

N° 374022

Région Provence-Alpes Côte d'Azur

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 14 janvier 2015

Lecture du 30 janvier 2015

## CONCLUSIONS

### M. Xavier DOMINO, rapporteur public

1. La requête de la région Provence Alpes Côte d'Azur qui vient d'être appelée va vous conduire à vous prononcer pour la première fois dans un litige mettant en cause une prise de position de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) Créée par la loi 2009-1503 du 8 décembre 2009, l'ARAF, qui a le statut d'établissement public, a pour mission de contribuer au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles au bénéfice des usagers et des clients des services de transport ferroviaire.

Depuis 1991, et sous l'impulsion des initiatives communautaires, le transport ferroviaire européen est engagé dans de profondes réformes structurelles. C'est à cette date que la première directive européenne (91/440/CE), relative au développement de chemins de fer communautaires, pose le principe de séparation entre la gestion des infrastructures et l'activité de transport.

L'ouverture progressive du marché ferroviaire à la concurrence est un volet majeur de cette mutation, plusieurs entreprises ferroviaires pouvant désormais faire des offres de transport sur un même réseau, pour le fret depuis avril 2006 et pour les services internationaux de voyageurs depuis décembre 2009.

L'ARAF a été créée pour réguler le secteur ainsi transformé, afin notamment de veiller à ce que toute entreprise ferroviaire puisse accéder sans discrimination, de manière équitable au réseau ferroviaire et aux services liés. Elle est officiellement opérationnelle depuis le 1er décembre 2010.

2. La région PACA vous demande l'annulation de l'avis n°2013-022 de l'ARAF du 8 octobre 2013, par lequel cette dernière s'est prononcée sur l'impact du service de transport Marseille-Nice-Milan de Thello sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région.

Cette intervention de l'ARAF s'inscrit dans le cadre de dispositions particulières relatives au transport de personnes l'accès au réseau d'entreprises ferroviaires qui assurent une ligne de transport internationale mais avec des dessertes intérieures.

A l'origine, on trouve la directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil, qui a modifié la directive 91/440/CEE, dont les objectifs ont été transposés par la loi 2009-

1503 du 8 décembre 2009. Les dispositions législatives pertinentes sont codifiées à l'article L. 2121-12 du code des transports, selon lequel :

*Les entreprises ferroviaires exploitant des services de transport international de voyageurs peuvent, à cette occasion, assurer des dessertes intérieures à condition que l'objet principal du service exploité par l'entreprise ferroviaire soit le transport de voyageurs entre des gares situées dans des Etats membres de l'Union européenne différents. L'autorité administrative compétente peut limiter ces dessertes intérieures, sous réserve que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ait, par un avis motivé, estimé que la condition précitée n'était pas remplie.*

*Toute autorité organisatrice de transport ferroviaire compétente peut également limiter ou, le cas échéant, interdire ces dessertes intérieures, sous réserve que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ait, par un avis motivé, estimé que ces dessertes compromettent l'équilibre économique d'un contrat de service public.*

Le décret n°2010-932 du 24 août 2010 comporte des dispositions d'application de ces dispositions.

Il ya, en vertu de ce dispositif, un double verrouillage possible des dessertes intérieures de la ligne internationale :

- par l'autorité compétente (le ministre des transports indique l'article 4 du décret) si l'ARAF estime dans son avis que l'objet principal du service n'est pas international ;
- par toute autorité organisatrice de transport compétente si l'ARAF dit que les dessertes compromettent l'équilibre d'un contrat de service public.

3. Au cas d'espèce, Thello a déposé un dossier d'information fin avril 2013. Pour ce qui concerne le 1<sup>er</sup> verrouillage, le ministre des transports a saisi l'ARAF qui a rendu un premier avis le 9 juillet 2013 (2013-013) au terme duquel elle estimait que le service était bien international. Cet avis n'est pas celui en litige et il n'a, à notre connaissance pas été attaqué. Le ministre a ensuite accordé le droit d'accès à Thello, conformément à la dernière phrase de l'article 4 du décret, par décision du 12 décembre 2013 (publiée au JO du 20 décembre). Cette décision n'a pas non plus été attaquée.

Pour ce qui concerne le second verrouillage, la région PACA a saisi l'ARAF le 18 juin 2013 et l'Autorité a estimé que les dessertes envisagées par Thello ne portaient pas atteinte à l'équilibre du contrat de service public passé entre la région et la SNCF. C'est cet avis qui fait l'objet du présent contentieux.

### **I. Se pose d'abord la question de la nature de la décision attaquée, qui commande en réalité votre compétence comme la recevabilité du recours.**

Comme vous le savez, les avis pris par les AAI dans le cadre de leur mission de contrôle et de régulation ne sont le plus souvent susceptibles de recours, ainsi que l'illustre la récente affaire CE 11 octobre 2012, *Sté Casino Guichard Perrachon*, 357193, A, à propos des avis rendus par l'Autorité de la concurrence. Sauf à ce qu'il comporte Un avis ne fait en général pas grief sauf à ce que son contenu ait, pour reprendre la formule de votre décision *Casino Guichard Perrachon*, le « caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ».

En l'espèce, toutefois, la loi est rédigée de façon atypique ou peut-être un peu trompeuse puisqu'elle précise que l'AOT ne peut limiter ou interdire les dessertes intérieure que « sous réserve que l'ARAF ait estimé, par un avis motivé » qu'il y avait atteinte à l'économie du contrat de service public : derrière cette expression, il nous semble qu'il faut comprendre le texte comme subordonnant l'intervention de l'autorité organisatrice de transport à un avis de l'ARAF rendu dans un sens déterminé : si l'avis de l'ARAF n'est pas dans ce sens, l'autorité ne peut agir, elle n'a pas compétence pour le faire. C'est pourquoi l'avis attaqué dit lui-même qu'il est « contraignant ». La directive 2007/58 [qui renvoie à une décision de « l'organisme de contrôle » (c'est à dire l'ARAF) sur les deux sujets traités à L. 2121-12, et la communication interprétative de la Commission] évoque d'ailleurs comme formule possible celle de l'avis « contraignant ».

En termes de recevabilité contentieuse, nous sommes donc renvoyés à la problématique des avis bloquants, des refus d'avis conforme, des refus de propositions.

La jurisprudence est en la matière subtile, et elle épouse les méandres parfois raffinées des méandres contournées et raffinées que dessinent les procédures administratives.

Ainsi, en principe, si un refus de proposition peut être attaqué (Ass, 29 janvier 1954, Boivin-Champeaux et autres, p.66 ; Section, 5 juillet 1957, Secrétaire d'Etat à la Santé c/ Anglade, p.452 ; 4août 1982, M..., T.p.703 ; 23 mars 1994, F..., p.150), un avis même conforme ne peut normalement pas l'être directement (**Sect 6 mars 1964, Compagnie de l'Union, p. 162** ; 1<sup>er</sup> octobre 1971, R..., p. 579 ; 30 mai 1973, Min. travail, p. 385 ; 17 janvier 1975, Min. culture c/Epoux L..., p. 31 ; 13 février 1980, N..., p. 82 ; 6 juin 1986, SRI, p. 649 ; **solution nettement réaffirmée par Assemblée, 26 octobre 2001, E..., p.495**) – cette dernière ligne jurisprudentielle connaissant toutefois des tempéraments (voir pour des refus d'avis conforme de la commission d'avancement pour les magistrats judiciaires notamment Sect 30 décembre 2003, Mme M..., 243943, aux conclusions de Francis Lamy ; pour les avis non conformes du Conseil supérieur de la magistrature, notamment 29 octobre 2013, V..., 346569, publié.

La ligne de force qui inspire la jurisprudence tient croyons-nous à ce que, dans les premiers cas, on considère que la compétence est partagée entre les deux autorités (, qu'il s'agit d'une co-décision), alors que dans le second, seule une autorité dispose du pouvoir de prendre la décision, l'avis restant, même conforme, un élément de la procédure conduisant à la prise de décision.

Pour les avis, la ligne dominante est donc qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Leur légalité peut être contestée par les personnes intéressées à l'occasion du contentieux noué contre les décisions consécutives aux avis, mais ils ne peuvent être contestés directement.

Mais l'on trouve au moins des exceptions lorsque même s'ils s'appellent avis, certains actes ont pour effet de lier, ou de réduire la compétence de l'autorité administrative. On appelle parfois ces actes des avis « décisives », bel oxymoron qui traduit à lui seul la nature duale de l'acte en cause. La catégorie recouvre à notre sens tous les cas dans lesquels l'intervention de l'avis fait grief en modifiant le paysage juridique dans lequel l'administration agit.

Ainsi en va-t-il des avis de conseils de discipline de recours, pour lesquels on admet que l'auteur de la sanction initiale, qui est tenu, si le conseil de discipline retient une sanction moins sévère, de rapporter sa sanction, est recevable à former un recours contre cet avis (23 avril 1969, ville de Toulouse c/ sieur P..., p.218 ; 7 mars 1986, centre hospitalier général de Toulon, T.p. 647 ; 29 avril 1987, ville de Grenoble c/ J..., p.157 ; 9 décembre 1994, ville de Toulouse c/ Mme J..., T.p.1095). Est pris en considération l'effet de l'avis, qui oblige à prendre une décision dans un sens déterminé.

Autre exemple : celui de l'avis de la commission de séjour des étrangers qui avait, à l'époque, pour effet de lier le pouvoir de décision du préfet en matière de délivrance de certains titres de séjour : on trouve quelques décisions qui ont jugé que cet avis, qui liait le pouvoir du préfet, pouvait être déféré à la juridiction administrative par le ministre (2<sup>ème</sup> SSJS 6 mai 1994, O..., 149630 ; 6<sup>ème</sup> SSJS 18 janvier 1995, Ministre c/ F..., 151497, tables sur un autre point ; 2/6SSR 15 avril 1996, Mme R..., 136079, tables sur un autre point).

Au cas d'espèce, lorsque, l'ARAF estime que les dessertes intérieures d'une ligne reconnue comme internationale ne compromettent pas l'équilibre économique d'un contrat de service public, cet avis motivé empêche l'AOT de restreindre ou d'interdire ces dessertes. Il nous semble que cette décision doit pouvoir être contestée au moins par cette dernière.

Et même si vous partagez notre point de vue selon lequel aucun moyen soulevé par la région n'est fondé, vous pourriez être tentés de trancher tout de même cette question de recevabilité, au moins implicitement, l'occasion de cette première affaire.

## **II. Si vous nous suivez pour regarder cet avis comme une décision susceptible de recours, quelques précisions complémentaires méritent encore d'être apportées**

**En premier lieu, ce contentieux relève bien, dans le silence des textes, de votre compétence.**

Le code des transports ne précise les voies de recours ouvertes contre les décisions de l'ARAF que dans trois cas :

- une première fois, à l'article L. 2134-3 pour préciser que les décisions prises par l'ARAF lorsqu'elle est saisie par un opérateur s'estimant victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire, sont susceptibles de recours devant le juge judiciaire (la cour d'appel de Paris)
- une deuxième fois pour encadrer les conditions de contrôle par l'autorité judiciaire, des opérations de visite et de saisie qu'est susceptible de mener l'ARAF (art. L. 2135-66)
- une troisième fois pour préciser à l'article L. 2135-8 que les sanctions administratives que prend l'ARAF peuvent, quant à elles, faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le CE.

L'avis dont il est aujourd'hui question n'entre dans aucune des catégories de décisions relevant d'une voie de recours précisée par la loi, et c'est donc une décision prise par l'ARAF dans le cadre de son pouvoir de régulation, qui relève de votre juridiction et de votre compétence de premier ressort en vertu de l'article R. 311-1 du CJA.

**Ensuite et pour les mêmes raisons, ce contentieux doit être regardé comme un contentieux d'excès de pouvoir.**

### **III. On peut en venir à l'examen des moyens soulevés par la région**

#### **1. Il nous faut tout d'abord examiner l'argumentation de la région concernant la motivation de la décision attaquée.**

Il ne fait pas de doute que l'avis ici contesté devait être motivé : c'est une exigence spéciale, qui résulte des textes codifiés au code des transports et qui est d'ailleurs répétée : il y a, à la fois, un article général qui impose à l'ARAF de motiver toutes ses prises de position – c'est l'article L. 2132-3 ; il y a aussi, plus spécialement encore, l'article L. 2121-12 qui dit expressément que les avis émis par l'ARAF dans ce cadre sont motivés. De surcroît encore, les dispositions de l'article 6 du décret du 24 août 2010 qui disent que l'avis « précise les circonstances de droit et de fait sur lesquelles il se fonde ».

L'ARAF n'a d'ailleurs pas ignoré cette exigence puisque son avis fait 9 pages, fait référence aux critères d'évaluation mis en œuvre (critères prédéterminés, comme l'impose l'article 6 du décret du 24 août 2010, par une décision 2013-004 de l'ARAF du 27 février 2013), et comporte une analyse du contrat de service public conclu entre la région PACA et la SNCF, une évaluation circonstanciée des pertes de recettes liées au service Thello (en analysant trois segments de marché : Nice-Marseille, Cannes-Menton, Marseille (et autres gares française intermédiaires) - Menton), en évaluant les coûts supplémentaires éventuels à moyen ou long terme, en évaluant les bénéfices à court ou moyen terme pour le service public assuré par la SNCF, pour l'économie régionale, pour la rentabilité du service public.

Le problème pointé par la région est que l'avis, tel qu'il a été notifié et publié, comporte des blancs, parce qu'il occulte ponctuellement plusieurs chiffres importants pour des motifs tenant au respect du secret des affaires (ainsi que l'avis le mentionne explicitement). Il s'agit :

- au point II.15, de l'estimation (en % du trafic et en % des recettes) de ce que représente la catégorie de voyageurs susceptibles d'utiliser le service Thello ;

- aux points II. 18, 21-22 et 24, de l'estimation des recettes du TER et l'estimation de la perte de recettes que pourrait causer le service Thello pour la SNCF respectivement pour les trajets Marseille- Nice ; Cannes-Menton (recettes et pertes de recettes) ; et pour les voyages vers Menton

- au point II.32 du chiffre d'affaires estimé du nouveau service Thello (en valeur et en pourcentage de l'estimation des pertes du contrat de service public) (élément donné pour évaluer les bénéfices attendus pour l'économie régionale, dont l'ARAF indique qu'il reflète la satisfaction d'une demande latente non satisfaite).

Ces chiffres sont évidemment très importants pour déterminer le sens de l'avis. Mais il n'est pas douteux et d'ailleurs pas vraiment contesté qu'ils peuvent conduire à livrer des informations sur le plan d'affaires de Thello ou de la SNCF, susceptibles d'être couvertes par le secret des affaires.

Précisons en outre que vous n'avez pas eu connaissance de ces chiffres : à aucun moment l'ARAF ne vous a fournis, ni spontanément ni sur votre demande, de version « désoccultée » de la décision.

A première vue, il est qu'il paraît délicat de regarder comme suffisamment motivé un document comportant des blancs sur des points essentiels des motifs conduisant l'administration à adopter la décision qui est la sienne.

Comment, dans le même temps, concilier cet impératif avec l'exigence de protection du secret des affaires, également très forte puisqu'elle vous conduit à juger pour la publication d'un avis du Conseil de la concurrence, que le ministre doit, de toute façon, occulter de sa propre autorité toute mention qui porterait atteinte au secret des affaires, en publiant un avis du Conseil de la concurrence sur un projet de concentration (Sté Chep France, du 9 mai 2001, 231320, p. 230) ?

Toutes les autorités publiques qui ont à traiter de questions économiques et concurrentielles sont confrontées à cette problématique : elles doivent, pour exercer leur mission, avoir accès à des informations stratégiques pour les entreprises, elles doivent, pour la justifier et l'expliquer, motiver, et de plus en plus, leurs décisions, mais elles doivent préserver le secret sur ces informations pour éviter que leur intervention ne les dévoilent à la concurrence.

La conciliation de ces contraintes conduit parfois à des dispositifs sophistiqués, comme celui prévu pour l'Autorité de la concurrence à L 463-4 du code de commerce – pour sa mise en œuvre, voyez la récente décision *Syndicat national des fabricants d'isolants* du 10 octobre 2014, , 367807 ; Voir aussi pour le contrôle de son application Ass 21 décembre 2012, Sté Groupe Canal Plus, 362347).

Mais cette conciliation se traduit aussi par des procédés de publication ou même de notification plus rustiques, qui consistent à laisser des blancs ou, pratique qui nous paraît tout de même préférable, remplacer les données chiffrées par des ordres de grandeur indicatifs.

En l'espèce, il nous semble que le poids des occultations correspondant aux points II. 15, 18, 21, 22 et 24 doit être relativisé, dans la mesure où, si l'avis notifié et publié occulte les chiffres détaillés, il en donne, au point II.25, une synthèse globale en livrant une estimation globale des pertes de recettes pour le TER résultant du service Thello : 130 000 euros par an, soit moins de 0,15% des recettes globales du contrat de service public de la région PACA. Cela suffit à notre sens à regarder la décision comme suffisamment motivée.

Nous vous invitons donc à écarter ce premier moyen., et à écarter dans la foulée la critique d'insuffisance de motivation fondée sur la circonstance qu'il serait impossible de connaître la méthode d'évaluation retenue, puisque l'ARAF renvoie à sa décision du 27 février 2013 qui expose la méthode d'analyse suivie par l'Autorité et fait état des critères au vu desquels a été apprécié l'effet de nouveaux services sur l'équilibre économique du contrat de service public.

**2. La région soutient aussi que la décision serait insuffisamment motivée, et même entachée d'erreur de droit, quant au caractère international du service.**

Mais cette question du caractère international ou non du service est derrière nous : elle a été tranchée par l'ARAF dans son précédent avis, du 9 juillet 2013, dans lequel elle a estimé que la condition tenant au caractère international du service était remplie. Or dans cette hypothèse, l'article 4 du décret précité du 24 août 2010 prévoit que « le ministre chargé des transports accorde le droit d'accès », ce qu'il a fait en l'espèce.

C'est dans le cadre de cette première séquence, bien distincte de la seconde, que le caractère international ou non de la liaison doit se débattre : les moyens soulevés à cet égard nous semblent donc inopérants à l'égard de l'avis pris par l'ARAF au cours de la seconde séquence ici en cause.

En réplique, pour faire valoir malgré tout ses arguments sur cette question, la région a soulevé par la voie de l'exception l'illégalité du premier avis de l'ARAF.

Mais cette exception d'illégalité ne nous semble pas pouvoir être utilement soulevée. Tout d'abord, il n'est pas totalement certain que le premier avis de l'ARAF serait, susceptible de recours : dès lors que quel que soit son sens, l'administration prend ensuite une décision, il pourrait être tentant de rester dans une épure plus classique que celle que nous vous proposons d'adopter pour l'avis aujourd'hui en cause. Mais nous reconnaissons volontiers bien que cet argument n'est pas suffisant, dès lors, d'une part, que l'on pourrait tout de même reconnaître ouvert le recours contre cet avis qui change bien les pouvoirs de l'administration, et que d'autre part, en tout état de cause, vous pourriez tenir compte de cette incertitude pour consentir à rediriger correctement au besoin l'exception contre la décision d'autorisation prise par l'administration à la suite de ce premier avis.

Mais en tout état de cause quelle que soit la façon dont on tente de contester par la voie de l'exception l'appréciation qu'a eue l'ARAF au cours de la phase 1 à l'occasion de la phase 2, il nous semble que les critères de la décision Sodemel (CE, Section, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration (SODEMEL)*, n°s 320735 320854, p. 346) pour qu'une telle exception d'illégalité soit opérante ne sont pas remplies : l'avis de l'ARAF n'est certainement pas pris pour l'application de son premier avis, et il ne trouve pas non plus dans ce dernier sa base légale.

Ajoutons enfin, si tout cela ne vous convainquait pas, qu'une telle exception d'illégalité serait en tout état de cause tardive à nos yeux, puisque le premier avis de l'ARAF et la décision du ministre n'étant à notre sens pas réglementaire, l'exception d'illégalité ne serait recevable qu'à condition que ces actes n'en soient pas devenus définitifs.

**3. il est ensuite soutenu qu'en excluant les gares de Monaco et de Vintimille du champ de son analyse, l'ARAF aurait commis une erreur de droit.**

Le statut et le fonctionnement des deux gares de Monaco et Vintimille est régi par des traités bilatéraux entre la France et Monaco et la France et l'Italie et leur exploitation fait

l'objet de conventions particulières avec la SNCF, hors contrat de service public de la région PACA.

Mais même si, d'un point de vue ferroviaire, les synergies et les effets de cohérence sont très forts, il n'en reste pas moins que, pour apprécier la notion de desserte intérieure au sens des dispositions applicables, il nous paraît difficile d'aller au-delà des frontières hexagonales.

**4. Enfin, quant à l'appréciation d'espèce menée par l'ARAF, elle est contestée sous deux angles.**

- celui, tout d'abord de l'évaluation de la substituabilité des services TER vers le service Thello : la région soutient que l'ARAF aurait eu tort d'estimer que les tarifs proposés par Thello seraient trop élevés pour détourner la clientèle des TER. Vous pouvez hésiter quant à votre niveau de contrôle, la circonstance qu'il s'agisse d'apprécier la rectitude de prévisions, d'estimations, d'évaluations économiques comportant nécessairement une part d'incertitude pouvant vous inciter à vous limiter à un contrôle de l'EMA. Mais vous pourrez aussi adopter un contrôle normal lequel tiendra en tout de cause compte de ces circonstances. C'est cette dernière option qui a notre préférence. De toutes façons, le moyen nous semble voué à être écarté : les tarifs de Thello seront significativement plus chers que ceux du TER (50% plus cher sur Nice Menton) et il n'est pas prévu, contrairement à ce qui est soutenu la région, de promotions ou de prix d'appel par Thello.

- Le second angle d'attaque concerne l'estimation des coûts à court et moyen terme pour la SNCF qui, selon la région, aurait été minorée. En réponse, l'ARAF a fait valoir que, s'agissant des modifications du cadencement des TER résultants de la circulation du service Thello, ces modifications auraient de toute façon dû être faites, que Thello desserve ou non des gares française intermédiaires.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et à ce que la région verse 3000 euros de frais irrépétibles à l'ARAF.