



**Avis n° 16-A-01 du 15 janvier 2016
concernant un projet d'ordonnance relative aux gares routières et
emplacements d'arrêts**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 18 décembre 2015 sous le numéro 15/0121A, par laquelle la directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis relatif à un projet d'ordonnance relative aux gares routières et aux emplacements d'arrêts, en application de l'article L. 462-2 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 12 janvier 2016 ;

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

I. Le projet d'ordonnance

1. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a ouvert le secteur des transports par autocar en France et a confié à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après l'ARAFER) une compétence de régulation sur ce secteur.
2. L'article 12 de cette loi habilite le gouvernement, dans les six mois de la promulgation de cette loi, soit jusqu'au 27 janvier 2016, à modifier et codifier les règles applicables en matière de création, d'aménagement et d'exploitation des gares routières de voyageurs, à définir les principes applicables et les compétences de l'ARAFER en matière d'accès à ces équipements et à définir les conditions dans lesquelles cette même autorité peut être saisie en cas de différend portant sur leur accès ou leur utilisation.
3. Le gouvernement a saisi l'Autorité d'une demande d'avis, le 18 décembre 2015, sur un projet d'ordonnance relative aux gares routières et emplacements d'arrêts.
4. Sont concernés par ce texte « *les aménagements routiers accessibles au public, utilisés ou conçus pour la prise en charge des ou la dépose des passagers et visant à faciliter l'arrêt des services réguliers de transport routier de personnes* » (art. L. 3114-1).
5. L'article 1^{er} du projet modifie le code des transports de manière à introduire un chapitre consacré aux gares routières et emplacements d'arrêts. Ce chapitre instaure, d'une part, un régime d'obligations associé à ces installations (sections 1 et 2), d'autre part, une compétence de régulation, dévolue à ARAFER (section 3).
6. En ce qui concerne le régime d'obligations associé aux gares routières et emplacements d'arrêts, le projet prévoit, pour l'essentiel :
 - la déclaration d'un exploitant unique clairement identifié (art. 3114-4) ;
 - la tenue d'une offre de référence, c'est-à-dire un corps de règles d'accès, de tarification et d'allocation des capacités de l'installation, conformes à des principes de transparence, d'objectivité et de non-discrimination (art. L. 3114-6) ;
 - la tenue d'une comptabilité dédiée, distincte de toute autre activité pour les gares routières (art. L. 3114-5 ; ne concerne pas les emplacements d'arrêts) ;
 - une obligation de répondre aux demandes d'accès des transporteurs routiers dans un délai d'un mois et de motiver les refus d'accès (art. L. 3114-7).
7. Un certain nombre d'aménagements sont exemptés d'obligation par le jeu des définitions et des champs d'application. C'est notamment le cas des aménagements d'initiative privée (par exemple construits par un autocariste interurbain), sauf à ce qu'ils permettent d'assurer une interconnexion avec d'autres modes de transports ou s'ils sont situés sur le domaine public autoroutier. Ce doit être également le cas d'aménagements d'initiative publique mais qui n'auraient fait l'objet d'aucune demande d'accès de la part de transporteurs (art. L. 3114-3).
8. Par ailleurs, le projet d'ordonnance renvoie à un décret pour définir, le cas échéant, les éléments, services et aménagements devant être assurés par ces installations (art. L. 3114-2).

9. En ce qui concerne la régulation de l'ARAFER, il est prévu que :
- ses missions sont complétées (articles L. 3114-8 et L. 3114-9) ;
 - elle tient un registre des exploitants de gares routières et emplacements d'arrêts (L. 3114-10) ;
 - elle dispose du pouvoir d'obtenir, sur décision motivée, des informations, sur une base périodique, de la part notamment des exploitants et des bénéficiaires de ces aménagements (art. L. 3114-11) ;
 - elle règle les différends pouvant survenir entre les différentes parties prenantes exploitant ou utilisant ces aménagements (art. L. 3114-12). Ce pouvoir est dérivé du pouvoir prévu en matière ferroviaire à l'article L. 2134-2, et il y est renvoyé sur le plan procédural. De manière plus spécifique, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent y être attirés (cf. le III). En termes d'étendue de ces pouvoirs, l'ARAFER peut départager deux parties, voire fixer, au-delà de ces parties et de leur différend, les conditions de l'accès à l'installation en cause ;
 - elle dispose d'un pouvoir spécifique à l'article L. 3114-13 pour « *se prononcer sur toute pratique d'un acteur intervenant dans ces aménagements, notamment les pratiques tarifaires de l'exploitant, susceptible d'être à l'origine de discrimination, de distorsion de concurrence ou qui constitue un obstacle à un accès effectif des transporteurs à l'aménagement* ». Les mêmes pouvoirs et la même procédure que ceux du règlement de différend y sont associés, mais l'ARAFER peut ici s'autosaisir, ou être saisie par des parties plus éloignées de l'activité : ministres compétents, associations de voyageurs ou de collectivités, etc. ;
 - elle dispose d'un pouvoir réglementaire « dérivé » concernant les conditions de déclaration d'exploitation de gares et emplacements, les conditions de mise en œuvre de la séparation comptable et les règles relatives à l'élaboration ainsi qu'à la mise en œuvre de l'offre d'accès, notamment ses règles tarifaires (art. L. 3114-14). Il s'agit d'un pouvoir propre de l'ARAFER, contrairement au pouvoir prévu en matière ferroviaire, partagé avec le ministre des transports (homologation, cf. art. L. 2131-7) ;
 - elle dispose d'un pouvoir de régulation « asymétrique », celui d'imposer des obligations spécifiques ou additionnelles aux opérateurs « *exerçant une influence significative sur un marché du secteur des transports de personnes* » (exploitants ou personnes contrôlant l'exploitation des gares routières, fournisseurs de services aux transporteurs routiers, cf. art. L. 3114-15). Ces obligations peuvent être imposées, maintenues ou supprimées dans le cadre d'« analyses de marché » périodiques, établissant les marchés pertinents et la liste des personnes y exerçant une influence significative, après avis de l'Autorité de la concurrence (L. 3114-16). Parmi les obligations pouvant être imposées figurent la révision des règles d'accès dans le sens de leur renforcement, des mesures organisationnelles, l'application des règles d'accès « symétriques » à des aménagements distincts des gares routières, typiquement les gares ferroviaires, ou encore l'imposition de règles comptables additionnelles ou spécifiques.
10. L'article 1^{er} prévoit enfin qu'un décret sur avis de l'ARAFER (art. L. 3114-17) viendra préciser les modalités d'application de ce chapitre de la partie législative du code des transports. Ce décret est notamment requis, d'une part, en ce qui concerne le pouvoir de régulation asymétrique (qu'il doit « *préciser* », notamment sur la périodicité requise des

analyses de marché), et, d'autre part, les éléments d'aménagement et les services requis dans les différentes installations routières concernées (facultatif : « *peut préciser* »).

11. L'article 2 du projet prévoit, concernant l'organisation publique, de modifier le code de transports de manière à intégrer les gares routières et pôles d'échange dans le schéma régional de l'intermodalité tenu par les autorités organisatrices de transports, en premier lieu les régions (article L. 1213-3-1, titre premier : « *La coordination des autorités publiques* »). Par ailleurs, cet article complète les pouvoirs de contrôle administratif de l'ARAFER (pouvoirs d'accès à l'information et procédure dite « de sanction », prévus aux articles L. 2135-2 et L. 2135-7 du code des transports) pour intégrer la nouvelle compétence de régulation des aménagements routiers.
12. Par l'article 3 du projet d'ordonnance, sont également amendés les codes de l'environnement, de l'urbanisme et du commerce (pour ce qui concerne une liste d'activités non soumises à autorisation administrative préalable, cf. art. L. 752-2).
13. Le projet prévoit enfin d'abroger l'ordonnance du 24 octobre 1945 sur les gares routières de voyageurs (art. 4). Enfin des délais d'application de trois mois sont prévus concernant les principales obligations des exploitants et de l'ARAFER (art. 6).

II. Analyse concurrentielle

14. Dans son [avis n° 14-A-05 du 27 février 2014](#) sur le transport interrégional régulier par autocar, l'Autorité avait déploré l'obsolescence et la complexité du cadre légal et réglementaire applicable aux gares routières et autres haltes (cf. §49 et s., 209 et s.), susceptible de nuire à l'ouverture des marchés, au développement des services au bénéfice des voyageurs et à l'exercice d'une concurrence non faussée entre les acteurs.
15. L'Autorité avait donc recommandé une refonte de ce cadre (recommandation n° 8), une clarification des modalités d'accès des transporteurs à ces installations, notamment par un recensement des principales gares routières et une identification centralisée des entités responsables de leur accès (recommandation n° 6) ainsi que par la garantie d'un droit d'accès dans des conditions de transparence, d'équité et de non-discrimination (recommandation n° 7). Elle avait en outre invité à la création d'un régulateur sectoriel multimodal qui disposerait également, au sein de sa compétence routière, de pouvoirs de réglementation et de régulation applicables à ces équipements, en premier lieu d'un pouvoir de règlement des différends relatifs à leur accès et à leur utilisation (recommandation n° 9).
16. L'Autorité avait par ailleurs mis en garde contre des risques potentiels d'atteinte au fonctionnement de la concurrence pouvant naître de la position privilégiée de certains acteurs, qui, dans le contexte d'une intégration croissante, tant verticale qu'horizontale, des infrastructures et services de transports, pouvaient être tentés de s'octroyer des avantages sur des marchés connexes, spécialement au moment de leur ouverture (cf. §300 et s.). L'Autorité avait en particulier souligné, comme à maintes reprises, l'importance stratégique de la maîtrise des gares ferroviaires de voyageurs, maillons essentiels dans la chaîne des transports (§318).
17. Le projet d'ordonnance rejoint l'ensemble des recommandations et mises en garde faites par l'Autorité, de façon convaincante et proportionnée en termes d'intervention publique dans la sphère économique.

18. Il en va ainsi tant du nouveau cadre réglementaire des gares routières et des emplacements d'arrêts (régulation « symétrique », A) que du cadre de régulation « asymétrique » (C), qui seront animés par un régulateur sectoriel, l'ARAFER, doté de pouvoirs *a priori* complets et adaptés (B).

A. SUR LES DIFFÉRENTS RÉGIMES D'OBLIGATIONS

19. Il ressort des dispositions du projet, en particulier du jeu des définitions et du champ d'application des différentes obligations (articles L. 3114-1 à L. 3114-3 notamment), que trois niveaux de contrainte réglementaire sont prévus concernant les aménagements routiers en question, de manière croissante sous l'angle du degré d'intervention publique :
- une réglementation (ou régulation « symétrique ») légère, limitée à l'obligation de déclaration d'un exploitant unique à l'ARAFER, pour ce qui concerne les emplacements d'arrêts, les gares routières d'initiative privée non intermodales et les gares d'initiative publique qui n'ont pas fait l'objet de demandes d'accès par autocaristes tiers. Sont notamment exemptées d'autres obligations les installations établies à l'initiative des transporteurs privés, pour leurs propres services (sauf à ce qu'elles soient intermodales)¹. Le régime antérieur d'autorisation préalable par le ministre des transports (articles 3 et 32 de l'ordonnance de 1945) est supprimé. Ce régime de libre exercice (ou de simple déclaration) peut être vu comme respectueux de la liberté commerciale et favorable à l'investissement puisque les transporteurs privés ne seront pas *en principe* tenus d'ouvrir l'accès de ces aménagements à leurs concurrents et autres services routiers éventuellement conventionnés. Ils resteront libres de le faire dans une optique commerciale ;
 - une régulation symétrique complète, constituée, en plus de l'obligation de déclaration d'un exploitant unique clairement identifié, de l'obligation de publication d'une offre de référence d'accès présentant des conditions, notamment tarifaires, transparentes, objectives et non discriminatoires. Ce régime doit concerner en premier lieu les gares routières d'initiative publique, si elles ont fait l'objet d'une demande d'accès de la part d'un transporteur privé, mais également celles d'initiative privée présentant des enjeux d'intermodalité. Les gares routières seront de plus assujetties à une obligation de tenir une comptabilité séparée (les emplacements d'arrêts en seront exemptés) ;
 - une régulation « asymétrique » ou « renforcée » peut de surcroît être imposée à certains acteurs, du fait des positions privilégiées qu'ils peuvent détenir sur certains marchés, à définir dans le cadre d'une procédure de régulation « concurrentielle », qui sera examinée ultérieurement (C).

¹ Cf. : 3^e alinéa de l'art. L. 3114-3 : « *Toutefois, les articles L. 3114-5 à L. 3114-7 ne sont pas applicables aux gares routières et emplacement d'arrêt qui ne font pas l'objet d'une demande de desserte par des services d'initiative privée ou qui répondent aux conditions cumulatives suivantes :*

1^o *L'exploitation n'est ni assurée par l'État, une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un de leurs établissements publics ni confiée par ces derniers à une autre personne ;*

2^o *Ils n'assurent pas la desserte d'une installation ou d'une infrastructure ferroviaire, fluviale, maritime ou aérienne destinée à l'accueil des passagers et ne situent pas sur le domaine public autoroutier. »*

20. Le projet de réforme apparaît neutre concernant les compétences de création de gares routières par les personnes publiques (compétence générale et compétences spécifiques de l'État, des régions et départements en matière de transport²). Elles sont inchangées, et c'est avant tout la dimension d'ouverture non discriminatoire de ces installations qui est recherchée par le projet. Ceci paraît souhaitable car conforme à la vocation de ces installations (servir dans le cadre du plus grand nombre de réseaux et pour le plus grand nombre de transporteurs, urbains, interurbains voire internationaux), tandis qu'il est classiquement attendu d'une personne publique impliquée dans ces aménagements qu'elle ne discrimine pas des acteurs privés, par l'octroi de droits ou lors de l'attribution de capacités disponibles notamment (droit français et européen de la concurrence, droit administratif, principe constitutionnel d'égalité).
21. Le jeu des définitions et champs d'application retenu a également pour mérite de ne pas concerner les arrêts d'autobus, partie des services urbains et régis par des corps de règles distincts (monopole du titulaire, réglementation européenne sur les droits des passagers, obligations de voirie, etc.). Il exclut également les aménagements exclusivement dédiés au transport scolaire. Par ailleurs, la terminologie ancienne et contre-intuitive relative aux gares « publiques » et « privées » de l'ordonnance de 1945 est judicieusement abandonnée.
22. Le projet d'ordonnance renvoie enfin à une réglementation dérivée (décret ou décision du régulateur) pour préciser une liste d'aménagements spécifiques pouvant déroger aux obligations symétriques, ou pour moduler au besoin les obligations applicables, selon les caractéristiques des aménagements concernés (catégories de taille, de fréquentation, etc., à définir). Ceci permet de concilier souplesse, précision et prévisibilité du cadre.
23. Pour l'essentiel, l'Autorité estime que l'approche retenue est adaptée, car couvrant, de manière claire et proportionnée, l'essentiel des aménagements routiers dont l'accès est nécessaire, dans des conditions harmonisées, aux services d'autocars interurbains et à leur développement.
24. Néanmoins, une certaine imprécision ressort du projet en ce qui concerne le constat d'une demande d'accès par un transporteur, qui constitue le déclencheur de l'entrée de l'aménagement concerné dans le régime de la régulation symétrique. De même, et avec les mêmes enjeux, la façon dont les gares routières ou emplacements d'arrêts « assurent » ou non « *la desserte d'une installation ou d'une infrastructure ferroviaire, fluviale, maritime ou aérienne* » devrait être précisée, au 2° du dernier alinéa de l'article L. 3114-3, à moins de confier plus explicitement au décret d'application prévu, ou encore à l'ARAFER dans le cadre de son pouvoir réglementaire dérivé, la charge de préciser ces deux points.

² Voir notamment l'article 56 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 *d'orientation des transports intérieurs*.

B. SUR LES COMPÉTENCES ET POUVOIRS DÉVOLUS À L'ARAFER

25. L'Autorité renvoie à ses précédents avis pour ce qui concerne les bénéfices attendus du fait de confier une régulation sectorielle à une institution publique spécialisée et indépendante³. L'Autorité salue donc le projet qui entend doter l'ARAFER d'une panoplie complète d'outils de régulation, notamment :
- un pouvoir réglementaire « supplétif » ou « dérivé » de plein exercice⁴, permettant au régulateur de préciser ou moduler dans le détail la réglementation sectorielle applicable ;
 - le pouvoir de régler des différends entre parties intéressées par l'accès et l'utilisation de ces aménagements ;
 - l'obtention et la publication d'information sectorielle, en premier lieu la tenue du registre des aménagements routiers régulés ;
 - un pouvoir de contrôle et de sanction étendu en cette matière.
26. Parmi ces outils, le pouvoir de règlement des différends d'accès semble particulièrement pertinent. Il doit permettre de résoudre au cas par cas, et compte tenu de la spécificité de chaque aménagement, toute difficulté d'accès, entre les principales parties concernées, à l'issue d'une procédure contradictoire. Le régulateur peut aller si besoin jusqu'à fixer les conditions d'accès de cet aménagement *erga omnes*⁵. Certaines parties prenantes, comme les collectivités locales ou des investisseurs, peuvent être attirées à la procédure, ce qui est une spécificité souhaitable. Le contrôle du bien-fondé de ces décisions incombe à la cour d'appel de Paris, comme les décisions ferroviaires ou les décisions de règlement de différend d'autres régulateurs économiques sectoriels.
27. Le projet de réforme simplifie ainsi le cadre réglementaire applicable, clarifie les responsabilités et les voies de recours et renforce la prévisibilité et la stabilité de l'environnement juridique et commercial de ce pan essentiel au service de transport qu'est l'usage, par les autocaristes et leurs clients, de ces équipements. L'Autorité l'accueille favorablement.
28. L'Autorité est toutefois très réservée sur le pouvoir prévu à l'article L. 3114-13 du projet d'ordonnance. Il s'agit de l'extension du pouvoir de règlement de différend, sur autosaisine, ou sur saisine de parties moins directement impliquées dans les conditions techniques et économiques de l'accès des autocaristes aux équipements en cause : ministres compétents, associations d'usagers et associations de collectivités locales ou de leurs émanations, d'une part, et ceci « *afin de se prononcer sur toute pratique d'un acteur intervenant dans ces aménagements, notamment les pratiques tarifaires de l'exploitant,*

³ Voir notamment l'[avis n° 14-A-05 du 27 février 2014](#) précité sur le transport interrégional régulier par autocar (§446 et s. notamment) ; l'[avis n° 10-A-04 du 22 février 2010](#) relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français ; l'[avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011](#) sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire.

⁴ Ce type de pouvoir est souvent partagé avec le ministre, par homologation. C'est notamment le cas en matière ferroviaire ([article L. 2131-7 du code des transports](#)) ou encore du pouvoir de l'ARCEP dans le secteur des communications électroniques ([article L. 36-6 du code des postes et des communications électroniques](#)).

⁵ Voir quatre arrêts de la Cour d'appel de Paris du 17 décembre 2015, en appel de décisions de règlement de différends ferroviaires de l'ARAFER.

susceptible d'être à l'origine de discrimination, de distorsion de concurrence ou qui constitue un obstacle à un accès effectif des transporteurs à l'aménagement », d'autre part.

29. L'Autorité n'a pas connaissance d'un pouvoir équivalent en matière de régulation sectorielle ou économique. Il suscite de fortes interrogations, notamment en termes de degré d'immixtion dans les activités d'exploitation des équipements en cause, de capacité et d'intérêt à agir des saisissants, de consommation des ressources du régulateur, ou encore d'articulation avec les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence.
30. Cette extension dénature à l'évidence la procédure de règlement des différends, en étendant la mise en œuvre à des tiers. Elle change également la portée de l'examen qu'effectue l'ARAFER dans ce cadre et pourrait avoir des conséquences sur les procédures à suivre : il n'est en effet pas certain que les règles de procédure actuellement prévues pour les règlements de conflits bilatéraux soient adaptées à ce contentieux, qui aurait un caractère administratif et objectif. De la même façon, le but effectivement poursuivi par la mise en place de ce pouvoir devrait avoir une conséquence sur le juge compétent en appel, l'extension du règlement des différends pourrait brouiller la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions. Enfin, selon l'interprétation qui serait donnée à ce pouvoir, le risque serait réel de voir remise en cause l'application unifiée des règles de la concurrence, qui ne peut dépendre du secteur économique dans lequel sont constatées les pratiques.
31. Au demeurant, compte tenu des explications apportées en séance par le commissaire du gouvernement et les services de la DGCCRF sur les objectifs poursuivis par cette disposition, un outil existe déjà et permet une action du régulateur même à défaut d'un saisissant : le pouvoir de contrôle et de sanction administrative des obligations sectorielles.
32. Ce pouvoir, prévu aux articles L. 2135-1, L. 2135-2 et L. 2135-7 permet à l'ARAFER, soit d'office soit sur saisine d'un ensemble de parties notamment « *l'autorité administrative compétente* » ou « *de toute autre personne concernée* », de rechercher des manquements à la réglementation sectorielle et de les faire sanctionner, après mise en demeure préalable, valant rappel et précision de l'obligation méconnue. L'action du régulateur en matière d'accès, en particulier sur le terrain de l'absence de discrimination et de l'objectivité des conditions d'accès en gare routière, est ainsi permise à suffisance, au besoin de sa propre initiative, ou sur celle de tiers à la relation technique et commerciale d'accès en gare.
33. Le projet d'ordonnance a précisément prévu d'étendre ce pouvoir en matière de gares routières et d'emplacements d'arrêts (article 2, 3^o), ce qui répond au besoin exprimé. L'Autorité recommande donc la suppression des dispositions que l'article 1^{er} du projet d'ordonnance prévoit de codifier à l'article L. 3114-13, au bénéfice de l'application des articles L. 2135-1 et L. 2135-7, tels que modifiés par le projet d'ordonnance.
34. Enfin, en ce qui concerne les délais d'application impartis au régulateur et aux exploitants pour mettre en œuvre ce nouveau cadre (article 6 du projet), il faut signaler que certaines parties prenantes ont fait part d'une demande de rallongement. Ce délai, fixé à trois mois dans le projet d'ordonnance, apparaît en effet court. Des délais légèrement prolongés pourraient être ménagés pour une concertation entre les différentes parties prenantes, collectivités, exploitants de gares et transporteurs notamment, pour expliciter, soit au moyen d'une « soft law », soit par une réglementation dérivée, certains principes régissant l'accès et la tarification de cet accès, avant l'adoption des offres de référence et des tarifs d'accès.
35. L'Autorité recommande donc de rallonger certains des délais prévus à l'article 6 du projet d'ordonnance.

C. SUR LE POUVOIR DE RÉGULATION ASYMÉTRIQUE

36. L'article L. 3114-15 du projet prévoit tout d'abord que l'ARAFER « *fixe* » les obligations visant 1) toute personne exerçant un contrôle sur l'exploitation de gares routières ou d'emplacements d'arrêt, 2) tout exploitant de ces aménagements ou 3) tout fournisseur de services à destination des entreprises de transport public routier dans ces aménagements, « *exerçant une influence significative sur un marché du secteur des transports de personnes* ».
37. Ces obligations, limitativement énumérées, « *peuvent être* » de réviser les règles d'accès dans le sens de leur renforcement (1°), de revoir l'organisation de l'aménagement pour maximiser l'usage de ses capacités (2°), de mettre fin à des pratiques d'entraves injustifiées (3°), de proposer des solutions de désaturation en dehors de l'aménagement concerné (4°), d'appliquer tout ou partie des obligations symétriques, y compris pour des acteurs exemptés initialement de ce régime (exploitants de gares routières d'initiative privée ou fournisseurs d'autres services aux autocaristes, 5°), d'isoler sur le plan comptable certaines activités pour vérifier le respect d'autres obligations, notamment tarifaires (6°).
38. Cette imposition d'obligations spécifiques doit être faite en considération des missions et objectifs du régulateur et d'un ensemble de facteurs (degré de faisabilité, viabilité technique et économique, etc., cf. dernier alinéa).
39. L'article L. 3114-16 en projet prévoit ensuite la procédure d'analyse de marché à suivre : délimitation des marchés pertinents pour l'imposition des obligations précitées et analyse de la puissance de marché des opérateurs présents sur ces différents marchés, après demande d'avis à l'Autorité de la concurrence (alinéas 1 et 2). Le 3^e alinéa expose la notion d'influence significative sur le marché d'une part, et la possibilité d'une détention d'une même influence sur un marché connexe, d'autre part. Le 4^e alinéa renvoie à un décret concernant la périodicité des analyses à mener.
40. Ce pouvoir est clairement inspiré du pouvoir de régulation asymétrique dont dispose l'ARCEP pour la régulation des marchés de communications électroniques (art. L. 37-1 à L. 38-4 du code des postes et communications électroniques).
41. Il s'agit d'un processus d'analyse périodique, retenant des étapes et des concepts dérivés du droit de la concurrence pour une régulation prospective (*ex ante*), par l'imposition de « remèdes » adaptés et de durée possiblement limitée, dans le souci de proportionnalité précité. La notion employée d'influence significative s'apparente à la position dominante, examinée de manière prospective et aux fins d'une régulation sectorielle (finalité différente de la sanction *ex post* de l'abus de position dominante).
42. L'analyse doit couvrir, à son point de départ, un large champ des transports : tous les marchés du secteur du transport de personnes. L'avis de l'Autorité de la concurrence est requis aux phases de la détermination de ces marchés, en vue de savoir lesquels sont pertinents pour une régulation *ex ante*, et à celle de l'analyse de la puissance de marché des acteurs qui y sont actifs, mais il serait sans doute plus efficace que l'Autorité soit saisie d'un projet complet, remèdes inclus, pour apporter à l'ARAFER des avis pleinement éclairés.
43. Une importante question se pose concernant le caractère facultatif ou obligatoire de l'usage de ce pouvoir par le régulateur. L'emploi du verbe « *fixer* » au présent emporte une obligation. Néanmoins, contrairement à l'ARCEP pour qui, en vertu des directives européennes, l'analyse est obligatoire compte tenu de sa mission essentielle d'ouverture des marchés de communications électroniques, qui lui a été fixée par le droit de l'Union

européenne, il semble que cet usage doive être ici facultatif. Les marchés pertinents en l'espèce peuvent être, on l'a vu, tous marchés du secteur du transport de personnes. Or, certains, comme le transport ferroviaire, sont en monopole en France : il semble donc que la finalité d'ouverture des marchés de cet outil soit exclue en l'espèce et que l'esprit du texte soit davantage tourné vers la prévention de risques d'effets de levier abusifs entre les différents marchés. De plus, il semble qu'une approche progressive et égalitaire puisse et doive être privilégiée concernant l'accès aux gares routières et emplacement d'arrêts, en privilégiant des outils de régulation symétrique.

44. Le texte pourrait donc être amendé en prévoyant que l'ARAFER utilise ce pouvoir « *en tant que de besoin* ». À tout le moins le décret prévu au dernier alinéa pourrait clarifier la question. L'Autorité préconise un usage facultatif de l'ensemble de la procédure d'analyse, ou à tout le moins un décalage dans le temps, privilégiant l'action symétrique. À ce stade, elle recommande également une périodicité ou une durée des analyses supérieure à la durée de trois ans prévue en matière de communications électroniques, compte tenu de la moindre évolutivité des infrastructures, technologies et services de transports.
45. Sur le plan des « remèdes » prévus, ils sont variés et de nature à permettre une forte efficacité du régulateur, sur le plan technique notamment (résolution de saturation par exemple). S'ils peuvent présenter, pour certains acteurs interrogés lors de l'instruction, un fort degré de contrainte ou d'immixtion technique, leur usage est très clairement facultatif [« *peuvent être* », obligation de proportionnalité et d'adéquation aux contingences techniques et économiques], d'autre part l'un d'entre eux se borne à requérir de nouvelles *propositions* d'aménagement de la gare ou de l'arrêt, par l'exploitant régulé. Leur imposition devra être justifiée en tenant compte des contraintes techniques et économiques, du nécessaire retour sur investissements et des contraintes de service public, ceci sous le contrôle du juge administratif. Ces remèdes semblent donc, au vu du texte, utiles et proportionnés.
46. Contrairement aux dispositions qui concernent l'ARCEP, il n'est pas prévu de césure entre l'action possible du régulateur sur les marchés « de gros » (intéressant les entreprises de transport et entités impliquées dans l'exploitation des aménagements) et celle sur les marchés de détail (intéressant les utilisateurs finaux, en l'espèce les voyageurs). Les remèdes possibles visent les relations entre les entreprises de transport et les exploitants d'aménagements, à l'exception du dernier relatif aux obligations comptables qui paraît pouvoir concerner des services de détail. Cette souplesse est souhaitable pour une régulation efficace.
47. Le temps imparti pour l'instruction n'a pas permis aux acteurs interrogés de faire l'exercice d'une projection quant à ce que pourrait être le résultat de telles analyses. L'Autorité n'est pas en mesure à ce stade de préconiser une liste et une délimitation sommaire des marchés pertinents propices à cette régulation. L'esprit du dispositif projeté est néanmoins de prévenir des blocages et distorsions pouvant naître de la position privilégiée d'acteurs sur certains marchés de transports et du contrôle de certaines infrastructures particulièrement sensibles sous l'angle commercial, par l'imbrication des modes et par les flux supportés, les gares ferroviaires et les aéroports notamment. La demande d'avis à venir devrait s'attacher à examiner tout particulièrement ces marchés et leurs principaux acteurs.
48. Il y a lieu de souligner que la régulation ne préviendra pas tous les problèmes pouvant naître des besoins d'intermodalité et des intégrations verticales et horizontales des acteurs du transport. Des problématiques liées à la billettique (par ex. : le couplage de titres de transport plurimodaux), à l'information liée aux transports ou encore à des systèmes de

fidélisation semblent difficilement adressables par cet outil de régulation *ex ante*. L'action classique de la régulation *ex post* de l'Autorité de la concurrence peut trouver à s'appliquer dans ces cas-là.

Conclusion

49. L'Autorité de la concurrence émet un avis favorable au projet d'ordonnance qui lui est soumis.
50. L'Autorité recommande néanmoins la suppression des dispositions que l'article 1^{er} du projet d'ordonnance prévoit de codifier à l'article L. 3114-13, au bénéfice de l'application de l'article L. 2135-1 tel que modifié par le projet d'ordonnance (cf. §33 supra).
51. Elle recommande par ailleurs de préciser et de modifier, dans le sens exprimé dans le présent avis, les notions et procédures de constat d'une demande d'accès et du caractère intermodal d'une installation (cf. §24 supra). Elle recommande enfin d'allonger certains des délais d'application prévus (cf. §44 supra).

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Beaudouin, rapporteur et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par Mme Claire Favre, vice-présidente, présidente de séance, M. Thierry Dahan, vice-président et Mme Pierrette Pinot, membre.

La secrétaire de séance,
Caroline Chéron

La vice-présidente,
Claire Favre

© Autorité de la concurrence