

Avis n° 2018-091 du 13 décembre 2018
sur le projet de décret relatif à l'obligation de notification des offres de services de transport ferroviaire de voyageurs et à la procédure du test de l'équilibre économique

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

Saisie pour avis par le directeur des services de transport de la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer du ministère de la transition écologique et solidaire par un courrier du 19 novembre 2018 enregistré au greffe de l'Autorité le même jour ;

Vu la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 modifiée établissant un espace ferroviaire unique européen, notamment ses articles 10 et 11 ;

Vu le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 de la Commission du 20 novembre 2018 établissant la procédure et les critères pour l'application du test de l'équilibre économique conformément à l'article 11 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil ;

Vu le code des transports, notamment son article L. 2133-8 ;

Vu la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, notamment son article 8 ;

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

Après en avoir délibéré le 13 décembre 2018 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1. L'article 10 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012, telle que modifiée par la directive (UE) 2016/2370 dans le cadre du quatrième paquet ferroviaire, prévoit que les entreprises disposent d'un droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire des Etats membres aux fins de l'exploitation de services de transport ferroviaire de voyageurs. Ce droit prend effet en France à compter de l'horaire de service 2021

débutant le 12 décembre 2020. L'article 11 de la directive autorise les Etats membres à prévoir que ce droit d'accès peut être limité s'il est démontré, à l'issue d'un « test d'équilibre économique » réalisé par le régulateur, que son exercice est susceptible de compromettre l'équilibre économique d'un ou de plusieurs contrats de service public couvrant un même trajet ou un trajet alternatif entre les mêmes origines-destinations.

2. Conformément à l'article 11 précité, le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 du 20 novembre 2018 établit la procédure et les critères pour l'application dudit « test d'équilibre économique ». Il est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre. Parallèlement, il abroge, avec effet au 12 décembre 2020, le règlement d'exécution (UE) 869/2014 adopté le 11 août 2014 dans le prolongement des dispositions du droit de l'Union autorisant l'exploitation de services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs (« cabotage international »). Le règlement (UE) 869/2014 fixe d'une part, la procédure de test dit « de l'objet principal » afin de vérifier que l'objet principal des nouveaux services est le transport de voyageurs sur un trajet international et précise, d'autre part, la procédure applicable pour la réalisation d'un « test d'équilibre économique » dont les résultats peuvent conduire à limiter les conditions d'exploitation du service envisagé s'il apparaît que celles-ci sont susceptibles de compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public. Le quatrième paquet ferroviaire ayant ouvert à la concurrence le marché pour les services intérieurs de transport ferroviaire de voyageurs à compter du 12 décembre 2020, le régime spécifique antérieurement prévu pour le seul cabotage international n'a dès lors plus vocation à perdurer au-delà de cette échéance.
3. L'article 8 de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire modifie l'article L. 2133-1 du code des transports consacré au seul traitement des services internationaux de transport ferroviaire de voyageurs afin de tirer les conséquences des nouvelles dispositions prévues par le droit de l'Union européenne.
4. Le nouvel article L. 2133-1 du code des transports précise la procédure applicable à la réalisation du « test d'équilibre économique » et prévoit notamment que l'Autorité peut, sur saisine d'une des entités limitativement identifiées¹, limiter ou interdire l'exercice du droit d'accès au réseau ferroviaire aux nouveaux services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs s'il apparaît, à l'issue de la réalisation du test, que l'exercice de ce droit est susceptible de compromettre l'équilibre économique d'un ou de plusieurs contrats de service public couvrant le même trajet ou un trajet alternatif.
5. En miroir des mesures d'application prévues dans le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 susvisé, l'article 8 de la loi du 27 juin 2018 prévoit, d'une part, que ces nouvelles dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2019 en tant qu'elles concernent les demandes d'accès au réseau ferroviaire pour les services librement organisés en vue de leur exploitation à compter du 12 décembre 2020 et, d'autre part, que l'article L. 2133-1 du code des transports dans sa rédaction antérieure à la loi continuent à s'appliquer aux services de transport ferroviaire internationaux de voyageurs effectués jusqu'au 11 décembre 2020.
6. Le projet de décret dont est saisie l'Autorité vise à préciser l'application de l'article L. 2133-1 du code des transports tel que modifié par la loi du 27 juin 2018 et à tirer les conséquences des dispositions du règlement (UE) 2018/1795 du 20 novembre 2018. Par ailleurs, il abroge le décret n° 2010-932 du 24 août 2010 susvisé qui fixe la procédure applicable pour la réalisation du test « de l'objet principal » et du « test d'équilibre économique » dans le cadre d'un nouveau service de transport ferroviaire international de voyageurs.

¹ Conformément à l'article L. 2133-1 du code des transports, ces entités sont : l'autorité ou l'une des autorités organisatrices ayant attribué le ou les contrats de service public, l'entreprise chargée de l'exécution de ce ou de ces contrats de service public, l'Etat ou le gestionnaire d'infrastructure.

2. ANALYSE

2.1. Sur la définition d'une « modification » du service

7. L'article 3 du projet de décret prévoit que « *Toute création ou modification de service de transport ferroviaire de voyageurs est notifiée par le candidat en complétant le formulaire mis en ligne par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières sur son site internet.* » Il prévoit ensuite que « *l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières détermine si un service peut être considéré ou non comme nouveau aux termes de l'article 3 (1) du règlement d'exécution n° XX du XX².* ».
8. L'Autorité souligne que le règlement d'exécution (UE) 2018/1795 ne réserve l'obligation de notification des modifications d'un service existant qu'aux seuls cas de « *modification[s] substantielle[s] d'un service de transport ferroviaire de voyageurs existant, notamment par l'augmentation de la fréquence des services ou du nombre d'arrêts.* ».
9. Aussi, dans la mesure où la notion de « *modification de service* » n'est pas définie dans le règlement d'exécution, le projet de décret conduit à ce que toute modification envisagée d'un service, y compris la plus mineure, devra être notifiée au régulateur.
10. Une telle approche, outre qu'elle n'est pas cohérente avec le règlement d'exécution en ce qu'elle excède l'obligation de notification prévue à son article 4, conduirait à faire peser sur les entreprises ferroviaires une charge administrative excessive.
11. Par ailleurs, en prévoyant que l'Autorité identifie, parmi toutes les modifications notifiées, celles devant être considérées comme « *substantielles* » au sens du règlement d'exécution (UE) 2018/1795, elle conduit à renverser la logique retenue par ce dernier qui laisse aux entreprises ferroviaires la responsabilité de l'appréciation du caractère « *nouveau* » du service qu'elles ont l'intention d'exploiter, celui-ci étant défini comme « *un service de transport ferroviaire de voyageurs (...) qui est entièrement nouveau, ou qui suppose la modification substantielle d'un service de transport ferroviaire de voyageur existant (...)* » et qu'il leur appartient à ce titre de notifier conformément à l'article 4.
12. A cet égard, il y a lieu d'observer que, dans l'hypothèse où le dispositif retenu dans le projet de décret viserait à s'assurer qu'aucune modification « *substantielle* » d'un service existant n'échappe à l'obligation de notification, et à garantir corrélativement que toute entité autorisée puisse exercer de manière pleine et entière son droit de saisine de l'Autorité en vue de la réalisation d'un test d'équilibre économique, l'article 5 du projet de décret, en ce qu'il prévoit la faculté de saisir à tout moment l'Autorité d'une demande de test lorsqu'un nouveau service n'a pas été notifié, permet de répondre à cette préoccupation.
13. Au regard de ce qui précède, l'Autorité recommande que l'article 3 du projet de décret se limite à préciser que l'obligation de notification à l'Autorité s'applique pour tout nouveau service au sens du règlement d'exécution (UE) 2018/1795, la référence à la création ou à la modification de service devant ainsi être supprimée.
14. Enfin, il serait utile de préciser à l'article 5 précité du projet de décret que la notion de « *nouveau service* » doit s'entendre au sens de l'article 3 du règlement d'exécution (UE) 2018/1795. Par ailleurs, la référence, dans cet article, aux « *entités mentionnées à l'article 11, paragraphe 2 de la directive 2012/34/UE modifiée* » pourrait être utilement remplacée par la référence aux « *entités mentionnées à l'article L. 2133-1 du code des transports* ».

² La saisine de l'Autorité étant intervenue antérieurement à la publication du règlement d'exécution (UE) 2018/1795 du 20 novembre 2018, les références de ce texte n'ont pu être portées dans le projet de décret.

2.2. Sur la procédure de test d'équilibre économique portant sur un contrat de service public faisant l'objet d'une mise en concurrence

15. L'Autorité comprend que l'article 4 du projet de décret vise à préciser les conditions d'application des articles 5§2, 9§7, et 11§4 du règlement d'exécution (UE) 2018/1795 concernant la réalisation d'un test d'équilibre économique lorsqu'un contrat de service public fait l'objet d'une mise en concurrence.
16. Le projet de décret prévoit notamment que « *lorsqu'une demande de test de l'équilibre économique portant sur un nouveau service de transport ferroviaire est déposée alors qu'un contrat de service public fait l'objet d'une mise en concurrence et que la date limite pour soumettre les offres à l'autorité organisatrice compétente a expiré, l'[Autorité] peut accorder l'accès pour le nouveau service pour une durée limitée à la fin du contrat de service public en cours* ».
17. Ces dispositions n'apparaissent pas conformes aux articles susmentionnés du règlement d'exécution pour les raisons suivantes.
18. L'article 5§2 du règlement d'exécution fixe les règles applicables aux cas dans lesquels la notification du candidat – et non la demande de test comme le prévoit le projet de décret – intervient alors qu'un contrat de service public fait l'objet d'une mise en concurrence et que la date limite pour soumettre les offres à l'autorité compétente a expiré. Dans ce cas, l'article 5§2 prévoit qu'une demande de test peut être formulée en ce qui concerne le futur contrat de service public (article 5§2 alinéa 1), sans préjudice de la faculté pour les entités de formuler une demande de test portant également sur le contrat de service public en cours d'exécution (article 5§2 alinéa 2). Lorsque la demande de test porte sur le contrat faisant l'objet d'une mise en concurrence, l'article 9§7 prévoit que le régulateur peut suspendre l'examen de la demande pour une durée maximale de 12 mois à compter de la réception de la notification du candidat ou jusqu'à la clôture de la procédure de mise en concurrence, la période la plus courte étant retenue. Lorsque la demande de test porte sur le contrat en cours d'exécution, l'article 11§4 du règlement d'exécution prévoit que « *lorsque le test de l'équilibre économique du contrat de service public existant montre que l'accès peut être accordé, il l'est pour une durée limitée, dans l'attente des résultats du test de l'équilibre économique qui doit être réalisé conformément à l'article 5§2, premier alinéa [c'est-à-dire sur le contrat de service public en cours d'attribution], et à l'article 9§7 [c'est-à-dire avec la possibilité pour le régulateur de suspendre l'examen de la demande de test]* ».
19. Il ressort de ces dispositions qu'un nouveau service librement organisé notifié dans les conditions prévues à l'article 5§2 (c'est-à-dire postérieurement à la date limite de dépôt des offres) ne pourra être exploité sur la durée restant à courir du contrat existant qu'à la condition que le test d'équilibre économique réalisé sur ce contrat montre que son exploitation n'est pas de nature à compromettre l'équilibre économique. Dans ces conditions, il serait contraire aux dispositions du règlement d'exécution de prévoir, ainsi que le fait le projet de décret, que l'Autorité, saisie d'une demande de test pourrait, par principe et en l'absence de tout test d'équilibre économique réalisé, autoriser l'exploitation du nouveau service jusqu'à la fin du contrat du contrat de service public en cours.
20. Le projet de décret prévoit par ailleurs que « *dans le cas où aucun contrat de service public de transport n'existe mais qu'un contrat de service public en cours d'attribution est susceptible d'être impacté par un nouveau service de transport de voyageurs, l'Autorité (...) peut décider de suspendre la demande de capacités pour le nouveau service de transport ferroviaire de voyageurs pour un maximum de douze mois, à partir de la notification du nouveau service ou jusqu'à l'attribution du contrat de service public, le plus court délai devant être retenu* ».
21. Outre le fait qu'il convient probablement de lire que l'Autorité « *peut décider de suspendre l'examen de la demande de test d'équilibre économique* » en lieu et place de « *la demande de capacités* », l'Autorité estime que le règlement d'exécution n'interdit pas de recourir à cette suspension d'instruction lorsque la procédure de mise en concurrence viserait à renouveler le contrat existant. Au contraire, elle note que les articles 5§2 et 9§7 du règlement d'exécution visent, de manière générique, tout contrat de service public faisant l'objet d'une mise en concurrence.

22. Aussi, afin de ne pas générer d'insécurité juridique, et dans la mesure où il n'est pas nécessaire de préciser les dispositions du règlement d'exécution relatives à la procédure de test d'équilibre portant sur un contrat de service public faisant l'objet d'une mise en concurrence, l'Autorité recommande de supprimer l'article 4 du projet de décret et de ne pas ajouter, sur ce point, de dispositions supplémentaires à celles prévues dans le règlement d'exécution.

2.3. Sur les effets liés à l'abrogation du décret du 24 août 2010 modifié

23. L'article 1^{er} du projet de décret prévoit l'abrogation du décret du 24 août 2010 susvisé.
24. Ainsi qu'il a été dit précédemment, le décret du 24 août 2010 susvisé fixe notamment la procédure applicable pour la réalisation du « test de l'objet principal » et du « test de l'équilibre économique » dans le cadre de l'exploitation d'un nouveau service de transport international de voyageurs.
25. Dans la mesure où, conformément à l'article 8 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire, les dispositions de l'article L. 2133-1 dans sa rédaction antérieure à la loi du 27 juin 2018, c'est-à-dire dans une rédaction dont la portée est limitée aux services de « cabotage international », continuent à s'appliquer aux services de transport ferroviaire internationaux de voyageurs effectués jusqu'au 11 décembre 2020, l'Autorité considère qu'il est nécessaire, afin d'éviter tout risque de vide juridique, que l'article 1^{er} du projet de décret soit complété afin de garantir l'application du décret du 24 août 2010 sur la même période.

*

Le présent avis sera transmis à la ministre chargée des transports et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 13 décembre 2018.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman