

N° 401751

Région Aquitaine-Limousin-
Poitou-Charentes

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 27 février 2017

Lecture du 20 mars 2017

Publié au Recueil

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

1. Voici de nouveau devant vous un litige concernant l'exploitation de ce qu'on appelle familièrement les « cars Macron ».

Rappelons que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite Macron a libéralisé le transport public routier. Mais que afin de limiter les effets potentiellement dommageables de cette ouverture à la concurrence sur les liaisons conventionnées existantes assurées par les autorités organisatrices de transports (AOT), cette loi a prévu un régime juridique spécifique pour les liaisons interurbaines de 100 km ou moins.

Ainsi, le premier alinéa de l'article L. 3111-18 du code des transports prévoit que :
« Tout service assurant une liaison dont deux arrêts sont distants de 100 kilomètres ou moins fait l'objet d'une déclaration auprès de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, préalablement à son ouverture. L'autorité publie sans délai cette déclaration ».

Surtout, le second alinéa de cet article dispose que : « Une autorité organisatrice de la même région transport peut, après avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, dans les conditions définies à l'article L. 3111-19, interdire ou limiter les services mentionnés au premier alinéa du présent article lorsqu'ils sont exécutés entre des arrêts dont la liaison est assurée sans correspondance par un service régulier de transport qu'elle organise et qu'ils portent, seuls ou dans leur ensemble, une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes de service public de transport susceptibles d'être concurrencées ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné ».

Par une récente décision du 23 décembre dernier (CE, 23 décembre 2017, Région Aquitaine Poitou-Charentes, n° 399081, aux Tables et à nos conclusions), sur une requête de la même région, vous avez jugé que pour apprécier l'éventuelle atteinte à l'équilibre économique de la ligne de TER concurrencée par le service de transport routier contesté,

l'ARAFER pouvait prendre en compte non pas seulement les recettes commerciales générées par l'exploitation de la ligne TER, mais aussi les subventions qui lui sont affectées.

2 .Vous aurez aujourd'hui à vous pencher sur une question moins spécifique à la régulation de cette activité en particulier, qui est une délicate question transversale à tout droit de la régulation.

La société Starshipper – qui est une marque déposée par un réseau d'entreprises indépendantes du transport de voyageurs, a déposé auprès l'ARAFER une déclaration de service routier portant sur un projet de liaison par autocar entre Brive-la-Gaillarde et Périgueux. Le service déclaré consiste à réaliser quatre départs quotidiens du lundi au samedi et deux départs le dimanche depuis chacune des deux communes.

Le 20 mars 2016, la région Aquitaine Limousin Poitou-Charentes a saisi l'ARAFER d'un projet d'interdiction des services déclarés par la société Starshipper. Elle estime que la liaison projetée porterait une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ferroviaire 25 Brive-la-Gaillarde – Périgueux qu'elle organise au titre du service public régional de transport de voyageurs TER.

Le 18 mai 2016, l'ARAFER a émis un avis défavorable sur ce projet de la région d'interdire le service proposé par la société Starshipper. C'est contre cet avis que la région a formé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, recours recevable dont vous êtes compétent pour connaître en premier et dernier ressort, tout cela étant jugé par le précédent du 23 décembre dernier que nous évoquions.

3. Sur les trois moyens soulevés par la région, deux s'écartent sans difficulté : comme vous l'avez dit en décembre dernier, l'ARAFER n'a pas commis d'erreur de droit ni d'appréciation en prenant en compte les subventions publiques pour apprécier l'atteinte à l'équilibre économique de la ligne.

En outre, il nous semble que l'ARAFER :

- **n'a pas commis d'erreur d'appréciation dans la détermination des ratios de report de la ligne 25 vers la ligne Starshipper mettait en place, en ne prenant en compte que les voyageurs occasionnels :** eu égard aux caractéristiques du service de bus mis en place, cela nous paraît justifié
- **et qu'elle n'a pas commis non plus d'erreur d'appréciation en estimant que l'impact de la ligne sur l'équilibre économique de la ligne de Ter n'était tel qu'il justifiait une mesure de limitation d'interdiction :** comme le souligne l'ARAFER, il convient de partir de la structure économique de la ligne concernée, dont le financement repose à 86% sur les concours publics et à 14% sur les recettes commerciales. Et même si l'on faisait l'hypothèse, proposée par la région, d'un report des 8614 voyageurs occasionnels et d'une baisse des recettes commerciales de 81545 euros/an ; on obtiendrait, ainsi que le note l'ARAFER dans son mémoire en défense (p. 19), « un manque à gagner de 81545 euros sur un coût global de 4,7 millions d'euros, soit 1,74%. »

4. Reste le seul moyen difficile.

Il est tiré de ce que l'ARAFER aurait commis une erreur de droit en faisant une application inexacte des points 23 à 27 de ses lignes directrices.

Dans ses lignes directrices (adoptées par une décision n° 2015-039 du 21 octobre 2015 portant adoption des lignes directrices relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 kilomètres), l'ARAFER a défini une grille d'analyse pour la question de la substituabilité. Cette analyse est décrite aux points 23 à 28 de la décision du 21 octobre 2015. Le point 24 en particulier, était rédigé comme suit

« 24. Dans un premier temps, il s'agira donc d'apprécier la substituabilité entre les services du point de vue de la demande. Pour cela, l'analyse portera sur :

- la comparaison des horaires du service librement organisé avec les horaires des services conventionnés concernés,*
- les fréquences journalières et hebdomadaires proposées par chacun des services conventionnés et régulés,*
- les temps de parcours proposés par les services conventionnés et régulés. »*

La région fait grief à l'agence d'avoir en partie fondé son analyse de substituabilité non pas seulement sur ces critères énumérés, mais sur un point qui ne figure pas dans cette liste, à savoir l'emplacement de l'arrêt du service. L'ARAFER a en effet considéré que *« Dans le cas d'espèce, les arrêts desservis par la société Starshipper sont situés en périphérie de Brive-la-Gaillarde (centre commercial au niveau de la sortie n° 51 de l'autoroute A20) et de Périgueux (zone d'activité située au niveau de la sortie n°15 de l'autoroute A89). La desserte par les transports collectifs urbains du point d'arrêt à Périgueux n'est pas coordonnée du point de vue des horaires avec le service librement organisé (...). Dès lors, le service déclaré par la société Starshipper n'apparaît réellement substituable au service conventionné que pour les seuls voyageurs dont le lieu d'origine et le lieu de destination sont situés à proximité des arrêts desservis par la société Starshipper. »*

Pour la région, une telle circonstance, qui ne correspondait pas aux critères énumérés par les lignes directrices au moment de l'avis de l'ARAFER, et n'a été incorporé à ces lignes que postérieurement, par une nouvelle décision n°2016-137 du 12 juillet 2016, est constitutive d'une erreur de droit.

Une autorité de régulation peut-elle, pour l'appréciation d'un cas, s'écarter de la méthode d'examen qu'elle s'est donnée à elle-même ? C'est l'importante question que pose cette affaire.

Depuis la décision *Crédit foncier de France* en 1970, vous interprétez généralement les directives (rebaptisées depuis « lignes directrices ») comme destinées à « définir des orientations générales » que doit suivre l'administration sans pourtant la conduire « à renoncer à son pouvoir d'appréciation » (Section, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ Mlle G... et Mme A...*, n°78880 au Rec. ; voir aussi Section, 29 juin 1973, *Société Géo*, au Rec. ; 1^{er}/6^e SSR, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, au Rec., aux conclusions du président Stahl ; 4^e/5^e SSR, 19 septembre 2014, *M. J...*, n°364385 au Rec.).

L'une des questions récurrentes que pose le droit souple est celle de savoir si et à quelles conditions les administrés requérants peuvent s'en prévaloir. Par une décision du 4 février 2015, *Ministère de l'Intérieur c/M. O...*, n°383267 au Rec., aux conclusions de B. Bourgeois-Machureau, vous avez jugé que dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre, l'autorité compétente peut, alors qu'elle ne dispose pas en la matière du pouvoir réglementaire, encadrer l'action de l'administration, dans le but d'en assurer la cohérence, en déterminant, par la voie de lignes directrices, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre le texte en cause, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation. Dans ce cas, la personne en droit de prétendre à l'avantage en cause peut se prévaloir, devant le juge administratif, de telles lignes directrices si elles ont été publiées. Mais votre décision a jugé qu'en revanche, il en va autrement dans le cas où l'administration peut légalement accorder une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit. S'il est loisible, dans ce dernier cas, à l'autorité compétente de définir des orientations générales pour l'octroi de ce type de mesures, l'intéressé ne saurait se prévaloir de telles orientations à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif.

Cette importante décision ne résout pas complètement notre question, qui ne porte pas sur l'octroi d'un avantage, ni sur l'octroi d'une faveur, mais sur l'exercice par une autorité de régulation, de ses compétences.

La première question est celle de savoir si dans le cas où une telle autorité adopte des lignes directrices, celles-ci sont invocables ou non. Et il nous semble qu'il vous faut répondre par l'affirmative à cette question. En matière de régulation, la publication de ce type d'instruments a pour objet de préciser par avance les conditions dans lesquelles, de façon à la fois prévisible et égalitaire entre les différents opérateurs concernés, l'autorité de régulation exercera sa mission, son pouvoir de contrôle ou de sanction.

Il nous semble évident que, au regard de ces objectifs, il importe que de telles lignes directrices soient invocables par des opérateurs à l'occasion d'un litige, car si un opérateur a vu un régulateur prendre à son endroit une décision lui faisant grief en s'écartant de la doctrine qu'il avait lui-même édicté, les règles du jeu de la régulation sont par définition brouillées, et méconnues. C'est évidemment le cas en matière de sanctions, où le principe de l'égalité des manquements et des peines viendrait à jouer pour conforter une telle assertion, mais c'est plus généralement le cas pour toute mesure faisant grief à un opérateur, car à notre sens, c'est le principe d'égalité et aussi celui de sécurité juridique, ou encore celui de loyauté, qui peut justifier une telle invocabilité.

Pour autant, la deuxième question à se poser ici est celle de savoir si l'ARAFER a méconnu ses lignes directrices.

Or il nous semble que l'agence ne s'est à proprement parler pas écartée de ses lignes directrices : elle n'a pas délaissé les critères qu'elle y avait énumérés. Au contraire, il ressort de sa décision qu'elle les a appliqués.

Mais elle est allée plus loin, en prenant en compte non pas ces seuls critères, mais un autre, qui ne figurait pas dans ses lignes directrices.

Il nous semble que dès lors cet autre critère était effectivement pertinent pour que l'autorité prenne sa décision, compte tenu de la particularité de la situation qui lui était soumise, il n'y a là rien d'illégal.

Le propre du droit souple est, pardonnez-nous cette lapalissade, de ne pas être rigide. Au-delà des généralités qu'il peut énoncer, vous avez toujours exigé, au contraire, que son adoption ne s'accompagne pas d'un renoncement de la part de l'administration à exercer sa mission d'examen individuel. C'est précisément le cas ici : il y aurait eu quelque chose d'incongru voire peut-être d'illégal, à ne pas prendre en compte un critère en l'espèce important pour apprécier la substituabilité des services en cause.

Il est vrai que la difficulté qu'on peut soulever est que, comme le symptématise le fait que l'ARAFER ait modifié sur ce point ses lignes directrices, ce critère pertinent en l'espèce peut l'être souvent. On n'est pas face à une situation inopinée ou à un cas extrêmement rare qui aurait obligé une autorité de régulation à sortir des sentiers battus ; mais plutôt face à une autorité de régulation qui met progressivement en place les outils de ses nouvelles compétences, en étoffant au fur et à mesure de l'expédience sa doctrine.

Mais il nous semblerait inopportun d'en venir à préférer qu'une autorité de régulation s'en tienne à une version encore imparfaite de sa doctrine plutôt qu'elle n'exerce pleinement sa mission en complétant le cas échéant ensuite ses lignes directrices.

Pour toutes ces raisons, nous vous proposons donc sans la moindre hésitation d'écarter le moyen et par ces motifs, nous concluons :

- au rejet de la requête
- et au rejet en l'espèce des conclusions à fins de frais irrépétibles formées par l'ARAFER.