



**Avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011
sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres
infrastructures de services du réseau ferroviaire**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 26 juillet 2011, enregistrée sous le numéro 11/0054 A, par laquelle la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire;

Vu les articles 101 et 102 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, le représentant du Ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, le représentant de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires entendus lors de la séance du 13 septembre 2011 ;

Les représentants de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, des établissements publics SNCF, RFF, de la société Veolia Transdev, de l'Union des Transports Publics entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

I. Cadre juridique et contexte sectoriel	3
A. PRÉSENTATION DU CADRE JURIDIQUE	3
1. CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN	3
2. CADRE JURIDIQUE NATIONAL	4
B. PRÉSENTATION DE L'ORGANISATION DU RÉSEAU ET DU REGIME DES INFRASTRUCTURES DE SERVICES	7
C. PRÉSENTATION DU PROJET DE DÉCRET ET DU CONTEXTE DANS LEQUEL IL S'INSCRIT	8
II. Analyse du projet de décret soumis à l'Autorité de la concurrence	10
A. LA SÉPARATION DU GESTIONNAIRE DE GARES AU SEIN DE LA SNCF	11
1. UNE SÉPARATION TOUJOURS INSUFFISANTE DU GESTIONNAIRE DE GARES	11
2. ABSENCE D'AUTONOMIE FINANCIÈRE	12
3. DÉFAUT DE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DES RÈGLES EN MATIÈRE DE DÉONTOLOGIE	13
B. TARIFICATION	15
1. LES PRINCIPES DE TARIFICATION APPLICABLES AUX INDUSTRIES DE RÉSEAU	15
a) Les conditions de fond	15
Le référentiel de coûts	16
La modularité	17
Le mode de fixation des prix en fonction des coûts	18
b) Les conditions de forme	19
La prévisibilité et la transparence	19
Les garanties entourant la fixation des tarifs	20
2. APPLICATION AUX GARES DE VOYAGEURS	21
a) Les critères de modulation envisagés par le décret	21
b) Affectation des revenus issus du périmètre non-régulé	23
c) La tarification des espaces en gares pour les activités régulées	25
C. GOUVERNANCE ET REGULATION	26
1. POUVOIRS DU RÉGULATEUR SECTORIEL	26
2. GOUVERNANCE DES GARES	27
a) Approbation des investissements	27
b) Choix des prestataires	27
3. ABSENCE DE DÉFINITION DU MODÈLE TARIFAIRE ET DE GESTION DES INFRASTRUCTURES DE SERVICES AUTRES QUE LES GARES DE VOYAGEURS	28
4. TRANSPORT CONVENTIONNÉ	29
III. Recommandations	30

Par courrier en date du 26 juillet 2011, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie pour avis sur le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire.

1. L'article L.2123-3 du code des transports prévoit qu'un décret en Conseil d'État doit préciser, pour les gares et les autres infrastructures de services, la nature des prestations minimales ou complémentaires dont toute entreprise ferroviaire autorisée à réaliser des services de transport peut demander la fourniture, et les principes de tarification applicables à ces prestations.
2. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) a d'ores et déjà rendu un avis sur le présent projet de décret le 15 juin 2011 (avis n° 2011-014).

I. Cadre juridique et contexte sectoriel

A. PRÉSENTATION DU CADRE JURIDIQUE

1. CADRE JURIDIQUE EUROPÉEN

3. L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs trouve sa source dans un cadre juridique européen en évolution constante.
4. La directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991 relative au développement des chemins de fer communautaires constitue le texte fondateur de ce processus d'ouverture. Elle prévoit notamment la séparation entre entreprise ferroviaire et gestionnaire d'infrastructure et introduit la notion de droit d'accès au réseau ferroviaire. En particulier, la directive, dans son article 3, exclut du champ de l'infrastructure ferroviaire les « *bâtiments affectés au service des infrastructures* ».
5. L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire introduite par la directive 91/440 s'est ensuite concrétisée par l'adoption de plusieurs « *paquets ferroviaires* », c'est-à-dire l'adoption simultanée de séries de directives visant à chaque étape à ouvrir progressivement le secteur ferroviaire européen.
6. Le premier paquet ferroviaire a instauré une ouverture limitée du fret ferroviaire et jeté les bases de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire européen en précisant les principes d'accès et de tarification applicables aux infrastructures ferroviaires. En particulier la directive 2001/14/CE du 26 février 2001, relative à la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, à la tarification de l'infrastructure ferroviaire et à la certification en matière de sécurité, définit les conditions d'accès et de tarification à l'infrastructure ferroviaire, ainsi qu'aux infrastructures de services qui lui sont associées.
7. Cette directive définit en outre l'« *entreprise ferroviaire* » comme « *toute entreprise à statut privé ou public, qui a obtenu une licence conformément à la législation communautaire applicable, dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemin de fer, la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise; ce terme recouvre aussi les entreprises qui assurent uniquement la traction;* » (article 2 k).

8. Le deuxième paquet ferroviaire a ouvert à la concurrence le marché du fret ferroviaire européen et a établi au profit des nouveaux entrants un droit d'accès aux réseaux ferroviaires européens et transeuropéens. En France, l'ensemble des services de fret ferroviaire est ouvert à la concurrence depuis le 31 mars 2006.
9. Le troisième paquet ferroviaire, adopté en 2007, a notamment permis l'ouverture, à compter du 1er janvier 2010, du transport ferroviaire transfrontalier de voyageurs à la concurrence. Cette ouverture du trafic voyageurs est organisée par la directive n° 2007/58/CE du 23 octobre 2007 qui prévoit l'ouverture d'un service international de voyageurs depuis le 1^{er} janvier 2010.
10. Par ailleurs, le service international de voyageurs est assorti d'un droit de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de prendre et déposer des voyageurs en cours de route dans un même pays. Ce droit est néanmoins encadré et peut être limité. D'une part, l'objet principal de la desserte doit demeurer le transport international de voyageurs, le cabotage ne pouvant être qu'accessoire. D'autre part, le droit de cabotage peut être restreint dans les cas où l'exercice de ce droit compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public.
11. L'adoption concomitante du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, dit règlement « OSP » (pour « obligations de service public ») organise l'ouverture à la concurrence à brève échéance du transport ferroviaire régional. Ce règlement pose le principe de soumission de l'attribution des contrats de service public de transports de voyageurs par chemin de fer et par route aux règles de mise en concurrence communautaires, notamment pour les services publics locaux de transport de voyageurs, au plus tard le 3 décembre 2019.
12. L'effet cumulatif de ces textes européens aboutit aujourd'hui à une ouverture à la concurrence des réseaux ferroviaires des Etats-membres variable selon l'activité : complète pour le transport de marchandises, et partielle en matière de transport de voyageurs.
13. Toutefois, l'accès au seul réseau ferroviaire est insuffisant : l'exploitation ferroviaire nécessite en effet pour une entreprise ferroviaire de pouvoir accéder à un ensemble d'infrastructures, bâtiments et services associés. C'est pourquoi la directive 2001/14 CE identifie et liste des infrastructures de services dans son annexe II, reprises dans l'article 3 du projet de décret. Les services qui y sont fournis le sont « *de manière non discriminatoire et les demandes des entreprises ferroviaires ne peuvent être rejetées que s'il existe d'autres options viables aux conditions du marché. Si les services ne sont pas fournis par un gestionnaire d'infrastructure unique, le fournisseur de «l'infrastructure principale» fait tout effort raisonnable pour faciliter la fourniture de ces services.* » (article 5-1)
14. Le premier paquet ferroviaire est actuellement en cours de modification par les institutions européennes. Cette refonte devrait conduire à fusionner les trois directives en vigueur et leurs modifications successives. Elle vise également à moderniser la législation et à résoudre certaines problématiques identifiées au cours des premières étapes de l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire européen.

2. CADRE JURIDIQUE NATIONAL

15. Du fait de l'adoption des textes précités au niveau européen, et tout particulièrement avec l'entrée en vigueur de l'ouverture du trafic transfrontalier de voyageurs au 1^{er} janvier 2010, la France a fait évoluer son cadre juridique national, fondé jusque là sur le monopole de la

SNCF consacré par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI).

16. Jusqu'à l'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire, la SNCF disposait d'un monopole légal. La LOTI lui confiait pour mission d'exploiter, selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire de voyageurs sur le réseau ferré national (RFN).
17. La loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" (RFF) en vue du renouveau du transport ferroviaire a organisé, conformément aux principes de la directive 91/440 la séparation entre RFF, désigné comme gestionnaire d'infrastructure, et la SNCF assumant un double rôle d'entreprise ferroviaire et de gestionnaire d'infrastructure délégué. En raison des impératifs de sécurité et de continuité du service public, la SNCF a été chargée, au titre de l'article 1^{er} de la loi n° 97-135, 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.
18. Historiquement, le réseau ferroviaire ainsi que les infrastructures ferroviaires appartenaient à l'Etat. La loi n° 97-135 du 13 février 1997 a établi les principes de répartition du patrimoine relevant du domaine public ferroviaire entre les deux entités, RFF se voyant transférer ses biens en pleine propriété tandis que la SNCF en demeure affectataire. L'article 5 de la loi n° 97-135 a transféré 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* ». Les modalités de détermination de ces biens devaient être fixées par décret en Conseil d'Etat.
19. En vertu des articles 2 et 3 du décret n° 97-445 du 5 mai 1997 portant constitution du patrimoine initial de RFF, RFF et la SNCF devaient établir la répartition des biens entre les deux entités. Or, s'agissant des cours de marchandises, ce n'est que dix ans plus tard que cette liste a été entérinée. Un arrêté en date du 27 novembre 2006 des ministres chargés du domaine et des transports a approuvé la répartition des biens. Il en résulte que les cours de marchandises peuvent appartenir à la SNCF ou à RFF. Le critère suivi dans la répartition consiste à attribuer à la SNCF les cours dont elle pouvait avoir l'utilité.
20. Dans le même temps, nombre d'infrastructures de services et bâtiments, incluant les gares, et les ateliers de fabrication, de maintenance et de stockage des équipements liés à l'infrastructure ainsi que les immeubles administratifs, ont été expressément exclus du transfert à RFF et sont restés dans le giron de l'opérateur historique. Du fait de ce partage, la propriété des différentes infrastructures et bâtiments constituant le réseau ferré national est morcelée dans une organisation particulièrement complexe. A titre d'exemple, les gares de voyageurs restent affectées à la SNCF tandis que les quais de ces gares sont la propriété de RFF.
21. 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 (« loi ORTF ») a modifié en profondeur le régime juridique de la LOTI pour permettre l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire transfrontalier de voyageurs, mettant ainsi fin au monopole de la SNCF sur le transport ferroviaire de voyageurs. La loi ORTF a également créé au sein de la SNCF un service exerçant, pour le compte et selon les objectifs et principes de gestion définis par RFF, les missions de gestion du trafic et des circulations sur le réseau ferré national dans des conditions assurant l'indépendance des

fonctions essentielles ainsi exercées garantissant une concurrence libre et loyale et l'absence de toute discrimination.

22. Cette loi crée par ailleurs un régulateur sectoriel, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. Cette Autorité se voit confier pour mission 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. Elle doit veiller en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence.
23. La LOTI et la loi ORTF ont ultérieurement, par l'effet de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, été en grande partie codifiées dans le code de transports. En particulier, les dispositions législatives relatives aux gares de voyageurs ont été codifiées aux articles L.2123-1 à L.2123-3.
24. A l'heure actuelle, le droit d'accès au réseau ferroviaire et aux différentes infrastructures de services est organisé en pratique par le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national. Dans sa rédaction actuelle, la tarification de l'accès aux infrastructures ainsi qu'aux prestations de services fournies dans ces infrastructures de services est prévue à l'article 3 du décret qui dispose :

« I. - Le droit d'accès au réseau ferré national comprend pour toute entreprise ferroviaire mentionnée à l'article 2 le droit aux prestations minimales suivantes : le traitement de ses demandes de capacités d'infrastructure, le droit d'utiliser les capacités qui lui sont attribuées, l'utilisation des branchements et aiguilles du réseau, la signalisation, la régulation, la gestion des circulations, la communication et la fourniture d'informations concernant la circulation des trains ainsi que toute autre information nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exploitation du service pour lequel les capacités lui ont été attribuées.

Le droit d'accès au réseau ferré comporte également le droit d'accès aux équipements suivants : les installations de traction électrique, y compris les installations de transport et de distribution de l'électricité de traction, les infrastructures d'approvisionnement en combustible, les gares de voyageurs comprenant leurs bâtiments et les autres infrastructures, les terminaux de marchandises, les gares de triage, les gares de formation, les gares de remisage, les centres d'entretien et les autres infrastructures techniques.

Réseau ferré de France et la Société nationale des chemins de fer français sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de satisfaire sans discrimination toute demande portant sur les prestations énumérées au I.

II. - Toute entreprise ferroviaire mentionnée à l'article 2 peut demander à bénéficier des prestations complémentaires suivantes : la fourniture du courant de traction, le préchauffage des voitures, la fourniture du combustible, les services de manœuvre et tous les autres services fournis aux installations dont l'accès est prévu au I, des contrats sur mesure pour le contrôle du transport de marchandises dangereuses ou l'assistance à la circulation de convois spéciaux.

Toute entreprise ferroviaire mentionnée à l'article 2 peut également demander à bénéficier de prestations connexes comprenant l'accès au réseau de télécommunications, la fourniture d'informations complémentaires et le contrôle technique du matériel roulant.

Dès lors que Réseau ferré de France et la Société nationale des chemins de fer français fournissent une de ces prestations complémentaires ou connexes, ils doivent la fournir sans discrimination à toute entreprise qui en fait la demande.

III. - L'accès par le réseau aux prestations minimales mentionnées au premier alinéa du I donne lieu au versement de redevances d'infrastructure dans les conditions prévues par le décret n° 97-446 du 5 mai 1997 susvisé.

L'accès par le réseau aux équipements de service mentionnés au second alinéa du I donne lieu au versement d'une rémunération égale au coût directement imputable à l'exploitation du service considéré.

La fourniture des prestations complémentaires ou connexes mentionnées au II donne lieu au versement d'une rémunération qui est égale au coût du service lorsque celui-ci est rendu par un fournisseur en situation de monopole. »

B. PRÉSENTATION DE L'ORGANISATION DU RÉSEAU ET DU REGIME DES INFRASTRUCTURES DE SERVICES

25. Les infrastructures visées à l'article 3 du projet de décret soumis à l'Autorité sont détenues ou gérées presque exclusivement par la SNCF et RFF.
26. Les gares de voyageurs sont affectées à la SNCF, à l'exception des quais, de leurs éventuels aménagements nécessaires (passerelles, passages souterrains) et de certains accès routiers et piétons aux gares de voyageurs, qui sont propriété de RFF.
27. Les installations d'alimentation électrique sont quasi-exclusivement détenues par RFF.
28. Les gares de triage, d'installations fixes du réseau ferré national dédiées au tri des wagons des trains de fret dans un chantier spécialisé, et les voies de services, voies utilisées pour le remisage, la composition de trains ou de l'entretien léger sont détenues par RFF.
29. Les terminaux de marchandises concernent a priori aussi bien les cours fret, qui sont détenues en majorité par la SNCF, que les terminaux de transport combiné qui sont détenus en grande majorité par RFF. Comme précisé plus haut, en vertu du décret n° 97-445 du 5 mai 1997 portant constitution du patrimoine initial de RFF, RFF et la SNCF devaient établir la répartition des biens entre les deux entités. Or, s'agissant des cours de marchandises, ce n'est que dix ans plus tard que cette liste a été entérinée par arrêté du 27 novembre 2006 par lequel les ministres chargés du domaine et des transports ont approuvé la répartition des biens. Il en résulte que les cours de marchandises peuvent appartenir à la SNCF ou à RFF. Le critère suivi dans la répartition était celui d'attribuer à la SNCF les cours dont elle pouvait avoir l'utilité.
30. Les infrastructures d'approvisionnement en combustible et en sable sont détenues pour l'essentiel par la SNCF.
31. Les installations d'entretien et les installations techniques sont exclusivement détenues par la SNCF.

C. PRÉSENTATION DU PROJET DE DÉCRET ET DU CONTEXTE DANS LEQUEL IL S'INSCRIT

32. Le transport ferroviaire de marchandises a été entièrement ouvert à la concurrence en mars 2006. En dehors de Fret SNCF, VFLI (filiale de la SNCF) et Naviland Cargo (qui n'est pas une entreprise ferroviaire mais qui exerce des activités de traction ferroviaire sous le certificat de la SNCF), cinq entreprises ferroviaires proposent actuellement leurs services de traction ferroviaire en France. Il s'agit de Euro Cargo Rail (filiale de DB Schenker Rail), Europorte (anciennement Veolia Cargo et filiale d'Eurotunnel), Colas Rail (appartenant au groupe Bouygues), SNCB Logistics (filiale de la Société nationale des chemins de fer belges –SNCB) et les CFL (détenue par ArcelorMittal et les Chemins de Fer Luxembourgeois).
33. L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs a eu lieu en décembre 2010. A l'heure actuelle, seul le groupe SNCF est présent sur le réseau ferré national : la SNCF et sa filiale Eurostar.
34. Une entreprise commune associant Veolia Transdev et Trenitalia a demandé et obtenu des sillons pour opérer des trains de nuit sur l'axe Paris-Venise avec une liaison par jour dans chaque sens (une rotation) à partir de décembre 2011. Des négociations entre le nouvel entrant et la branche Gares & Connexions de la SNCF sont actuellement en cours en vue de la signature d'un contrat d'accès à la gare de Lyon (Paris) et de conventions d'occupation temporaire du domaine public dans plusieurs gares sur le parcours de la liaison opérée.
35. L'implantation de nouvelles entreprises ferroviaires sur le marché de fret ferroviaire et l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché du transport ferroviaire des voyageurs rend nécessaire la définition d'un cadre juridique organisant les conditions d'accès aux infrastructures de services du RFN, ainsi que le périmètre des prestations fournies dans ces installations auxquelles ces nouvelles entreprises ferroviaires peuvent prétendre.
36. Le projet de décret soumis à l'Autorité est pris en application de l'article L.2123-3 du code des transports qui prévoit :
- « Un décret en Conseil d'Etat précise pour les gares et toutes autres infrastructures de services la nature des prestations minimales ou complémentaires dont toute entreprise ferroviaire autorisée à réaliser des services de transport peut demander la fourniture et les principes de tarification applicables à ces prestations. »*
37. Ce projet de décret comporte trois chapitres.
38. Le premier chapitre définit pour l'ensemble du réseau ferroviaire la notion de prestations régulées, le régime juridique de celles-ci puis détaille pour chaque type d'infrastructure de services, les services et les prestations complémentaires fournis. Il énonce également les principes de tarification applicables aux différentes infrastructures ainsi qu'aux prestations appartenant au périmètre régulé qui y sont rendues.
39. L'article 1^{er} du projet de décret définit aussi bien l'accès aux infrastructures de services que les prestations régulées qui sont offertes au moyen de ces infrastructures :
- l'**accès** par le réseau aux infrastructures de services est proposé de façon transparente et non discriminatoire à toutes les entreprises ferroviaires ainsi qu'aux candidats autorisés ;
 - les **services** sont obligatoirement fournis aux entreprises ferroviaires, c'est-à-dire la SNCF et ses concurrents, dès lors qu'elles accèdent aux infrastructures de services,

dans la mesure où il n'existe pas d'autres options viables aux conditions du marché (article 5 paragraphe 1 de la directive 2001/14/CE). A titre d'exemple, dans le cas des gares de voyageurs, il peut s'agir des services d'accueil et d'information des voyageurs ;

- les **prestations complémentaires** que le gestionnaire de l'infrastructure de services est obligé de fournir à la demande de toute entreprise ferroviaire, dès lors qu'il les fournit déjà à une entreprise ferroviaire (article 5 paragraphe 2 de la directive 2001/14/CE) et qu'il est le seul à les proposer (article 7 paragraphe 8 de la directive 2001/14/CE). A titre d'exemple, toujours dans le cas des gares de voyageurs, il peut s'agir de la mise à disposition des entreprises ferroviaires d'espaces de vente de titres de transport.

40. L'article 2 énonce les principes de tarification applicables aussi bien à l'accès aux infrastructures de services qu'aux services et prestations complémentaires fournis dans celles-ci. L'accès par le réseau aux infrastructures de services donne lieu à la perception d'une redevance égale au coût directement imputable à l'exploitation du service. Pour ce qui est des services et prestations complémentaires fournis, le projet de décret prévoit la perception d'une redevance liée au coût de la prestation concernée calculé d'après le degré d'utilisation réel. Concernant les prestations régulées, le texte introduit la possibilité de moduler la redevance versée par les entreprises ferroviaires en fonction de certains critères liés au degré d'utilisation réel.
41. Le projet de décret définit dans ses articles 4 à 9 le contenu des services obligatoirement fournis pour chaque infrastructure de services, conformément à l'article L. 2123-3 du code des transports, et précise, le cas échéant, les prestations complémentaires figurant à l'annexe II, point 3 de la directive 2001/14 CE.
42. Par ailleurs, l'article 10 impose aux gestionnaires d'infrastructures de services la mise en œuvre de principes de confidentialité et de déontologie dans leurs relations avec les entreprises ferroviaires.
43. Le deuxième chapitre précise le cadre juridique applicable au RFN et, en particulier, aux gares de voyageurs. Il crée une direction autonome chargée de leur gestion au sein de la SNCF et clarifie les modalités de cette gestion, en définissant les principes de tarification des services en gare et en assurant la transparence de l'information.
44. En particulier, l'article 11 modifie le décret n° 83-109 du 18 février 1983 relatif aux statuts de la Société nationale des chemins de fer français. Cet article prévoit que la gestion des gares au sein de la SNCF est assurée par une direction autonome, dotée de comptes distincts des autres activités de l'établissement. Le texte modifie les statuts de la SNCF et vise à mettre en place une forme d'autonomie.
45. L'article 13 constitue l'une des dispositions centrales de ce projet de décret. Il modifie le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national en précisant les modalités de détermination des redevances en gares de voyageurs et définissant les composants de la base de charges répercutées aux entreprises ferroviaires. Il introduit des instances régionales de concertation entre les parties prenantes dans le cadre de la modification de la gouvernance des gares. Le projet de décret prévoit en outre, en modifiant l'article 14-1 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003, que le directeur des gares établit chaque année un document de référence des gares (DRG) reprenant l'ensemble des informations nécessaires pour que les entreprises ferroviaires puissent établir un service. Ce document, indépendant du document de référence du réseau (DRR), vise à individualiser le cas particulier des activités en gare.

46. Par ailleurs, l'article 3 du décret n° 2003-194 modifié par l'article 13. Il vise à clarifier la tarification des infrastructures de service du réseau national, en renvoyant, d'une part, aux dispositions du présent projet de décret et en disposant, d'autre part, que la prestation correspondant à l'accès par le réseau à ces infrastructures est incluse dans le droit d'accès au réseau ferré national.
47. Le troisième chapitre porte enfin sur les dispositions transitoires.

II. Analyse du projet de décret soumis à l'Autorité de la concurrence

48. En préambule, l'Autorité de la concurrence constate que le projet de décret qui lui est soumis aborde notamment les questions d'organisation de l'accès transparent et non-discriminatoire des entreprises ferroviaires concurrentes aux infrastructures susceptibles d'être qualifiées d'essentiels, de gouvernance des gares de voyageurs, de définition du périmètre des prestations régulées fournies dans ces infrastructures et de tarification de celles-ci.
49. Plusieurs de ces sujets ont déjà été évoqués par l'Autorité, en particulier dans l'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, l'avis n° [08-A-18](#) du 13 octobre 2008 relatif à un projet de décret sur les redevances d'utilisation du réseau ferré, et l'avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.
50. L'Autorité constate, à la lumière des recommandations qu'elle a été conduite à faire à l'occasion des avis précités, que le modèle défini en matière de gestion des infrastructures de services du réseau ferré national par le code des transports et par le présent projet de décret n'est pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire.
51. L'Autorité estime, comme l'ARAF dans son avis du 15 juin 2011, 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. Le cadre juridique actuel, ainsi que le présent projet de décret qui en découle, ne peuvent constituer à cet égard qu'une première étape, qui devra être suivie d'autres à l'approche des prochaines échéances de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire.
52. Les observations formulées ci-après s'inscrivent par conséquent dans un souci d'améliorer autant que possible les conditions d'exercice de la concurrence et la sécurité juridique dans ce cadre juridique largement perfectible.
53. Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence a identifié plusieurs problématiques d'ordre concurrentiel relevant d'une part de la question de la séparation du gestionnaire de gares au sein de la SNCF (A), et d'autre part de la tarification des prestations régulées dans les infrastructures de services listées à l'article 3 du projet de décret (B).
54. L'Autorité a également souhaité faire des recommandations sur les questions de gouvernance et de régulation traitées par le projet de décret (C).

55. Enfin, l’Autorité renvoie à l’avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011 pour ce qui concerne les questions relatives à la séparation comptable entre la SNCF et Gares & Connexions.

A. LA SÉPARATION DU GESTIONNAIRE DE GARES AU SEIN DE LA SNCF

1. UNE SÉPARATION TOUJOURS INSUFFISANTE DU GESTIONNAIRE DE GARES

56. L’article 11 du projet de décret soumis à l’Autorité de la concurrence modifie le décret n° 83-109 du 18 février 1983 relatif aux statuts de la Société nationale des chemins de fer français en y insérant un article 11-2 confiant les missions de gestion des gares de voyageurs prévues à l’article L. 2141-1 du code des transports à une direction autonome au sein de la SNCF, dotée de comptes distincts des autres activités de l’établissement.

57. Il est mis en place une procédure de nomination du directeur des gares par le conseil d’administration de la SNCF, pour un mandat dont la durée est définie par celui-ci. Il ne peut être mis fin à ses fonctions de façon anticipée qu’à la demande du président de la SNCF par décision motivée.

58. L’Autorité observe que, si le projet de décret semble s’inspirer sur certains points de la procédure de nomination du directeur des circulations ferroviaires telle que prévue par l’article L.2123-6 du code des transports, il va beaucoup moins loin : la nomination et la révocation restent ici soumises à l’appréciation du conseil d’administration de la SNCF et de son président, ce qui ne peut caractériser une véritable autonomie.

59. Comme l’ARAF l’a souligné dans son avis n° 2011-014 du 15 juin 2011, le cadre juridique actuel ne répond que partiellement aux enjeux de l’ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs. La solution organisationnelle retenue porte en particulier le risque de construire progressivement un édifice réglementaire particulièrement complexe et coûteux pour l’ensemble des intervenants du secteur, transporteurs, gestionnaires d’infrastructures et autorités de contrôle.

60. A l’occasion de l’avis n° [09-A-55](#) du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, l’Autorité de la concurrence a déjà eu l’occasion d’apprécier le modèle de séparation du gestionnaire de gares créé par la SNCF. L’Autorité a également présenté les différents degrés de séparation organisationnelle adaptés aux enjeux de l’ouverture à la concurrence du transport ferroviaire, et considéré qu’une séparation plus nette de la mission de gestion des gares devait être engagée.

61. L’Autorité a notamment conclu :

« La création par la SNCF d’une branche chargée de la gestion et de l’aménagement des gares résulte d’un choix organisationnel fait par l’opérateur historique, reflétant la prise en compte par celui-ci des impératifs liés à l’ouverture à la concurrence. Si ce choix n’est pas contraire aux dispositions régissant actuellement l’activité ferroviaire, il n’apparaît pas pleinement satisfaisant. Comme l’a souligné le président de RFF, M. Hubert du Mesnil, lors de la séance de l’Autorité en date du 29 septembre 2009, devoir s’adresser à l’opérateur historique pour accéder aux gares est une démarche difficile pour un nouvel opérateur. Le fait que la SNCF n’ait pas rendu Gares & Connexions plus indépendant des activités concurrentielles de l’EPIC, en filialisant par exemple cette activité comme cela a été le cas en Allemagne, et que cette entité soit placée sous l’autorité directe du président de la SNCF n’apparaît pas de nature à offrir des garanties suffisantes de transparence

dans la gestion des gares reposant sur d'autres facteurs que la seule bonne volonté de l'opérateur historique. »

62. Or, force est de constater que le modèle de séparation retenu dans le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire n'apporte pas de modification substantielle au modèle organisationnel mis en place par l'opérateur historique : il ne fait que l'entériner, sans autre ambition.
63. L'Autorité regrette que la solution retenue pour les gares s'écarte de celle, beaucoup plus satisfaisante, prévue par l'article L.2123-6 du code des transports. Ce dernier dispose, en ce qui concerne le directeur du service gestionnaire des trafics et des circulations :
« Le directeur du service gestionnaire des trafics et des circulations est nommé, pour cinq ans, par décret du Premier ministre sur proposition du ministre chargé des transports et après avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. Il ne peut être mis fin de manière anticipée à ses fonctions, le cas échéant à la demande du président de la Société nationale des chemins de fer français, que dans l'intérêt du service, par décret du Premier ministre et après avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. Le directeur du service gestionnaire des trafics et des circulations ne peut être membre du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer français. Les personnels employés par le service ne peuvent recevoir d'instruction que du directeur ou d'un agent placé sous son autorité. »
64. L'Autorité comprend les contraintes politiques et sociales qui pèsent sur l'exercice dans le contexte actuel. Elle pourrait admettre une certaine progressivité, à condition que le cadre proposé par le projet de décret soit clairement présenté comme une première étape, devant préparer d'autres plus ambitieuses, comme la séparation juridique ou patrimoniale. Mais cela suppose que la séparation fonctionnelle envisagée aujourd'hui soit entourée de garanties minimales, qui ne sont pas mises en place par le texte, et qu'un calendrier soit annoncé pour le passage à de futures étapes. Enfin, tant que les gares de voyageurs demeureront dans le giron de l'opérateur historique, un accroissement important des pouvoirs du régulateur sectoriel est indispensable, particulièrement en matière tarifaire

2. ABSENCE D'AUTONOMIE FINANCIÈRE

65. Il apparaît que l'indépendance vis-à-vis de la SNCF de Gares & Connexions sur le plan financier est toute relative, comme l'Autorité l'a souligné dans l'avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011 relatif à une demande d'avis de l'ARAF concernant le projet de séparation comptable de l'activité gares de voyageurs au sein de la SNCF. Il semblerait logique que le transfert de la gestion des biens composant le patrimoine des gares de voyageurs à Gares & connexions s'accompagne à son profit d'une capacité d'action nettement plus large, dans le cadre de la séparation des activités de transporteur et de gestionnaire de gares.
66. Or, le gestionnaire de Gares & connexions se voit déléguer des pouvoirs de gestion sur ces biens moins étendus que ceux accordés actuellement par le conseil d'administration de la SNCF à son président.
67. Sa délégation de pouvoir est limitée aux opérations n'excédant pas un montant total de 15 millions d'euros, alors que la compétence du président de la SNCF varie selon la nature des opérations d'un montant maximum allant de 40 à 160 millions d'euros.

68. Il en découle que, pour les opérations les plus importantes concernant les grandes gares parisiennes, la décision relèvera du président, dont la fonction le conduit logiquement à connaître les projets de toutes les autres branches de la SNCF, que leur activité soit régulée ou soumise à la concurrence.
69. Gares & Connexions ayant annoncé un projet visant à investir 4 milliards d'euros dans les gares d'ici à 2020, une limite de 15 millions d'euros aux pouvoirs d'engagement du directeur des gares semble manifestement inadaptée au niveau d'investissement projeté et laisse de fait pour l'heure la charge au président de l'opérateur historique de définir les programmes d'investissement en gares de voyageurs.
70. L'Autorité estime donc que la limitation à 15 millions d'euros de la délégation de pouvoir dont dispose pour l'heure le directeur des gares n'est pas adéquate. Elle invite le gouvernement à réévaluer ce plafond. L'Autorité admet le principe que l'engagement de crédits relevant de l'EPIC ne soit pas laissé à la seule appréciation d'un directeur de branche, sans contrôle. A cet égard, le fait que le conseil d'administration de la SNCF souhaite exercer un contrôle sur le budget et les comptes de la direction autonome des gares peut se concevoir. Ce contrôle semble cependant trop direct en l'état actuel, ce qui fait courir un trop grand risque que les investissements bénéficieront davantage à la SNCF qu'à l'ensemble des entreprises ferroviaires, qui en supporteront pourtant le coût par l'intermédiaire des redevances en gares.
71. A défaut de réelle indépendance de la branche Gares & Connexions, le directeur de la branche devrait pour le moins être capable de déterminer la politique d'investissements à mettre en œuvre sur le domaine dont il assure la gestion. Afin d'intégrer les principes de contrôle des risques et d'examen collégial en matière de politique d'investissements, les décisions de Gares & Connexions en la matière pourraient passer par le filtre d'un comité d'engagements spécifique au sein de cette branche, qui préfigurerait en quelque sorte un futur conseil d'administration.

3. DÉFAUT DE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DES RÈGLES EN MATIÈRE DE CIRCULATION DE L'INFORMATION

72. L'article 10 du projet de décret prévoit :
- « Afin de respecter le principe de non discrimination dans l'accès aux infrastructures de services et aux prestations qui y sont offertes, les gestionnaires de ces infrastructures de services et les prestataires concernés mettent en œuvre toutes dispositions permettant de garantir la confidentialité des informations à caractère industriel ou commercial qui leur sont communiquées par les entreprises ferroviaires.(...) »*
- Les gestionnaires de ces infrastructures de services, les prestataires et les entreprises ferroviaires concernés prennent toutes les mesures nécessaires pour que les personnels chargés du traitement des demandes de prestations et de leur réalisation respectent cette confidentialité. Ils mettent en œuvre un dispositif de contrôle approprié. »*
73. Il est tout à fait louable que le pouvoir réglementaire cherche à poser des garanties en termes de circulation de l'information à l'intérieur de la SNCF. La question de la protection des informations commerciales communiquées par les nouveaux entrants à l'opérateur historique se pose dans toutes les industries de réseau lors de l'ouverture à la concurrence de celles-ci. La possession d'informations concernant les concurrents, transmises à l'occasion de l'accès à une infrastructure essentielle détenue par l'opérateur historique, peut en effet conférer à ce dernier un atout déterminant dans la compétition.

Dans le secteur ferroviaire, les informations en provenance des nouveaux entrants sont particulièrement sensibles dans la mesure où elles portent sur la stratégie même des entreprises et leurs investissements futurs, au travers des lignes qu'elles sont susceptibles d'opérer. Le caractère sensible de telles données appelle la mise en place de garanties préalables d'autant plus importantes que l'information peut être transmise de manière informelle ou orale, avec peu de possibilité de contrôle *ex post*.

74. A cet égard, le projet de décret propose un niveau de garantie nettement insuffisant. Les règles qui s'imposeraient à la SNCF demeurent très générales et dépourvues de caractère incitatif et contraignant. L'Autorité regrette là encore que ces dispositions ne s'inspirent pas davantage du modèle mis en place dans le cas du service gestionnaire des trafics et des circulations, qui prévoit de réelles sanctions, en l'occurrence pénales :

« Les dispositions de l'article 226-13 du code pénal s'appliquent à la divulgation, à toute personne étrangère au service gestionnaire des trafics et des circulations, d'informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication serait de nature à porter atteinte aux règles d'une concurrence libre et loyale et de non-discrimination imposées par la loi. La liste des informations concernées est déterminée par voie réglementaire. (...) » (art. L.2123-7 du code des transports).

75. Pour que les règles en matière de circulation de l'information soient efficaces, l'Autorité de la concurrence est d'avis que le contrôle de leur respect doit s'exercer de deux manières distinctes : par l'employeur à l'égard des personnels, mais aussi par le régulateur à l'égard de la SNCF elle-même.
76. En ce qui concerne les personnels tout d'abord, il convient que ceux qui sont susceptibles d'avoir à connaître des données émanant de concurrents soient soumis à des obligations spécifiques de confidentialité et que ces obligations soient assorties de sanctions. Ces sanctions peuvent d'abord être d'ordre disciplinaire : dès lors que les obligations de confidentialité figurent dans le règlement intérieur de l'entreprise, leur non respect peut être sanctionné au titre du droit du travail. La directrice de Gares & Connexions a indiqué lors de la séance du 13 septembre 2011 qu'un tel mécanisme était effectif dans sa direction. L'Autorité est d'avis que ce dispositif peut être suffisant en première intention, sans qu'il soit nécessaire à ce stade de recourir à des sanctions pénales.
77. Mais il importe de veiller à ce que l'ensemble des personnels concernés soient soumis à ce régime d'obligations et de contrôle. Or dans le dispositif actuel, c'est la plateforme de services aux entreprises ferroviaires (PSEF) qui sert d'interface entre la SNCF et les entreprises ferroviaires. Il est donc impératif que les personnels de cette plateforme soient soumis au même régime de confidentialité que ceux de Gares & Connexions. Dans son avis n° 11-A-16 du 29 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence recommande d'ailleurs que les demandes de prestations des transporteurs concurrents de la SNCF soient traitées directement par Gares & Connexions.
78. Pour que ce dispositif soit effectif, il convient en outre de le compléter par des mesures incitant la SNCF elle-même à encadrer en interne la circulation de l'information. En l'absence de telles incitations, la SNCF pourrait être tentée de ne pas nécessairement utiliser la voie disciplinaire dans les cas où ses personnels utiliseraient des informations émanant des concurrents à fins commerciales. Afin de garantir l'imperméabilité entre ses activités commerciales et ses missions de gestionnaire d'infrastructures de services, l'Autorité recommande donc que la SNCF soit elle-même comptable des agissements de son personnel en matière de traitement de l'information des concurrents. Par conséquent, l'ARAF doit également être mise en mesure d'engager la responsabilité de l'entreprise et de la sanctionner au titre de manquements significatifs au code de déontologie prévus à

l'article 10 du projet de décret. Il appartient au pouvoir réglementaire -ou législatif éventuellement- de rechercher quel pourrait être le support d'une telle obligation à la charge de la SNCF.

B. TARIFICATION

79. Le projet de décret soumis à l'Autorité de la concurrence définit pour chaque type d'infrastructures de services le périmètre des prestations régulées. Concernant la tarification de ces prestations, l'article 2 de ce texte prévoit que la réalisation des services et, le cas échéant, des prestations complémentaires donne lieu « à la perception d'une redevance liée au coût de la prestation concernée calculé d'après le degré d'utilisation réel ».
80. Il est en outre précisé que le montant de chaque redevance peut être différencié selon le type de prestation régulée en fonction de six critères, dans des conditions transparentes et non discriminatoires.
81. Par ailleurs, l'article 13 du projet de décret modifie le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national en prévoyant, pour les gares de voyageurs, la constitution d'une base de charges ayant vocation à être couverte par les redevances versées par les entreprises ferroviaires utilisant la gare. Il prévoit également la mise en place d'un système dit de « double caisse » afin d'organiser respectivement l'affectation des revenus issus du périmètre des prestations régulées d'une part, et des prestations non-régulées d'autre part.
82. Il apparaît nécessaire de revenir dans un premier temps sur les principes de tarification d'accès aux facilités essentielles tels qu'ils se dégagent d'un tour d'horizon de la pratique de l'Autorité dans d'autres secteurs et industries de réseau (électricité, gaz, télécommunications, etc.), avant d'examiner dans un second temps comment ces principes peuvent s'appliquer aux gares de voyageurs.

1. LES PRINCIPES DE TARIFICATION APPLICABLES AUX INDUSTRIES DE RÉSEAU

83. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont eu l'occasion à de multiples reprises de se pencher sur la question de la tarification de l'accès aux infrastructures essentielles, et ce dans des secteurs aussi variés que l'électricité, le gaz, les télécommunications, les aéroports, etc. De cette pratique décisionnelle consultative se dégagent des conditions de fond quant à la fixation des tarifs d'accès à ces infrastructures (a) ainsi que des conditions de forme (b).

a) Les conditions de fond

84. De manière générale, les charges d'accès aux infrastructures essentielles doivent permettre d'atteindre un double objectif :
 - utiliser au mieux l'infrastructure existante, et l'allouer entre les utilisateurs potentiels de sorte que les plus efficaces d'entre eux puissent émerger du processus d'allocation de cette infrastructure,

- inciter le gestionnaire à correctement maintenir et gérer les infrastructures existantes, et à en développer le cas échéant de nouvelles de manière efficace.
85. En droit de la concurrence, ces objectifs se traduisent par l'obligation, pour l'entreprise qui détient l'infrastructure, de la mettre à disposition des tiers dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, et ce à un tarif permettant l'exercice d'une concurrence effective¹.
86. Sur le plan tarifaire, la mise en œuvre de ces principes s'apprécie au cas par cas et au vu des spécificités propres à chaque secteur et à chaque infrastructure, notamment au regard des risques de sur- ou de sous-investissement, du degré de développement de la concurrence ou encore de la prise en compte d'éventuelles externalités (congestion, effets de réseau, etc.). Les principaux paramètres de fixation des tarifs sont (i) le référentiel de coûts à prendre en compte dans l'évaluation des coûts (ii) la modularité des tarifs et (iii) le mode de fixation des prix en fonction des coûts.

Le référentiel de coûts

87. Le référentiel de coûts correspond aux charges supportées par l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle et qui sont prises en compte pour une évaluation des coûts afférents à la mise à disposition de l'infrastructure.
88. Le référentiel peut d'abord se limiter au coût marginal. La tarification au coût marginal, en faisant payer à l'utilisateur marginal le coût supplémentaire que cette utilisation engendre pour la collectivité, permet une utilisation optimale des infrastructures. Mais elle implique en général un « déficit d'infrastructures » lorsqu'elle est appliquée aux monopoles naturels. En effet, dans des industries caractérisées par d'importants coûts fixes, où les rendements d'échelle sont croissants, le coût marginal est inférieur au coût total moyen, de sorte que la tarification au coût marginal ne permet pas de couvrir l'intégralité des coûts investis dans l'infrastructure. Des concours publics peuvent alors être nécessaires pour financer l'activité déficitaire du monopole.
89. Lorsque de tels transferts de fonds publics ne sont pas envisageables, l'analyse économique suggère des principes de tarification alternatifs, le premier étant celui d'une tarification orientée vers le coût moyen, modulée en fonction de l'élasticité de la demande pour les différents services afin de minimiser les distorsions ainsi engendrées dans l'utilisation de ces services. Ce mode de tarification, s'inspirant de la tarification de Ramsey-Boiteux, est cependant difficile à mettre en œuvre dans un contexte d'asymétrie informationnelle entre régulateur et entreprises régulées car il suppose une bonne connaissance des coûts variables et fixes ainsi que de l'élasticité de la demande de chaque opérateur souhaitant accéder aux infrastructures.
90. Dans les secteurs régulés, le référentiel de coûts inclut en général les coûts propres à l'activité concernée (coûts variables et coûts fixes pertinents directement imputables) ainsi que, le cas échéant, une quote-part plus ou moins importante des coûts partagés avec d'autres activités. La définition du référentiel de coûts ne se limite pas à l'énumération d'une nomenclature de coûts pertinents. Elle suppose également de fixer une méthode de valorisation des actifs ainsi qu'un taux de rémunération du capital investi. Certains postes de coûts, parce qu'inefficaces, peuvent enfin être exclus du référentiel de coûts.

¹ Voir par exemple : avis n° [07-A-05](#) du 19 juin 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles (§ 21).

91. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont eu l'occasion de souligner les enjeux concurrentiels de la base de charges. A propos de la tarification du transport de l'électricité, elle a indiqué qu'une base de charges trop large pouvait nuire au processus d'ouverture à la concurrence : « *Le risque pour la concurrence est d'aboutir à une liste excessivement ouverte des coûts éligibles aux tarifs, c'est-à-dire permettant aux exploitants des réseaux d'imputer indûment leurs charges dans les tarifs d'accès réglementés et conduisant à les renchérir. Cela pénaliserait les nouveaux opérateurs présents dans la seule activité de vente de l'énergie par rapport aux opérateurs historiques intégrés* ». A titre d'illustration, l'Autorité indiquait qu'« *un renchérissement significatif des tarifs de distribution pourrait être préjudiciable à l'équilibre économique d'un nouvel entrant sur le marché de la fourniture d'électricité, qui n'est présent que sur la vente, dispose d'un portefeuille de clients limité, et se développe en reprenant des clients à l'opérateur historique* » (avis n° [05-A-25](#), § 28 et 42).
92. Dans le secteur du transport du gaz, l'Autorité avait également souligné l'existence d'un risque de subvention croisée : « *Une telle situation serait préjudiciable à la compétitivité des nouveaux entrants par rapport aux anciens monopoles présents sur tous les métiers gaziers. (...) Une situation de rente pourrait être créée au profit des transporteurs du fait d'un montant excessivement élevé des tarifs au regard des coûts supportés. L'écart de rentabilité obtenue entre les activités réglementées et les métiers soumis à la concurrence pourrait dès lors donner lieu à des pratiques de subventions croisées entre les activités.* » (avis n° [05-A-04](#), § 37 et 39). Au-delà du seul caractère élevé des tarifs, l'Autorité ajoutait qu'une mauvaise répartition des coûts et des recettes, en l'occurrence entre transport régional et transport national, induisait également un risque de subvention croisée (§ 29).
93. Dans le secteur des télécommunications, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont relevé que les charges de terminaison d'appel mobiles, qui sont payées par l'opérateur de l'appelant à l'opérateur de l'appelé pour établir une communication entre réseaux distincts (« off net »), pouvaient, lorsqu'elles étaient trop élevées, inciter les opérateurs à accentuer artificiellement les « effets clubs » par la mise en œuvre de différenciations tarifaires favorisant les appels « on net » (c'est-à-dire entre deux correspondants abonnés au même réseau), au détriment des opérateurs disposant des plus petits parcs de clientèle (avis n° [07-A-05](#) et [10-A-17](#)). La Commission européenne a ainsi été amenée à recommander la prise en compte des seuls « coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace » pour la fixation des tarifs de terminaison d'appels, à l'exclusion notamment de toute quote-part des coûts communs partagés avec les autres pans de l'activité mobile². Ce principe a été mis en œuvre en France par le régulateur sectoriel, l'ARCEP, sous le contrôle du Conseil d'Etat³.

La modularité

94. Les tarifs d'accès aux infrastructures ne sont pas nécessairement uniformes. Des modulations peuvent être introduites, par exemple en vue de limiter des externalités négatives telles que les problèmes de congestion des réseaux, comme ce fut le cas avec la modulation entre heures pleines et heures creuses pour les tarifs d'interconnexion au réseau téléphonique commuté de France Télécom.

² Recommandation 2009/396/CE du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE

³ Arrêt du 24 juillet 2009.

95. De telles modulations ne peuvent cependant être compatibles avec le principe de non discrimination qu'à de strictes conditions. La modularité pourrait en effet être utilisée par l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle à des fins anticoncurrentielles, particulièrement lorsque celle-ci est verticalement intégrée, en faisant par exemple supporter à tout ou partie de ses concurrents des tarifs artificiellement élevés en comparaison de ceux facturés en interne pour ses besoins propres. Dans le secteur de l'électricité, le Conseil de la concurrence indiquait ainsi : « *La tentation existe, en effet, pour les opérateurs intégrés, de placer le maximum de charges sur les activités de monopole au bénéfice des activités en concurrence* » (avis n°[00-A-29](#)).
96. Les conditions posées par le droit de la concurrence pour moduler les tarifs d'accès aux infrastructures essentielles portent principalement sur (i) les justifications apportées à la modularité, par exemple en termes de différence de coûts ou de prise en compte d'externalités, (ii) la proportionnalité des modulations mises en œuvre au regard des justifications apportées et (iii) la transparence de ces modulations. A propos de la tarification du transport d'électricité, l'Autorité indiquait ainsi : « *Une discrimination tarifaire n'est pas condamnable par nature, mais elle doit être justifiée par des raisons objectives et rendues publiques pour ne pas être susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle* » (avis n° [05-A-25](#), § 79). S'agissant des redevances que les collectivités territoriales étaient susceptibles de facturer aux opérateurs de télécommunications pour l'utilisation d'infrastructures, le Conseil de la concurrence soulignait « *qu'il conviendrait que le barème des redevances, s'il intègre des critères de modulation, indique avec précision les objectifs poursuivis par chacun des éléments de la modulation, ainsi que ses conditions d'amplitude, afin que ces critères ne soient pas susceptibles de conduire à des discriminations entre opérateurs ayant une efficacité identique et que la multiplication des paramètres de variation des redevances ne conduise pas à une tarification complexe génératrice d'une insuffisance de transparence* » (avis n° [98-A-21](#)).

Le mode de fixation des prix en fonction des coûts

97. L'analyse économique insiste par ailleurs sur les incitations à donner au gestionnaire de l'infrastructure. A cet égard, une tarification de type « *cost plus* » ou « *rate of return* », garantissant au gestionnaire le recouvrement des coûts encourus assortie d'une marge raisonnable visant à rémunérer le coût du capital est peu incitative à la minimisation des coûts. Ce mode de tarification peut conduire au surinvestissement dans la mesure où les recettes du gestionnaire d'infrastructures dépendent positivement de ses investissements en capital, et ce d'autant plus que le taux de rémunération du capital retenu dans la base de charge est élevé.
98. De manière alternative, une règle de tarification de type « *price cap* », dans le cadre de laquelle le besoin en recettes du gestionnaire d'infrastructures est déterminé et plafonné à l'avance sur la base des coûts attendus, l'incite davantage à optimiser ses coûts et à faire des choix d'investissements rationnels. Ce dispositif peut en outre être amendé pour prendre en compte l'inflation ou un taux de progrès technologique.
99. L'Autorité de la concurrence a eu l'occasion d'exprimer sa préférence pour cette deuxième méthode de tarification, jugée plus pertinente, par exemple pour le transport de l'électricité : « *L'autre difficulté tient à l'absence, récurrente dans les règles tarifaires, d'une incitation financière imposée à l'exploitant pour améliorer le prix et la qualité du service (mécanisme dit du « price-cap »), qui constitue la contrepartie habituelle d'un tarif fixé par voie réglementaire et basé sur le remboursement des charges de son exploitant. Cet outil de régulation est d'autant plus nécessaire qu'il s'agit du tarif d'accès à une*

infrastructure sous monopole » (avis n° [05-A-25](#), § 29 et 30). En effet, une telle situation de monopole « *se caractérise par l'absence de toute contrainte externe d'efficacité* », comme le signalait l'Autorité de la concurrence à propos de la tarification des installations de gaz naturel liquéfié. L'Autorité ajoutait : « *Au regard des règles de concurrence, une tarification basée sur les coûts d'un service a pour complément indissociable la fixation aux exploitants d'objectifs annuels d'évolution globale des tarifs (« price-cap »)* » (avis n° [05-A-11](#), § 23 et 25).

100. Pour autant, une tarification qui pousserait à l'excès à une compression des coûts pourrait conduire *in fine* à une dégradation des conditions matérielles de l'accès aux infrastructures. C'est pourquoi le choix entre les différents modes de tarification doit tenir compte du risque relatif de sur- et de sous-investissement propre à chaque secteur et à chaque infrastructure.

b) Les conditions de forme

101. Pour les entreprises utilisatrices, le tarif d'accès à l'infrastructure constitue en général un élément central du plan d'affaires et un déterminant important de la rentabilité de l'activité envisagée. Au-delà du niveau même du tarif, celui-ci agit ainsi comme un signal en direction des entreprises susceptibles d'investir ou d'entrer sur le marché. A cet égard, les conditions de publicité, de prévisibilité et les garanties entourant le processus de fixation des tarifs constituent des facteurs au moins aussi nécessaires au bon fonctionnement de la concurrence que le niveau du tarif lui-même.

La prévisibilité et la transparence

102. Dans son étude thématique jointe au rapport annuel 2006, le Conseil de la concurrence a indiqué :
103. « *L'entrée sur un marché implique en général de supporter des coûts irrécupérables : promotions pour attirer les consommateurs vers le nouveau produit, dépenses de recherche et développement spécifiques au marché (sans usage alternatif), inefficacités du processus de production liées à des quantités produites trop faibles, coûts d'enregistrement et coûts administratifs divers, etc. Il existe à cet égard une asymétrie temporelle fondamentale entre les opérateurs en place et les entrants : les premiers ont déjà subi ces coûts alors que les seconds conservent la possibilité de les éviter en renonçant à l'entrée (ou en la différant).* » (Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2006, p.142)
104. Compte tenu de l'importance du tarif d'accès dans l'équation économique des entreprises, la détention d'informations privilégiées concernant le tarif ou son évolution possible peut constituer un avantage concurrentiel considérable. C'est pourquoi les tarifs et leurs évolutions prévisibles doivent être accessibles à l'ensemble des acteurs dans des conditions non discriminatoires. En règle générale, les tarifs sont publiés sous la forme de catalogues ou de documents de référence et leur évolution est précédée d'un préavis minimal, dont la durée est adaptée aux cycles d'investissement propre au secteur concerné.
105. Au-delà de ces principes propres aux règles de concurrence, l'Autorité rappelait à propos des conditions entourant le déploiement de la fibre optique dans le secteur des télécommunications, que la transparence et la prévisibilité sont au cœur de la légitimité de la régulation sectorielle : « *Dans le cadre de cette transition entre la situation, initiale, de monopole et l'objectif, à terme, de plein exercice de la concurrence, les obligations d'accès aux réseaux et aux infrastructures ainsi que les obligations d'interconnexion entre*

les réseaux ont joué et continuent à jouer un rôle déterminant. Des obligations équivalentes pourraient découler en principe de la seule application du droit de la concurrence, au moins dans certaines situations telles que les cas de contrôle par un opérateur verticalement intégré d'une « facilité essentielle ». Mais l'application ex post du droit de la concurrence ne permet pas toujours d'apporter la visibilité que requiert le processus d'ouverture à la concurrence d'un secteur. Seule une intervention ex ante permet de définir un cadre prévisible permettant aux acteurs de prendre des décisions d'investissement efficaces (on parle de « level playing field »). Dans un secteur innovant et capitalistique comme celui des communications électroniques, la définition de ce « cadre d'investissement » et les incitations que le régulateur adresse ainsi, tant à l'opérateur historique qu'à ses concurrents ou à d'éventuels nouveaux entrants, est au cœur de la légitimité de la régulation ex ante » (avis n° 11-A-05 du 8 mars 2011).

Les garanties entourant la fixation des tarifs

106. L'entreprise détentrice de l'infrastructure dispose d'informations détaillées sur ses coûts, sur les conditions d'utilisation de l'infrastructure ou encore sur ses programmes d'investissements futurs qui, en général, sont connus d'elle seule. Les entreprises cotées peuvent être amenées à publier certaines données mais celles-ci restent partielles. Il existe par conséquent un grand risque d'arbitraire dans les conditions de fixation des prix et des modulations éventuelles. Dans les secteurs régulés, une mission importante des autorités de régulation consiste ainsi à réduire les « asymétries d'informations » pour permettre une fixation des prix aussi objective que possible. L'intervention d'une autorité extérieure et indépendante de l'entreprise régulée peut également apporter une certaine sécurité juridique au secteur, dans la mesure où elle peut réduire le risque de contentieux ultérieurs, notamment au regard des règles de concurrence. Il convient également de noter que la prévention des pratiques anticoncurrentielles constitue en général une autre justification importante dans la mise en place d'une régulation sectorielle.
107. L'Autorité de la concurrence a déjà eu l'occasion de préciser les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'un contrôle effectif des tarifs par la puissance publique.
108. En premier lieu, il convient que les principes entourant la tarification soient fixés *ex ante*, en principe par voie réglementaire. A plusieurs reprises, l'Autorité a ainsi appelé de ses vœux la définition préalable et précise de la base des charges pour la tarification du transport du gaz et de l'électricité. S'agissant plus particulièrement des installations de gaz naturel liquéfié, l'Autorité a ajouté que les règles d'amortissement des immobilisations et de calcul du taux de rémunération du capital devaient également être définies en amont par la puissance publique (avis n° [05-A-11](#)). A ce sujet, l'Autorité indiquait : « *Il s'agit là d'éléments structurels, pouvant conduire à un niveau de tarif excessif qui ne permettrait pas aux opérateurs concurrents de GDF de développer leur activité gaz naturel liquéfié. Ces informations constituent donc des règles pérennes et indispensables à la fixation des tarifs qui ont, par nature, vocation à figurer dans un texte réglementaire (...)* ». S'agissant par ailleurs des éventuelles modulations, l'Autorité relevait à propos d'un projet de décret fixant les règles tarifaires pour les réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, que faute de justification apportée, « *les garanties attachées à la procédure prévue par l'article L.410-2, et le respect des critères d'objectivité, de transparence et de non discrimination demandés à un tarif d'accès à une infrastructure essentielle, ne sont ainsi pas remplis sur ce point particulier de la modulation* » (avis n° [05-A-25](#)). Autrement dit, l'absence de justification préalable à d'éventuelles modulations fait porter à celles-ci un sérieux risque juridique. Enfin, à propos de la tarification du transport public de l'électricité TURP2, l'Autorité a ajouté que ces règles de tarification devaient

s'accompagner d'un minimum de transparence méthodologique : « *Le Conseil rappelle que, s'agissant du tarif d'accès à une infrastructure essentielle, la transparence de l'ensemble des éléments de calcul de ce tarif est une exigence légale. Il est dès lors nécessaire que les modalités de fixation des différents coefficients mis en œuvre par la formule tarifaire soient rendues publiques et explicitées par le régulateur* » (avis n° [08-A-02](#), § 20).

109. En second lieu, il importe que le régulateur sectoriel dispose d'informations suffisantes lui permettant de contrôler la mise en œuvre des principes de tarification ainsi dégagés. A propos de la privatisation des concessions d'autoroute, l'Autorité a ainsi rappelé qu'une information régulière et détaillée du régulateur sur les coûts de l'entreprise régulée était indispensable : « *La régulation ne peut être efficace que si le régulateur a une connaissance suffisante des coûts réels de l'activité en cause (...). Le régulateur dépend largement des entreprises soumises à sa régulation, sauf à engager de lourdes campagnes d'audit* » (avis n° [05-A-22](#)). A propos de la tarification du transport du gaz naturel, l'Autorité a indiqué que les éléments de coûts communiqués devaient en outre être régulièrement audités par des tiers indépendants : « *La mise en œuvre de la règle d'orientation des tarifs vers les coûts du transport demande que ces coûts soient mesurés de façon fiable et contrôlés par des audits* » (avis n° [05-A-04](#)). Dans le même avis, l'Autorité a également jugé nécessaire un contrôle *ex post* par le régulateur sectoriel des conditions de modulation tarifaire, notamment pour apprécier leur proportionnalité : « *Le nouveau décret prévoit des majorations tarifaires pour les utilisateurs, en cas de non respect de l'obligation d'équilibrage des flux entrant et sortant du réseau, ainsi que de dépassement des capacités de transport souscrites. Les finalités techniques de ces dispositions sont indiscutables. Elles peuvent néanmoins conduire à des dérives anticoncurrentielles si elles sont mises en œuvre par des opérateurs intégrés se versant ces majorations à eux-mêmes. Le Conseil recommande, en conséquence, que la mise en jeu de ces pénalités fasse l'objet de compte-rendu des transporteurs au régulateur à intervalles rapprochés.* »

2. APPLICATION AUX GARES DE VOYAGEURS

110. Il convient d'apprécier la mise en œuvre de ces principes de tarification dans le cas des gares de voyageurs ainsi que leur impact sur le jeu de la concurrence, à la lumière de la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité.
111. L'avis s'attachera d'abord à préciser les limites de la mise en œuvre des critères de modulation des redevances, dans la mesure où celle-ci n'est pas neutre d'un point de vue concurrentiel. Il abordera ensuite la question de l'affectation des revenus issus des activités non-régulées en gares afin de parvenir à un équilibre entre d'une part la baisse souhaitable des redevances en gares de voyageurs, et d'autre part la préservation de la capacité d'investissement de Gares & Connexions. Enfin, il examinera les dispositions du projet de décret concernant la tarification des espaces en gares de voyageurs en matière de prestations régulées.

a) Les critères de modulation envisagés par le décret

112. L'article 2 du projet de décret prévoit :

« Le montant de chaque redevance peut être différencié dans des conditions transparentes et non discriminatoires pour tenir compte, selon le type de prestation régulée :

- du type de convoi, notamment de sa capacité d'emport ou de sa longueur ;
- du type de service de transport qu'il assure ;
- du volume de voyageurs intéressés par la prestation ;
- de la période horaire d'utilisation ;
- de la fréquence d'utilisation de l'infrastructure de services par l'entreprise ferroviaire ;
- du délai entre la demande et la date prévue pour la prestation. »

113. Compte tenu du fait que le projet de décret vise l'ensemble des infrastructures de services et non les seules gares de voyageurs, la rédaction de l'article 2 permet d'intégrer l'ensemble des modulations à la disposition des gestionnaires des différentes infrastructures de services.
114. Dans la rédaction actuelle du projet de décret, la possibilité offerte aux gestionnaires d'infrastructures de services de pouvoir modifier chaque année, sans justification préalable et sans contrôle, les éléments de modulation de la redevance versée par les entreprises ferroviaires induit un risque majeur d'arbitraire, donc d'imprévisibilité génératrice elle-même de barrière à l'entrée sur le marché.
115. De même, dans l'avis n° [08-A-18](#) du 13 octobre 2008 relatif à un projet de décret sur les redevances d'utilisation du réseau ferré, le Conseil a considéré que :
- « La transparence signifie pour les utilisateurs du réseau que l'ensemble des règles tarifaires soient publiques, 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, que le décret tarifaire, avec ses garanties de procédure apportées par les avis préalables du Conseil de la concurrence et du Conseil d'Etat, peut seul leur apporter. »*
116. Interrogés sur la question de savoir si ces critères de différenciation étaient applicables à toutes les infrastructures de services, les représentants du ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement ont répondu positivement, tout en précisant qu'ils n'avaient pas vocation à s'appliquer tous systématiquement pour chaque type d'infrastructure.
117. L'Autorité prend acte du fait que le gouvernement a souhaité, en précisant dans le cadre des principes de tarification un large éventail de critères de modulation de la redevance versée par les entreprises ferroviaires, conférer au projet de décret une plasticité permettant à celui-ci de trouver à s'appliquer à l'ensemble des infrastructures de services.
118. Néanmoins, il convient de rappeler que la souplesse de ces dispositions ne doit en aucun cas représenter un droit pour l'opérateur historique de mettre en œuvre de manière discrétionnaire tout ou partie de ces critères sans justification préalable et sans contrôle du régulateur. Il ne doit pas être perdu de vue que l'objectif principal de ces critères de modulation est avant tout de permettre la juste rémunération de l'utilisation par les entreprises ferroviaires d'infrastructures du réseau ferroviaire, dont certaines sont susceptibles d'être qualifiées de facilités essentielles. Du fait de l'intégration verticale du transporteur historique et du gestionnaire des gares et de l'insuffisante séparation entre ces entités, la SNCF pourrait être incitée à utiliser ces modulations à des fins anticoncurrentielles.

119. A ce titre, et comme cela résulte des recommandations formulées par les régulateurs des autres industries de réseau, il convient de garantir *ex ante* que la tarification de l'accès à ces infrastructures et les services qui y sont fournis aux entreprises ferroviaires soit, d'une part, transparente et prévisible, et d'autre part, n'introduise pas d'éléments de discrimination tarifaire injustifiée.
120. L'Autorité considère donc que l'application d'une formule de tarification impliquant la mise en œuvre d'un des critères de différenciation prévus à l'article 2 du projet de décret doit faire l'objet d'un contrôle *ex ante* par le régulateur sectoriel permettant de déterminer si les critères employés et leur pondération sont justifiés, proportionnés et transparents, de sorte qu'ils n'induisent pas de distorsions de concurrence entre les entreprises ferroviaires utilisant une infrastructure donnée.
121. A titre d'illustration, il ressort des auditions réalisées auprès de différents acteurs du secteur ferroviaire lors de l'instruction du présent avis que plusieurs de ces critères de modulation sont susceptibles de porter des risques concurrentiels.
122. La possibilité de moduler le tarif en fonction de la capacité d'emport de voyageurs du convoi et du non du nombre de voyageurs effectifs pourrait désavantager les nouveaux entrants dans la mesure où ceux-ci peuvent souffrir, au moins dans une phase de démarrage, de taux de remplissage des trains plus faibles que l'opérateur historique. Rapportés au nombre de voyageurs effectivement transportés, les nouveaux entrants pourraient donc supporter un tarif plus élevé que la SNCF pour une même utilisation des services en gare.
123. La possibilité de moduler le tarif en fonction du type de desserte (régionale, nationale, internationale) du train peut par ailleurs créer la tentation de facturer plus cher les prestations sur les segments de marché en concurrence (c'est-à-dire à l'international) et de facturer moins cher sur les segments en monopole (notamment sur le régional). Ce type de modulation induit ainsi un fort risque de subventions croisées au détriment de la concurrence.
124. Le critère de la fréquence d'utilisation de l'infrastructure de services par l'entreprise ferroviaire est celui qui a généré le plus de critiques. Par construction, l'opérateur historique, qui génère un volume de trafic plus important que ses concurrents, pourrait bénéficier de remises plus importantes au titre de cette modulation.
125. Ces risques ne sont pas théoriques. La formule de tarification au départ-train utilisée par Gares & Connexions à l'heure actuelle incorpore déjà les deux premiers critères précités. Il appartient au régulateur sectoriel d'examiner, préalablement à la mise en œuvre de telles modulations, si elles sont justifiées par des éléments documentés et des données fiables et de vérifier que l'amplitude des modulations reste proportionnée aux objectifs recherchés.

b) Affectation des revenus issus du périmètre non-régulé

126. Dans le domaine des infrastructures d'accueil de voyageurs (ex. aéroports), deux systèmes d'affectation des recettes commerciales (revenus des commerces, parkings, etc...) sont traditionnellement distingués : le principe dit de la « caisse unique » et le système de « double caisse ».
127. Dans le système de caisse unique, les recettes commerciales d'une infrastructure de services participent à la couverture des charges de celle-ci au même titre que les redevances d'accès. Il s'agit donc d'un système de mutualisation des recettes : chaque euro

gagné sur l'activité commerciale vient réduire d'autant le niveau de redevances facturées aux entreprises utilisatrices.

128. Dans le système alternatif de la « double caisse », les charges des infrastructures de services sont intégralement financées par le produit des redevances d'accès, le bénéfice des recettes commerciales revenant intégralement au gestionnaire d'infrastructure. Il s'agit d'une sorte de séparation comptable entre activité régulée et activité commerciale, conduisant à privatiser les profits de cette deuxième activité.
129. Le décret indique que les résultats des activités liées aux prestations non régulées prévu par le décret (Art. 13-1, III), nets de la rémunération des capitaux mobilisés pour ces activités, seront « affectés à l'autofinancement des charges d'investissements » prévues dans la base de charges. Il s'agit donc d'un système de double caisse aménagé, dans lequel est formalisé le principe de réinvestissement intégral au sein de la branche Gares & Connexions des résultats des activités non-régulées après rémunération des capitaux investis..
130. L'Autorité de la concurrence a souligné, dans l'avis n° [10-A-04](#) du 22 février 2010 à propos de la privatisation des aéroports français le risque que le gestionnaire de l'infrastructure privilégie ces activités de la deuxième caisse au vu des différences de rentabilité dégagée :

« Le système de la double caisse est susceptible de favoriser la hausse des redevances ou la réduction des dépenses d'investissements des exploitants dans les infrastructures aéroportuaires. Son adoption suppose un fonctionnement concurrentiel du marché des activités dérégulées, dès lors qu'il favorise la constitution d'une rente de monopole au profit de l'exploitant, par la voie d'une augmentation injustifiée du prix des concessions d'activités commerciales. »
131. En l'espèce, Gares & Connexions constitue une simple branche de la SNCF, à la différence du schéma à l'œuvre dans les aéroports. La SNCF est ainsi en mesure de récupérer ces bénéfices, alors que parallèlement elle supporte les mêmes tarifs d'accès aux gares que les transporteurs concurrents. L'analogie avec le système mis en place dans certains aéroports ne peut valoir que si le gestionnaire de l'infrastructure est réellement indépendant et n'exerce pas concomitamment d'activités de transport, ce qui différencie la SNCF, groupe intégré avec Gares & Connexions, et Aéroports de Paris par exemple.
132. Par ailleurs, comme le souligne l'ARAF dans son avis, la méthode d'affectation des recettes commerciales prévue par le décret n'allège que très indirectement les charges servant de base au calcul des redevances. Ce mode d'affectation ne permet donc pas de faire pleinement bénéficier les entreprises ferroviaires, par le biais de réductions des redevances, des recettes commerciales que le trafic qu'elles réalisent permet de dégager.
133. Pourtant, il existe des externalités entre les activités régulées et les activités non régulées. Plus précisément, l'activité régulée des entreprises ferroviaires (le transport de voyageurs) exerce une externalité positive sur les activités non régulées présentes en gare (commerces, restaurants,...). En effet, plus les entreprises ferroviaires transportent de voyageurs, plus le nombre de clients potentiels des commerces et donc le bénéfice attendu des activités non régulées sont importants. En conséquence, la demande d'espaces commerciaux en gare dépend du nombre de voyageurs y transitant.
134. Le schéma de tarification et le mode d'affectation des recettes retenus par Gares & Connexions doivent tenir compte de ces externalités et les intégrer. Pour ce faire, il convient de mutualiser au moins en partie les revenus tirés des activités non régulées et les redevances perçues au titre des prestations régulées. La mutualisation, même partielle, des

revenus des activités régulées et non régulées permet de réduire la base de charges et, partant, de réduire les redevances en gares demandées aux entreprises ferroviaires.

135. Cette diminution des redevances devrait faciliter l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises ferroviaires, ce qui pourrait se traduire, toutes choses égales par ailleurs, par une baisse des tarifs proposés aux voyageurs et/ou une amélioration de la qualité des services qui leur sont proposés⁴.
136. En facilitant le développement de la concurrence sur le marché du transport ferroviaire de voyageurs, la baisse des redevances participe indirectement à l'augmentation du nombre de voyageurs, qui sont autant de clients potentiels des commerces en gares. Le développement de cette clientèle permet de son côté d'attirer davantage de concessionnaires d'espaces commerciaux, ce qui permet d'accroître le montant des loyers des espaces commerciaux. Ainsi, l'affectation des recettes commerciales à l'allègement de la base de charges servant à calculer les redevances permet une augmentation du montant des loyers demandés aux commerces en gares, ce qui est dans l'intérêt du gestionnaire de gares.
137. Or, en l'absence de séparation juridique entre les activités de gestion des gares et d'exploitation de services de transport, le gestionnaire des gares n'est pas en mesure de pratiquer une tarification qui rend compte de cet intérêt propre. C'est pourquoi il convient d'imposer une affectation au moins partielle des recettes commerciales à la baisse des redevances afin de limiter les risques de subventions croisées par les activités commerciales en gare des activités ferroviaires concurrentielles de l'opérateur historique.
138. Une affectation systématique et complète des recettes commerciales peut néanmoins présenter l'inconvénient de limiter les incitations du gestionnaire des gares à investir dans le développement ou l'amélioration des activités liées aux prestations non régulées, celui-ci ne bénéficiant que marginalement du fruit de ses efforts de valorisation des infrastructures.
139. Afin de limiter l'effet désincitatif que pourrait avoir l'affectation de l'intégralité des résultats nets des activités liées aux prestations non régulées – si tant est que ces résultats soient positifs – à la baisse des redevances, un système de partage des résultats pourrait être envisagé selon des modalités à arrêter par l'ARAF. Une partie seulement des résultats nets serait ainsi affectée à la baisse des redevances, le solde étant laissé au gestionnaire des gares.

c) La tarification des espaces en gares pour les activités régulées

140. L'article 13-1 du projet de décret prévoit que la redevance pour mise à disposition des espaces ou des locaux adaptés à la réalisation des opérations de vente de titres de transport ferroviaire soit établie par référence aux coûts tels que définis au paragraphe I du même article, et en tenant compte de « *la localisation des espaces par rapport au flux de voyageurs et des prix du marché de l'immobilier dans le périmètre environnant la gare pour des locaux ou espaces à usage comparable* ».
141. La prise en compte du prix du marché de l'immobilier dans le calcul des loyers des espaces en gares utilisés par les entreprises ferroviaires revient à rapprocher les loyers payés par les entreprises ferroviaires de ceux versés par les concessionnaires du périmètre non régulé.

⁴ Il convient de rappeler que, d'après la SNCF, l'élasticité prix de la demande de transport ferroviaire de voyageurs est comprise entre -0,7 et -1,2, selon le type de trafic, ce qui signifie qu'une augmentation de 10 % du prix du billet entraîne une baisse de 7 à 12 % de la demande (Rapport d'information de l'Assemblée Nationale N° 875 sur les péages ferroviaire présenté par Hervé Mariton, 2008).

De ce fait, cela constitue une limite à l'incitation que pourrait avoir Gares & Connexions à privilégier les espaces commerciaux au détriment des activités des entreprises ferroviaires.

142. Pour l'entreprise ferroviaire SNCF, les loyers des espaces en gare constituent des transferts internes entre la SNCF et Gares & Connexions ; un niveau élevé de loyers n'aurait donc pas d'impact sur l'offre de services de l'opérateur historique. En revanche, des loyers établis en partie sur la base du prix du marché locatif pourraient être dissuasifs pour les nouveaux entrants et pourraient entraîner une augmentation de leurs coûts, donc une augmentation des tarifs ou une baisse de la qualité des services offerts.
143. L'Autorité est d'avis que les tarifs des loyers facturés aux concurrents doivent obéir aux principes de tarification de l'accès aux infrastructures essentielles rappelés plus haut. A cet égard, la référence aux coûts effectivement supportés paraît la plus appropriée. Toute autre référence devrait être dûment justifiée, au regard par exemple des besoins futurs d'investissement.

C. GOUVERNANCE ET RÉGULATION

1. POUVOIRS DU RÉGULATEUR SECTORIEL

144. Il semble particulièrement problématique qu'à ce stade de l'ouverture à la concurrence d'une industrie de réseau caractérisée par le nombre très important de facilités essentielles potentiellement concernées, l'opérateur historique soit laissé seul maître de la détermination des coûts d'accès et des services fournis par ces installations.
145. L'expérience tirée de l'ouverture à la concurrence d'autres industries de réseaux monopolistiques appelle dans ce cadre à renforcer de manière très significative les pouvoirs du régulateur sectoriel. En l'état actuel, des textes, l'ARAF ne paraît pas effectivement pas en mesure de répondre pleinement aux objectifs de la régulation sectorielle, que ce soit en termes de signal économique envoyé ou de prévention des pratiques anticoncurrentielles. La situation actuelle est ainsi tout à fait préoccupante en termes de sécurité tant juridique qu'économique.
146. 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.
147. 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.
148. 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. Il doit également pouvoir intervenir *ex post* pour vérifier la réalisation des investissements programmés et s'assurer de la sincérité des coûts intégrés dans la base de charges au titre de la dotation aux investissements.
149. Par ailleurs, en relation avec les observations formulées plus haut sur la formule de tarification au départ-train mise en œuvre depuis deux ans par Gares & Connexions, il

apparaît nécessaire que l'ARAF puisse donner son avis sur le document de référence des gares prévu au nouvel article 14-1 décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 et donc sur cette formule de tarification.

2. GOUVERNANCE DES GARES

a) Approbation des investissements

150. Comme l'ARAF l'a souligné dans son avis du 15 juin 2011 et comme cela a été évoqué plus haut, il apparaît que le modèle « *cost plus* » retenu par Gares & Connexions présente le double inconvénient de ne pas inciter fortement le gestionnaire de l'infrastructure de service à minimiser ses coûts et induit un risque de surinvestissement.
151. Dans l'organisation définie par le projet de décret, le seul facteur limitatif du pouvoir unilatéral de décision du directeur des gares en matière d'investissements est la validation par le conseil d'administration de la SNCF de son programme d'investissements, en vertu de l'article 11 du projet de décret.
152. Or, les investissements décidés par le directeur des gares et approuvés par le conseil d'administration de la SNCF ne sont pas neutres pour la concurrence puisqu'ils ont ensuite vocation à être financés partiellement par les entreprises ferroviaires.
153. En l'absence de séparation juridique entre le gestionnaire de gares et l'exploitant commercial, il convient d'étudier des pistes permettant d'encadrer le niveau et la pertinence des investissements envisagés par le directeur des gares, afin de prévenir les risques de renchérissement des redevances et d'éviter des choix d'investissements sous-optimaux ou ne bénéficiant pas à l'ensemble des entreprises ferroviaires présentes en gare.
154. A cet égard, il convient de relever que les instances régionales de concertation prévues par le projet de décret ne se voient conférer aucun pouvoir réel de décision. Leurs avis ne lient pas le gestionnaire de gares.
155. Outre la solution proposée par l'Autorité d'instaurer un comité d'engagements au sein de Gares & Connexions (cf. supra), il serait souhaitable que les compétences des instances de concertation prévues à l'article 13 (nouvel article 14 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003) du projet de décret soient précisées et étendues afin que les parties prenantes puissent réellement influencer sur le choix des investissements à réaliser.

b) Choix des prestataires

156. Aux termes de l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les marchés de la SNCF, du fait de son statut d'entité adjudicatrice exerçant des activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, ne sont pas soumis au code des marchés publics. L'ordonnance du 6 juin 2005, et le code des marchés publics prévoient que les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de recourir aux procédures de mise en concurrence lorsque les marchés sont conclus avec une « *entreprise liée* ».
157. En vertu du III de l'article 29 de l'ordonnance du 6 juin 2005, une « *entreprise liée* » est une entreprise « *dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice* » ou une « *entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou qui peut exercer une influence* ».

dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Les entreprises liées doivent réaliser l'essentiel de leur activité (80 %) en faveur des entités adjudicatrices pour pouvoir bénéficier de l'exemption.

158. Dans le cas d'au moins deux sociétés, EFFIA et AREP, respectivement filiales de la SNCF et de Gares & Connexions, il apparaît que des prestations entrant directement ou indirectement dans le champ des prestations régulées et, par conséquent, financées par l'ensemble des transporteurs, ne sont pas mises en concurrence.
159. Il convient d'une part de relever que l'absence de mise en concurrence ne garantit pas aux entreprises ferroviaires que les prestataires employés pour la réalisation de prestations régulées soient les plus avantageux économiquement, alors que l'organisation d'appels d'offres serait susceptible de permettre aux opérateurs de bénéficier soit d'une baisse du montant de la redevance versée du fait de la réduction des charges, soit d'une amélioration de la qualité de service. Comme l'Autorité l'avais signalé dans son avis n° [10-A-04](#) à propos des aéroports, ce risque est renforcé par l'absence d'incitation forte à la maîtrise de coûts induite par le modèle « *cost plus* » retenu à ce stade pour la régulation des redevances.
160. Dans son avis n° [05-A-22](#) du 2 décembre 2005 relatif à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes, le Conseil de la concurrence a recommandé, afin d'éviter que la majorité des marchés signés échappent à l'obligation de mise en concurrence préalable, que celle-ci s'applique à partir d'un seuil de commande de travaux, de services et de fourniture « *fixé de telle manière que l'essentiel des volumes de commandes soit contrôlé par le dispositif procédural évoqué* ».
161. Lors de la séance du 13 septembre 2011, la directrice de Gares & Connexions a indiqué qu'il était dans son intention de lancer des appels d'offres dans un souci d'optimisation des coûts. L'Autorité ne peut qu'encourager le gestionnaire de gares à suivre cette orientation et souhaite que figure explicitement dans les textes une solution similaire à celle recommandée par le Conseil de la concurrence dans l'avis précité concernant les concessions d'autoroute.

3. ABSENCE DE DÉFINITION DU MODÈLE TARIFAIRE ET DE GESTION DES INFRASTRUCTURES DE SERVICES AUTRES QUE LES GARES DE VOYAGEURS

162. L'Autorité de la concurrence constate, sans le comprendre, que ce projet de décret visant à énoncer les principes de gestion, d'exploitation et de tarification de l'ensemble des infrastructures de services du réseau ferroviaire ne précise en fait que le modèle applicable aux gares de voyageurs. En particulier, rien n'est dit sur le mode de tarification des services rendus dans les infrastructures ferroviaires dédiées au fret ferroviaire.
163. L'arrivée concrète de nouveaux entrants sur le marché du transport transfrontalier de voyageurs impose, certes, de prendre des dispositions réglementaires en vue de permettre l'accès matériel de ceux-ci aux gares de voyageurs et de définir le cadre des prestations auxquelles ils peuvent prétendre. Pour autant, il semble également important de fixer des règles plus précises quant au modèle de gestion et de tarification d'autres infrastructures de services.
164. Le fait que les règles de tarification des infrastructures de services ne soient pas clairement définies et encadrées entretient inévitablement une incertitude juridique et économique,

source d'opacité pour certaines infrastructures de services, et en particulier les terminaux de marchandises, alors que le transport ferroviaire de marchandises est ouvert à la concurrence depuis bientôt 6 ans.

165. Or, le projet de décret, non seulement entretient le flou sur les conditions de tarification, mais encore est source de confusion s'agissant du cadre réglementaire applicable aux différents types de prestations régulées. Les textes réglementaires classent en effet en deux catégories les prestations régulées, auxquelles correspondent des obligations réglementaires différentes : (i) l'accès par le réseau aux infrastructures de services, (ii) les services et les prestations complémentaires. Or, aux termes des articles 4 à 9 du projet de décret, l'Autorité constate qu'ont été incluses dans le champ des services des prestations relatives à l'utilisation des infrastructures, installations et équipements ferroviaires ou plus généralement d'utilisation des voies, qui sont susceptibles de relever du champ de l'accès.
166. Par conséquent, certaines prestations régulées des infrastructures de services telles que les cours de marchandises sont susceptibles de passer de catégorie de l'accès à celle des services et de voir ainsi passer leur tarification d'un coût « *directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* » vers une « *facturation du degré d'utilisation réel de l'infrastructure* », du fait du changement de cadre juridique et des dispositions du document de référence du réseau en vigueur. Cette évolution est susceptible de provoquer un renchérissement des redevances pour les entreprises ferroviaires utilisant ces infrastructures.
167. L'Autorité ne peut que regretter l'absence d'un cadre réglementaire complet permettant d'appréhender la question des autres infrastructures de services, et notamment de leur tarification, dans leur globalité. Dans ce contexte, l'Autorité estime à tout le moins indispensable que la répartition des prestations régulées entre l'accès et les services telle qu'elle résulte du projet de décret soit profondément remaniée et que cette tâche soit éventuellement renvoyée au régulateur sectoriel, l'ARAF. Dans un second temps un autre décret pourrait encadrer les modalités de gestion et de tarification de ces autres infrastructures de services, à l'image de ce qui a été fait pour les gares à l'article 13 du projet de décret soumis à l'Autorité.
168. De plus, au vu des spécificités des terminaux de transport combiné, il serait souhaitable que soit clarifiée la question de savoir si les terminaux de transport combiné de marchandises font partie des terminaux de marchandises cités aux articles 3 et 7 du projet de décret.

4. TRANSPORT CONVENTIONNÉ

169. L'article 11 du projet de décret prévoit que la direction des gares assure les prestations rendues en gare au titre de l'article 4. En conférant au directeur des gares la capacité de définir le contenu des prestations en gares de voyageurs, cette disposition semble aller à l'encontre des dispositions du décret n° 2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional, qui dispose que la région, autorité organisatrice des transports ferroviaires régionaux de voyageurs « *définit la nature et la consistance des services, (...) les objectifs de niveau de service, de qualité et de productivité.* »
170. Ce projet de décret est donc susceptible de remettre en cause la compétence des régions pour décider du contenu et de la qualité des services qui doivent être offerts en gare dans le cadre du transport régional de voyageurs. Il introduit un flou juridique quant à la définition

des domaines de compétences respectifs de Gares&Connexions d'une part et des régions d'autre part.

171. Le fait que Gares & Connexions ne soit pas indépendant de l'entreprise ferroviaire SNCF est susceptible, en outre, de perturber l'attribution de lots de lignes régionales lorsque le transport ferroviaire régional sera ouvert à la concurrence.
172. Il convient donc de rappeler qu'il appartient aux autorités organisatrices des transports régionaux, qui financent le transport ferroviaire régional, de définir le contenu des prestations en gares dans le cadre de leur mission de service public.

III. Recommandations

173. L'Autorité comprend le souhait du gouvernement de procéder par étapes dans ce qu'il convient d'appeler une phase d'apprentissage intervenant elle-même dans un secteur caractérisé par des rigidités multiples. Pour autant, elle ne saurait valider la séparation – très peu aboutie – en matière de gares de voyageurs prévue par le projet de décret, si elle n'est pas accompagnée d'une perspective d'évolution à moyen terme et d'un renforcement significatif de garanties minimales à court terme.
174. La séparation fonctionnelle, au sein de l'opérateur historique, entre les activités de transporteur et de gestionnaire de gares nécessite sans attendre une répartition stricte des compétences sur les plans fonctionnel, financier, opérationnel et humain. Or, l'organisation mise en place par la SNCF depuis 2009 et reprise par le projet de décret ne fournit pas de garanties suffisantes : elle laisse trop de latitude à l'opérateur historique, trop peu au gestionnaire des gares et vraiment trop peu au régulateur sectoriel.
175. Le succès de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire dépend, au-delà des questions de droit d'accès, de mise à disposition de services aux entreprises ferroviaires et de tarification juste, prévisible et transparente, de la définition d'un équilibre entre la gestion des infrastructures essentielles du réseau et la régulation sectorielle. Il ne s'agit pas d'une approche dogmatique ou théorique. C'est forte de son expérience de l'ouverture à la concurrence de nombreux secteurs et industries de réseau que l'Autorité formule ces recommandations.
176. A cet égard, dans l'équilibre des contraintes, plus le degré de séparation entre transporteur historique et gestionnaire d'infrastructures de services est faible, plus le pouvoir d'intervention du régulateur sectoriel en matière d'infrastructures de services doit être fort. Et ce n'est que si ces garanties de séparation offertes par l'entreprise deviennent -dans le futur- plus robustes que celle-ci pourrait voir la contrainte réglementaire se relâcher.
177. L'Autorité considère que l'objectif à atteindre doit être à moyen terme la mise en place d'une séparation juridique entre la SNCF et Gares & Connexions, à l'instar de la séparation mise en place pour le réseau de transport d'électricité dans le cadre de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.
178. Elle est consciente du fait qu'une telle séparation peut difficilement être mise en œuvre dès maintenant, sans remettre en cause l'organisation du secteur ferroviaire choisie par le législateur. Mais ce n'est pas une raison de manquer l'ouverture à la concurrence qui se

fera en réalité dès le mois de décembre 2011 : un cadre crédible doit être construit dès maintenant.

179. Ce cadre suppose :

- que le pouvoir réglementaire affiche clairement sa volonté d'avancer par étapes : séparation fonctionnelle pour les deux à trois ans à venir, selon un modèle suggéré dans le présent avis, qui reprendrait les mêmes garanties que celles mises en place pour le service gestionnaire des trafics et des circulations, puis séparation juridique qui pourrait être permise par une modification du décret n° 83-817 du 13 septembre 1983 portant approbation du cahier des charges de la SNCF ;
- que soient renforcés de manière très significative les pouvoirs du régulateur sectoriel selon les modalités évoquées plus haut, notamment en matière de contrôle *ex ante* et *ex post* des tarifs des infrastructures de services.

Délibéré sur le rapport oral de M. Yannick Palle, rapporteur et sur l'intervention de M. Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance et Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot et Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidentes.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

Le président,
Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence