

**Avis n° 15-A-01 du 6 janvier 2015
relatif à des projets de décrets
pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 27 octobre 2014, enregistrée sous le numéro 14/0081 A, par laquelle le ministre de l'économie a saisi pour avis l'Autorité de la concurrence sur quatre projets de décrets s'inscrivant dans le cadre de la réforme du système ferroviaire français à la suite de la publication de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code des transports ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint et les représentants du secrétariat d'État chargé des transports, de la mer et de la pêche entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 9 décembre 2014, le commissaire de Gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

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

SOMMAIRE

Introduction.....	4
I. La gestion indépendante des infrastructures ferroviaires	6
A. LA GOUVERNANCE DE SNCF RÉSEAU	6
B. LES MESURES CONTENUES DANS LE PROJET DE DÉCRET SUR L'INDÉPENDANCE DES FONCTIONS ESSENTIELLES	8
1. LES LIMITATIONS PORTÉES À LA CIRCULATION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES.....	8
a) Remarques générales	8
b) Le gestionnaire d'infrastructure et le risque d'échange d'informations.....	9
2. LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE DU SYSTÈME FERROVIAIRE	12
a) Les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie.....	12
b) L'effet utile du pouvoir de contrôle de la commission de déontologie	13
C. L'INDÉPENDANCE DE LA GESTION DES GARES DE VOYAGEURS	14
1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR L'INDÉPENDANCE DES GARES.....	14
2. LES MISSIONS ET L'INDÉPENDANCE DU DIRECTEUR DES GARES	16
3. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISION SUR LES REDEVANCES D'ACCÈS EN GARES	18
4. LES MESURES D'IMPARTIALITÉ APPLICABLES À LA GESTION DES GARES	18
II. L'intégration de SNCF Réseau dans le groupe public ferroviaire	20
A. LE RÔLE DE L'EPIC DE TÊTE.....	20
1. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ ISSUES DE L'AVIS N° 13-A-14.....	20
2. L'ÉVOLUTION DANS LA LOI DU RÔLE DE L'EPIC DE TÊTE	21
B. LES MISSIONS DE L'EPIC DE TÊTE DANS LES PROJETS DE DÉCRET	22
1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR L'IMPRÉCISION DES MISSIONS DE L'EPIC DE TÊTE.....	22
2. LES FONCTIONS MUTUALISÉES DE L'EPIC DE TÊTE.....	23
a) Des fonctions mutualisées mal définies et très hétérogènes.....	23
b) Les risques d'effets d'éviction attachés aux fonctions mutualisées	25
c) Recommandations sur la délimitation des fonctions mutualisées.....	26
C. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISIONS SUR LES MISSIONS EXTERNES	28
III. Les garanties attendues de la régulation sectorielle	29
A. LES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES RELATIVES À L'UTILISATION DU RÉSEAU	30

B.	LA RÉGULATION DES PRESTATIONS TRANSVERSALES ET MUTUALISÉES.....	30
C.	LES MOYENS DE L'ARAF POUR EXERCER SES MISSIONS	32
	1. LES POUVOIRS DE CONTRÔLE	32
	2. LES MOYENS MATÉRIELS ET HUMAINS	33
	Conclusion	34

Introduction

1. Par lettre du 27 octobre 2014, le ministre de l'économie a saisi, au nom du Gouvernement, l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») d'une demande d'avis sur quatre projets de décrets portant sur la réforme du système ferroviaire français. Les trois premiers projets déterminent les statuts, respectivement, de l'EPIC SNCF, de l'EPIC SNCF Mobilités et de l'EPIC SNCF Réseau ; le dernier projet de décret porte « sur l'indépendance des fonctions essentielles ».
2. Les projets de décrets soumis à l'avis de l'Autorité s'inscrivent dans le cadre général de la réforme du secteur ferroviaire en France. À la suite d'une précédente demande du ministre de l'économie, l'Autorité s'est prononcée, par un avis n° [13-A-14](#) du 4 octobre 2013 (ci-après « l'avis de l'Autorité sur la loi ferroviaire »), sur l'impact concurrentiel du projet de loi dont est issue la loi du 4 août 2014.
3. Dans cet avis, l'Autorité a examiné, en premier lieu, les principaux risques, en termes d'enjeux concurrentiels, de la réforme du système ferroviaire français (paragraphe 45 à 62 de l'avis) et, en deuxième lieu, les principes de gouvernance qui pourraient permettre de contrôler ces risques concurrentiels (paragraphe 63 à 92 de l'avis). Ces principes reposent sur trois piliers : la transparence dans la gestion de l'infrastructure ferroviaire, la séparation entre les activités de gestion des infrastructures ferroviaires et l'exploitation de services de transport ferroviaire, et enfin la nécessité d'un régulateur fort et indépendant pour le secteur ferroviaire.
4. Dans son avis, l'Autorité a souligné en particulier que la mise en place du groupe public ferroviaire (ci-après « le GPF »), en ce qu'il regroupe dans une structure unique verticalement intégrée à la fois la gestion du réseau ferré national et celle de l'ensemble des infrastructures ferroviaires, d'une part, et l'activité d'entreprise ferroviaire de l'opérateur historique, la SNCF, d'autre part, soulève la question de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure (ci-après « le GI ») et présente de ce fait des risques importants, en l'absence de garanties assurant un accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires en France. L'Autorité a donc indiqué qu'une telle évolution vers un système intégré exige la mise en place de garanties internes et externes d'indépendance spécifiques, qui doivent être renforcées par rapport à l'actuelle situation de séparation patrimoniale.
5. Dans ce cadre, le projet de loi nécessitait un examen détaillé pour vérifier si les garanties d'indépendance consenties à la gestion de l'infrastructure permettaient effectivement de préserver l'autonomie décisionnelle et organisationnelle du gestionnaire d'infrastructure, le nouvel EPIC SNCF Réseau.
6. À l'issue de cette analyse, l'Autorité a formulé de nombreuses recommandations. Un nombre non négligeable de celles-ci ont été prises compte par le Gouvernement et le Parlement : elles ont été intégrées dans la loi. En particulier, l'Autorité relève que les infrastructures de services sous périmètre régulé (les cours de marchandises) ont été transférées à SNCF Réseau pour en assurer le traitement non discriminatoire, que les rôles du Haut comité du ferroviaire et du code du réseau ont été clarifiés, ou encore que le pouvoir d'avis conforme de l'ARAF en matière de tarification d'accès a été maintenu et étendu à l'accès aux gares de voyageurs et aux infrastructures de services.

7. En revanche, d'autres recommandations n'ont pas été suivies d'effet : il s'agit notamment de celles touchant au rôle de l'EPIC de tête dans le système ferroviaire (périmètres, missions et gouvernance) ou de celles qui visaient à renforcer l'indépendance du président du conseil d'administration du GI (SNCF Réseau), en le faisant bénéficier de conditions de nomination adaptées.
8. L'élaboration des décrets est une nouvelle occasion donnée aux pouvoirs publics de prendre en compte ces recommandations pour renforcer le fonctionnement concurrentiel de l'ensemble du système ferroviaire. Cette nouvelle demande d'avis sera également l'occasion pour l'Autorité de s'exprimer sur la gouvernance générale du système ferroviaire français, en cours d'évolution puisqu'est encore prévue l'adoption d'autres décrets ainsi que d'une ordonnance pour transposer dans la loi certaines obligations européennes issues de la directive n° 2012/34/UE dite « refonte ».
9. L'analyse détaillée de l'Autorité dans son avis n° 13-A-14 s'est appuyée sur trois préoccupations successives qu'il apparaît pertinent de reprendre.
10. Elles sont les suivantes :
 - les garanties internes pour la gestion indépendante des infrastructures ferroviaires par les EPIC qui en sont chargés (I) ;
 - les garanties structurelles au sein du groupe public ferroviaire (GPF) nécessaires pour éviter que l'intégration de la gestion de ces infrastructures porte atteinte à l'indépendance de cette gestion (II) ;
 - enfin les garanties que doit apporter, de l'extérieur la régulation sectorielle pour maintenir un accès non discriminatoire aux infrastructures ferroviaires (III).

I. La gestion indépendante des infrastructures ferroviaires

11. Ainsi que l’Autorité l’a expliqué dans le paragraphe 128 de son avis sur la loi ferroviaire, le premier niveau d’analyse consiste à vérifier que les entités en charge de la gestion d’infrastructures ferroviaires peuvent exercer leurs missions dans des conditions de nature à garantir leur autonomie décisionnelle et organisationnelle.
12. Dans cette partie, l’avis examinera la gouvernance prévue par le projet de décret relatif aux statuts SNCF Réseau (A), les mesures prévues par le projet de décret sur l’indépendance des fonctions essentielles (B) et enfin les garanties d’indépendance prévues pour la gestion des infrastructures gérées par SNCF Mobilités (C).

A. LA GOUVERNANCE DE SNCF RÉSEAU

13. Ainsi que l’a indiqué l’Autorité dans son avis n° 13-A-14, « *le gestionnaire de l’infrastructure doit disposer de garanties d’indépendance spécifiques vis-à-vis de l’ensemble des entreprises ferroviaires. Ces garanties doivent permettre d’assurer l’autonomie organisationnelle et décisionnelle du gestionnaire d’infrastructure, et ce tant dans les choix opérationnels de répartition des capacités dont il a la charge que dans ses choix stratégiques de développement du réseau* » (paragraphe 76).
14. Cette autonomie organisationnelle et décisionnelle vise à prévenir les conflits d’intérêts qui peuvent survenir au sein d’une entité qui serait chargée à la fois de la gestion d’une infrastructure ferroviaire et de l’exploitation d’un service de transport, afin de garantir un accès transparent, non discriminatoire et équitable aux infrastructures ferroviaires pour toutes les entreprises de transport.
15. Les missions de répartition des capacités et de tarification d’accès au réseau exercées par le gestionnaire d’infrastructure sont en effet qualifiées de « *fonctions essentielles* » par la réglementation européenne. Quel que soit le modèle de séparation choisi par les pouvoirs publics (patrimoniaire, juridique ou fonctionnelle), cette séparation doit permettre de faire des choix indépendants de toute entreprise ferroviaire sur les questions d’accès au réseau. La question se pose ici avec une acuité particulière, compte tenu du choix d’un système de gouvernance qui intègre, sous l’égide d’un EPIC de tête (la SNCF), la gestion du réseau ferré national et l’activité d’entreprise ferroviaire de l’actuelle SNCF.
16. Le projet de décret relatif aux statuts de SNCF Réseau précise les modalités de gouvernance de cet EPIC. Le conseil d’administration de SNCF Réseau est composé pour un tiers de « *personnalités choisies par la SNCF [EPIC de tête] pour la représenter* » (article L. 2111-15 du code des transports), dont le président délégué de son directoire (article L. 2102-9 du code des transports). L’article 26-1 précise pour sa part que : « *au moins la moitié des représentants de la SNCF sont désignés parmi les agents de celle-ci* ».
17. Au titre de ses compétences, le conseil d’administration de SNCF Réseau est amené à se prononcer et à obtenir communication de tout document pertinent sur les missions de répartition des sillons et de tarification d’accès à l’infrastructure. C’est en particulier le cas

pour le « *barème de redevances d'utilisation des infrastructures ferroviaires* », élément pivot de la politique de tarification de SNCF Réseau utilisé pour gérer l'allocation de sillons. Ces compétences portent également sur des décisions influençant directement la mission de répartition des capacités, comme les orientations en matière de travaux qui rendent indisponibles des sillons ferroviaires. Enfin, cette liste de compétences étant non exhaustive, le conseil d'administration peut se prononcer sur d'autres sujets qui sont, directement ou indirectement, en rapport avec les fonctions essentielles attribuées à SNCF Réseau.

18. Les administrateurs représentant la SNCF (l'EPIC de tête) pourront donc se prononcer sur des décisions touchant aux missions de répartition et de tarification de SNCF Réseau, alors qu'ils sont dans une situation de conflit d'intérêts, dès lors que la SNCF en tant qu'EPIC de tête représente également les intérêts de l'opérateur historique de transport. On rappellera que le président du directoire de la SNCF (EPIC de tête) est également le président du conseil d'administration de l'opérateur historique de transport, SNCF Mobilités. Cette situation de conflit d'intérêts pourrait permettre à l'entreprise ferroviaire opérateur historique d'exercer une influence décisive sur les fonctions essentielles de SNCF Réseau, portant ainsi atteinte à l'indépendance de SNCF Réseau dans ses décisions s'agissant notamment de la répartition des capacités et de leur tarification.
19. L'Autorité est donc d'avis que les représentants de la SNCF au sein de son conseil d'administration, y compris le président de son conseil d'administration, ne devraient pas prendre part aux votes du conseil d'administration de SNCF Réseau sur des sujets touchant aux fonctions essentielles que la loi a dévolues à cet EPIC afin de garantir pour tous un accès non discriminatoire au réseau ferré.
20. Cette recommandation, conforme à l'esprit de la loi selon laquelle « *la SNCF ne peut exercer aucune des missions mentionnées aux articles L. 2111-9* », ne concerne que les fonctions essentielles de SNCF Réseau. Sur les autres compétences du conseil d'administration, les administrateurs désignés par la SNCF pourront se prononcer sur le pilotage général de SNCF Réseau et défendre les positions de l'EPIC de tête sur ces questions.
21. Sur ce point, il faut noter que le modèle de gouvernance ferroviaire en Allemagne applique la solution qui est ici préconisée. La loi fédérale allemande sur les chemins de fer (article 9 de l'AEG) complétée par les statuts constitutifs du groupe ferroviaire intégré Deutsche Bahn impose que les représentants de la holding de tête (DB AG) dans les organes sociaux de DB Netz (chargée de la gestion du réseau ferré) ne prennent pas part aux votes de DB Netz dès lors que ces votes portent sur les missions de répartition et de tarification. Cette interdiction concerne en premier lieu le président de DB Netz, qui est également le président du conseil de surveillance de la holding du groupe Deutsche Bahn (DB AG).
22. L'Autorité recommande donc que soit ajouté dans le décret sur les statuts de SNCF Réseau un article 31-1 ainsi rédigé : « *Dans la mesure où le conseil d'administration se prononce sur des compétences directement ou indirectement liées à la mission que confère le 1° de l'article L. 2111-9 à SNCF Réseau, les personnalités choisies par la SNCF pour la représenter et le président du conseil d'administration de SNCF Réseau ne prennent pas part au vote* » (recommandation n° 1). Cette règle de déport devrait au minimum porter sur tout sujet touchant à la tarification d'accès à l'infrastructure, à la répartition des sillons, ou encore à la conclusion des accords-cadres pluriannuels d'accès aux infrastructures ferroviaires conclus avec une entreprise ferroviaire (article L. 2122-6 du code des transports).

B. LES MESURES CONTENUES DANS LE PROJET DE DÉCRET SUR L'INDÉPENDANCE DES FONCTIONS ESSENTIELLES

23. La loi portant réforme ferroviaire du 4 août 2014 met en place aux articles L. 2111-16-2 à L. 2111-16-4 du code des transports, ainsi qu'à l'article L. 2122-4-1 du même code, certaines mesures visant à garantir l'indépendance des gestionnaires d'infrastructure, et en particulier celle de l'EPIC SNCF Réseau. Dans son avis sur la loi ferroviaire, l'Autorité a indiqué que ces dispositions « *sont bienvenues pour renforcer de façon concrète l'indépendance opérationnelle de SNCF Réseau, mais ne paraissent pas à elles seules suffisantes. En effet, en raison de la logique industrielle prévue par le projet de loi, la séparation du gestionnaire d'infrastructure et de l'opérateur historique est par nature imparfaite. Dans ce contexte particulier, l'Autorité indique que les mesures internes d'indépendance doivent être doublées de garanties externes de régulation, sous forme de pouvoirs forts accordés au régulateur* » (paragraphe 189).
24. En particulier, ces dispositions prévoient :
- la mise en place d'une sanction pénale pour la divulgation des informations commercialement sensibles détenues par le GI (article L. 2122-4-1) ;
 - la limitation de la mobilité vers des entreprises ferroviaires des personnels dirigeants de SNCF Réseau, y compris de son président, ou de tout personnel de SNCF Réseau ayant eu à connaître des informations confidentielles du fait de ses fonctions, en la soumettant à un avis de la commission de déontologie (article L. 2111-16-2).
25. Le projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles détermine les conditions d'application de ces deux dispositions.

1. LES LIMITATIONS PORTÉES À LA CIRCULATION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

a) Remarques générales

26. Conformément à la lettre de l'article L. 2122-4-1 du code des transports, l'article 1^{er} du projet de décret fixe la liste des « *informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique* » dont la divulgation à toute personne étrangère aux services du gestionnaire d'infrastructure est punie par l'article L. 226-13 du Code pénal. En substance, cette liste reprend les grandes catégories d'informations confidentielles aujourd'hui traitées par la direction des circulations ferroviaires (ci-après « la DCF ») aux termes du décret n° 2011-891 du 26 juillet 2011, pour sa mission déléguée de répartition des capacités.
27. L'interdiction de divulgation des informations confidentielles est définie de façon suffisamment large dans le projet de décret, et peut permettre de contrôler un des risques concurrentiels majeurs que l'Autorité avait identifiés (paragraphe 58 et 59 de l'avis). Il convient de rappeler que ce risque concurrentiel s'est déjà manifesté : la SNCF a en effet été condamnée pour abus de position dominante par l'Autorité pour avoir utilisé des informations confidentielles qu'elle avait reçues en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure délégué (décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012, précitée, paragraphes 360, 386, 679 et 682, confirmée sur ce point par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 novembre 2014, n° 2013/01128, pp. 17 à 21).

28. L'article 2 du projet de décret prévoit des possibilités de communication de ces informations confidentielles au-delà des services en charge des fonctions essentielles, mais seulement au sein du gestionnaire d'infrastructure. C'est le cas si ces informations sont nécessaires au « *bon fonctionnement des autres services du gestionnaire d'infrastructure* », et en particulier « *pour la gestion opérationnelle du trafic et des circulations* ».
29. L'Autorité relève que le traitement réservé à cette mesure de sauvegarde s'approche de la recommandation formulée dans son avis sur la loi ferroviaire visant à garantir une protection uniforme de l'indépendance de SNCF Réseau pour l'ensemble de ses missions, et non uniquement pour ses fonctions dites « essentielles » au sens du droit européen (paragraphe 197 de l'avis).
30. Par ailleurs, le projet de décret prévoit dans ses articles 3 et 4 l'encadrement des modalités pratiques de gestion de ces informations confidentielles. Dans son article 3, il prévoit la possibilité pour le gestionnaire d'infrastructure de communiquer les informations individuelles reçues par un demandeur ou un bénéficiaire de sillon « *lorsque ces informations sont agrégées ou transformées de sorte qu'il ne soit pas possible de reconstituer les données individuelles qui ont été communiquées* ». Pour sa part, l'article 4 impose au gestionnaire d'infrastructure d'établir « *un plan de gestion des informations confidentielles* », qui précise les conditions d'utilisation et de communication de ces informations. Ce plan de gestion des informations confidentielles est communiqué pour avis conforme à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après « l'ARAF »).
31. L'Autorité estime pertinent l'établissement par le gestionnaire d'infrastructure d'un plan de gestion des informations confidentielles, qui permettra d'encadrer les procédures et les responsabilités liées à la diffusion d'informations confidentielles détenues du fait des missions mêmes du gestionnaire d'infrastructure, et accueille favorablement le fait que ce plan soit placé sous le contrôle direct de l'ARAF sous la forme d'un outil de régulation contraignant *ex ante* (voir, pour plus bas, paragraphes 150 et suivants du présent avis).

b) Le gestionnaire d'infrastructure et le risque d'échange d'informations

32. L'article 3 du projet de décret qui permet au gestionnaire d'infrastructure d'organiser la communication d'informations confidentielles vers l'extérieur appelle un commentaire. Le mécanisme mis en place peut en effet être considéré comme un éventuel moyen d'échanges d'informations entre entreprises ferroviaires par le biais du gestionnaire d'infrastructure.
33. Ces échanges d'informations concerneraient les informations fournies par les entreprises ferroviaires dans le cadre de leurs demandes d'accès aux capacités ferroviaires, et en particulier leurs demandes de sillons ou d'essais de matériels sur voie, qui sont susceptibles de dévoiler leur stratégie commerciale, comme l'Autorité l'a constaté dans sa décision n° 12-D-25 (paragraphe 72 à 85, et 364 à 372). Les demandes de sillons comportent en effet de nombreuses informations qui permettent à un concurrent de reconstituer le plan de transport d'un opérateur ferroviaire et donc l'offre commerciale qu'il envisage de proposer à un client donné.

◆ Les principes concurrentiels applicables aux échanges d'informations

34. Les échanges, directs ou indirects, d'informations commercialement sensibles entre concurrents peuvent avoir des conséquences négatives sur le libre jeu du marché et sont, dans certaines conditions, considérés comme des infractions aux règles de concurrence.

35. L'Autorité s'est déjà prononcée à de multiples reprises sur le caractère d'infraction de certains échanges d'informations entre concurrents (décisions n° [05-D-64](#) du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens et n° [05-D-65](#) du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile), en rappelant la grille d'analyse qu'elle applique, au cas par cas, pour déterminer si un échange d'informations est susceptible d'entraver le développement normal de la concurrence (voir, par exemple, l'avis n° [12-A-12](#) relatif du 15 mai 2012 relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés, paragraphes 46 à 75). Les lignes directrices de la Commission européenne sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JOUE du 14 janvier 2011, C 11/13) proposent une grille d'analyse similaire (paragraphes 55 à 110).
36. Il en ressort que tout échange d'informations entre concurrents, ou système de communication d'informations rendu possible par le biais d'un tiers, n'est pas systématiquement restrictif de concurrence. Néanmoins, certains de ces échanges sont susceptibles de l'être, en particulier dans la mesure où ils peuvent permettre aux entreprises de connaître les stratégies commerciales de leurs concurrents, réduisant ainsi l'autonomie sur le marché dont chacune devrait disposer dans des conditions normales de concurrence (avis n° 12-A-12, précité, paragraphe 46).
37. Dans ce cadre, l'Autorité considère que tout échange d'informations stratégiques, confidentielles, récentes et suffisamment désagrégées, qui n'ont pas un caractère public et ne peuvent pas être obtenues par les entreprises autrement que par cet échange, est susceptible d'avoir un effet restrictif sur la concurrence (avis n° 12-A-12, précité, paragraphe 75). Ceci peut concerner des informations futures, actuelles ou passées (en fonction de leur caractère plus ou moins récent et donc de leur pertinence).
38. À l'inverse, la communication d'informations actuelles ou passées effectuée sous forme agrégée, ne permettant donc pas d'associer les données à une entreprise particulière, est généralement peu susceptible d'engendrer une perturbation durable de la concurrence sur le marché en cause. C'est en particulier le cas pour la communication de données historiques statistiques anonymisées ou d'études de marché sectorielles (avis n° 12-A-12, paragraphes 67 à 70).
39. Ainsi, chaque échange d'informations, direct ou indirect, doit faire l'objet d'un examen *in concreto*, en fonction de la nature des informations échangées, des modalités d'organisation de l'échange et, éventuellement, de la structure du marché sur lequel l'échange est susceptible d'avoir des conséquences anticoncurrentielles. L'article 4 du projet de décret indique en ce sens à juste titre que, comme tout autre acteur économique, le gestionnaire d'infrastructure doit auto-évaluer le caractère critique des informations qu'il détient afin d'être en mesure de les diffuser sans pour autant conférer un avantage injustifié à une entreprise ferroviaire.

♦ L'article 3 du projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles

40. L'article 3 du projet de décret permet aux services du gestionnaire d'infrastructure de communiquer les informations confidentielles listées à l'article 1 du projet de décret, dont le caractère commercialement stratégique est patent, « *lorsque ces informations sont agrégées ou transformées de sorte qu'il ne soit pas possible de reconstituer les données individuelles qui ont été communiquées (...) par un demandeur ou un bénéficiaire de*

sillons ». Il peut s'agir d'informations qui touchent à la stratégie commerciale future des entreprises ferroviaires.

41. Interrogés sur ce point par les services d'instruction, les représentants du ministère des transports ont confirmé cette possibilité en indiquant que le mécanisme prévu à l'article 3 vise, entre autres, à permettre à SNCF Réseau de communiquer de façon bilatérale avec les entreprises ferroviaires demandeuses de sillons dans le cadre de l'établissement de l'horaire de service du RFN pour l'année à venir. À ce titre, ils ont confirmé que les possibilités de divulgation d'informations visées par cet article couvrent des données en cours de traitement que le gestionnaire d'infrastructure détient exclusivement au titre de sa fonction de répartition de sillons ferroviaires.
42. L'Autorité estime que la possibilité d'échange de telles informations, qui ne peut faire l'objet d'une analyse concurrentielle générale *a priori*, mais dont chacune doit être examinée *in concreto*, peut entraîner des risques concurrentiels qu'il convient d'évaluer.
43. Le fait que cette communication soit effectuée sous forme agrégée ou anonymisée pourrait en limiter le caractère potentiellement anticoncurrentiel. Toutefois, le caractère agrégé des données doit être suffisant pour garantir que la source des informations divulguées est indécélable. Cette exigence semble difficile à satisfaire dans les cas de demandes de sillons ferroviaires pour lesquelles seules deux entreprises ferroviaires se font généralement concurrence pour un client donné.
44. Pour des raisons d'efficacité de la constitution de l'horaire de service, cependant, le gestionnaire est contraint de révéler certaines des informations confidentielles de façon anonymisée. Au-delà de l'exigence d'efficacité, cette communication peut également permettre de renforcer, dans les faits, la transparence et la crédibilité du processus d'élaboration de cet outil fondamental pour l'ensemble des entreprises ferroviaires, notamment du point de vue de la justification des attributions de sillons.
45. Pour contrôler au mieux les risques de distorsions concurrentielles, la communication de ce type de données futures, même anonymisées, devra être limitée au strict nécessaire à l'accomplissement de la mission de répartition des capacités du gestionnaire d'infrastructure. En revanche, la communication de toutes données futures ou très récentes dans le cadre des négociations sur la tarification de l'accès à l'infrastructure (2° et 6° de l'article 1^{er}) ainsi que d'informations sur les contrats-cadres relatifs à l'utilisation du réseau ferroviaire par une entreprise ferroviaire (4° de l'article 1^{er}) sont à exclure.
46. C'est pourquoi l'Autorité formule deux recommandations :
 - Le plan de gestion des informations confidentielles, prévu à l'article 4, doit comprendre une section autonome sur les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations par le biais du gestionnaire d'infrastructure (recommandation 2 a).
 - L'Autorité recommande également que l'article 3 du projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles soit ainsi rédigé (recommandation 2 b) :

« Par dérogation aux dispositions de l'article 1^{er}, les services du gestionnaire d'infrastructure peuvent communiquer, dans les conditions prévues à l'article 4, des informations issues de données individuelles, si elles sont agrégées ou transformées de sorte qu'il ne soit pas possible de reconstituer les données individuelles qui ont été communiquées, directement ou indirectement, par un demandeur ou un bénéficiaire de sillon, aux services du gestionnaire d'infrastructure responsable de la répartition des capacités et de la tarification de l'infrastructure.

Les informations en cours de traitement par le gestionnaire d'infrastructure dans le cadre de ses missions de répartition de capacités et de tarification à l'accès peuvent être communiquées dans les mêmes conditions que celles prévues à l'alinéa précédent, mais seulement dans la mesure où elles sont strictement nécessaires à l'accomplissement de ces missions. Sont exclues de cette possibilité de divulgation les informations encore en cours de traitement listées au 2°, 4° et 6° de l'article 1er ».

2. LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE DU SYSTÈME FERROVIAIRE

47. Aux termes du nouvel article L. 2111-16-2 du code des transports, la commission de déontologie du système de transport ferroviaire se prononce sur la prise de fonctions de certains dirigeants et membres du personnel de SNCF Réseau dans une entreprise ferroviaire lorsque celle-ci intervient moins de trois ans après la cessation de leurs fonctions au sein de SNCF Réseau.
48. Relèvent de la commission de déontologie : le président du conseil d'administration de SNCF Réseau, tout dirigeant de SNCF Réseau chargé de missions de répartition des capacités et de tarification à l'accès, ou tout autre membre du personnel de SNCF Réseau ayant eu à connaître, dans le cadre de ses missions, d'informations confidentielles au sens de la loi.
49. Le changement de fonction des autres membres du personnel de SNCF Réseau ayant eu à connaître d'informations confidentielles au sens de la loi fait l'objet d'une saisine facultative de la commission de déontologie, à l'initiative du président du conseil d'administration de SNCF Réseau.
50. Enfin, il est prévu que la commission de déontologie rend son avis dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. En cas de silence gardé au terme de ce délai, la commission est réputée avoir donné un avis favorable. Le projet de décret autorise donc la commission de déontologie à rendre des avis favorables de façon tacite, sans avoir besoin de se réunir.
51. Ces dispositions appellent deux observations de la part de l'Autorité.

a) Les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie

52. Les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie sont limités au président du conseil d'administration de SNCF Réseau et de ses dirigeants chargés de la répartition des capacités ou de la tarification de l'infrastructure. La définition du terme « dirigeant » est inscrite dans le nouvel article L. 2111-16-1 du code des transports : « *Sont considérés comme dirigeants de SNCF Réseau (...) le président du conseil d'administration et les responsables de la direction générale* ». Le projet de décret relatif aux statuts de SNCF Réseau les définit ainsi : « *les personnels de l'établissement qui, placés directement sous l'autorité du président ou de ses collaborateurs directs, exercent les compétences les plus étendues fonctionnellement ou territorialement* » (article 39-1).
53. Ainsi, si la notion de dirigeant est prévue de façon large par les textes, seuls certains d'entre eux sont soumis au contrôle automatique de la commission de déontologie. Les dirigeants de SNCF Réseau non directement en charge de la répartition des capacités ou de la tarification de l'infrastructure doivent uniquement informer le président du conseil d'administration de SNCF Réseau de leur souhait de rejoindre une entreprise ferroviaire. Ce dernier a toute liberté pour saisir, ou ne pas saisir, la commission de déontologie.

54. Or, il ressort des auditions que l'ensemble des dirigeants opérationnels de SNCF Réseau sont destinataires de nombre d'informations confidentielles au sens de la loi, que ce soit du fait de leurs fonctions, étroitement liées à la fonction de répartition des sillons, comme la gestion des circulations ferroviaires ou la planification des travaux, ou du fait de leur présence dans des organes sociaux de SNCF Réseau, comme les comités exécutifs ou de direction. Ces dirigeants sont chargés de fonctions opérationnelles dans les divisions métiers de SNCF Réseau (accès au réseau, circulation ferroviaire, ingénierie et projets, et maintenance et travaux). Ils peuvent aussi être responsables de l'activité en régions, dans les directions territoriales qui vont mailler l'ensemble du territoire français.
55. L'Autorité considère que tout départ vers une entreprise ferroviaire de ces dirigeants devrait être soumis automatiquement à la commission de déontologie, dès lors qu'il est certain que ces dirigeants ont accès de façon substantielle à des informations confidentielles.
56. Une telle recommandation est conforme à la loi, qui prévoit la saisine de la commission de déontologie pour l'ensemble du personnel de SNCF Réseau ayant connaissance d'informations confidentielles. Elle n'est par ailleurs pas porteuse d'inefficacités, dans la mesure où les cas de saisines obligatoires, certes plus nombreux, resteraient d'ampleur limitée.
57. Ce mécanisme de saisine obligatoire permettrait de renforcer l'impartialité du système de saisine de la commission de déontologie, en limitant le pouvoir discrétionnaire donné au président de SNCF Réseau de renvoyer ou non des membres du personnel de SNCF Réseau devant la commission de déontologie.
58. En conséquence, l'Autorité recommande que les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie soient élargis à tous les dirigeants opérationnels « métiers » de SNCF Réseau, qu'ils soient situés à la direction centrale ou dans les directions territoriales de SNCF Réseau. Cette recommandation nécessite que soit retirée de l'alinéa 2 de l'article 7 du projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles la mention : « (...) chargé de missions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure (...) » (recommandation n° 2 c).

b) L'effet utile du pouvoir de contrôle de la commission de déontologie

59. Le projet de texte donne à la commission de déontologie la possibilité de ne pas se prononcer formellement sur certains cas dont elle serait saisie, le projet de décret lui permettant de rendre des « avis favorables tacites ».
60. Dans les hypothèses où la commission ne se prononcerait pas formellement, ses décisions positives implicites seraient dépourvues de toute motivation qui pourrait permettre de comprendre sa position actuelle et future, y compris dans des situations litigieuses où des conflits d'intérêts existeraient entre les fonctions exercées précédemment chez SNCF Réseau et celles envisagées dans une entreprise ferroviaire.
61. Le système « d'avis favorable tacite » rendu possible par l'article 7 du projet de décret pourrait faire obstacle à toute élaboration d'une pratique décisionnelle opposable de la part de la commission, et pourrait entraîner de ce fait un risque de soupçon d'arbitraire, selon que le dirigeant rejoint SNCF Mobilités ou un autre de ses concurrents.
62. Cette pratique serait également, et surtout, de nature à susciter des soupçons sur le comportement de certains dirigeants de SNCF Réseau souhaitant rejoindre une entreprise

ferroviaire malgré des conflits d'intérêts apparents ou patents, alors même que la raison d'être de la commission est de prévenir ce type de soupçons.

63. Il est vrai que les « avis favorables tacites » sont largement diffusés dans la pratique administrative actuelle, y compris pour la commission de déontologie de l'administration (décret n° 2007-611 du 27 avril 2007, JORF n° 99 du 27 avril 2007, article 13). Le champ d'action de la commission de déontologie de SNCF Réseau est cependant ciblé sur des situations beaucoup plus sensibles que celles, très larges, soumises à la commission de déontologie de l'administration, puisqu'il recouvre les situations d'accès aux informations confidentielles détenues par des agents ayant tous la qualité de dirigeants. Par ailleurs, la légitimité de la commission de déontologie du système de transport ferroviaire participe, pour une part non négligeable, à l'efficacité du système de protection de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, dans un système désormais intégré sous l'égide de l'EPIC de tête.
64. Dans ces conditions, l'Autorité n'est pas favorable à laisser à la commission de déontologie du système ferroviaire le choix de se prononcer explicitement sur les cas dont elle serait saisie, au risque de lui laisser une marge d'arbitraire importante et de diminuer à la fois sa légitimité et son efficacité.

C. L'INDÉPENDANCE DE LA GESTION DES GARES DE VOYAGEURS

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR L'INDÉPENDANCE DES GARES

65. Dans son avis n° [13-A-14](#), l'Autorité, ainsi qu'elle l'avait déjà fait à de multiples reprises depuis 2009, a rappelé la nécessité de garantir la neutralité concurrentielle des gares de voyageurs, en tant qu'élément d'infrastructure ferroviaire au même titre que le réseau ferré national (paragraphe 134). Les gares de voyageurs revêtent toutes les caractéristiques d'une infrastructure essentielle dont l'accès doit être garanti de façon non discriminatoire à toutes les entreprises ferroviaires.
66. C'est pour cette raison que l'Autorité avait, dans ce même avis, recommandé que la gestion, l'exploitation et le développement des gares de voyageurs soient séparés, à tout le moins de façon juridique, du reste des activités de l'opérateur historique de transport (paragraphe 142 du même avis).
67. Consciente néanmoins des difficultés que la séparation des gares de voyageurs pourrait susciter, elle avait admis que cette réforme puisse être mise en œuvre de façon progressive, jusqu'à la date de l'ouverture complète à la concurrence des services de transport ferroviaire. Elle avait cependant souligné la nécessité de préparer cette phase d'ouverture à la concurrence en encourageant les pouvoirs publics à séparer le plus tôt possible la gestion des gares de voyageurs de celle de l'opérateur historique de transport.
68. La loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire n'a pas mis en place une telle séparation pour la gestion des gares de voyageurs, qui reste de la compétence exclusive de l'opérateur historique de transport, SNCF Mobilités (article L. 2141-1, 3° du code des transports). Néanmoins, l'Autorité accueille favorablement le fait que la loi engage, d'ores et déjà, ce processus de séparation juridique sous la forme d'un rapport sur le sujet que le Gouvernement doit rendre au Parlement deux ans après la promulgation de la loi (VI de l'article 29 de la loi), soit en 2016.

69. Dans l'attente de cette séparation juridique, l'Autorité avait recommandé que toutes les mesures nécessaires soient prises pour que l'accès aux gares de voyageurs soit rendu dès maintenant véritablement équitable. Dans le schéma de séparation fonctionnelle en vigueur jusqu'à la loi, qui se manifestait par l'existence d'une division autonome dénommée « Gares & Connexions » au sein de la SNCF, cette exigence supposait que cette branche autonome jouisse de garanties d'indépendance internes étendues, en vue d'assurer sa pleine autonomie organisationnelle et décisionnelle pour ses missions de gestion d'accès aux gares et de tarification liée. À cet effet, l'Autorité avait réitéré les recommandations déjà formulées dans ses avis n° [09-A-45](#) et n° [11-A-15](#) (paragraphe 163 de l'avis n° [13-A-14](#), précité).
70. Des mesures de nature à assurer l'indépendance des gares sont évoquées par le chapitre IV (articles 26 à 31), intitulé « *dispositions spécifiques à la gestion des gares de voyageurs* », du projet de décret sur les statuts de SNCF Mobilités soumis à l'avis de l'Autorité. Ces garanties d'indépendance sont par ailleurs complétées par un régime de confidentialité spécifique pour « *les informations à caractère industriel ou commercial qui sont communiquées par les entreprises ferroviaires* » applicable au personnel de l'opérateur historique de transport en charge du traitement des demandes d'accès aux gares (article 10 du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferré).
71. L'Autorité constate que ces mesures d'indépendance sont en substance similaires, dans leur contenu et dans leur rédaction, à celles aujourd'hui appliquées à Gares & Connexions, telles qu'elles figurent à l'article 11-2 du décret n° 83-109 du 18 février 1983 modifié relatif aux statuts de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF). Ces mesures sont les suivantes :
- les missions de gestion des gares de voyageurs sont assurées au sein de SNCF Mobilités par une direction autonome, dotée de comptes distincts (article 27, alinéa 1) ;
 - un directeur des gares, dont la cessation anticipée de fonctions ne peut avoir lieu que par décision motivée, est nommé par le conseil d'administration de SNCF Mobilités ;
 - par ailleurs,
 - o le conseil d'administration de SNCF Mobilités ne peut déléguer ses attributions en matière de gestion des gares de voyageurs qu'à ce directeur des gares (article 27, alinéa 3), qui lui-même ne peut être membre du conseil d'administration de SNCF Mobilités (article 27, alinéa 4) ;
 - o le directeur des gares ne peut recevoir d'instruction de nature à fausser l'indépendance de la direction autonome et est seul responsable de la gestion administrative et budgétaire de celle-ci (article 28, alinéas 1 et 2) ;
 - o il doit être consulté pour toute décision d'avancement ou de consultation des instances disciplinaires relatives à un agent de la direction autonome en charge d'activité de répartition et de tarification de capacités (article 30, alinéa 1) ;
 - le personnel de la direction autonome ne peut recevoir d'instructions que du directeur des gares (article 28, alinéa 3). Un code de déontologie est appliqué à ces salariés. Il est établi par le directeur des gares après avis simple de l'ARAF (article 30, alinéa 3).

72. Ces mesures sont d'une portée bien moindre que celles aujourd'hui en vigueur pour garantir l'autonomie organisationnelle et décisionnelle de SNCF Réseau. Cette situation est paradoxale, car les gares de voyageurs devraient jouir de garanties concrètes au moins identiques, ou même supérieures, à celles qui sont appliquées à la gestion du RFN, dans la mesure où SNCF Réseau bénéficie d'une situation de séparation juridique, et donc de garanties internes d'indépendance, bien supérieures à la situation de simple séparation fonctionnelle du type de celle prévue pour les gares.
73. De même, les garanties d'indépendance octroyées à la gestion des gares de voyageurs sont plus faibles que celles aujourd'hui accordées à la DCF. L'indépendance de la DCF était notamment garantie par la loi elle-même, qui prévoyait une procédure de nomination spécifique pour assurer l'indépendance de son directeur et lui fixait des missions claires (ancien article L. 2133-6 du code des transports), en mettant également en place des conditions matérielles d'indépendance en termes de sécurité d'accès aux locaux et aux systèmes d'information (ancien article L. 2123-9 du même code). La DCF était pourtant dans une situation strictement comparable à celle de la gestion des gares de voyageurs, dès lors que chacune de ces missions était gérée au sein même de l'opérateur historique de transport dans des conditions de simple séparation fonctionnelle.
74. Sur le plan juridique, il est légitime de s'interroger sur la compatibilité de la gestion des gares de voyageurs, telle que prévue dans le projet de décret, avec les obligations issues de la réglementation européenne. Ainsi que l'Autorité l'a relevé dans son avis n° 13-A-14, la gestion des gares de voyageurs devra être rendue compatible avec l'article 13 de la directive n° 2012/34/UE, dite « refonte », dont la transposition devra avoir lieu au plus tard en juin 2015 (paragraphe 163 de l'avis). Cet article impose que le gestionnaire des gares, s'il est intégré à un opérateur de transport en position dominante, comme c'est vraisemblablement le cas pour SNCF Mobilités, soit « *organisé de manière à assurer son indépendance organisationnelle et décisionnelle (...)* ». Compte tenu de la faiblesse des mesures garantissant l'indépendance fonctionnelle de la gestion des gares, il n'est pas certain que le dispositif prévu réponde aux exigences du droit européen qui s'imposeront à la France dans moins de six mois. L'Autorité rappelle que la France a déjà été condamnée en manquement pour violation de ses obligations européennes en raison du manque d'indépendance de la DCF (voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 avril 2013, Commission/République française, C-625/10, non encore publié au Recueil).
75. Malgré les recommandations formulées par l'Autorité depuis 2009, il résulte de ce qui précède que les mesures d'indépendance internes prévues par le projet de décret ne sont toujours pas suffisantes pour garantir un accès effectivement non discriminatoire aux infrastructures que sont les gares de voyageurs. L'Autorité recommande donc que les mesures d'indépendance prévues soient renforcées, sur le modèle du régime applicable à la DCF (recommandation n° 3).
76. L'Autorité précisera les modifications nécessaires en ce qui concerne, successivement, les missions confiées au directeur des gares (2), les modalités de prise de décision sur les redevances d'accès en gares de voyageurs (3) et les mesures concrètes d'impartialité devant s'appliquer à la direction autonome des gares de voyageurs (4).

2. LES MISSIONS ET L'INDÉPENDANCE DU DIRECTEUR DES GARES

77. L'Autorité estime que le directeur des gares doit être considéré, à l'instar du président du conseil d'administration de SNCF Réseau pour la gestion du réseau ferré, comme

l'élément clé permettant de garantir l'accès non discriminatoire aux gares de voyageurs. À ce titre, le directeur des gares doit disposer de missions et de responsabilités précisément définies, et doit jouir de garanties d'indépendance qui lui soient propres pour prévenir toute influence de l'opérateur historique de transport auquel il est intégré.

78. Les missions du directeur des gares ne sont cependant pas explicitement définies dans le projet de décret. S'il ressort du texte qu'il est le seul responsable de la gestion administrative et budgétaire de la direction autonome en charge des gares, aux termes de l'article 27 alinéa 3, l'étendue de ses missions se limite à la délégation de pouvoir que lui concède le conseil d'administration de SNCF Mobilités en matière de gestion des gares. Cette situation ne permet pas un partage clair des responsabilités au profit du directeur des gares, qui est soumis à la décision discrétionnaire du conseil d'administration de SNCF Mobilités.
79. De plus, il existe une confusion dans le projet de décret en ce qui concerne l'organe chargé d'assurer que « *les gares sont gérées de façon transparente et non discriminatoire* ». Cette mission est tout à la fois confiée en propre au président du conseil d'administration de SNCF Mobilités (article 25, alinéa 3) et au conseil d'administration de SNCF Mobilités dans son ensemble (article 26, dernière phrase).
80. En revanche, elle n'apparaît pas faire partie des missions du directeur des gares. L'Autorité considère que c'est pourtant à lui de garantir que la gestion des gares de voyageurs est assurée de façon transparente et non discriminatoire, dès lors qu'il jouit par ailleurs de garanties d'indépendance attachées à sa fonction. En effet, le président du conseil d'administration et le conseil d'administration de SNCF Mobilités sont dans une situation patente de conflit d'intérêts pour garantir cette absence de discrimination, dès lors que leur première fonction est de défendre les intérêts d'une entreprise ferroviaire. C'est en particulier le cas pour l'attribution et la tarification des prestations en gares à périmètre régulé (listées à l'article 4 du décret n° 2012-70, précité) pour lesquelles SNCF Mobilités souhaitera être traitée de façon privilégiée (recommandation n° 3 a).
81. C'est pourquoi il est essentiel que le directeur des gares dispose de garanties d'indépendance attachées à sa fonction pour éviter que ses décisions vis-à-vis de l'opérateur historique de transport, d'une part, et des autres entreprises ferroviaires, d'autre part, soient entachées d'un soupçon de partialité.
82. À cet égard, les garanties d'indépendance dont dispose le directeur des gares se limitent à l'interdiction de recevoir des instructions de nature à remettre en cause l'indépendance de la direction autonome (article 28, alinéa 1) et à l'interdiction d'être membre du conseil d'administration de SNCF Mobilités (article 27, alinéa 3). Si ces précautions sont nécessaires, elles restent insuffisantes pour garantir le degré d'indépendance dont le directeur des gares devrait jouir pour prévenir le risque d'un traitement plus favorable accordé à SNCF Mobilités. En particulier, l'Autorité constate que, contrairement au président du conseil d'administration de SNCF Réseau ou au directeur de la DCF, aucune procédure spécifique de nomination permettant de garantir son indépendance dès sa prise de fonction n'est à l'heure actuelle prévue.
83. L'Autorité recommande que la fonction de directeur des gares soit assortie d'une procédure de nomination et de révocation similaire à celle qui était jusqu'alors appliquée au directeur de la DCF (recommandation n° 3 b). Elle propose donc que le directeur des gares soit nommé pour cinq ans, par décret de Premier ministre et après avis de l'ARAF (ancien article L. 2133-6 du code des transports). La procédure de révocation anticipée devrait être également identique à celle prévue pour le directeur de la DCF, en particulier en ce qui concerne le droit d'opposition de l'ARAF.

84. L'Autorité ne recommande pas en revanche que soit transposée au directeur des gares la procédure de nomination du président de SNCF Réseau dès lors qu'elle a constaté dans son avis n° 13-A-14 qu'elle pâtit de certaines lacunes (paragraphe 168 et 169 de l'avis).

3. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISION SUR LES REDEVANCES D'ACCÈS EN GARES

85. La responsabilité de fixer les redevances d'accès en gares, qu'elles concernent le service de base ou les prestations complémentaires sous forme de tarifs régulés, doit également être de la seule responsabilité du directeur des gares.
86. Ceci n'est pas prévu par le projet de décret. La responsabilité de fixer ces redevances est confiée au conseil d'administration de SNCF Mobilités (article 26). Elle est donc sujette à un conflit d'intérêts dans la mesure où le conseil d'administration de SNCF Mobilités représente à titre principal les intérêts de l'opérateur historique de transport.
87. Cependant, il convient de rappeler que la loi n° 2014-872 portant réforme ferroviaire a modifié les conditions de fixation des redevances d'accès en gares, en reconnaissant à l'ARAF le pouvoir d'émettre un avis conforme sur ce sujet. Ainsi que l'Autorité l'a noté dans son avis précité, conférer à l'ARAF ce pouvoir de régulation contraignant et *ex ante* lui permettra de prévenir efficacement la mise en œuvre de pratiques discriminatoires de nature à entraver l'accès aux infrastructures ferroviaires (paragraphe 301 et 306).
88. En outre, les redevances d'accès en gares (services de base et prestations complémentaires) sont fixées par le conseil d'administration de SNCF Mobilités sur proposition du directeur des gares (II de l'article 13-1 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié relatif à l'utilisation du réseau ferré national). Ce pouvoir de proposition du directeur des gares est de nature à diminuer le risque de pratiques discriminatoires que pourrait mettre en œuvre le conseil d'administration de SNCF Mobilités, à condition qu'il dispose des garanties d'indépendance suffisantes.
89. La combinaison de ces deux garanties pourrait permettre d'encadrer, en amont et en aval, le pouvoir exercé par le conseil d'administration de SNCF Mobilités, en limitant, théoriquement, la capacité de SNCF Mobilités à faire prévaloir ses intérêts d'entreprise ferroviaire.
90. Afin de garantir l'effet utile de ces deux dispositifs, l'Autorité recommande d'imposer au conseil d'administration de SNCF Mobilités de ne s'écarter que par une décision motivée de la proposition du directeur des gares. Elle recommande également d'organiser la communication automatique à l'ARAF de la proposition du directeur des gares et, le cas échéant, de la décision motivée du conseil d'administration de s'en écarter, afin que le régulateur puisse disposer d'un dossier complet au moment de rendre son avis conforme sur les redevances en gares (recommandation n° 3 c). Ces recommandations pourraient être mises en œuvre dans le décret qui viendra préciser le pouvoir d'avis conforme de l'ARAF en la matière, au cours du processus de modification du décret n° 2003-194, précité.

4. LES MESURES D'IMPARTIALITÉ APPLICABLES À LA GESTION DES GARES

91. Enfin, les mesures mentionnées plus haut au paragraphe 71 apparaissent nécessaires, mais non suffisantes, pour garantir l'indépendance requise de la direction autonome en charge de la gestion des gares de voyageurs au sein de SNCF Mobilités. Ainsi qu'elle l'a déjà

relevé, ces mesures internes d'indépendance ne vont pas aussi loin que celles appliquées à SNCF Réseau ou à la DCF. L'Autorité recommande donc de les renforcer.

92. Premièrement, compte tenu de la sensibilité des activités gérées par cette direction autonome, et comme pour SNCF Réseau (articles L. 2111-16-4 du code des transports et 45 du projet de décret sur les statuts de SNCF Réseau) et pour la DCF (ancien article L. L. 2123-9 du même code), il est impératif que la direction autonome dispose de conditions matérielles d'indépendance qui lui permettent d'opérer des choix neutres et objectifs. Ceci suppose d'inclure dans l'article 27 du projet de décret sur les statuts de SNCF Mobilités des garanties en matière de séparation des locaux et des systèmes d'information en faveur de la direction des gares, pour isoler physiquement son activité des autres missions de SNCF Mobilités (recommandation n° 3 d).
93. Deuxièmement, le code de déontologie applicable aux salariés de la direction autonome (article 30, alinéa 3) apparaît être un outil trop limité et trop peu contraignant pour permettre de prévenir utilement certaines dérives. Cette appréciation est confirmée par la consultation du code de déontologie de Gares & Connexions actuellement en vigueur qui reste insuffisant, comme l'a souligné l'ARAF en rendant un avis défavorable sur ce document (avis n° 2013-003 du 20 février 2013 relatif au code de déontologie de Gares & Connexions).
94. L'Autorité recommande donc que ce code de déontologie soit remplacé par une série de « *mesures d'organisation interne pour prévenir des pratiques discriminatoires entre entreprises ferroviaires* », à l'image de celles imposées à SNCF Réseau (articles L. 2111-16-4 du code des transports et 32 du projet de décret sur les statuts de SNCF Réseau). Une telle série de mesures d'organisation interne devrait comprendre, entre autres, les procédures prédéfinies que chaque membre du personnel doit suivre dans le traitement des demandes de capacités en gares, les obligations de confidentialité qui s'imposent, ainsi que les sanctions disciplinaires attachées au non-respect des procédures mises en place (recommandation n° 3 e).
95. Troisièmement, dans la mesure où cette direction autonome utilise des informations commercialement sensibles fournies par les entreprises ferroviaires, l'Autorité recommande que le traitement réservé à ces informations soit encadré par un plan de gestion des informations confidentielles, dans les mêmes conditions que celles prévues pour SNCF Réseau à l'article 4 du projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles (recommandation n° 3 f). Un tel plan viendrait ainsi compléter de façon pratique l'obligation de confidentialité qui pèse déjà sur le personnel de la direction autonome au titre de l'article 10 du décret n° 21012-70, précité.
96. Enfin, l'Autorité constate que les demandes de capacités pour l'accès aux gares sont à l'heure actuelle déposées auprès du Guichet d'accès aux gares pour les entreprises ferroviaires, en lieu et place de la Plateforme de services aux entreprises ferroviaires de la SNCF (ou PSEF). Compte tenu de l'importance de ce guichet, notamment au regard des informations confidentielles qu'il a à connaître et en termes de prévention des pratiques discriminatoires, l'Autorité recommande que le Guichet d'accès aux gares soit institutionnalisé dans le projet de décret sur les statuts de SNCF Mobilités, afin que son rôle soit encadré et que son rattachement direct au directeur des gares soit pérennisé (recommandation n° 3 g).
97. Une solution alternative, qui renforcerait la transparence et l'impartialité du système, consisterait à rattacher directement le guichet d'accès aux gares à SNCF Réseau, dès lors que SNCF Réseau gère également l'accès à des capacités en gares (en pratique à certains quais). Dans cette hypothèse, les demandes d'accès aux gares seraient reçues par SNCF

Réseau, puis redirigées vers la direction autonome des gares de SNCF Mobilités en ce qui la concerne. Ce rattachement à SNCF Réseau aurait aussi pour effet de renforcer les synergies industrielles, objectif affiché de la réforme du système ferroviaire, en assurant un traitement unifié pour les demandes de capacités en gares des entreprises ferroviaires, ainsi que l’Autorité l’avait déjà souligné dans son avis n° [13-A-14](#) (paragraphe 146).

II. L’intégration de SNCF Réseau dans le groupe public ferroviaire

98. Le deuxième niveau d’analyse de la gouvernance du futur système ferroviaire vise à vérifier que l’intégration de la gestion des infrastructures ferroviaires dans le groupe public ferroviaire ne porte pas atteinte à l’indépendance de cette mission. Dans cette perspective, les modalités de cette intégration, via les missions confiées à l’EPIC de tête, ne doivent pas réserver une capacité d’influence disproportionnée à l’opérateur historique de transport.
99. L’Autorité examinera successivement :
- les principales conclusions et recommandations précédentes de l’Autorité sur le rôle de l’EPIC de tête (A) ;
 - le périmètre et les missions confiées à la SNCF (B) ;
 - les modalités de prise de décision de ses organes sociaux (C).

A. LE RÔLE DE L’EPIC DE TÊTE

1. LES RECOMMANDATIONS DE L’AUTORITÉ ISSUES DE L’AVIS N° 13-A-14

100. L’Autorité a, dans son avis n° 13-A-14, souligné les risques concurrentiels dont était porteuse la configuration de l’EPIC de tête :
- l’imprécision des missions confiées à cet EPIC fait courir un risque important dès lors que certaines prérogatives touchant à la gestion même de l’infrastructure ferroviaire peuvent être exercées *de facto* par l’EPIC de tête (paragraphe 216) ;
 - l’EPIC de tête exerce en effet des fonctions très opérationnelles, y compris celles exercées au profit de l’ensemble des acteurs du système ferroviaire (ci-après « les missions externes »). Il existe un risque significatif que cet EPIC endosse des responsabilités d’intégration industrielle pour l’ensemble du système ferroviaire, sans que ses choix stratégiques, qui ne s’appuieraient que sur les points de vue de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités, ne présentent pas les garanties nécessaires d’objectivité et d’impartialité (paragraphe 224 et 229) ;
 - un risque de collusion significatif existe entre SNCF Réseau et SNCF Mobilités au sein du directoire, risque susceptible de porter atteinte à l’indépendance de la gestion de l’infrastructure, d’une part, et de conférer un poids significatif aux intérêts de l’opérateur historique de transport sur l’ensemble du secteur ferroviaire, d’autre part (paragraphe 238) ;

101. Sur la base de cette analyse, l’Autorité avait formulé un ensemble de recommandations pour limiter ces risques concurrentiels. Ces recommandations, qui ne peuvent être lues isolément les unes des autres, consistaient en une clarification du rôle de l’EPIC de tête :
- premièrement, l’Autorité estimait qu’il était nécessaire de limiter le périmètre de l’EPIC de tête à une fonction de décideur stratégique, en le déchargeant de ses missions opérationnelles. L’avis évoquait notamment le cas de la SUGE (Surveillance générale, ou police ferroviaire), mission confiée à l’EPIC de tête au profit de l’ensemble des entreprises ferroviaires ;
 - deuxièmement, l’Autorité avait recommandé que les missions de l’EPIC de tête soient clarifiées pour prévenir le risque de chevauchement entre ses missions « internes », effectuées au seul profit du GPF, et ses missions « externes », exercées au profit de l’ensemble des acteurs du système, qui devraient pour leur part faire l’objet d’un traitement spécifique afin de garantir leur neutralité concurrentielle (paragraphes 256 à 261). Dans ce but il était préconisé que les missions « externes » fassent l’objet d’une liste exhaustive et détaillée, adoptée par voie réglementaire pour leur permettre, le cas échéant, d’évoluer dans le temps ;
 - enfin, les modalités de prise de décision au sein de l’EPIC de tête concernant ses missions « externes » devaient être amendées. Pour garantir que ces choix opérés au profit de l’ensemble du système ferroviaire soient neutres et objectifs (paragraphe 262 à 267), il convenait de recueillir l’avis de l’ensemble des parties prenantes du système ferroviaire avant toute prise de décision, sous la forme d’un avis motivé du Haut comité du ferroviaire. Par ailleurs, une intervention de l’ARAF, sous la forme d’un avis motivé portant sur les conséquences des décisions envisagées sur le développement effectif de la concurrence, paraissait également souhaitable.

2. L’ÉVOLUTION DANS LA LOI DU RÔLE DE L’EPIC DE TÊTE

102. Force est de constater que ces recommandations, pour une très grande partie d’entre elles, n’ont pas été intégrées dans la loi ferroviaire.
103. Aux termes du nouvel article L. 2102-1 du code des transports, l’Autorité constate, premièrement, que le périmètre et les missions confiés à l’EPIC SNCF n’ont pas été définis et délimités, en dehors de quelques précisions pour les missions « externes » (2°) et pour les fonctions mutualisées (4°). Le caractère non exhaustif de ces listes de missions ne permet à l’évidence pas d’identifier de façon précise les missions qui seront à l’avenir concernées, même si la loi prévoit désormais que les missions de l’EPIC de tête doivent être précisées par décret (décret relatif aux statuts de la SNCF soumis à l’avis de l’Autorité).
104. Deuxièmement, il ressort sans ambiguïté de la loi que le rôle de l’EPIC de tête n’a pas été limité à une fonction de décideur stratégique en ce qui concerne ses missions « externes », ni *a fortiori* pour l’ensemble de ses missions. L’EPIC de tête est en charge de fonctions très opérationnelles, notamment portant sur la sûreté des personnes et des biens (SUGE), la gestion de situations de crise, l’audit ou le contrôle des risques.
105. Les craintes exprimées par l’Autorité au terme de son examen du projet de loi, en ce qui concerne le risque de mise en place d’un EPIC de tête trop lourd de nature à déséquilibrer l’ensemble du système ferroviaire français, apparaissent *a posteriori* justifiées.

B. LES MISSIONS DE L'EPIC DE TÊTE DANS LES PROJETS DE DÉCRET

106. Les quatre missions de l'EPIC de tête SNCF sont évoquées par le nouvel article L. 2102-1 du code des transports, et par le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF :
- article 2 : mission de « *contrôle et de pilotage stratégiques, cohérence économique et intégration industrielle* » du GPF (1° de l'article L. 2102-1) ;
 - article 3 : « *les missions transversales exercées au bénéfice de l'ensemble des acteurs* » du système de transport ferroviaire national ou les missions dites « externes » (2°) ;
 - article 4 : la mission « *d'unité et de cohésion sociales* » du GPF (1° et 3°) ;
 - article 5 : « *les fonctions mutualisées exercées au bénéfice de l'ensemble* » du GPF (4°).
107. L'Autorité formulera des observations et des recommandations d'ordre général sur l'imprécision persistante des missions de l'EPIC de tête (1), d'une part, et d'ordre plus détaillé sur les fonctions mutualisées qui justifient un examen spécifique (2), d'autre part.

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR L'IMPRÉCISION DES MISSIONS DE L'EPIC DE TÊTE

108. Le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF permet à l'EPIC de tête de disposer de compétences nombreuses et sans limites claires quant à leur périmètre, notamment en ce qui concerne les missions transversales exercées au profit de l'ensemble des acteurs du système ferroviaire. En témoigne, par exemple, au-delà de la mise en œuvre de la SUGE, la possibilité pour cet EPIC d'effectuer des audits techniques, à la demande d'un acteur du système ferroviaire, sur des sujets indéterminés.
109. Cette situation est confirmée dans les faits par les contours du futur EPIC SNCF tels qu'ils ont été présentés par les représentants de l'actuelle SNCF entendus lors d'une audition. En effet, loin d'être la structure « légère » prévue à l'origine, l'EPIC de tête va compter environ 9 700 salariés. Il disposera de très nombreux centres de services partagés au profit de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités, sur des fonctions mutualisées très variées et qui vont bien au-delà des listes présentes dans la loi (par exemple, les activités juridiques et assurances, l'innovation et la recherche, la fiscalité ou la gestion des systèmes d'information). Il disposera par ailleurs d'une branche spécifique en charge de la gestion immobilière pour l'ensemble du GPF (SNCF immobilier).
110. Ceci est rendu possible par l'absence de précision des textes : les listes non exhaustives de compétences contenues dans le projet de décret ne permettent pas de préciser suffisamment les missions de l'EPIC de tête, ni de lever l'ambiguïté sur la ligne de partage entre les compétences confiées à l'EPIC de tête et celles dévolues aux deux autres EPIC qui constituent le GPF (SNCF Réseau et SNCF Mobilités).
111. Cette lacune a pour conséquence de donner à l'EPIC de tête un rôle flou, opaque et extensible. De la rédaction actuelle du décret se dégage la conclusion que l'EPIC de tête est en mesure d'exercer *de facto*, en lieu et place de SNCF Réseau et SNCF Mobilités, des prérogatives touchant à la gestion des infrastructures ferroviaires. Une telle rédaction renforce le risque majeur de perte d'indépendance des missions de gestion d'infrastructure, tant du point de vue des choix stratégiques que de celui de leur mise en œuvre opérationnelle. Sous couvert d'intégration industrielle, les textes perdent de vue le droit

d'accès équitable et transparent aux infrastructures ferroviaires, alors que ces deux objectifs étaient compatibles, notamment en suivant les recommandations faites par l'Autorité.

112. En outre, cette définition large des missions de l'EPIC de tête, dans la lettre du décret d'application, entraîne un risque juridique, au-delà de la perte de transparence pour le système ferroviaire. L'Autorité s'interroge en effet sur la compatibilité de cette confusion des missions de l'EPIC de tête et de celles des deux autres EPIC avec le principe de spécialité qui, en droit administratif, définit les domaines de compétence reconnus aux EPIC institués par la loi.
113. L'ampleur de la remontée de compétences possible des EPIC « filles » vers l'EPIC de tête est en effet assortie de garanties insuffisantes pour préserver l'autonomie organisationnelle et décisionnelle des missions de gestion d'infrastructure, à l'exception de l'article 5 pour les besoins propres de SNCF Réseau dans l'exercice des seules fonctions essentielles au sens du droit européen (1° de l'article L. 2111-9). Aucune disposition d'effet comparable n'apparaît pour les autres missions de l'EPIC de tête (articles 2 et 3 du projet de décret). Enfin, aucune réserve ne permet de garantir l'indépendance dont SNCF Mobilités doit disposer pour sa mission de gestion des gares de voyageurs.
114. Face à l'incertitude concernant l'étendue précise des missions de cet EPIC de tête, l'Autorité recommande, comme elle l'a déjà fait dans son avis n° 13-A-14, que le rôle de l'EPIC de tête soit clarifié en précisant ses missions dans le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF (recommandation n° 4). Deux améliorations fondamentales devraient être apportées pour limiter les risques d'influence de l'opérateur historique sur les conditions d'accès aux infrastructures ferroviaires :
- les listes de missions présentes dans les articles 3 et 5 du projet de décret doivent être exhaustives et ne pas comporter d'autres compétences que celles énumérées à l'heure actuelle (recommandation n° 4 a) ;
 - afin de garantir l'indépendance des activités de gestion d'infrastructures ferroviaires par rapport à l'EPIC de tête, la mention suivante doit être rajoutée en introduction des articles 2, 3 et 5 du projet de décret : « *A l'exclusion des fonctions de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités mises en œuvre pour l'exercice transparent et non discriminatoire des missions mentionnées à l'article L. 2111-9 du code de transports au 3° de l'alinéa 1 de l'article L. 2141-1 du code des transports, (...)* » (recommandation n° 4 b).
115. Enfin, l'Autorité souligne que l'encadrement des missions de l'EPIC de tête exige un renforcement des compétences de l'ARAF (voir, plus bas, paragraphe 155 et suivants du présent avis).

2. LES FONCTIONS MUTUALISÉES DE L'EPIC DE TÊTE

a) Des fonctions mutualisées mal définies et très hétérogènes

116. L'article 5 du projet de décret énumère les fonctions mutualisées exercées par l'EPIC de tête sous la forme d'une liste non exhaustive d'attributions. Il ressort de cette liste que les fonctions mutualisées recouvrent des réalités différentes. Elles peuvent être classées en trois catégories :

1. certaines fonctions mutualisées sont citées par la loi elle-même en tant qu'exemples. Ce sont les fonctions listées aux 1°, 6° et 8° de l'article 5 (gestion administrative des ressources humaines du groupe public ferroviaire, politique de logement pour les salariés du groupe public ferroviaire et réalisation des audits du groupe public ferroviaire) ;
 2. certaines fonctions mutualisées citées à l'article 5 du projet viennent compléter la loi. Il s'agit de compétences opérationnelles directement liées à l'activité ferroviaire (gestion d'infrastructure et transport ferroviaire) listées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 7° et 9° de l'article 5 (expertise et conseil juridiques, gestion de systèmes d'information, organisation des achats généraux, gestion immobilière et foncière, gestion de biens pour le compte des établissements publics du groupe ferroviaire et « *politique digitale* » et de communication du groupe public ferroviaire)
 3. enfin, des fonctions mutualisables qui restent à définir et qui pourront donc être ajoutées sans texte réglementaire, dans la mesure où la liste des fonctions à mutualiser évoquées dans l'article 5 est non exhaustive (emploi du « notamment »).
117. Cependant, selon le texte même de l'article 5 et les explications données lors de la séance par les représentants du ministère des transports, toutes les fonctions énumérées par cet article du projet de décret ne seront pas automatiquement mutualisées au niveau de l'EPIC de tête. La SNCF ne les assurera qu'« *à la demande de SNCF Réseau ou SNCF Mobilités* ».
118. Les fonctions mutualisées de la première catégorie, issues de la loi, n'apparaissent pas poser de problème. Elles portent sur des compétences non liées à l'exécution directe des missions de SNCF Mobilités (entreprise ferroviaire et gestion des gares) et de SNCF Réseau (gestion du RFN) et peuvent donc être mutualisées sans risque au niveau de l'EPIC de tête.
119. En ce qui concerne les fonctions non définies aujourd'hui qui pourraient, compte tenu de la rédaction ouverte de l'article 5 du projet de décret, être mutualisées à l'avenir, le problème sérieux qu'elles posent pourrait être résolu si la recommandation de l'Autorité de définir les compétences de l'EPIC sous forme de liste fermée est suivie (voir, plus haut, paragraphe 114).
120. En revanche, les nouvelles fonctions mutualisées opérationnelles, directement liées à l'activité ferroviaire, qui apparaissent dans le projet de décret suscitent, pour certaines, une forte inquiétude. Leur mutualisation est en effet susceptible d'engendrer des zones d'immixtion de l'EPIC de tête dans la gestion d'infrastructure, au détriment de l'indépendance qui doit être garantie pour cette mission.
121. En premier lieu, les missions évoquées dans cette catégorie sont imprécises quant au degré possible de leur mutualisation. Il ne s'agit pas en effet de tâches opérationnelles identifiées, mais au contraire de domaines de compétence larges où les types d'interventions envisagées peuvent être de nature très différente. C'est le cas par exemple pour la fonction de « *conseil et d'expertise juridique* » qui couvre une palette d'activités importante. Il est ainsi évident que mutualiser l'expertise en matière de droit social ou des relations de travail n'a pas les mêmes conséquences que de mutualiser la gestion des contentieux, en particulier ceux qui pourraient opposer SNCF Réseau et des entreprises ferroviaires. C'est pourtant ce que semble permettre, sans distinction, le texte actuel de l'article 5.
122. En deuxième lieu, les domaines de compétences évoqués dans cette deuxième catégorie, même s'ils recourent tous des dimensions opérationnelles, sont très hétérogènes du point de vue de leur caractère stratégique vis-à-vis de la gestion d'infrastructure. Par exemple,

les fonctions de communication ou de gestion des achats généraux sont peu susceptibles d'exercer une influence directe sur la gestion opérationnelle des infrastructures ferroviaires. En revanche, l'Autorité constate que les autres fonctions énumérées dans le projet de décret peuvent, en raison du domaine sur lequel elles portent, générer des conflits d'intérêts entre gestion d'infrastructure et intérêts de l'opérateur historique de transport, ce qui rend leur mutualisation au sein de l'EPIC de tête problématique, au moins pour certaines de leurs composantes.

123. Il s'agit notamment de la gestion mutualisée de « *l'expertise et du conseil juridiques* » (2°) ou des systèmes d'informations (3°). Pour ces deux fonctions, la mutualisation fait courir le risque d'une perte d'indépendance des missions de gestion d'infrastructure. En effet, si les intérêts de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités (en tant qu'entreprise ferroviaire) ne sont pas divergents pour l'ensemble de ces domaines de compétence, en revanche ils le sont nécessairement pour certains de leurs aspects, notamment pour les activités de répartition des capacités et de tarification d'accès. C'est ce qu'a rappelé l'ARAF dans son avis du 27 novembre 2014 sur les statuts de la SNCF, en demandant à ce que la fonction de conseil juridique soit clarifiée en vue d'exclure toute question touchant aux fonctions essentielles (avis n° 2014-023 de l'ARAF, paragraphe II.66). La logique est la même pour la gestion des systèmes d'informations, ainsi d'ailleurs que le prévoit la loi, qui a mis en place des exigences d'indépendance matérielle pour SNCF Réseau notamment pour l'accès aux systèmes d'informations (article L. 2111-16-3 du code des transports).
124. Un même risque de perte d'indépendance des missions de gestion d'infrastructure, susceptible de comporter des conséquences stratégiques majeures, notamment pour les gares et les infrastructures de services, existe pour la mutualisation de la gestion immobilière et la gestion non définie des « biens » pour le compte de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités (5° et 7°).
125. L'ARAF dans son avis sur les statuts de la SNCF a en particulier relevé que : « *SNCF ne devrait pas être autorisée à interférer dans la gestion du patrimoine de SNCF Réseau, et plus particulièrement dans sa mission de gestion des infrastructures du réseau ferré national, des installations de services et des propriétés foncières et immobilières situées à proximité* » (paragraphe II.68).
126. L'ARAF a également estimé qu'au moins la fonction mutualisée de gestion des biens de la SNCF (7°), dont le contenu n'est pas du tout défini par le décret, devrait être retirée de ce projet (paragraphe II.69).
127. L'Autorité partage ces inquiétudes, compte tenu du flou qui entoure ces missions de gestion du patrimoine et de l'absence de contour du champ de leur mutualisation possible. Les emprises ferroviaires, en particulier, qui seraient susceptibles d'être gérées directement par l'EPIC de tête, sont constitutives, ou pourront l'être à l'avenir, du réseau ferré et ne devraient donc être gérées que selon les choix du gestionnaire d'infrastructures, bien au-delà de la simple compétence de déclassement ou d'aliénation. Ces domaines de compétences, dont la définition exige par ailleurs un éclaircissement en ce qui concerne les « biens », ne peuvent être que partiellement mutualisables au niveau de l'EPIC de tête, dans la stricte mesure de la compatibilité de cette mutualisation avec l'indépendance de la gestion des infrastructures.

b) Les risques d'effets d'éviction attachés aux fonctions mutualisées

128. Les nouvelles fonctions que la loi et le projet de décret permettent de mutualiser au profit de l'EPIC de tête pour l'ensemble du GPF font surgir un nouvel enjeu concurrentiel.

129. L'avant dernier alinéa de l'article L. 2102-3 du code des transports prévoit que : « *Pour l'exercice des missions prévues au 4° de l'article L. 2102-1, SNCF Mobilités et SNCF Réseau recourent à la SNCF* ». Dès lors que des domaines de compétences sont mutualisés, SNCF Réseau et SNCF Mobilités sont donc dans l'obligation de se fournir auprès de l'EPIC de tête pour tous leurs besoins en ces compétences. Cette disposition limiterait la liberté contractuelle de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités, qui sont par ailleurs censées disposer d'une pleine autonomie budgétaire et organisationnelle, en leur imposant définitivement l'EPIC de tête comme source d'approvisionnement unique. Si cette disposition est cohérente avec la volonté d'intégration industrielle portée par la loi, elle n'est pas neutre d'un point de vue concurrentiel.
130. En effet, l'obligation d'approvisionnement en fonctions mutualisées auprès de l'EPIC de tête est susceptible d'entraîner des effets de forclusion sur des activités aujourd'hui ouvertes à la concurrence, lorsque RFF ou la SNCF ont fait le choix de se fournir sur le marché, comme les y a incitées à le faire la réglementation en libéralisant les marchés de maîtrise d'œuvre déléguée ou de maîtrise d'ouvrage portant sur le renouvellement et le développement du réseau, qui étaient par le passé sous monopole légal au profit de la SNCF.
131. Cette situation de forclusion est probable lorsque la mutualisation concernera des services dont SNCF Réseau est le principal consommateur, par exemple les activités d'ingénierie à dominante ferroviaire, compte tenu des droits exclusifs que lui confère la loi en tant que gestionnaire du réseau ferré national (alinéa 2 du l'article L. 2111-9 du code des transports).
132. Sur ce point, les représentants de la SNCF ont indiqué, lors de leur audition par les services d'instruction, que les prestations d'ingénierie ferroviaire du GPF seront concentrées dans l'EPIC de tête, y compris la filiale Systra de la SNCF qui dépend aujourd'hui de sa branche Infra. Pour ce qui concerne la filiale, la loi ne s'oppose pas à cette intégration, le nouvel article L. 2102-4 du code des transports prévoyant que l'EPIC de tête « *détient pour le compte du groupe public ferroviaire, directement ou indirectement, les participations des filiales de conseil et d'ingénierie ferroviaire à dominante transversale* ». Mais la rédaction de la loi n'impose pas pour autant que les prestations d'ingénierie et de conseil fassent partie des fonctions mutualisées de l'EPIC de tête.
133. Aujourd'hui RFF est le seul ordonnateur de projets pour toute opération de renouvellement ou de développement du réseau ferré en France. RFF met en concurrence la SNCF, qui dispose de ces savoir-faire, avec d'autres opérateurs économiques spécialisés en ingénierie à dominante ferroviaire, afin d'obtenir les meilleures conditions techniques et financières possibles. Il est très souhaitable que, pour des raisons d'efficacité du service public et d'animation concurrentielle du secteur, cette situation puisse perdurer.
134. C'est pourquoi l'Autorité engage les pouvoirs publics, mais aussi SNCF Réseau, SNCF Mobilités et la SNCF, à prendre en compte l'impact concurrentiel des fonctions qu'ils envisagent de mutualiser au niveau de l'EPIC de tête, de façon à éviter toute situation de monopolisation d'un marché aujourd'hui ouvert à la concurrence.

c) Recommandations sur la délimitation des fonctions mutualisées

135. Le cas particulier évoqué ci-dessus est une nouvelle démonstration, s'il en était besoin, de la nécessité de limiter et clarifier les fonctions mutualisables au sein de l'EPIC de tête prévues à l'article 5 du projet de décret relatif aux statuts de la SNCF, de façon à ce que ne soient mutualisées au sein de l'EPIC de tête, en dehors du champ prévu par la loi, que des

fonctions qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à l'indépendance des missions de gestion des infrastructures ferroviaires.

136. Or les compétences considérées comme mutualisables dans le projet de décret recouvrent des champs de compétence très larges. En dehors des compétences dont la mutualisation est prévue par la loi, il conviendrait donc de ne rendre la mutualisation possible que pour une partie des nouveaux domaines qu'énumère le projet de décret.
137. Il ressort cependant de l'instruction qu'il serait hasardeux de tracer dans le texte réglementaire une ligne de partage claire entre les fonctions qui pourraient être mutualisées intégralement et celles qui ne peuvent l'être que partiellement.
138. Dans ces conditions, l'Autorité recommande que la liste des fonctions mutualisées ou mutualisables soit scindée en deux. Le projet de décret pourrait énumérer en premier lieu les domaines de compétences qui sont listés dans la loi et qui doivent être mutualisés au niveau de l'EPIC de tête sans mise en place de garanties particulières, hormis celles énoncées dans les observations générales sur les missions de l'EPIC de tête (voir, plus haut, paragraphe 114).
139. Pour les autres domaines de compétence dont le décret rendrait possible la mutualisation, celle-ci ne serait possible que pour les fonctions, à définir au cas par cas, qui ne seraient pas susceptibles de porter atteinte à l'indépendance de la gestion des infrastructures ferroviaires par SNCF Réseau ou par SNCF Mobilités (pour les gares de voyageurs) (recommandation n° 4 c).
140. Dans cette perspective, tout projet de mutualisation devrait faire l'objet d'un examen *in concreto* pour en évaluer les risques, par SNCF Réseau ou SNCF Mobilités qui devrait rester seul compétent pour évaluer sa nécessité. Comme le propose le projet de décret, la mutualisation de ces fonctions ne pourrait être réalisée « *qu'à la demande de SNCF Réseau ou de SNCF Mobilités* ». Cette disposition apparaît essentielle pour juger des risques et avantages d'une mutualisation et pour préserver l'indépendance de la gestion des infrastructures ferroviaires. Si elle ne permet pas de garantir à elle seule cette indépendance, elle y contribuera néanmoins de façon effective en permettant aux conseils d'administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités de s'opposer, évidemment hors la présence des représentants de l'EPIC de tête, à la mutualisation de certaines compétences qu'ils considèreraient comme utiles pour la gestion opérationnelle de l'infrastructure.
141. Cette disposition n'apparaît cependant pas suffisante. Les opérations de mutualisation peuvent représenter en effet pour certaines un enjeu stratégique majeur pour l'équilibre futur du groupe ferroviaire et, au-delà, du système ferroviaire français. C'est pourquoi l'Autorité considère qu'il est indispensable qu'un tiers extérieur puisse s'opposer à une telle décision si un risque d'atteinte à l'indépendance de la gestion d'infrastructure est constaté. L'Autorité recommande donc que l'ARAF soit en charge de ce contrôle et que lui soit conféré un pouvoir d'avis conforme en cette matière. (recommandation n° 4 d).
142. En résumé, l'Autorité recommande une nouvelle rédaction de l'article 5 du projet de décret :

« A l'exclusion des fonctions de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités mises en œuvre pour l'exercice transparent et non discriminatoire des missions mentionnées à l'article L. 2111-9 et au 3° de l'alinéa 1 de l'article L. 2141-1 du code des transports, la SNCF assure pour le groupe public ferroviaire des fonctions mutualisées qui sont :

1° la gestion administrative des ressources humaines du groupe public ferroviaire et, à ce titre, la gestion de la paye, le suivi de la protection sociale, des prestations sociales et de l'action sociale ;

2° la mise en œuvre de la politique du logement pour les salariés du groupe public ferroviaire ;

3° la réalisation des audits du groupe public ferroviaire.

Dans les mêmes conditions et sur demande de SNCF Réseau ou de SNCF Mobilités, la SNCF peut assurer pour le groupe public ferroviaire d'autres fonctions mutualisées dans les domaines suivants, à la condition que la mutualisation, complète ou partielle, de ces domaines ne porte pas atteinte à l'exercice transparent, non discriminatoire et indépendant des missions mentionnées à l'article L. 2111-9 et au 3° de l'alinéa 1 de l'article L. 2141-1 du code des transports :

1° l'expertise et le conseil juridiques au profit du groupe public ferroviaire, notamment en termes de veille législative et réglementaire ;

2° la gestion de systèmes d'information du groupe public ferroviaire ;

3° la gestion immobilière et foncière du groupe public ferroviaire et la valorisation de son patrimoine ;

4° la gestion de biens pour le compte des établissements publics du groupe ferroviaire et, le cas échéant, de leurs filiales ;

5° la mise en œuvre de la politique digitale et de communication du groupe public ferroviaire ;

6° l'organisation des achats généraux du groupe public ferroviaire.

L'ARAF rend un avis conforme sur les demandes de SNCF Réseau ou de SNCF Mobilités visant à mutualiser tout ou partie de ces domaines. Elle se prononce sur le périmètre précis susceptible d'être pris en charge par la SNCF pour le groupe public ferroviaire, en fonction des ressources nécessaires à l'exercice transparent, non discriminatoire et indépendant des missions mentionnées à l'article L. 2111-9 et au 3° de l'alinéa 1 de l'article L. 2141-1 du code des transports.

Les fonctions mutualisées assurées par la SNCF donnent lieu à la conclusion d'une convention entre la SNCF et SNCF Réseau ou SNCF Mobilités qui définit les conditions de fourniture des prestations. Celles-ci sont facturées au coût de la prestation majoré, le cas échéant, d'un bénéfice raisonnable. ».

C. LES MODALITÉS DE PRISE DE DÉCISIONS SUR LES MISSIONS EXTERNES

143. Dans son avis n° [13-A-14](#), l'Autorité avait recommandé que les modalités de prise de décision sur les missions « externes » soient modifiées dans le sens suivant (recommandation n° 4 e) :

- l'avis de l'ensemble des parties prenantes du système ferroviaire devrait être recueilli avant toute prise de décision sous forme d'un avis motivé du Haut comité du ferroviaire ;
- une intervention de l'ARAF devrait être nécessaire avant toute prise de décision. Cette intervention pourrait prendre la forme d'un avis motivé portant sur les

conséquences des décisions envisagées sur le développement effectif de la concurrence.

144. La loi n'a pas modifié les modalités de prise de décision par l'EPIC de tête pour ses missions « externes », exercées au profit de l'ensemble du secteur ferroviaire. Le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF (articles 21, 22, 23 et 31) ne distingue pas davantage les missions « externes » des autres types de missions.
145. L'Autorité prend donc acte qu'aucune mesure concrète n'est prévue pour garantir que les choix stratégiques touchant à ces missions « externes » soient effectués de façon neutre et objective, au profit de l'ensemble du système ferroviaire, sans accorder une influence prépondérante aux intérêts de l'opérateur historique de transport (avis n° 13-A-14, précité, paragraphe 262 à 267).

III. Les garanties attendues de la régulation sectorielle

146. Au-delà des mesures internes aux établissements publics ferroviaires nécessaires pour garantir l'indépendance des missions de gestion des infrastructures, l'avis de l'Autorité sur le projet de loi portant réforme ferroviaire avait souligné l'importance des garanties externes pouvant être apportées par la régulation sectorielle (avis n° 13-A-14, précité, paragraphes 94 et suivants, et paragraphes 268 et suivants). L'Autorité avait ainsi émis des recommandations concernant le Haut comité du ferroviaire, le code du réseau et surtout l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF).
147. L'Autorité se félicite que la loi adoptée ait donné effet à certaines de ses recommandations, principalement :
 - la recommandation n° 10 visant à clarifier la portée du code du réseau (devenant la charte du réseau, de portée juridique clarifiée) ;
 - les recommandations n° 11 a) et 11 b) visant, d'une part, au maintien du pouvoir d'avis conforme de l'ARAF sur la tarification d'accès au réseau et, d'autre part, à l'octroi d'un pouvoir similaire pour la tarification de l'accès aux gares de voyageurs, aux infrastructures de services et aux prestations qui y sont fournies ;
 - la recommandation n° 12 visant à clarifier le nouveau critère d'appréciation de l'ARAF relatif aux contraintes d'équilibre économique et financier des gestionnaires d'infrastructures.
148. L'Autorité avait de plus recommandé un renforcement des pouvoirs du régulateur sur l'ensemble des offres régulées par les gestionnaires d'infrastructure, renforcement que l'intégration des différents acteurs et fonctions du système ferroviaire rend plus encore nécessaire (voir paragraphes 303 et suivants de l'avis n° 13-A-14, précité). Il est regrettable que la recommandation n° 11 c) n'ait pas été suivie et que l'ARAF, qui ne dispose que d'un pouvoir d'avis simple, n'ait pas été dotée d'un pouvoir de contrôle *ex ante* complet, étendu à toutes les dimensions (technique et commerciale, et pas uniquement tarifaire) des documents de référence des gestionnaires d'infrastructures.
149. Les projets de décrets à l'étude ajoutent ou précisent des missions et des pouvoirs de contrôle au bénéfice du régulateur. L'Autorité s'attardera sur deux d'entre eux, en matière d'information confidentielle liée au réseau (A) et de suivi des prestations mutualisées

assurées par la SNCF (B), avant de faire des recommandations plus transversales sur les pouvoirs de contrôle et les moyens d'action de l'ARAF (C).

A. LES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES RELATIVES À L'UTILISATION DU RÉSEAU

150. L'Autorité est favorable à l'attribution d'un nouveau pouvoir de régulation *ex ante* à l'ARAF (non prévu par la loi portant réforme ferroviaire) lui permettant d'approuver, par avis conforme, le plan de gestion des informations confidentielles proposé par SNCF Réseau (article 4 du projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles). Ce plan doit permettre de concilier la confidentialité de certaines informations liées à l'utilisation du réseau, d'une part, et la nécessité de communiquer certaines de ces informations (*reporting*, attribution de capacités ou motivation des refus, etc.), d'autre part.
151. Ce sujet relève assurément des fonctions essentielles de SNCF Réseau et le contrôle du régulateur sectoriel est tout à fait souhaitable, notamment pour apporter une certaine souplesse : l'adoption d'un *corpus* efficace de prescriptions techniques détaillées par décret ou arrêté est inadaptée et les autorités administratives indépendantes sectorielles ont démontré leur capacité à traiter ces questions techniques, de manière itérative et en concertation étroite avec les acteurs et les spécialistes des métiers concernés.
152. L'Autorité s'interroge toutefois sur le choix d'un pouvoir d'avis conforme en cette matière. En effet, en l'état des textes, les conséquences d'un possible avis non conforme de l'ARAF restent floues. L'Autorité relève qu'au-delà d'un avis conforme, ce domaine pourrait utilement relever du pouvoir réglementaire « supplétif » ou « dérivé » de l'ARAF ([article L. 2131-7 du code des transports](#)), un pouvoir qui, bien que partagé avec le ministre (homologation), octroie davantage de responsabilité et de latitude au régulateur, tant dans l'élaboration des textes que dans leur application.
153. En outre, une habilitation de l'ARAF pour la gestion des informations confidentielles liées à l'utilisation du réseau, avec les outils *ex ante* adéquats, pourrait lui permettre d'alimenter un « observatoire » de l'usage du réseau ferré national, par la collecte systématique et la présentation périodique de données statistiques robustes, indépendantes et objectives sur l'usage du réseau, à l'instar de ce que font d'autres régulateurs sectoriels français (voir par exemple les [observatoires de l'ARCEP](#) et de la CRE) ou certains régulateurs ferroviaires étrangers (voir les [rapports trimestriels de l'ORR](#)).
154. Pour conclure, l'Autorité recommande de clarifier et d'augmenter les compétences de l'ARAF en matière de gestion des informations confidentielles liées à l'utilisation du réseau ferroviaire (recommandation n° 5 a). À toutes fins utiles, l'Autorité souligne que, si cette recommandation devait exiger un texte de niveau législatif, elle pourrait être prise en compte dans le cadre de l'ordonnance prévue pour transposer certaines obligations européennes qui doit être publiée au cours du premier semestre 2015.

B. LA RÉGULATION DES PRESTATIONS TRANSVERSALES ET MUTUALISÉES

155. Les articles 3 et 5 du décret relatif aux missions et statuts de la SNCF prévoient, en application de l'article L. 2102-1 du code des transports, des listes de « missions transversales » et de « fonctions mutualisées » exercées par l'EPIC de tête SNCF, respectivement pour l'ensemble du système ferroviaire et pour le GPF. Il y a lieu de relever

que ces prestations donnent lieu à la conclusion de contrats et conventions et qu'« *elles sont facturées au coût de la prestation majorée, le cas échéant, d'un bénéfice raisonnable* ». L'article 6 de ce décret prévoit de plus que la SNCF communique annuellement à l'ARAF la liste de ces contrats et conventions.

156. Cette transmission systématique pose la question de la teneur de ce qui semble être une nouvelle compétence confiée au régulateur en matière de régulation tarifaire de ces prestations, dans une perspective *ex post*.
157. La nécessité d'un régime de régulation tarifaire et de transparence ne fait pas de doute. En effet, ces prestations vont générer des flux financiers à destination de l'EPIC de tête, avec le risque que ces flux puissent financer ensuite l'activité d'entreprise ferroviaire de SNCF Mobilités. Pour le cas des fonctions assurées par la SNCF pour SNCF Réseau, le risque existe que leur prix soit indument répercuté dans la tarification de l'infrastructure. De plus, ces prestations vont brouiller la lisibilité des flux financiers internes au groupe, à rebours de l'objectif de clarification des fonctions des différents EPIC que porte la réforme ferroviaire, tout en compliquant la mission du régulateur de garantir, notamment par l'application des règles de séparation comptable, l'absence de discrimination, de subventions croisées ou de distorsions de concurrence dans le système ferroviaire.
158. Dans ces conditions, une traçabilité de ces flux et, le cas échéant, une contrainte sur les niveaux de marge dégagés par ces prestations sont nécessaires, en donnant au régulateur sectoriel les compétences de contrôle et de tarification associées.
159. Mais la question des moyens accordés au régulateur pour lui permettre d'influer, par des outils de régulation *ex ante* ou *ex post*, est posée.
160. En l'état des différents textes, il n'est notamment pas certain que l'ARAF puisse appliquer son pouvoir réglementaire « supplétif » ou « dérivé » ([article L. 2131-7 du code des transports](#)) à ces prestations. De même, le pouvoir de sanction administrative de l'ARAF ([article L. 2135-7 du même code](#)), qui vise des manquements aux « obligations (...) au titre de l'accès au réseau ou de son utilisation » semble difficilement applicable en la matière (voir, plus bas, paragraphes 165 et suivants).
161. Dans ces conditions, la portée de la compétence de contrôle de l'ARAF sur les contrats et conventions encadrant les missions transversales et les fonctions mutualisées du groupe public ferroviaire paraît insuffisamment affirmée et sujette à interprétation. Pour clarifier le nécessaire rôle de contrôle de cette Autorité, il conviendrait de lui reconnaître, au dernier alinéa des articles 3 et 5 du décret relatif aux missions et statuts de la SNCF, un pouvoir d'avis conforme sur les conditions, notamment tarifaires, de fourniture de ces prestations, comme elle le demande dans son avis n° 2014-023 du 27 novembre 2014 sur le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de la SNCF (paragraphe II.77).
162. Pour conclure, l'Autorité recommande aux pouvoirs publics d'habiliter plus clairement l'ARAF à encadrer les missions transversales et les fonctions mutualisées de la SNCF (recommandation n° 5 b). À toutes fins utiles, l'Autorité souligne que, si cette recommandation devait exiger un texte de niveau législatif, elle pourrait par exemple être prise en compte, comme pour le point précédent évoqué au paragraphe 154, dans le cadre de l'ordonnance prévue pour transposer certaines obligations européennes qui doit être publiée au cours du premier semestre 2015.

C. LES MOYENS DE L'ARAF POUR EXERCER SES MISSIONS

163. La réforme ferroviaire et ses décrets d'application à l'étude multiplient les missions et tâches de l'ARAF. Certaines nécessitent des moyens importants. La plupart sont encadrées de délais, parfois très courts.
164. Afin d'exercer de façon satisfaisante ces nouvelles compétences en respectant ces contraintes, l'autorité de régulation sectorielle doit être dotée des moyens lui permettant d'assurer ses missions de façon efficace. Seront successivement examinés les moyens juridiques (1), puis les moyens matériels et humains (2).

1. LES POUVOIRS DE CONTRÔLE

165. Les règles prévues par les décrets sont avant tout des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements publics qui constituent le GPF. Certaines de ces règles sont toutefois susceptibles d'interférer avec des questions d'accès au réseau ferré national.
166. L'ARAF dispose certes de compétences dans ce domaine de fonctionnement interne, mais d'une portée limitée : pour l'essentiel des droits d'information et des pouvoirs d'avis simple. L'Autorité doute notamment que les pouvoirs généraux de l'ARAF en matière de contrôle administratif ([articles L. 2135-1 et suivants](#) du code des transports) et de sanction administrative ([articles L. 2135-7 et suivants](#)) soient applicables en ce domaine.
167. L'Autorité est d'avis que l'ARAF devrait être dotée de plus larges pouvoirs pour faire respecter l'ensemble des règles prévues par les décrets à l'étude, en ce qu'elles traitent également, directement ou indirectement, des questions d'accès aux infrastructures ferroviaires. Elle devrait ainsi être clairement dotée d'une mission de contrôle de l'exercice des compétences reconnues aux différents EPIC, dans l'esprit de la recommandation n° 4 précédente, tendant à préciser strictement les missions de chacun des EPIC. Ce nouveau pouvoir serait en particulier destiné à contrôler que l'EPIC de tête n'exerce pas *de facto* des missions de gestion d'infrastructure dévolues par la loi à SNCF Réseau ou à SNCF Mobilités.
168. De cette manière, l'ARAF serait également garante du bon fonctionnement de l'organisation interne du GPF, sur le modèle prévalant en Allemagne où l'autorité publique fédérale, l'*Eisenbahn-Bundesamt* (ou EBA), a entre autres pour mission de surveiller l'application des prescriptions visant la structure de l'entreprise, en particulier en ce qu'elles concernent l'indépendance de la gestion de l'infrastructure (voir articles 9 et 9a de l'*Allgemeines Eisenbahngesetz* ; voir sur ce point le paragraphe 88 de l'avis n° [13-A-14](#), précité).
169. Pour mettre en œuvre cette mission du régulateur, les décrets à l'étude pourraient systématiser les obligations de communication de documents à l'ARAF, comme aux services de tutelle étatiques : comptes-rendus des organes décisionnels et conseils d'administration des trois EPIC (voir les articles 23 du projet de décret « SNCF Mobilités », 36 du projet de décret « SNCF Réseau », ainsi que 23 et 31 du projet de décret « SNCF ») ou à tout le moins, les documents portant sur SNCF Réseau et la gestion des infrastructures (réseau et gares), en particulier les procès-verbaux du directoire de l'EPIC de tête constatant un désaccord entre ses deux membres ; états prévisionnels de recettes et de dépenses établis par le directoire de la SNCF (article 37 du projet de décret la concernant), ou encore documents de suivi de leur exécution (article 38 du même décret), comme le demande l'ARAF dans son avis précité (paragraphe II.95).

170. L'Autorité recommande donc de clarifier et d'augmenter les moyens d'accès à l'information et de contrôle de l'ARAF sur les règles d'organisation et de fonctionnement du GPF qui ont des conséquences directes sur l'accès au réseau et les conditions de la concurrence dans le secteur ferroviaire (recommandation n° 5 c).

2. LES MOYENS MATÉRIELS ET HUMAINS

171. Un régulateur sectoriel fort et efficace doit également disposer des moyens humains suffisants pour l'exercice de ses missions, notamment dans un contexte de multiplication de ses compétences, comme il est observé en l'espèce. À défaut, c'est l'équilibre général du système ferroviaire qui en pâtirait, ainsi *de facto* privé du contre-pouvoir clé que représente la mise en œuvre effective de la régulation sectorielle.

172. Sur ce plan, l'Autorité observe que le projet de loi de finances pour 2015 prévoit des moyens nouveaux en termes d'emploi et de financement. Ces dispositions vont assurément dans le sens d'un renforcement des moyens de l'ARAF, en corrélation avec l'extension de ses missions résultant de la réforme ferroviaire.

173. Néanmoins, ce renforcement humain et financier ne sera probablement pas suffisant dans la perspective d'un élargissement des compétences de l'ARAF, suggéré par l'Autorité dans ses avis n° [14-A-05](#) du 27 février 2014 et n° [14-A-13](#) du 17 septembre 2014, aux activités de transports de voyageurs par autocar et à l'encadrement des tarifs des sociétés concessionnaires d'autoroutes, comme le prévoit le projet de loi « pour l'activité et la croissance » qui doit être discuté en janvier à l'Assemblée nationale.

174. L'Autorité recommande donc plus largement au gouvernement de doter le régulateur sectoriel des moyens matériels et humains lui permettant de disposer de l'expertise, de l'information et de la crédibilité requises pour l'exercice de ses missions (recommandation n° 5 d).

Conclusion

175. Les projets de décrets soumis à l'avis de l'Autorité s'inscrivent pleinement dans l'objectif fixé par la loi récemment adoptée d'une plus forte intégration industrielle du système ferroviaire français. Ils n'accordent cependant pas une place suffisante à un autre objectif clé pour une gestion équilibrée du système ferroviaire : la neutralité et la transparence de l'accès aux infrastructures ferroviaires.
176. Du point de vue de l'Autorité, comme du point de vue de la loi du 4 août 2014, ces deux objectifs, en apparence opposés, sont néanmoins conciliables. Les projets de décrets doivent refléter cette double ambition, en recherchant un équilibre satisfaisant entre intégration industrielle et indépendance de gestion de l'infrastructure. Cet équilibre n'est pas atteint par les projets de décrets soumis à l'avis de l'Autorité.
177. L'élargissement, sans limitation, des domaines de compétence de l'EPIC de tête, son poids au sein des conseils d'administration de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités, y compris lorsqu'ils traitent de questions de gestion d'infrastructure, sans séparation suffisante ni des carrières des personnels, ni surtout des fonctions opérationnelles liées à la gestion des infrastructures ferroviaires, entraînent des risques importants pour le développement de la concurrence dans le secteur ferroviaire. Ils entraînent également des risques juridiques significatifs à l'avenir pour le GPF, dont l'importance ne semble pas avoir été pleinement mesurée.
178. Les dispositions des décrets s'inscrivent dans un double cadre juridique. En droit européen, la directive 2012/34/UE sur l'indépendance de la gestion des infrastructures ferroviaires établit aujourd'hui les principes applicables en termes d'indépendance des fonctions essentielles du gestionnaire d'infrastructure ainsi que les conditions d'accès aux infrastructures.
179. En droit interne, l'Autorité a maintes fois rappelé ces dernières années que toute utilisation par une entreprise, ancien opérateur historique en monopole, encore en position dominante, des moyens issus du service public pour promouvoir ses propres intérêts sur un marché concurrentiel relève de la qualification d'abus de position dominante. Ce point a été en particulier développé dans la récente décision de l'Autorité n° [12-D-25](#) relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF dans le transport ferroviaire de marchandises, confirmée sur ce point par la cour d'appel de Paris.
180. Les termes trop larges et trop imprécis des projets de décrets actuellement en discussion lorsqu'ils touchent à la répartition des fonctions et des pouvoirs au sein du GPF ou aux possibilités de mutualisation au profit de l'EPIC de tête représentent donc un risque pour la SNCF, en droit interne comme en droit européen.
181. C'est pourquoi l'Autorité ne pourrait émettre un avis favorable sur ces projets de décrets que sur la base des modifications suivantes :
- le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau doit interdire aux représentants de la SNCF au sein du conseil d'administration de SNCF Réseau de prendre part aux décisions touchant aux « fonctions essentielles » de gestion d'infrastructure ;
 - le projet de décret sur l'indépendance des « fonctions essentielles » doit donner à la commission de déontologie un cadre d'action élargi et plus clair, en rendant obligatoires

les saisines pour tout dirigeant ayant eu accès à des informations confidentielles et en prescrivant la motivation systématique des décisions qu'il prend ;

- le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités doit préciser que la gestion des infrastructures que constituent les gares doit être exercée de façon totalement autonome des intérêts de SNCF Mobilités. L'Autorité recommande donc que les mesures d'indépendance entourant la mission confiée au directeur des gares et à la direction autonome des gares soient fortement renforcées, et contrôlées par l'ARAF ;

- les missions de l'EPIC de tête doivent être clarifiées, limitativement énumérées et définies de manière à interdire toute possibilité d'immixtion dans la gestion des infrastructures. Toute mutualisation au-delà du champ défini par la loi doit découler de la demande expresse de SNCF Réseau ou de SNCF Mobilités et surtout être adoptée sur avis conforme de l'ARAF ;

- enfin, l'ARAF doit disposer de compétences plus étendues en matière de gestion des informations confidentielles, de contrôle des conditions tarifaires des prestations inter-EPIC, et des conditions d'exercice des compétences dévolues à chacun des EPIC afin de préserver l'équilibre des pouvoirs et des compétences souhaité par la loi. Elle doit aussi disposer des outils et des moyens nécessaires pour mener à bien ses missions.

Délibéré sur le rapport oral de MM. Gillian Arnoux et Alexandre Beaudouin, rapporteurs, et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par Mme Élisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente et présidente de séance, et MM. Emmanuel Combe et Thierry Dahan, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La présidente,
Elisabeth Flüry-Hérard

ANNEXE 1 : TABLEAU DE SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS
(dans l'ordre des recommandations)

Axes d'amélioration	Recommandations	Textes concernés
L'indépendance de la gestion des infrastructures ferroviaires		
Garantir l'indépendance des fonctions essentielles de SNCF Réseau	Recommandation n° 1 : ajouter un article 31-1 dans le projet de décret relatif aux statuts de SNCF Réseau : « <i>Dans la mesure où le conseil d'administration se prononce sur des compétences, directement ou indirectement, liées à la mission que confère le 1° de l'article L. 2111-9 à SNCF Réseau, les personnalités choisies par la SNCF pour la représenter et le président du conseil d'administration de SNCF Réseau ne prennent pas part au vote</i> ».	Projet de décret relatif aux statuts de SNCF Réseau (nouvel article 31-1)
Renforcer l'effet utile des mesures d'indépendance prévues dans le projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles	<p>Recommandation n° 2 a : faire apparaître dans le plan de gestion des informations confidentielles, prévu à l'article 4 du projet de décret, une section sur les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations entre concurrents par le biais du gestionnaire d'infrastructure.</p> <p>Recommandation n° 2 b : modifier l'article 3 du projet de décret pour qu'il mette mieux en évidence la notion d'informations agrégées et pour limiter les échanges d'informations confidentielles en cours de traitement aux situations strictement nécessaires.</p> <p>Recommandation n° 2 c : élargir les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie du système de transport ferroviaire à l'ensemble des dirigeants de fonctions opérationnelles de SNCF Réseau, en modifiant l'alinéa 2 de l'article 7 du projet de décret.</p>	Projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles (articles 3, 4 et 7)
Renforcer les garanties d'indépendance de la mission de	Recommandation n° 3 : calquer le régime d'indépendance de la direction autonome en charge des gares de voyageurs sur celui applicable à l'heure actuelle à la direction	Projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités (articles 25

Axes d'amélioration	Recommandations	Textes concernés
gestion des gares de voyageurs par SNCF Mobilités	<p>des circulations ferroviaires (DCF).</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 3 a</u> : confier la mission de gestion transparente et non discriminatoire des gares de voyageurs au directeur des gares. • <u>Recommandation n° 3 b</u> : assortir la nomination et la révocation du directeur des gares des mêmes garanties d'indépendance que celles qui sont à l'heure actuelle prévues pour le directeur de la direction des circulations ferroviaires (DCF). • <u>Recommandation n° 3 c</u> : organiser la communication automatique à l'ARAF de la proposition du directeur des gares sur les tarifs d'accès aux gares de voyageurs et, le cas échéant, de la décision motivée de s'en écarter du conseil d'administration de SNCF Réseau. • <u>Recommandation n° 3 d</u> : prévoir, pour la direction autonome des gares de voyageurs, des garanties en matière de séparation des locaux et des systèmes d'informations vis-à-vis du reste de SNCF Mobilités. • <u>Recommandation n° 3 e</u> : prévoir, pour la direction autonome des gares, l'obligation de prendre des mesures d'organisation interne pour prévenir des pratiques discriminatoires entre entreprises ferroviaires. • <u>Recommandation n° 3 f</u> : prévoir, pour la direction autonome des gares, l'obligation d'établir un plan de gestion des informations confidentielles. • <u>Recommandation n° 3 g</u> : institutionnaliser le Guichet d'accès aux gares de voyageurs dans le projet de décret sur les statuts de SNCF Mobilités en le rattachant, au moins, au directeur des gares. 	à 31 notamment)

Axes d'amélioration	Recommandations	Textes concernés
L'EPIC de tête		
<p>Revoir et clarifier le rôle de l'EPIC de tête pour agir de façon objective et efficace au bénéfice de l'ensemble du secteur ferroviaire</p>	<p><u>Recommandation n° 4</u> : clarifier, autant que faire se peut, le rôle de l'EPIC de tête en précisant ses missions dans le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Recommandation n° 4 a</u> : rendre exhaustives les listes de missions. • <u>Recommandation n° 4 b</u> : inclure dans le texte des articles 2, 3 et 5 une réserve afin de garantir les besoins matériels propres aux missions de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités pour la gestion des gares de voyageurs. • <u>Recommandations n° 4 c</u> : modifier la rédaction de l'article 5 en scindant en deux blocs la liste des fonctions mutualisées. • <u>Recommandation n° 4 d</u> : pour les domaines de compétence partiellement mutualisables, prévoir des garanties dans l'article 5 pour encadrer le caractère objectif du processus de mutualisation, sous la forme d'une demande expresse de SNCF Mobilités ou de SNCF Réseau et d'un pouvoir d'avis conforme de l'ARAF en la matière. • <u>Recommandation n° 4 e</u> : modifier les modalités de prise de décision de l'EPIC de tête pour ses missions « externes ». 	<p>Projet de décret relatif aux missions et statuts de la SNCF (articles 2, 3 et 5)</p>
La régulation sectorielle		
<p>Renforcer les outils et les ressources de l'ARAF pour lui permettre d'exercer effectivement sa mission générale de garante d'un accès non</p>	<p><u>Recommandation n° 5 a</u> : clarifier et augmenter les compétences de l'ARAF en matière de gestion des informations confidentielles liées à l'utilisation du réseau ferroviaire.</p> <p><u>Recommandation n° 5 b</u> : habiliter plus clairement l'ARAF à encadrer l'ensemble des missions transversales et des fonctions mutualisées fournies par la SNCF.</p>	<p>Projet de décret sur l'indépendance des fonctions essentielles (article 4 notamment) ; Code des transports, partie législative (articles L. 2131-7)</p> <p>Projet de décret relatif aux missions et statuts</p>

Axes d'amélioration	Recommandations	Textes concernés
discriminatoire et transparent aux infrastructures ferroviaires	<p><u>Recommandation n° 5 c</u> : clarifier et augmenter les moyens d'accès à l'information et de contrôle de l'ARAF pour faire appliquer les règles organisationnelles et de fonctionnement du groupe public ferroviaire.</p> <p><u>Recommandation n° 5 d</u> : doter l'ARAF des moyens matériels et humains lui permettant de disposer de l'expertise, de l'information et de la crédibilité requises pour l'exercice de ses missions.</p>	<p>de la SNCF (articles 3 et 5)</p> <p>Projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités (article 23), projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau (article 36) ; projet de décret relatif aux missions et aux statuts de la SNCF (article 31) ; code des transports, partie législative (articles L. 2131-7, L. 2135-1 et L. 2135-7 notamment)</p>

ANNEXE 2 : TABLEAU DE SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

(par projet de décret)

Décret relatif aux missions et aux statuts de la SNCF
<p>Recommandation n° 4 : clarifier, autant que faire se peut, le rôle de l'EPIC de tête en précisant ses missions dans le projet de décret relatif aux statuts de la SNCF.</p> <ul style="list-style-type: none">• Recommandation n° 4 a : rendre exhaustives les listes de missions.• Recommandation n° 4 b : inclure dans le texte des articles 2, 3 et 5 une réserve afin de garantir les besoins matériels propres aux missions de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités pour la gestion des gares de voyageurs.• Recommandations n° 4 c : modifier la rédaction de l'article 5 en scindant en deux blocs la liste des fonctions mutualisées.• Recommandation n° 4 d : pour les domaines de compétence partiellement mutualisables, prévoir des garanties dans l'article 5 pour encadrer le caractère objectif du processus de mutualisation, sous la forme d'une demande expresse de SNCF Mobilités ou de SNCF Réseau et d'un pouvoir d'avis conforme de l'ARAF en la matière.• Recommandation n° 4 e : modifier les modalités de prise de décision de l'EPIC de tête pour ses missions « externes ».• Recommandation n° 5 b : habilitier plus clairement l'ARAF à encadrer l'ensemble des missions transversales et des fonctions mutualisées fournies par la SNCF.
Décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau
<p>Recommandation n° 1 : ajouter un article 31-1 : « <i>Dans la mesure où le conseil d'administration se prononce sur des compétences, directement ou indirectement, liées à la mission que confère le 1° de l'article L. 2111-9 à SNCF Réseau, les personnalités choisies par la SNCF pour la représenter et le président du conseil d'administration de SNCF Réseau ne prennent pas part au vote</i> ».</p>
Décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités
<p>Recommandation n° 3 : calquer le régime d'indépendance de la direction autonome en charge des gares de voyageurs sur celui applicable, à l'heure actuelle, à la direction des circulations ferroviaires (DCF).</p> <ul style="list-style-type: none">• Recommandation n° 3 a : confier la mission de gestion transparente et non discriminatoire des gares de voyageurs au directeur des gares.• Recommandation n° 3 b : assortir la nomination et la révocation du directeur des gares des mêmes garanties d'indépendance que celles qui sont à l'heure actuelle prévues pour le directeur de DCF.• Recommandation n° 3 c : organiser la communication automatique à l'ARAF de la proposition du directeur des gares sur les tarifs d'accès aux gares de voyageurs et, le cas échéant, de la décision motivée de s'en écarter du conseil d'administration de SNCF Réseau.• Recommandation n° 3 d : prévoir, pour la direction autonome des gares de voyageurs,

des garanties en matière de séparation des locaux et des systèmes d'informations vis-à-vis du reste de SNCF Mobilités.

- **Recommandation n° 3 e** : prévoir, pour la direction autonome des gares, l'obligation de prendre des mesures d'organisations internes pour prévenir des pratiques discriminatoires entre entreprises ferroviaires.
- **Recommandation n° 3 f** : prévoir, pour la direction autonome des gares, l'obligation d'établir un plan de gestion des informations confidentielles.
- **Recommandation n° 3 g** : institutionnaliser le Guichet d'accès aux gares de voyageurs en le rattachant, au moins, au directeur des gares.

Décret sur l'indépendance des fonctions essentielles

Recommandation n° 2 a : faire apparaître une section sur les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations entre concurrents par le biais du gestionnaire d'infrastructure dans le plan de gestion des informations confidentielles prévu à l'article 4 du projet de décret relatif à l'indépendance des fonctions essentielles.

Recommandation n° 2 b : modifier l'article 3 pour qu'il mette mieux en évidence la notion d'informations agrégées et pour limiter les échanges d'informations confidentielles en cours de traitement aux situations strictement nécessaires.

Recommandation n° 2 c : modifier l'alinéa 2 de l'article 7 pour élargir les cas de saisines obligatoires de la commission de déontologie du système de transport ferroviaire à l'ensemble des dirigeants de fonctions opérationnelles de SNCF Réseau.

Recommandation n° 5 a : clarifier et augmenter les compétences de l'ARAF en matière de gestion des informations confidentielles liées à l'utilisation du réseau ferroviaire.

Sur les trois décrets relatifs aux missions et statuts des EPIC

Recommandation n° 5 c : clarifier et augmenter les moyens d'accès à l'information et de contrôle de l'ARAF pour faire appliquer les règles organisationnelles et de fonctionnement du groupe public ferroviaire.