des informations confidentielles du fait de ses fonctions, par le moyen d'une saisine automatique de la commission de déontologie du ferroviaire qui rend un avis ;
- les exigences matérielles d'indépendance, en termes de séparation des locaux et des systèmes d'information, pour exercer les missions de répartition des capacités d'infrastructure et la tarification d'accès ;
- la possibilité pour SNCF Réseau de prendre des mesures d'organisation interne pour prévenir les risques de pratiques discriminatoires entre entreprises ferroviaires ;
- la sanction pénale du comportement consistant à divulguer, en substance, des informations commercialement sensibles dont la communication est de nature à porter atteinte aux règles d'exercice d'une concurrence libre et loyale et de non-discrimination prévues par la loi.

188. Ces mesures sont très largement inspirées des garanties d'indépendance et d'impartialité actuellement imposées à la DCF, qui ont fait la preuve de leur efficacité. Elles ont par ailleurs été largement consolidées par un décret spécifique (décret n° 2011-891 du 26 juillet 2011 relatif au service gestionnaire du trafic et des circulations et portant diverses dispositions en matière ferroviaire, JORF n° 173 du 28 juillet 2011, page 12 885).

189. Elles sont bienvenues pour renforcer de façon concrète l'indépendance opérationnelle de SNCF Réseau, mais ne paraissent pas à elles seules suffisantes. En effet, en raison de la logique industrielle prévue par le projet de loi, la séparation du gestionnaire d'infrastructure et de l'opérateur historique est par nature imparfaite. Dans ce contexte particulier, l'Autorité indique que les mesures internes d'indépendance doivent être doublées de garanties externes de régulation, sous forme de pouvoirs forts accordés au régulateur.

190. L'Autorité observe également que la plupart des mesures est limitée à la fonction de répartition et de tarification des sillons. C'est notamment le cas pour la séparation des locaux et des systèmes informatiques affectés à cette fonction. Cette logique ne semble pouvoir être expliquée que par le strict respect de la réglementation européenne. L'Autorité considère que cette restriction du champ d'application des mesures d'indépendance est inappropriée.

191. Elle isole la fonction de répartition des sillons du reste des autres activités de SNCF Réseau. Ceci est peu cohérent, car l'ensemble des missions de gestion d'infrastructure sont largement interpénétrées et demandent, entre elles, un dialogue important. Ainsi, la répartition des sillons, qui consiste à tracer le graphique de circulation et à établir l'horaire de service, n'est pas déconnectée de l'activité d'entretien du réseau, qui est en charge de l'exécution des travaux et rend ainsi certains sillons indisponibles en pratique. De même, la fonction de gestion des circulations, dans les phases de préparation à la circulation des trains, conduit à une communication importante d'informations, dont certaines commercialement sensibles, à certaines personnes attachées à cette activité.
192. Les aspects opérationnels quotidiens de cette dernière activité, notamment les tâches d'aiguillage visant à permettre d'ouvrir le passage des trains au moment de leur circulation, semblent à certains égards moins sensibles d'un point de vue concurrentiel. Ils peuvent néanmoins aussi être le siège de discriminations envers certaines entreprises ferroviaires, par exemple dans la gestion des situations de congestion du trafic, lorsque des sillons sont supprimés.
193. De plus, même si la mission de développement est plus sensible au niveau stratégique que dans ses aspects opérationnels, elle reste néanmoins liée à la gestion des sillons, créés ou remis en service. La modernisation de lignes peut en effet rendre ces sillons momentanément indisponibles en influençant leur tracé.
194. Par ailleurs, l'isolation de la fonction de répartition des sillons va à l'encontre de la logique même d'intégration industrielle qui sous-tend le projet de loi et privera SNCF Réseau d'une partie des synergies que la constitution d'un gestionnaire d'infrastructure unifié devrait créer. Dans le schéma prévu, une interface existera toujours dans les relations entre les services en charge de la répartition de sillons et ceux en charge de l'entretien du réseau, ce qui a pourtant posé de multiples problèmes de dialogue par le passé entre RFF et la SNCF.
195. Dans ces conditions, une protection homogène et renforcée de l'ensemble des missions de SNCF Réseau semble la plus à même de lui permettre de bénéficier des synergies attendues de la réforme, en évitant de la fragmenter en silos.
196. L'Autorité rappelle à cet égard que la notion d'indépendance, si elle est essentielle pour permettre un accès non discriminatoire et transparent au réseau, ne doit pas non plus être l'objet d'une interprétation trop large et déraisonnable, qui désorganiserait le fonctionnement interne du gestionnaire d'infrastructure. Elle doit ainsi se comprendre, en particulier quand toutes les missions de gestion d'une infrastructure donnée sont regroupées dans la même entreprise, comme s'exerçant vis-à-vis des entreprises ferroviaires, et non entre les services du gestionnaire d'infrastructure, qui doivent avoir la possibilité de dialoguer et de travailler ensemble dans un souci d'efficacité.
197. En conséquence, l'Autorité recommande que le périmètre des mesures de sauvegarde prévues dans le projet de loi soit étendu à l'ensemble des missions de SNCF Réseau, sans distinction (recommandation n° 4).
198. De plus, la portée pratique de la notion d'indépendance doit être explicitée, afin qu'il soit désormais clair pour les personnels et dirigeants concernés par les mesures de sauvegarde que l'exigence d'indépendance s'applique à l'égard des entreprises ferroviaires, et en tout premier lieu à l'égard de l'opérateur historique de transport.

199. Compte tenu des expériences récentes, cette clarification semble au moins nécessaire pour l'exigence de séparation des locaux. Avec la constitution d'un gestionnaire d'infrastructure unifié, cette exigence de séparation ne devrait par exemple pas conduire SNCF Réseau à se scinder physiquement en deux ou plusieurs blocs distincts, dans le but d'empêcher la communication entre services. Cette séparation des locaux ne trouvera en pratique à s'appliquer que si SNCF Réseau et SNCF Mobilités continuent d'occuper des locaux communs, notamment de façon transitoire lors de la mise en place du nouveau système.
200. Il convient par ailleurs de mentionner que la séparation des locaux n'entraîne pas une interdiction de constituer des plateformes de circulation communes à SNCF Réseau et aux entreprises ferroviaires actives sur les mêmes nœuds ferroviaires, qui visent justement à nouer un dialogue en temps réel dans un souci de bonne coordination.
201. Des précautions doivent toutefois être prises par SNCF Réseau pour garantir un traitement équitable dans l'utilisation de telles plateformes. Tout d'abord, il est nécessaire que l'ensemble des entreprises ferroviaires concernées soient présentes sur cette plateforme. Ensuite, les aiguilleurs de SNCF Réseau doivent avoir conscience qu'ils ne peuvent divulguer les informations en leur possession, compte tenu de leur caractère stratégique, et de l'impartialité stricte qu'ils doivent respecter dans la gestion quotidienne de leurs tâches.
202. Le projet de loi offre la possibilité à SNCF Réseau d'édicter ce type de mesures d'organisation interne, dont l'un des objectifs est de prévenir toute discrimination (article L. 2111-16-4 du code des transports). L'Autorité est d'avis qu'il conviendrait de faire de cette possibilité une obligation inscrite dans la loi (recommandation n° 5 a).
203. D'un point de vue plus technique, la mise en œuvre concrète de certains mécanismes de sauvegarde est renvoyée à des décrets ultérieurs ou à la voie réglementaire. Il s'agit notamment des exigences de séparation des locaux et des systèmes d'information, ainsi que de certains aspects de l'interdiction de communication des informations commercialement sensibles.
204. Comme il a déjà été rappelé, ces mécanismes sont inspirés de ceux actuellement applicables à la DCF, dont les modalités ont été inscrites dans le décret n°2011-891 du 26 juillet 2011, précité, et qui se sont révélées efficaces et proportionnées. L'Autorité est donc d'avis que les décrets fixant leur mise en œuvre soient calqués sur ceux actuellement applicables à la DCF (recommandation n° 5 b). Ceci concerne en tout premier lieu la liste des informations commercialement sensibles, qui doit venir étayer la mise en œuvre du nouvel article L. 2122-4-1 du code des transports.
205. Enfin, l'Autorité est d'avis que l'interdiction de prise de responsabilités dans une entreprise ferroviaire prévue par l'article L. 2111-16-1 devrait également être étendue au-delà de la notion de « dirigeant ». Cette interdiction devrait aussi s'appliquer à tout personnel sensible de SNCF Réseau. Devraient être au moins concernés les responsables de pôle en charge de la mise en œuvre de chaque mission de SNCF Réseau ainsi que le personnel hautement qualifié en charge du tracé des sillons (les « horairistes ») et de la tarification des sillons (recommandation n° 5 c).

d) Le reversement de dividendes de SNCF Mobilités au profit de l'entretien du réseau

206. L'un des buts de la création du GPF est d'améliorer l'intégration économique et fiscale de RFF et de la SNCF. Il vise notamment à permettre que les dividendes générés par les activités de l'opérateur historique de transport ne soient plus versés à l'Etat, mais puissent être redirigés vers SNCF Réseau pour financer l'entretien du réseau ferré. Le projet de loi permet ainsi de réaliser des reversements de dividendes en passant par l'EPIC de tête. C'est l'une des mesures majeures prévues pour contribuer au désendettement de SNCF Réseau.
207. Ce mécanisme revêt la forme d'une subvention entre deux activités du GPF. Il ne fait toutefois pas encourir les mêmes risques concurrentiels que ceux identifiés au II.A.3, car il ne s'agit pas de transférer les ressources d'une activité sous monopole vers une activité concurrentielle, mais à l'inverse d'utiliser les excédents d'exploitation d'activités concurrentielles vers une activité sous monopole. Ce mécanisme peut générer des effets pro-concurrentiels, comme une meilleure qualité pour le réseau au profit de tous les acteurs du système. Il peut aussi avoir pour effet d'abaisser certaines barrières à l'entrée pour les nouveaux entrants, en limitant les éventuelles hausses des redevances d'accès.
208. Néanmoins, le reversement de dividendes de SNCF Mobilités à SNCF Réseau pourrait créer une incitation économique à discriminer en faveur de l'opérateur historique de transport, afin de maximiser les profits potentiels de SNCF Mobilités (par exemple en arbitrant des allocations de sillons en sa faveur pour augmenter son chiffre d'affaires) et d'élever les chances d'obtenir un reversement de ses dividendes. Une telle manœuvre discriminatoire viserait ainsi à pérenniser une source de financement pour l'entretien du réseau. S'il est indéniable qu'un mécanisme de transfert de dividendes entraîne un tel risque, l'Autorité considère toutefois que sa concrétisation est peu probable, si l'ensemble des garanties d'indépendance visant SNCF Réseau recommandées dans le présent avis sont mises en place.
209. En effet, les dividendes de SNCF Mobilités sont une source de revenus volatile pour SNCF Réseau. Ils sont peu maîtrisables car ils dépendent de nombreux facteurs, en particulier de la gestion interne de l'opérateur historique. Dans ces conditions, seule une politique massive de discrimination pourrait suffisamment favoriser les activités de SNCF Mobilités pour garantir la pérennité des dividendes comme source de revenus. Une telle politique est hautement improbable de la part de SNCF Réseau dont la raison même est de garantir un fonctionnement concurrentiel du marché, et ce d'autant plus si les recommandations émises dans le présent avis sont suivies. En outre, les reversements transiteront nécessairement par le conseil de surveillance de l'EPIC de tête, point focal de l'intégration fiscale du GPF. Il ne s'agit donc pas d'un reversement automatique des dividendes. Celui-ci fera l'objet d'arbitrages sur le principe ainsi que sur le quantum.
210. Tous ces éléments sont des sources d'incertitude, qui devraient en pratique réduire fortement l'incitation de SNCF Réseau à favoriser l'opérateur historique dans l'objectif d'obtenir des dividendes.

2. L'INTÉGRATION DE SNCF RÉSEAU DANS LE GROUPE PUBLIC FERROVIAIRE

211. Le deuxième niveau d'analyse consiste à vérifier que l'intégration du gestionnaire d'infrastructure dans le groupe public ferroviaire ne porte pas atteinte à l'indépendance de SNCF Réseau et, de façon plus générale, que les modalités de cette intégration ne réservent pas une capacité d'influence disproportionnée à l'opérateur historique de transport sur l'ensemble du secteur ferroviaire, par l'intermédiaire de l'EPIC de tête.
212. L'Autorité axera ainsi son analyse sur le rôle que l'EPIC de tête joue dans la nouvelle gouvernance du système ferroviaire français. L'Autorité formulera des observations s'agissant des missions de l'EPIC de tête (a) et de sa gouvernance (b), en vue de proposer des recommandations pour préserver l'ensemble du secteur ferroviaire d'une influence trop importante de l'opérateur historique de transport (c).

a) Les missions de l'EPIC de tête

213. L'article premier du projet de loi, en instituant un nouvel article L. 2102-1 du code des transports, prévoit que les missions l'EPIC de tête sont les suivantes :

« 1° le contrôle et le pilotage stratégiques, la cohérence économique, l'intégration industrielle et l'unité sociale du groupe public ferroviaire ;

2° des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national exercées au bénéfice de l'ensemble des acteurs ;

3° la définition et l'animation des politiques de ressources humaines du groupe public ferroviaire ;

4° des fonctions mutualisées exercées au bénéfice de l'ensemble du groupe public ferroviaire. »

◆ Des missions larges et imprécises

214. L'Autorité constate, en premier lieu, que les missions dévolues à l'EPIC de tête sont définies de façon particulièrement large et que leur périmètre exact peut être sujet à interprétation. Une telle imprécision rend peu clair le rôle exact confié à ce nouvel EPIC.
215. Il ressort du libellé même de ces missions, confirmé par les termes de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, qu'il est manifeste que l'EPIC de tête n'a pas uniquement pour fonction d'exercer les prérogatives classiques d'une société holding. Il a vocation à exercer en propre des fonctions de nature opérationnelle, au-delà des missions d'intégration fiscale et économique, en particulier les fonctions mutualisées exercées au profit de l'ensemble du GPF et la gestion opérationnelle de la SUGE (ou police ferroviaire).
216. Cette situation rend ambiguë la ligne de partage entre les compétences confiées à l'EPIC de tête et celles dévolues aux deux autres EPIC constituant le GPF, et notamment SNCF Réseau. Dans la mesure où l'EPIC de tête fait fonction de société détentrice pour le gestionnaire d'infrastructure, la définition peu précise de ses missions fait courir un risque important que certaines prérogatives touchant à la gestion de l'infrastructure ferroviaire en France soient *de facto* exercées par l'EPIC de tête.

217. L'ensemble de la nouvelle gouvernance proposée manque dès lors de transparence, au préjudice de l'ensemble du système ferroviaire. C'est en particulier le cas s'agissant de la répartition de certaines missions de gestion d'infrastructure, en ce qu'elles concernent des choix stratégiques portant sur l'entretien ou le développement du réseau.
218. En effet, la constitution de l'EPIC de tête vise, entre autres objectifs, à résoudre des situations de blocage, qui se sont produites par le passé et sont encore aujourd'hui d'actualité. Cette mission d'arbitrage porte principalement sur les questions d'interface « rail/train » ou d'articulation entre le réseau ferré et le matériel roulant.
219. Au-delà de cette question particulière, le manque de précision quant au périmètre de l'EPIC de tête comporte un risque important de perte d'autonomie décisionnelle pour SNCF Réseau sur des sujets liés au réseau. Ceci peut avoir un impact conséquent d'un point de vue opérationnel, d'autant plus que la structure de la gouvernance de l'EPIC de tête réserve une place prépondérante aux intérêts de l'opérateur historique de transport (SNCF Mobilités) en faisant du président de celui-ci un des deux membres du directoire de l'EPIC de tête.

◆ Des missions à la portée très différente

220. L'Autorité constate, en second lieu, que les missions de l'EPIC sont d'une nature et d'une portée très différentes. L'EPIC de tête exercera, tout à la fois et avec la même structure de gouvernance, des missions au profit des EPIC qui constituent le GPF (1°, 3° et 4° du nouvel article L. 2102-1 du code des transports), d'une part, et des missions exercées au profit de l'ensemble des acteurs du système ferroviaire (2° du même article), d'autre part.
221. L'imprécision générale des missions de l'EPIC de tête entraîne *de facto* des possibilités de chevauchements entre les missions à visée « externe » (c'est-à-dire exercées au profit de l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire) et celles à visée « interne » au GPF (c'est-à-dire exercées au seul profit des EPIC constituant le GPF). Ceci crée une incertitude significative sur le rôle exact qui est dévolu à l'EPIC de tête en termes d'intégration industrielle du secteur ferroviaire, dans la mesure où il n'est apporté aucune précision sur la teneur de ces différentes missions ou sur leur répartition entre missions dites « internes » et « externes ». En tout état de cause, il ne peut être exclu que des missions « internes » exercées au seul profit du GPF puissent également avoir des incidences « externes », directes ou indirectes, sur l'activité d'autres entreprises ferroviaires.
222. L'étude d'impact donne plus de précisions sur les missions. Toutefois, leur contenu, notamment pour celles prévues sous le chapeau très générique du 1° de l'article L. 2102-1, normalement au seul profit du GPF, pose d'importantes interrogations quant à l'incidence directe qu'auront ces missions sur les concurrents de l'opérateur historique de transport.
223. C'est le cas, en particulier pour les pans du secteur ferroviaire déjà ouverts à la concurrence (fret et transport international de voyageurs), concernant au moins les éléments suivants :

« - la prospective et la veille sur le système ferroviaire ;

- la cohérence entre SNCF Réseau et SNCF Mobilités sur les sujets techniques et opérationnels : principaux paramètres techniques caractérisant la compatibilité opérationnelle entre le matériel roulant et le réseau ; optimisation des projets à forte dimension technique concernant le matériel roulant et le réseau ; cohérence et optimisation de projets à forte dimension stratégique à forte dimension systémique, notamment tous les projets sol/bord à fort enjeux » (étude d'impact, page 15).

224. Dans ces conditions, il existe un risque significatif que l'EPIC de tête endosse des responsabilités d'intégration industrielle du système ferroviaire dans son ensemble en fonction des seuls intérêts de SNCF Réseau et SNCF Mobilités et que des choix stratégiques concernant l'ensemble du secteur soient faits sans prise en compte du point de vue des autres opérateurs ferroviaires ou des intérêts des autres acteurs du secteur.
225. Cette situation soulève fondamentalement une question d'opacité du système, concernant, d'une part, le rôle de l'EPIC de tête et sa neutralité dans ses missions exercées au profit de tous et concernant, d'autre part, la capacité d'influence particulière de l'opérateur historique de transport pour la prise de décisions structurantes pour l'ensemble des opérateurs ferroviaires.
226. A cet égard, il convient de signaler que la notion d'intégration industrielle, à laquelle se réfère le 1° de l'article L. 2102-1, ne concerne pas uniquement des missions exercées au profit du GPF. Nombre de ces missions ont, contrairement à la présentation qu'en fait le projet de loi, une influence significative qui va au-delà des seuls intérêts de SNCF Mobilités et de SNCF Réseau. L'intégration industrielle revêt ainsi une double dimension, à chacune de ces dimensions étant attaché un impact concurrentiel différent.
227. D'une part, l'intégration industrielle concerne des fonctions d'intégration non stratégiques au profit des deux EPIC « filles », car elles n'ont *prima facie* pas d'impact direct sur les concurrents de l'opérateur historique. C'est le cas pour la mission d'intégration fiscale et économique de l'EPIC de tête, ou encore pour la mutualisation de fonctions administratives qui seraient l'objet autrement de doublons, comme par exemple la gestion générale des ressources humaines (relations sociales, paie, avantages sociaux) ou la politique d'achats généraux concernant des produits autres que spécifiquement ferroviaires.
228. D'autre part, l'intégration industrielle concerne des fonctions opérationnelles (comme la SUGE) ou des choix stratégiques - techniques ou technologiques par exemple - qui ont un impact sur l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire, dans la mesure où ils conditionnent l'utilisation du réseau ferré ou son développement. Cela concerne en particulier les fonctions précitées au paragraphe 223, la gestion des situations perturbées et de congestion ou encore la politique de recherche et développement.
229. L'imprécision du projet de loi sur les missions de l'EPIC de tête, en ne traçant pas un partage clair entre missions « internes » et missions « externes », pose un problème concurrentiel majeur. Elle permet à l'EPIC de tête d'exercer un pouvoir discrétionnaire sur ces deux types de missions, sans garantie d'indépendance et d'objectivité pour gérer celles qui sont exercées au profit de l'ensemble des acteurs du ferroviaire. Ceci crée une insécurité juridique importante pour le système ferroviaire dans son ensemble, susceptible de permettre des détournements au profit de l'opérateur historique de transport. L'Autorité est donc d'avis que la formulation actuelle des missions de l'EPIC de tête doit être précisée selon ses recommandations.

b) La gouvernance de l'EPIC de tête

◆ La gouvernance envisagée par le projet de loi

230. Le projet de loi prévoit de doter l'EPIC de tête d'un conseil de surveillance et d'un directoire (article 1^{er} du projet de loi et nouvel article L. 2102-4 du code des transports).

231. Le conseil de surveillance, dont la composition et les modalités de fonctionnement sont renvoyées à un décret ultérieur en Conseil d'Etat, est composé au minimum d'une moitié de représentants de l'Etat. En substance, ses missions sont de définir les grandes orientations stratégiques, économiques, sociales et techniques du GPF, de s'assurer de la mise en œuvre des missions de l'EPIC de tête par le directoire et d'approuver, sur proposition du directoire, les comptes de cet EPIC et les comptes consolidés du GPF (nouvel article L. 2102-7 du code des transports). En outre, son président dispose de pouvoirs autonomes pour contrôler les décisions du directoire.
232. Le directoire de l'EPIC de tête est composé de deux membres, un président et un vice-président. Aux termes du nouvel article L. 2102-6 du code des transports, le président du directoire est le président du conseil d'administration de SNCF Mobilités (l'opérateur historique de transport) et son vice-président est le président du conseil d'administration de SNCF Réseau (le gestionnaire d'infrastructure). Le directoire assure la direction de l'EPIC de tête et est responsable de sa gestion (nouvel article L. 2102-8 du code des transports).
233. Les modalités de prise de décisions sont, par ailleurs, particulières au sein du directoire. Le nouvel article L. 2102-9 du code des transports prévoit que *« toute décision du directoire est prise à l'unanimité. En cas de désaccord exprimé par l'un de ses membres, la décision est prise par le président du conseil de surveillance. Ce dernier ne peut prendre part aux délibérations du conseil de surveillance relatives à cette décision. Il est responsable de cette décision dans les mêmes conditions que les membres du directoire »*.
234. Dans ce cadre, l'Autorité constate que toutes les décisions en rapport avec les missions confiées à l'EPIC de tête (à l'exception des décisions concernant certains engagements financiers de l'EPIC de tête, confiées directement au conseil de surveillance) sont en tout premier lieu du ressort du directoire. Cet organe social est donc amené à exercer un pouvoir décisionnel sur tous les choix stratégiques et opérationnels de l'EPIC de tête, qu'ils concernent des missions exercées au profit du seul GPF ou celles mises en œuvre au profit de l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire.
235. En pratique, cela implique une gouvernance fermée. Les décisions prises par le directoire, si ce dernier arrive à se mettre d'accord, ne seront représentatives que des intérêts de SNCF Mobilités et de SNCF Réseau. Ce n'est qu'en cas de désaccord que le pouvoir de décision sera, sur une question particulière, dévolu au président du conseil de surveillance.

◆ Les risques concurrentiels attachés à la gouvernance envisagée

236. Premièrement, la composition même du directoire, si elle concrétise l'intégration industrielle voulue par le projet de loi, fait courir des risques concurrentiels à l'ensemble de la gouvernance du secteur ferroviaire. La structure du directoire entraîne une mixité profonde entre les organes sociaux des trois EPIC qui constituent le GPF, d'une part, et lie de façon institutionnelle les activités de gestion d'infrastructure et de transport ferroviaire de l'opérateur historique, d'autre part. Chacun des deux membres du directoire cumule en effet la fonction la plus stratégique, respectivement dans l'opérateur historique de transport ferroviaire et dans le gestionnaire d'infrastructure. Ceci soulève des interrogations sur le degré réel de séparation qui existe entre les activités de gestion de l'infrastructure et celle de transport ferroviaire au sein du GPF.
237. Par ailleurs, le directoire crée une voie de circulation directe pour des informations confidentielles et commercialement sensibles qui sont en possession de SNCF Réseau du seul fait de sa mission de gestionnaire d'infrastructure.

238. Enfin, et plus fondamentalement, le fonctionnement du directoire crée un biais dans l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, en l'amenant à discuter avec l'opérateur historique de transport et à prendre en concertation avec lui seul certaines décisions stratégiques pouvant avoir un impact sur la gestion du réseau. Au-delà du fait que cela confère un poids particulièrement significatif à SNCF Mobilités par rapport à ses concurrents, cette modalité de fonctionnement est susceptible d'aboutir à des situations de collusion entre SNCF Réseau et SNCF Mobilités pouvant entraîner des prises de décision au profit de l'opérateur historique. La structure même du directoire, auquel le pouvoir décisionnel de l'EPIC de tête est confié, fait donc courir en pratique le risque d'une perte d'indépendance et d'autonomie décisionnelle pour SNCF Réseau.
239. Deuxièmement, le projet de loi tel qu'il est conçu permet au président du conseil d'administration de SNCF Réseau de s'opposer aux intérêts de SNCF Mobilités. Cette opposition aura pour effet de faire remonter le pouvoir de décision au niveau du président du conseil de surveillance. Néanmoins, un tel mécanisme de dessaisissement du directoire n'est pas apte à dissiper les risques concurrentiels identifiés dans le paragraphe précédent et à compenser dans les faits la possible perte d'autonomie de SNCF Réseau.
240. Tout d'abord, le président du conseil de surveillance n'aura par définition à trancher qu'entre les positions des deux membres du directoire, sans que ne soit portée à sa connaissance une éventuelle opinion différente des usagers ou des concurrents.
241. Ensuite et surtout, ce mécanisme n'est actionné qu'en cas de blocage au sein du directoire. Il ne permet donc pas de contrôler les situations dans lesquelles les deux membres du directoire adopteraient un comportement collusif au seul profit des intérêts de l'opérateur historique. Il ne permet pas non plus d'éliminer le risque que l'un des deux membres du directoire prenne en pratique l'ascendant sur l'autre et lui impose ses vues. Si tel était le cas pour SNCF Mobilités, l'ensemble des décisions du directoire pourrait être influencé par ses seuls intérêts. A cet égard, l'Autorité remarque que, bien qu'ils disposent juridiquement d'un poids décisionnel égal, une hiérarchie symbolique existe entre les deux membres du directoire, dès lors que le président de l'opérateur historique est président du directoire.
242. Troisièmement, les risques de collusion entre les deux membres du directoire doivent être appréciés en fonction du périmètre des missions de l'EPIC de tête. Pour les missions que l'Autorité a qualifié d'« internes » au GPF (1°, 3° et 4° de l'article L. 2102-1), sous réserve qu'elles soient définies de façon plus précise afin de pouvoir garantir qu'elles n'auront pas de conséquence sur les concurrents, la structure actuelle du directoire ne pose pas de problème concurrentiel. Il est même logique que seuls SNCF Réseau et SNCF Mobilités puissent décider sur des sujets qui ne concernent qu'eux, comme leur intégration fiscale au sein du GPF ou la mutualisation de fonctions administratives.
243. En revanche, en ce qui concerne les missions « externes » de l'EPIC de tête, les modalités de prise de décision au sein d'un directoire composé uniquement des présidents de SNCF Réseau et SNCF Mobilités sont inadaptées pour garantir des choix neutres et objectifs au profit de l'ensemble des acteurs du secteur. Au contraire, ces choix seront influencés par les positions de l'opérateur historique et il ne peut être exclu qu'ils soient finalement faits à son seul avantage. L'EPIC de tête ne peut cumuler des missions « externes » et une gouvernance fermée sans que soit remise en cause la neutralité des décisions stratégiques prises.

244. L'Autorité est toutefois d'avis que les risques concurrentiels de favoritisme en faveur de SNCF Mobilités peuvent être mis sous contrôle si SNCF Réseau dispose de garanties d'indépendance fortes pour légitimer ses prises de position divergentes avec les intérêts de SNCF Mobilités, d'une part, et si le processus décisionnel pour les missions « externes » de l'EPIC de tête est encadré pour garantir son objectivité, d'autre part.

c) Revoir et clarifier le rôle de l'EPIC de tête dans le système ferroviaire français

245. Afin de corriger l'ensemble des lacunes identifiées, l'Autorité recommande, de façon générale, que le rôle de l'EPIC de tête soit clarifié. Il s'agit d'une recommandation fondamentale, dès lors que ce nouvel EPIC sera l'un des pivots du nouveau système.

246. La clarification a pour but de ne pas déséquilibrer le système ferroviaire, en s'assurant que cette nouvelle entité ne prive pas d'effets les autres garanties mises en place tout en préservant les autres objectifs qui sous-tendent la loi. L'EPIC de tête doit donc à la fois être transparent et fonctionner de manière à préserver l'autonomie décisionnelle du gestionnaire d'infrastructure unifié.

247. L'Autorité formule en ce sens trois catégories de recommandations qui visent à clarifier le périmètre d'intervention de l'EPIC de tête, à préciser ses missions et à adapter sa gouvernance quand ceci est nécessaire. Ces recommandations sont cumulatives, car, si elles répondent à des risques différents, elles partagent un objectif commun, celui d'atteindre un degré suffisant de transparence pour garantir que l'intégration industrielle du système ferroviaire bénéficie à tous.

♦ Clarifier le périmètre de l'EPIC de tête (recommandation n° 6)

248. En premier lieu, l'imprécision du périmètre de l'EPIC de tête fait courir le risque qu'il exerce dans les faits certaines missions de gestion d'infrastructure confiées à SNCF Réseau, portant ainsi atteinte à l'indépendance de ce dernier et le privant de la plénitude de ses compétences.

249. L'Autorité indique qu'une telle hypothèse est renforcée par l'existence de missions opérationnelles confiées à l'EPIC de tête, au-delà des prérogatives classiques confiées à une société holding. De plus, si la nature d'EPIC de SNCF Réseau peut limiter ce risque en raison du principe de spécialité, l'EPIC de tête dispose également d'un tel statut qui se combine avec des missions larges. L'Autorité estime à cet égard qu'un possible conflit de compétences entre EPIC est susceptible de naître dans la configuration actuelle, rendant la situation instable du point de vue de la sécurité juridique.

250. Afin de clarifier cette situation, qui ne contribue pas à un partage satisfaisant des compétences entre SNCF Réseau et l'EPIC de tête, l'Autorité recommande que soit incluse dans la loi une interdiction explicite pour l'EPIC de tête d'exercer des fonctions opérationnelles de gestion d'infrastructure (recommandation n° 6 a).

251. En second lieu, la rédaction du projet de loi autorise l'EPIC de tête à exercer des missions transversales au profit de l'ensemble des acteurs du ferroviaire. Si les auditions n'ont pas permis d'éclairer l'Autorité quant aux catégories de décisions susceptibles d'être prises en la matière, pourraient par exemple être concernés des choix techniques en matière d'interface rail/train (règle d'accessibilité, captage de courant de traction, éléments de sécurité embarqués) ou encore la définition des normes en matière d'occupation du réseau (principes de cadencement, consommation énergétique, lutte contre les nuisances sonores). L'EPIC de tête exerce aussi des missions très opérationnelles au profit de l'ensemble des acteurs du secteur. A ce stade, cette dernière catégorie ne semble concerner que la gestion

de la SUGE (ou police ferroviaire). Pour les missions exercées au profit de l'ensemble du système ferroviaire, le périmètre de l'EPIC de tête devrait être limité à une fonction de décideur stratégique pour le système ferroviaire (recommandation n° 6 b).

252. En effet, tout d'abord, les missions opérationnelles ne revêtent pas une dimension stratégique, mais c'est leur mise en œuvre qui est structurante pour le secteur ferroviaire. Or, l'EPIC de tête, dont la fonction principale est celle d'être une société détentriche, n'apparaît pas comme une structure à même de gérer des tâches opérationnelles lourdes comme la SUGE. L'Autorité estime en ce sens que, pour préserver son efficacité et son rôle stratégique, l'EPIC de tête devrait être déchargé de telles missions.

253. Deuxièmement, ces missions opérationnelles doivent être mises en œuvre de façon non discriminatoire et transparente pour être exercées au profit de l'ensemble des acteurs du ferroviaire. Or, l'EPIC de tête ne dispose d'aucune garantie d'indépendance spécifique à cet effet. En l'état actuel du projet de loi, le recentrage des missions de l'EPIC de tête implique, d'une part, que le 2° de l'article L. 2102-1 du code des transports soit modifié. L'Autorité propose à cet égard l'amendement suivant :

« ~~des missions transversales~~ la prise de décisions stratégiques nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire ~~exercées~~ au bénéfice de l'ensemble des acteurs du secteur »

254. D'autre part, la SUGE ne devrait plus être gérée par l'EPIC de tête. Sur ce point, l'Autorité se félicite d'abord que le projet de loi sorte la SUGE du périmètre de l'opérateur historique de transport, ce qui crée aujourd'hui un conflit d'intérêts manifeste. Dans le futur système, l'Autorité considère que le traitement non discriminatoire qui doit être garanti dans l'exercice de cette mission opérationnelle pourra l'être par SNCF Réseau. La SUGE devrait être confiée au gestionnaire d'infrastructure.

255. L'Autorité est consciente que le cœur de métier d'un gestionnaire d'infrastructure n'est pas de garantir la sûreté générale sur le réseau ferré et qu'un tel transfert pourrait causer certaines difficultés. Toutefois, elle souligne que l'objet de SNCF Réseau est de remplir des fonctions d'intérêt général au profit de tous, et que la SUGE en est une, qui se rapproche par sa nature même d'un pouvoir régalien. Enfin, elle indique que l'unique solution alternative consisterait à faire gérer la SUGE hors du GPF.

◆ Préciser le contenu des missions de l'EPIC de tête (recommandation n° 7)

256. L'imprécision des missions de l'EPIC de tête entraîne également un risque de chevauchement entre ses missions « internes » (exercées au seul profit du GPF) et ses missions « externes » (exercées au profit de l'ensemble des acteurs du système ferroviaire).

257. L'Autorité recommande, pour corriger cette situation, que les missions de l'EPIC soient précisées pour que puissent être identifiées celles relevant de chacune de ces deux catégories, afin de lever toute ambiguïté. Les précisions apportées permettraient de tracer une ligne de partage claire entre les missions qui relèvent de la fonction d'intégration industrielle interne au GPF et celles qui relèvent de son rôle de décideur stratégique pour l'ensemble du secteur ferroviaire.

258. Ceci nécessite avant tout que soient précisées les missions transversales exercées au profit de tous (2° du même article), pour lesquelles la capacité d'influence de l'EPIC de tête doit être encadrée pour des raisons d'équité concurrentielle. Pour ce faire, l'Autorité recommande que ces missions transversales fassent l'objet d'une liste limitative, afin d'assurer le plus haut degré de transparence possible, en englobant le cas échéant des missions qui semblent pour l'instant relever du 1° ou du 4° de l'article L. 2102-1. Une liste

limitative aurait par ailleurs l'avantage de clarifier le champ des missions « internes » de l'EPIC de tête (toutes les autres), sans qu'il soit nécessaire de les préciser.

259. Compte tenu de l'importance de ces missions transversales, cette liste exhaustive des missions « externes » devrait faire l'objet d'un décret (recommandation n° 7 a), ce qui permettrait de les faire évoluer dans le temps. Si les premières expériences laissaient apparaître que la liste est trop réduite, celle-ci pourrait être élargie sans modifier la loi. De plus, de nouvelles problématiques stratégiques pourraient voir le jour avec l'ouverture totale du transport ferroviaire à la concurrence, notamment en termes d'interfaces entre entreprises ferroviaires et gares de voyageurs.
260. Le champ d'application de ce décret devrait au minimum couvrir les choix stratégiques suivants : « *choix techniques et technologiques stratégiques ne relevant pas de fonctions opérationnelles de gestion de l'infrastructure et ayant des conséquences sur la maintenance de l'infrastructure, le développement, l'aménagement, la cohérence ou la mise en valeur du RFN, des gares de voyageurs et des infrastructures de services listées à l'article 1^{er} du décret n° 2012-70* ».
261. Enfin, compte tenu de l'impact concurrentiel majeur de ce décret, il apparaît nécessaire qu'il soit soumis à l'avis de l'Autorité avant d'être adopté.
- ◆ Adapter la gouvernance de l'EPIC de tête pour l'exercice de ses missions « externes » (recommandation n° 8)
262. Le dernier problème constaté par l'Autorité provient du fait que, pour les missions qu'il doit exercer au bénéfice de l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire, l'EPIC de tête réserve une place prépondérante aux intérêts de l'opérateur historique.
263. Ces missions sont exercées en premier lieu par le directoire. En plus des intérêts du gestionnaire d'infrastructure, les décisions ne prendront en compte que les intérêts d'un opérateur, l'opérateur historique, et pourraient être prises à son seul profit alors qu'elles ont un impact sur l'ensemble des entreprises ferroviaires. Il existe donc un risque évident de manque d'objectivité dans les choix stratégiques pour l'ensemble du système ferroviaire, qui suscitera la suspicion et pourra entraîner un risque de contentieux.
264. La gouvernance de l'EPIC de tête doit donc être adaptée en ce qui concerne ses missions « externes », pour apporter les garanties d'objectivité et de transparence nécessaires. Il convient à cet effet qu'une place soit réservée aux parties prenantes du secteur ferroviaire, autres que SNCF Mobilités, dans le processus décisionnel. Cette place doit leur permettre d'exprimer leur point de vue avant que les choix ne soient faits.
265. L'Autorité recommande donc que soit recueilli l'avis des parties prenantes avant toute prise de décision relative à des missions contenues dans la liste limitative relevant du 2° de l'article L. 2102-1 du code des transports, telles qu'elles seront précisées par décret. Cette consultation pourrait prendre la forme d'un avis motivé du Haut comité du ferroviaire pour orienter le directoire vers le choix le plus objectif (recommandation n° 8 a).
266. Cet avis devrait être public, pour s'assurer qu'il est objectif, mais aussi pour lui octroyer assez de légitimité pour peser sur les décisions du directoire. Le caractère public pourrait renforcer la position de SNCF Réseau par exemple si, pour des raisons objectives, SNCF Réseau souhaitait s'opposer au point de vue de l'opérateur historique. Il renforcerait aussi la position de SNCF Mobilités pour faire valoir que son point de vue est partagé par tous les opérateurs du secteur. Dans une hypothèse de blocage, la décision serait prise par le président du conseil de surveillance de l'EPIC de tête, comme le projet de loi le prévoit. Avec l'avis motivé du Haut comité du ferroviaire, celui-ci disposerait de tous les points de

vue (parties prenantes, SNCF Réseau et SNCF Mobilités) nécessaires pour prendre une décision objective et motivée au bénéfice de l'ensemble du système ferroviaire.

267. Enfin, l'Autorité estime que, pour mieux garantir cette objectivité, une intervention de l'ARAF serait également souhaitable. Afin de lui permettre d'exprimer de façon utile son point de vue, l'ARAF devrait pouvoir rendre un avis motivé sur les conséquences des décisions envisagées sur le développement effectif de la concurrence. Dans ces conditions, l'ARAF devrait être informée de chaque saisine pour avis du Haut comité du ferroviaire, afin de pouvoir se saisir du sujet de sa propre initiative si elle l'estime pertinent (recommandation n° 8 b).

3. LA RÉGULATION DU SECTEUR FERROVIAIRE

268. La troisième étape de l'analyse du projet de loi consiste à vérifier que les garanties externes mises en place pour préserver la neutralité de la gestion de l'infrastructure sont suffisantes et effectives. Ces garanties externes sont apportées par la régulation sectorielle dans son ensemble. Dans un système d'intégration industrielle tel que celui prévu par le projet de loi, ces garanties externes doivent être fortes, comme c'est le cas en Allemagne (voir plus haut paragraphe 88).

269. En préambule, l'Autorité rappelle que la régulation sectorielle est un élément clé pour accompagner les différentes phases d'ouverture à la concurrence d'un secteur économique antérieurement sous monopole. Au-delà du souci de transparence, elle permet de garantir des droits aux opérateurs économiques, comme dans le secteur ferroviaire le droit d'accès au réseau pour les entreprises ferroviaires, mais aussi de fixer des principes et des règles en vue de garantir des conditions de concurrence équitables entre l'opérateur historique, déjà en place, et les nouveaux entrants qui pénètrent le marché.

270. Il est nécessaire de garantir la pleine effectivité de la régulation sectorielle et d'en tirer les conséquences afin que, dans les faits, l'ouverture à la concurrence entraîne des bénéfices significatifs notamment pour le consommateur final. La régulation sectorielle doit, dans ce cadre, former un tout cohérent permettant de préserver une transparence suffisante au profit de l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire.

271. Ainsi que l'Autorité l'a déjà signalé dans de nombreux avis, le contrôle de la bonne exécution des obligations issues du droit sectoriel doit être confié à un tiers unique et indépendant, c'est-à-dire neutre vis-à-vis des intérêts de l'ensemble des parties prenantes, y compris le gouvernement. C'est le rôle qui est confié par la loi au régulateur sectoriel, l'ARAF, qui dispose des garanties d'indépendance nécessaires pour effectuer ce suivi de façon objective. L'Autorité se félicite d'ailleurs que certaines modifications contenues dans le projet de loi visent à renforcer l'indépendance de l'ARAF, comme la professionnalisation de son collège, qui se composera de cinq membres permanents (nouvel article L. 2132-1 du code des transports).

272. Le régulateur sectoriel doit de plus disposer de pouvoirs forts et contraignants, afin de dissuader les opérateurs économiques d'enfreindre les obligations qui pèsent sur eux. Ces pouvoirs ne doivent pas se limiter à des missions de contrôle *ex post*, mais consister également en des pouvoirs d'orientation en amont, afin de garantir que la réglementation sectorielle est non seulement respectée, mais également apte à produire des effets concrets dès les premiers moments de l'ouverture à la concurrence.

273. Ces rappels étant effectués, l’Autorité présentera des observations sur les différentes formes de régulation qu’elle a identifiées dans le projet de loi : le Haut comité du ferroviaire (a) et les modifications touchant à l’ARAF et à ses pouvoirs (b).

a) Le Haut comité du ferroviaire

274. Le projet de loi prévoit la mise en place d’un autre outil de régulation du secteur ferroviaire. Il s’agit du Haut comité du ferroviaire qui « *constitue une instance d’information et de concertation des acteurs du système de transport ferroviaire national. Il favorise la coopération opérationnelle de tous ces acteurs et constitue un lieu de débat sur les grandes évolutions du système de transport ferroviaire national* » (nouvel article L. 2100-3 du code de transports).

275. Par ailleurs, le Haut comité du ferroviaire approuve le code du réseau et peut aussi être saisi, pour conciliation, de différends que lui soumettent des entreprises du secteur ferroviaire.

◆ La mission de concertation du Haut comité du ferroviaire

276. Le Haut comité ferroviaire est, en tout premier lieu, une instance de concertation entre l’ensemble des parties prenantes du secteur, qui a vocation à se prononcer et à orienter les grandes évolutions du secteur ferroviaire. Sans pour autant leur donner de pouvoir décisionnaire, cette concertation entre les parties prenantes sur de grandes questions stratégiques peut être un gage de transparence au profit de tous.

277. Il permet, par exemple, de donner une chance à tous ses membres, dont les intérêts sont divergents, d’exprimer leurs points de vue, notamment sur les sujets techniques et stratégiques qui sont aujourd’hui bloquants. La résolution de tels blocages est un enjeu central de la réforme engagée. A cet égard, la création du Haut comité contraste avec la gouvernance proposée pour l’EPIC de tête, qui ne prend en compte, en l’état du projet de loi, que les points de vue de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités pour décider des questions structurantes pour l’ensemble des parties prenantes du ferroviaire. C’est pourquoi l’Autorité a proposé de donner au Haut comité un rôle pour renforcer la neutralité concurrentielle dans la prise de certaines décisions (voir plus haut, recommandation n° 8)

278. Dans ces conditions, l’Autorité exprime un avis favorable à l’attribution d’une mission de concertation au Haut comité du ferroviaire, qui entraîne une meilleure transparence générale du système.

◆ La mission de conciliation du Haut comité du ferroviaire

279. La mission de conciliation qui lui est confiée soulève quant à elle de multiples risques.

280. Premièrement, ce mécanisme de conciliation pourrait conduire les parties prenantes du secteur ferroviaire à résoudre entre elles, de façon opaque, les différends qui peuvent les opposer. A cet égard, la constitution du Haut comité n’est assortie d’aucune exigence d’impartialité. Rien ne garantit donc que ce mécanisme de conciliation conduira à des solutions objectives et équitables. Au contraire, il pourrait conduire à la résolution de certains litiges entre opérateurs sous forme de « *gentlemen’s agreements* », qui pourraient se révéler contraires aux règles de concurrence.

281. Deuxièmement, les différends relevant de ce mécanisme de conciliation ne sont pas définis. Leur résolution se distingue dès lors mal du pouvoir de règlement des différends qui a été confié à l’ARAF par la loi (article L. 2134-2 du code des transports). Ceci risque

de générer des conflits de décisions entre les deux types de règlements des différends, ou même de créer un *forum shopping* entre les deux instances.

282. Ces risques sont de nature à affaiblir la sécurité juridique et la transparence pour l'ensemble du secteur ferroviaire. Ils sont également de nature à affaiblir les pouvoirs de l'ARAF en rendant son pouvoir de règlement des différends contournable pour les opérateurs du secteur et, partant, ses décisions moins légitimes. A cet égard, l'Autorité rappelle que tout affaiblissement de l'ARAF est de nature à diminuer le niveau des garanties permettant de profiter d'une ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire.
283. Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité recommande que le pouvoir de conciliation du Haut comité du ferroviaire soit supprimé de la loi (recommandation n° 9).

◆ Le code du réseau et son approbation par la Haut comité du ferroviaire

284. En instituant un nouvel article L. 2122-3-1 du code des transports, le projet de loi prévoit un code du réseau qui « *précise les modalités selon lesquelles sont organisées les relations entre gestionnaires d'infrastructure, gestionnaires d'infrastructures de services, entreprises ferroviaires et autorités organisatrices, afin d'assurer le fonctionnement optimal et en sécurité du système de transport ferroviaire national, son efficacité opérationnelle et économique et de garantir l'absence de toute discrimination entre entreprises ferroviaires, sans préjudice des compétences exercées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires conformément aux articles L. 2134-1 et L. 2134-2. Le code du réseau et ses modifications sont adoptés par le Haut comité du ferroviaire après avis motivé de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, et publiés par le gestionnaire d'infrastructure. Le contenu et les modalités d'élaboration et de modification du code du réseau sont précisés par décret en Conseil d'Etat* ».
285. Le projet de loi présente les grands objectifs poursuivis par l'élaboration d'un tel code, sans les rendre totalement transparents pour autant. Il n'en précise notamment ni la nature ni le contenu. Ces imprécisions conduisent l'Autorité à s'interroger sur la portée exacte d'un tel document.
286. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi explique que le code du réseau sera un document « *en aval* » du document de référence du réseau (ci-après « le DRR »), qu'il a pour but de compléter en tant que charte de bonne conduite explicitant l'application du DRR par les parties prenantes du secteur ferroviaire (étude d'impact, pages 43 et 44). Cette présentation appelle plusieurs observations de la part de l'Autorité.
287. Premièrement, il existe un risque important que le contenu du code du réseau chevauche ou réinterprète dans les faits le contenu du DRR. Dans ces conditions, le code du réseau aurait pour conséquence soit de priver le DRR d'une partie de son contenu, soit d'entraîner des conflits d'interprétation avec ce dernier. Dans les deux cas, le code du réseau est susceptible d'affaiblir la transparence que le DRR a pour fonction d'apporter au système ferroviaire. Il est aussi susceptible d'amoindrir les garanties d'accès non discriminatoire et équitable au réseau pour les entreprises ferroviaires que le DRR doit contenir.
288. Deuxièmement, si le code du réseau privait le DRR d'une partie de son contenu, il priverait alors le gestionnaire d'infrastructure de compétences que lui seul doit détenir pour garantir un accès non discriminatoire au réseau et limiterait en conséquence son indépendance. L'approbation unilatérale du DRR par le gestionnaire d'infrastructure est en effet l'une des manifestations de l'indépendance dont il dispose pour exercer ses missions de façon objective, déconnectée de l'influence de toute entreprise ferroviaire (voir, en ce sens, le considérant 34 de la directive n° 2012/34, précitée).

289. En effet, le code du réseau porterait atteinte à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure s'il venait à se prononcer sur les principes d'attribution des sillons ferroviaires, les règles de leur attribution en pratique, ou encore sur la détermination des redevances d'accès au réseau ferré national. Ces trois éléments sont la substance même du DRR sur lesquels le gestionnaire d'infrastructure doit conserver un pouvoir décisionnaire exclusif au risque de ne pas pouvoir remplir effectivement ses missions. Il en va de même pour la gestion des circulations dans des situations perturbées, qui peut donner lieu à des pratiques discriminatoires. En ce sens, l'Autorité constate d'ailleurs que le projet de loi prévoit de façon explicite qu'il s'agit de la seule mission confiée à SNCF Réseau dont l'exécution ne peut être déléguée à un tiers (alinéa 2 du nouvel article L. 2111-11 du code des transports).
290. Par ailleurs, le mode d'approbation du code du réseau semble incertain et peu efficace. L'élaboration et l'approbation de cet outil étant confiées aux parties prenantes, il devrait être clair que le code du réseau ne dispose d'aucune force juridique contraignante. Mais sa portée juridique est rendue floue et sujette à interprétation, dès lors qu'il fait l'objet d'un avis de l'ARAF et d'une publication par le gestionnaire d'infrastructure lui-même. Ceci a pour effet d'en renforcer la portée juridique, sans pour autant la clarifier.
291. L'Autorité est d'avis que le code du réseau est un outil de régulation ambigu et dangereux. Contrairement à son objectif affiché, il est de nature à affaiblir substantiellement la transparence des règles du secteur, au détriment de tous, et à porter atteinte à l'indépendance de SNCF Réseau. L'Autorité recommande donc que la nature et le contenu du code du réseau soient autant que faire se peut clarifiés dans la loi, et que soient définies explicitement sa portée et sa valeur juridique.
292. A cet égard, l'Autorité identifie deux options possibles. Le code du réseau peut soit revêtir une nature réglementaire, soit être un outil de *soft law* ne produisant pas d'effets juridiques contraignants (recommandation n° 10) :
- Si le code du réseau est conçu dans l'optique de disposer d'une valeur réglementaire, son mode d'approbation et sa portée devraient alors être similaires à ceux du DRR. Il devrait ainsi être approuvé par le gestionnaire d'infrastructure, sous le contrôle de l'ARAF qui disposerait alors d'un pouvoir d'avis conforme portant notamment sur l'absence de règles discriminatoires. Dans cette hypothèse, le code du réseau pourrait être un nouveau chapitre du DRR (recommandation n° 10 a) ;
 - dans le second cas, le code du réseau n'est qu'un instrument de *soft law*. Il doit alors être approuvé par les parties prenantes sous la forme et le nom d'une charte, par exemple une charte de bonne conduite d'occupation du réseau. Il ne pourrait alors être qu'une compilation de principes non contraignants ne portant pas sur les sujets traités dans le DRR, pour préserver l'intégrité de ce dernier. Enfin, SNCF Réseau et l'ARAF ne devraient pas être associés à son approbation, dans la mesure où un tel code de bonne conduite des parties prenantes ne devrait pas les lier et ne pourrait dès lors pas porter atteinte à leur indépendance respective. Ils pourraient toutefois, s'ils le souhaitent, s'en inspirer au moment de mettre en œuvre les missions qui leur sont dévolues par la loi (recommandation n° 10 b).

b) Les modifications apportées à l'ARAF

293. Le projet de loi apporte diverses modifications à la structure de l'ARAF et à ses pouvoirs. L'Autorité concentrera ses observations sur deux d'entre elles.

◆ Les pouvoirs de régulation économique *ex ante* de l'ARAF

294. Le projet de loi prévoit de modifier l'article L. 2135-5 du code des transports et de transformer l'avis conforme actuellement prévu pour la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national en avis motivé.
295. Cette modification prive l'ARAF d'un des pouvoirs les plus importants dont elle dispose à l'heure actuelle. Elle réduit considérablement la portée de l'avis de l'ARAF en lui ôtant son caractère contraignant, gage aujourd'hui d'un contrôle effectif, alors même que le système mis en place offre moins de garanties internes que le système précédent et nécessite dès lors un régulateur plus fort.
296. L'étude d'impact fait valoir qu'en rendant un avis conforme, l'ARAF détiendrait un pouvoir de codécision sur le montant des redevances d'accès qu'elle ne serait pas habilitée à détenir.
297. Mais, tout d'abord, il faut rappeler que le pouvoir d'avis conforme ne peut porter atteinte à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, qui n'est exigée qu'à l'égard des entreprises ferroviaires. L'indépendance du gestionnaire d'infrastructure n'a donc pas à être opposée à son régulateur, qui lui-même est indépendant.
298. Ensuite, la fonction de l'ARAF se limite à contrôler que le respect des règles issues du droit sectoriel. Dans ce sens, le code des transports fixe lui-même des principes de tarification, qui sont complétés par des décrets. L'article L. 2135-5 énonce pour sa part les critères d'appréciation dont dépend la teneur de l'avis conforme.
299. Enfin, la souveraineté budgétaire du Parlement n'est pas affectée par le pouvoir d'avis conforme de l'ARAF. En matière de tarification, l'ARAF ne fait que vérifier la mise en œuvre du droit existant, dont le Parlement a lui-même fixé les principes dans le code des transports, sans contraindre le Parlement dans son pouvoir d'approbation des dépenses proposées par le gouvernement dans le projet de loi de finances. Le montant de la contribution de l'État au financement du réseau est l'objet d'arbitrages politiques et budgétaires indépendants de la volonté ou des pouvoirs de l'ARAF. En tout état de cause, l'ARAF est comptable de ses actes devant le Parlement, à qui elle adresse ainsi qu'au gouvernement un rapport d'activité tous les ans, de sorte qu'il est difficile de considérer qu'il puisse être en mesure de le contraindre.
300. De façon plus générale, l'Autorité ne peut que constater que le pouvoir d'émettre un avis conforme en matière de tarification est aujourd'hui l'unique avis de cette nature dont dispose l'ARAF. Le faire disparaître impliquerait que le régulateur ne disposerait plus d'aucun pouvoir de régulation économique *ex ante* contraignant. Or, le régulateur sectoriel doit disposer en propre d'un pouvoir sur tous les curseurs de la régulation d'un secteur, afin être en mesure d'exercer son contrôle de façon préventive et efficace et de pouvoir garantir un accès transparent et équitable au réseau pour les entreprises ferroviaires.
301. Dans ce contexte, l'Autorité s'interroge sur la volonté du gouvernement de retirer à l'ARAF ses pouvoirs de régulation économique *ex ante* du secteur ferroviaire. Si tel était le cas, l'ARAF ne serait plus en capacité de mettre en œuvre sa mission la plus importante qui est de guider et d'accompagner les différentes phases d'ouverture du secteur à la concurrence, en ne disposant plus des pouvoirs nécessaires pour prévenir la mise en œuvre de pratiques discriminatoires qui entraveraient l'accès au réseau.
302. C'est pourtant un objectif poursuivi par le projet de loi lui-même, qui ajoute à l'article L. 2131-4 du code des transports les mentions suivantes : « [L'ARAF] *vérifie notamment si le document de référence du réseau contient des clauses discriminatoires ou octroie aux*

gestionnaires d'infrastructure des pouvoirs discrétionnaires pouvant être utiles à des fins de discrimination à l'égard de personnes autorisées à demander des capacités ferroviaires ». Cette rédaction implique un renforcement des pouvoirs *ex ante* de l'ARAF.

303. L'Autorité est également d'avis que les pouvoirs de l'ARAF en matière de régulation économique *ex ante* doivent être accrus. Ces pouvoirs, qui doivent être susceptibles de déployer des effets contraignants, lui sont nécessaires pour accomplir ses missions. Dans son avis n° [11-A-15](#) précité, l'Autorité a déjà relevé les raisons pour lesquelles de tels pouvoirs sont nécessaires.
304. Elle a ainsi indiqué s'agissant des pouvoirs tarifaires de l'ARAF sur l'accès aux gares : « *Comme l'Autorité l'avait déjà souligné dans l'avis n° [09-A-55](#) du 4 novembre 2009, l'absence de pouvoir de contrôle tarifaire ex ante du régulateur sectoriel constitue un handicap majeur dans la perspective de l'arrivée progressive de nouveaux entrants sur le réseau ferroviaire français, que ce soit en matière de trafic transfrontalier ou, à terme, de transport régional conventionné. Comme cela a déjà été évoqué plus haut, l'organisation retenue concernant l'accès des entreprises ferroviaires à des infrastructures de services susceptibles d'être qualifiées d'infrastructures essentielles nécessite une implication forte du régulateur sur les questions tarifaires. Il doit pouvoir disposer notamment de pouvoirs de contrôle ex ante des coûts répercutés aux entreprises ferroviaires afin de garantir leur caractère transparent, objectif et non discriminatoire. (...)* » (Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011, précité, paragraphes 146 à 148).
305. Dans un contexte d'intégration industrielle caractérisée par une séparation imparfaite des activités de gestion d'infrastructure et de transport ferroviaire, ce constat demeure non seulement d'actualité, mais plaide en faveur d'un renforcement des pouvoirs de l'ARAF.
306. Dans ces conditions, l'Autorité recommande que l'ARAF soit dotée d'une série complète de pouvoirs de régulation *ex ante* contraignants, dont elle ne dispose pas à l'heure actuelle (recommandation n° 11) :
- premièrement, compte tenu de l'ensemble de ce qui a été expliqué, l'Autorité recommande que le pouvoir d'avis conforme en matière de tarification d'accès au réseau ferré national soit maintenu (recommandation n° 11 a) ;
 - deuxièmement, elle recommande que l'ARAF dispose aussi du pouvoir d'émettre un avis conforme en matière de tarification d'accès et de services rendus dans les gares de voyageurs et dans certaines infrastructures de services (recommandation n° 11 b). Ces prestations sont régulées par le droit sectoriel (décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012, précité), mais ne font aujourd'hui l'objet d'aucun contrôle *ex ante*. Elles peuvent pourtant être l'occasion de pratiques de discrimination tarifaire perturbant une bonne ouverture du secteur à la concurrence. S'agissant des gares de voyageurs, l'Autorité ne fait que réitérer la recommandation formulée dans son avis n° 11-A-15 et qui n'a pas été suivie d'effets (avis n° 11-A-15, précité, paragraphes 119 à 125).
307. Enfin, il apparaît essentiel, notamment au regard du nouveau contexte d'intégration industrielle, que les pouvoirs de l'ARAF portant sur le document de référence du réseau et sur le document de référence des gares soient renforcés. L'ARAF ne dispose aujourd'hui que du pouvoir d'émettre un avis motivé sur le document de référence du réseau (article L. 2133-6 du code des transports) et sur le document de référence des gares (article 14-1 du décret n° 2003-194, précité et modifié et en dernier lieu sur ce point par le décret n° 2012-70, précité). Ce pouvoir non contraignant lui permet d'émettre des réserves sur le DRR et le DRG, mais n'en garantit pas la prise en compte par le gestionnaire

d'infrastructure. Une telle situation ne permet pas à l'ARAF de garantir de façon effective que le DRR et le DRG ne comportent pas d'éléments discriminatoires. Cette situation est particulièrement problématique pour les gares, aujourd'hui gérées par l'opérateur historique.

308. Dans ces conditions, l'Autorité recommande que l'ARAF soit dotée du pouvoir d'émettre un avis conforme sur le document de référence du réseau et sur le document de référence des gares, compte tenu de l'importance de ces deux documents pour l'ouverture à la concurrence du système ferroviaire français (recommandation n° 11 c).

◆ Le critère d'appréciation des équilibres économiques et financiers du réseau

309. Le projet de loi prévoit que l'ARAF « *prend en considération, dans tous ses avis et décisions, les enjeux et contraintes du système de transport ferroviaire national, et notamment l'objectif d'équilibre économique et financier de SNCF Réseau (...)* » (nouvel article L. 2132-3 du code des transports).

310. L'Autorité ne remet pas en cause la nouvelle mission dévolue à l'ARAF de garantie du respect de la trajectoire financière de SNCF Réseau. Cette mission rend le système ferroviaire plus transparent et moins sujet à discrimination. C'est par exemple le cas de la validation des investissements de développement du réseau sur lesquels l'ARAF va désormais émettre un avis pour en vérifier la viabilité économique.

311. Néanmoins, l'article L. 2132-3 érige l'objectif d'équilibre économique de SNCF Réseau en critère d'appréciation que l'ARAF doit prendre en compte de façon systématique dans tous ses avis et décisions. La portée et les conséquences d'une telle modification sont incertaines. En particulier, l'Autorité s'interroge sur l'articulation de ce critère avec celui de non discrimination, d'une part, et sur la pondération respective que l'ARAF doit apporter à chacun d'entre eux, d'autre part.

312. En effet, si le critère d'équilibre économique et financier devait être considéré comme prépondérant, ceci ferait courir des risques substantiels que l'ARAF ne soit plus en mesure de remplir sa mission principale qui est de veiller « *à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence* » (article L. 2131-3 du code des transports). Ce nouveau critère pourrait théoriquement légitimer des exceptions au droit d'accès non discriminatoire au réseau dont les entreprises ferroviaires jouissent aujourd'hui de par la loi. Des redevances plus élevées et ciblées sur certaines entreprises ferroviaires, mais sans justification objective, pourraient en effet permettre à SNCF Réseau de se rapprocher de son objectif de couverture de coûts complets.

313. C'est pourquoi l'Autorité recommande que l'articulation de ces deux critères d'appréciation soit clarifiée et qu'il soit explicité que la non discrimination doit faire l'objet d'une analyse autonome en vue de garantir un accès effectif au réseau. Elle demande aussi que la portée du critère d'équilibre économique soit précisée. Il conviendrait à cet égard d'indiquer si l'utilisation d'un tel critère d'appréciation est vraiment pertinent pour tous les outils de régulation dont dispose l'ARAF ou s'il ne l'est que pour certains, par exemple son pouvoir d'émettre des avis en matière tarifaire (recommandation n° 12).

4. L'IMPACT CONCURRENTIEL DU VOLET SOCIAL DE LA RÉFORME

314. La réforme du secteur ferroviaire vise, entre autres objectifs, à construire un cadre social homogène à tous les travailleurs de la branche ferroviaire. L'étude d'impact précise qu'« *il est souhaitable que la branche ferroviaire dispose, afin d'écarter tout risque de moins disant social, d'un régime homogène de durée et d'organisation du travail applicable à toutes les entreprises, y compris le groupe public ferroviaire* » (étude d'impact, page 40). Le projet de loi reprend, sur ce point, les conclusions du rapport demandé à M. Olivier Dutheillet de Lamothe, président de la section sociale du Conseil d'Etat.
315. Pour ce faire, le projet de loi fixe le périmètre de la future convention collective de branche applicable à l'ensemble du secteur ferroviaire. La négociation collective envisagée portera notamment sur l'harmonisation de la durée du travail de cette branche d'activité.
316. Il est prévu que cette négociation collective soit encadrée par une intervention réglementaire *a minima*, prenant la forme d'un « décret-socle » qui sera limité « *aux règles de base nécessaires pour des raisons attachées à la sécurité et à la continuité du service, de façon à ne pas priver les partenaires sociaux de la possibilité de fixer eux-mêmes les règles de durée du travail qu'ils estimeront adaptées, au-delà de ce socle réglementaire (...)* » (étude d'impact, page 41).
317. Il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur les principes et les modalités de cette réforme sociale. Elle attire en revanche l'attention des pouvoirs publics sur les conséquences que la mise en place d'un tel cadre social homogène est susceptible d'entraîner sur la concurrence dans le secteur ferroviaire.
318. Dans son avis n° [98-A-05](#) du 28 avril 1998, le Conseil de la concurrence s'est prononcée sur les conditions de l'harmonisation des conditions sociales dans le secteur électrique, notamment sur l'extension du statut national du personnel d'EDF aux entreprises nouvelles entrantes. Il avait ainsi indiqué que « *compte tenu de l'ouverture progressive du marché et de la difficulté pour de nouveaux entrants à pénétrer un marché resté captif pendant très longtemps, l'application du statut de l'industrie électrique et gazière au personnel des concurrents potentiels d'EDF, en renchérissant leurs coûts de production sans contrepartie, serait de nature à constituer un frein à l'accès au marché ainsi qu'une source de disparité de concurrence entre producteurs d'électricité des différents Etats européens* ». S'agissant plus particulièrement du désavantage concurrentiel que pourrait représenter le statut de son personnel pour l'opérateur historique, le Conseil de la concurrence avait de plus ajouté : « *Il convient de souligner que si EDF estime qu'elle subirait un désavantage dans la concurrence du fait du statut de son personnel, il est aussi évident qu'EDF dispose par ailleurs d'avantages, du fait de son statut d'EPIC qui ne la soumet pas aux mêmes contraintes financières que celles auxquelles doivent faire face ses concurrents. Dans cette perspective, la recherche d'une « égalisation » des conditions de concurrence doit être envisagée avec prudence et en prenant en compte tous les facteurs de différenciation entre les acteurs concurrents* » (Avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne n° 96/92/CE, pp. 17 et 18).
319. L'Autorité est d'avis que l'ensemble de ces remarques peuvent être reprises pour apprécier la portée des mesures à caractère social que comporte le projet de loi. En effet, il est primordial pour la compétitivité et la vitalité du secteur ferroviaire dans son ensemble que l'ouverture à la concurrence puisse permettre aux entreprises ferroviaires d'exprimer l'intégralité de leurs mérites respectifs, au bénéfice de l'utilisateur final de leurs services.

320. Ainsi, le cadre social homogène recherché par la réforme doit prendre en compte la différence de situations dans laquelle se trouvent l'opérateur historique de transport, d'une part, et les nouveaux entrants, d'autre part. Du point de vue de l'Autorité, ceci suppose surtout que les conditions qui seront prévues par ce cadre social homogène n'érigent pas des barrières à l'entrée sur les marchés de transport à un tel niveau qu'elles empêcheront les entreprises nouvelles entrantes de pénétrer sur le marché. Il ne doit pas non plus, par un alignement social sur les conditions appliquées à l'opérateur historique notamment en raison du « *statut cheminot* », empêcher les nouveaux entrants de générer des gains de productivité au bénéfice de l'économie toute entière, et en particulier des chargeurs et des voyageurs. Ces considérations doivent en tout premier lieu être prises en compte pour élaborer le « décret-socle » sur les garanties minimales de sécurité et de continuité du service : ce texte doit permettre aux entreprises qui se porteront candidates au métier ferroviaire de maintenir un écart de compétitivité qui stimulera leur entrée et leur efficacité.
321. L'ouverture à la concurrence du secteur du fret ferroviaire est une illustration intéressante. Si cette ouverture ne s'est pas faite sans difficultés, elle a tout de même permis de voir émerger une pression concurrentielle pour la SNCF.
322. Les causes de la pénétration des nouveaux entrants méritent d'être relevées. La régulation sectorielle y a participé, mais elle est également due à la capacité que les nouveaux entrants ont eu de développer d'autres modèles de développement économique que celui pratiqué par la SNCF, axés autour d'une organisation du travail différente de celles appliquées par Fret SNCF. Cette organisation a consisté en substance à faire effectuer des missions techniques de façon mutualisée par les mêmes salariés, quand les mêmes tâches sont morcelées dans l'organisation de la SNCF. Les nouveaux entrants appliquent également des règles de durée du travail plus flexibles, en contrepartie de rémunérations moyennes plus importantes. A cet égard, les conditions d'organisation du travail plus flexibles n'ont *a priori* pas remis en cause les exigences de sécurité et de continuité du service, qui sont fondamentales en matière de transport ferroviaire. Les modèles économiques des nouveaux entrants sont fondés sur des caractéristiques et des économies qui leurs sont propres, notamment au regard de leur taille bien plus réduite que celle de Fret SNCF. Ces modèles leur permettent aujourd'hui de disposer de coûts de production plus réduits que ceux de la SNCF pour produire les mêmes services de fret, faisant aussi bénéficier les chargeurs de gains de productivité importants.
323. Le cas de transport de marchandises illustre ainsi les enjeux concurrentiels présents dans l'exercice d'homogénéisation du cadre social de la branche ferroviaire. De l'avis de l'Autorité, il est important que l'harmonisation permette de préserver les différences de situation entre entreprises ferroviaires et le libre choix du modèle économique de développement que chaque entreprise estimera pertinent, en vue de générer, ou de conserver, ses gains de productivité.

CONCLUSION

324. L'Autorité est consciente du défi pour le gouvernement de concilier logique d'intégration industrielle et sauvegarde de l'équité concurrentielle dans la réforme du secteur ferroviaire. Au terme de son analyse du projet de loi, elle considère néanmoins qu'il est possible de relever ce défi si trois principes sont respectés.
325. Tout d'abord, les objectifs d'intégration industrielle et de concurrence peuvent se rejoindre et produire leurs pleins effets si le renforcement du gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau est mené jusqu'à son terme et si son indépendance est préservée.
326. Le gestionnaire d'infrastructure unifié est la pièce centrale du système futur. De sa création découlent l'essentiel des gains de productivité attendus de la réforme et la garantie d'une absence de discrimination dans l'accès au réseau. Son périmètre devrait donc être étendu à toutes les infrastructures de services et aux gares de voyageurs. Par ailleurs, des mesures complémentaires devraient être prises pour conforter l'indépendance de sa gouvernance et assurer de manière simple l'impartialité dans l'exercice de ses missions.
327. Ensuite, les modalités de fonctionnement du groupe public ferroviaire ne doivent remettre en cause ni l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure ni l'impartialité des décisions stratégiques qu'il va prendre pour l'ensemble du secteur.
328. L'intégration de SNCF Réseau dans un groupe ferroviaire auquel appartient également l'opérateur historique SNCF Mobilités a des intérêts fiscaux, économiques et sociaux. Le fonctionnement envisagé de l'EPIC de tête de ce groupe risque néanmoins de rendre ineffective la séparation juridique entre le gestionnaire d'infrastructure et l'opérateur historique. Le périmètre et les missions de l'EPIC de tête méritent donc d'être clarifiés. Par ailleurs, les décisions ayant des conséquences sur l'ensemble des acteurs du secteur devraient être rendues plus objectives et transparentes.
329. Enfin, des garanties externes et claires de contrôle de la neutralité de la gestion de l'infrastructure sont indispensables, le renforcement des pouvoirs du régulateur sectoriel en constituant le cœur.
330. Une régulation sectorielle forte assure la légitimité du système ferroviaire intégré et permet de prévenir et de sanctionner les discriminations. Son efficacité dépend de son caractère contraignant autant que de sa lisibilité et de sa cohérence. Les pouvoirs de l'ARAF devraient donc être renforcés et sa prééminence en matière de régulation devrait être réaffirmée. Par ailleurs, le rôle du Haut comité du ferroviaire devrait être recentré sur sa mission de concertation entre l'ensemble des parties prenantes et la nature juridique du code du réseau devrait être clarifiée.
331. Le détail des recommandations émises dans l'avis en application de ces trois principes figurent en annexe dans un tableau de synthèse.

Délibéré sur le rapport oral de M. Gillian Arnoux, rapporteur, et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, Mmes Elisabeth Flüry-Hérard et Claire Favre, vice-présidentes et M. Emmanuel Combe, vice-président.

La secrétaire de séance,
Caroline Orsel-Sébès

Le président,
Bruno Lasserre

ANNEXE : TABLEAU DE SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS
(Les éléments en gras sont les recommandations fondamentales de l’Autorité)

Axes d’amélioration	Recommandations
Recommandations concernant SNCF Réseau	
Faire de SNCF Réseau un véritable gestionnaire d’infrastructure unifié	<p><u>Recommandation n° 1</u> : séparer, à tout le moins de façon juridique, la gestion, l’exploitation et le développement des gares de voyageurs et des infrastructures de services listées à l’article 1^{er} du décret n° 2012-70 du reste de activités de SNCF Mobilités</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 1 a</u> : transférer immédiatement la gestion, l’exploitation et le développement des infrastructures de services listées à SNCF réseau • <u>Recommandation n° 1 b</u> : séparer, à tout le moins de façon juridique, la gestion, l’exploitation et le développement des gares de voyageurs au plus tard à l’horizon 2019
Renforcer l’indépendance du conseil d’administration de SNCF Réseau	<p><u>Recommandation n° 2</u> : renforcer les conditions d’indépendance du président du conseil d’administration de SNCF Réseau en dotant l’ARAF du pouvoir d’émettre un avis motivé public avant toute nomination ou reconduction de cette personnalité</p> <p><u>Recommandation n° 3</u> : renforcer l’indépendance des membres du conseil d’administration de SNCF Réseau</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 3 a</u> : clarifier l’article L. 2111-16-1, alinéa 2 du code des transports pour que le champ de l’interdiction de prise de responsabilité dans une entreprise ferroviaire soit explicitement étendu aux membres du conseil d’administration • <u>Recommandation n° 3 b</u> : interdire que les mêmes personnes puissent siéger aux conseils d’administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités
Renforcer les mesures de sauvegarde visant à garantir concrètement l’impartialité et l’indépendance de SNCF Réseau	<p><u>Recommandation n° 4</u> : étendre le champ d’application des mesures de sauvegarde prévues à l’ensemble des missions de SNCF Réseau pour en garantir un traitement homogène et efficace</p> <p><u>Recommandation n° 5</u> : rendre pleinement effectives les mesures de sauvegarde prévues dans le projet de loi</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 5 a</u> : transformer en obligation la possibilité offerte par la loi à SNCF Réseau de prendre des mesures d’organisation interne pour prévenir des pratiques discriminatoires • <u>Recommandation n° 5 b</u> : pour les mesures nécessitant la fixation de leurs conditions de mise en œuvre par décret, reprendre les règles mises en place pour la DCF issues du décret n° 2011-891 du 26 juillet 2011 • <u>Recommandation n° 5 c</u> : étendre l’interdiction de prise de responsabilités dans une entreprise ferroviaire prévue par l’article L. 2111-16-1 du code des transports à tout le personnel sensible de SNCF réseau, notamment les responsables de pôle, les horaristes et les personnes participant à la tarification des sillons

Axes d'amélioration	Recommandations
Recommandations concernant l'EPIC de tête	
Revoir et clarifier le rôle de l'EPIC de tête pour agir de façon objective et efficace au bénéfice de l'ensemble du secteur ferroviaire	<p><u>Recommandation n° 6</u> : clarifier le périmètre de l'EPIC de tête</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 6 a</u> : inclure dans la loi l'interdiction pour l'EPIC de tête d'exercer des fonctions opérationnelles de gestion d'infrastructure, afin de garantir l'indépendance de SNCF Réseau • <u>Recommandation n° 6 b</u> : limiter le périmètre de l'EPIC de tête à sa seule fonction de décideur stratégique pour le système ferroviaire, notamment en transférant la SUGE à SNCF Réseau
	<p><u>Recommandation n° 7</u> : préciser le contenu des missions de l'EPIC de tête pour prévenir tout chevauchement entre ses missions « internes » et « externes »</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 7 a</u> : préciser les missions de l'EPIC de tête exercées au bénéfice de l'ensemble des acteurs du secteur ferroviaire sous la forme d'une liste limitative de missions inscrite dans un décret. Ce décret pourrait être soumis à l'avis de l'Autorité
	<p><u>Recommandation n° 8</u> : adapter les modalités de prise de décision de l'EPIC de tête sur ses missions « externes » pour les rendre plus objectives et transparentes</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 8 a</u> : doter le Haut comité du ferroviaire du pouvoir d'émettre un avis motivé avant toutes prises de décision sur les missions « externes » pour orienter les choix du directoire de l'EPIC de tête • <u>Recommandation n° 8 b</u> : doter l'ARAF d'un pouvoir d'auto-saisine pour émettre un avis motivé avant toute prise de décision sur les missions « externes »

Axes d'amélioration	Recommandations
Recommandations concernant la régulation sectorielle	
Clarifier le rôle et le périmètre de Haut comité du ferroviaire pour le recentrer sur sa mission de concertation	<p><u>Recommandation n° 9</u> : supprimer le pouvoir de conciliation du Haut comité du ferroviaire afin de préserver la transparence et de ne pas affaiblir l'ARAF</p> <p>Voir également recommandations n° 8 et 10</p>
Clarifier le rôle et la nature du code du réseau	<p><u>Recommandation n° 10</u> : clarifier la portée juridique du code du réseau afin de préserver l'indépendance de SNCF Réseau et la transparence générale de la régulation sectorielle. Cette portée peut alternativement être la suivante :</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 10 a</u> : soit le code du réseau a une valeur réglementaire, alors son mode d'approbation doit être le même que celui du DRR • <u>Recommandation n° 10 b</u> : soit le code du réseau est un instrument de <i>soft law</i> sans valeur juridique contraignante, alors son approbation peut être confiée aux parties prenantes, mais sans intervention du gestionnaire d'infrastructure ou de l'ARAF
Renforcer véritablement le rôle de l'ARAF en matière de lutte contre les discriminations d'accès au réseau	<p><u>Recommandation n° 11</u> : réaffirmer la compétence de l'ARAF en matière de régulation économique <i>ex ante</i> pour lui permettre d'exercer effectivement sa mission d'accompagnement d'ouverture à la concurrence</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 11 a</u> : maintenir l'avis conforme de l'ARAF en matière de tarification d'accès au réseau ferré national • <u>Recommandation n° 11 b</u> : doter l'ARAF du pouvoir d'émettre un avis conforme en matière de tarification d'accès et de services rendus dans les gares de voyageurs et les infrastructures de services en contrôlant les principes énoncés dans le décret n° 2012-70 • <u>Recommandation 11 c</u> : doter l'ARAF du pouvoir d'émettre un avis conforme sur le DRR et le DRG <p><u>Recommandation n° 12</u> : clarifier le périmètre, les conséquences et l'articulation avec le principe de non discrimination du nouveau critère d'appréciation de l'ARAF consistant à prendre en compte l'objectif d'équilibre économique et financier de SNCF Réseau prévu par l'article L. 2132-3</p> <p>Voir également recommandations n° 2, 8 et 10</p>