N° 399081

N° 399723

Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 28 novembre 2016

Lecture du 23 décembre 2016

Mentionné aux Tables du Recueil.

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Voilà pour la première fois devant vous des affaires liées à l'activité de ce que l'on appelle familièrement les « cars Macron ». Ce nom, vous le savez, vient de ce que c'est Emmanuel Macron, alors ministre chargé de l'économie, qui a porté la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, laquelle a entendu ouvrir à la concurrence l'activité de transport public régulier interurbain de voyageurs.

Ainsi, l'article L. 3111-17 du code des transports, issu de l'article 5 de cette loi prévoit que : « *Les entreprises de transport public routier de personnes établies sur le territoire national peuvent assurer des services réguliers interurbains* ».

Toutefois, 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 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*

conurrencées ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné ».

La société allemande Flixbus commercialisait au 30 juin 2016, 59 lignes, ce qui en faisait alors le troisième opérateur en nombre de lignes (23%). Elle a déposé fin octobre 2015 auprès de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) des déclarations portant sur les liaisons Limoges – Brive-la-Gaillarde et Niort-Poitiers.

La région organisatrice de transports, qui est aujourd'hui la région Nouvelle Aquitaine, a demandé l'interdiction de la liaison Poitiers-La Rochelle et la limitation de la liaison Brive-la-Gaillarde-Limoges en supprimant les départs à des heures où circulait également le TER, à savoir le départ de Brive-la-Gaillarde de 7 heures et le départ de Limoges de 17 heures 40.

Dans les deux cas, l'ARAFER a émis des avis négatifs, dont la région vous demande l'annulation.

Vous êtes compétents pour connaître de ces requêtes, évidemment recevables puisque la loi a prévu une procédure d'avis conforme.

- 1. Quelques mots de cadrage général des débats ne sont pas inutiles avant que d'en venir à l'examen des moyens.**

L'ARAFER a adopté des lignes directrices le 21 octobre 2015 indiquant sa méthode d'analyse pour déterminer si une nouvelle ligne routière *« porte une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes de service public de transport susceptibles d'être concurrencés ».*

Cette méthode, depuis lors légèrement révisée et augmentée, se décompose en quatre temps :

1. existence d'une ligne de service public concernée par la nouvelle liaison
2. substituabilité entre les deux lignes pour mesurer la perte des clients
3. estimation chiffrée du risque pour la ligne de service public
4. appréciation du caractère substantiel de cette atteinte

Il nous semble que, vous devrez ici exercer un contrôle normal sur le point de savoir si l'atteinte à l'équilibre économique présente un caractère substantiel, dans le sillage de la décision *Région Provence Alpes Côte d'Azur* (CE 30 janvier 2015, n° 374022, B, à nos conclusions) par laquelle vous avez jugé que vous exerciez un contrôle normal sur les appréciations portées par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires saisie, en application de l'article L. 2121-12 du code des transports, du point de savoir si une desserte intérieure réalisée dans le cadre d'un service international de voyageurs compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public,

- 2. On peut en venir tout d'abord à la liaison Limoges-Brive-la-Gaillarde**

2.1 En premier lieu, la région soutient que la société FlixBus n'a pas mentionné, dans les déclarations déposées auprès de l'ARAFER, l'adresse précise des points d'arrêt des services envisagés. Il ne nous semble pas que ce moyen puisse être utilement soulevé dans la mesure où l'ARAFER n'a, dans son avis, nullement dénié que les services déclarés correspondaient aux liaisons organisées par l'autorité organisatrice des transports. L'ARAFER s'est fondée, pour rendre son avis défavorable à la demande de la région, sur le fait que l'atteinte à l'équilibre économique de la liaison ne pouvait être regardé comme substantielle. La critique articulée est donc sans portée.

2.2 En deuxième lieu, la région soutient que l'ARAFER a commis une erreur de droit en prenant en considération, pour apprécier le caractère substantiel de cette atteinte, le montant des subventions versées par l'AOT à l'exploitant. Selon la région, l'Autorité aurait dû réaliser le test d'équilibre économique au regard des seules pertes commerciales du service conventionné.

Aucun texte n'est venu préciser les modalités d'appréciation de l'atteinte substantielle à l'équilibre économique des lignes ferroviaires des services publics concernés.

S'agissant de l'estimation du risque d'atteinte à l'équilibre économique (étape 3 des lignes directrices), l'Autorité a précisé qu'« *afin d'évaluer si l'atteinte estimée, c'est-à-dire la perte de recettes susceptible d'être occasionnée par l'exploitation du service librement organisé, est substantielle ou non, il est nécessaire de la comparer à une référence. L'impact de l'ouverture d'un service de transport par autocar sur une liaison donnée sera donc apprécié en comparant la perte de recettes commerciales induite par le report de clientèle du mode conventionné vers le mode routier avec :*

- *les recettes commerciales que génère le service conventionné sur le périmètre d'analyse retenu par l'AOT ;*
- *le montant de la compensation versée par l'AOT au titre du service public rendu sur le même périmètre ».*

Il nous semble clair que l'intention du législateur était effectivement de permettre à l'AOT de limiter la concurrence exercée par les services de car toutes les fois que, d'une manière ou d'une autre, l'équilibre économique ou financier de son service de transports serait bouleversé. Le législateur parle bien non seulement de l'équilibre économique de la ligne, **mais aussi de celui du contrat de service public en cause.**

D'ailleurs, l'article 31-12 du décret du 16 août 1985 prévoit que : « *Le dossier de saisine comprend, outre le projet de décision d'interdiction ou de limitation comportant l'ensemble des éléments énumérés à l'article 31-16 (...) : / 3° Le trafic, les revenus et la contribution publique relatifs au périmètre retenu par l'autorité organisatrice pour apprécier l'atteinte portée aux services qu'elle organise et, si elles sont disponibles sur ce périmètre, les données relatives aux coûts supportés par l'exploitant* »

La procédure prévoit bien elle-même que l'ARAFER prenne en considération le montant des subventions par l'AOT à l'exploitant pour apprécier le risque d'atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ferroviaire conventionnée.

Il importe d'évaluer l'impact du nouveau service de cars au regard non pas seulement des seules recettes commerciales de la ligne, mais aussi de la subvention de service public, ce qui ne veut pas dire que la décomposition de ces deux données n'est pas sans intérêt pour cette appréciation.

L'exemple de la ligne Limoges-Brive est d'ailleurs assez éloquent. L'avis de l'ARAFER relève que les recettes voyageurs s'élèvent à 1,1 millions d'euros et que la contribution de la région est de 13 millions d'euros. L'avis estime que la perte de recettes liée à l'arrivée d'une concurrence nouvelle peut être évaluée entre 160 000 euros et 190 000 euros. On voit donc que la liaison pourrait conduire à augmenter la contribution de la région mais ne changera pas fondamentalement l'équilibre de la ligne qui est déjà financée à 90% par l'impôt et cela ne devrait pas entraîner sa fermeture.

3. En dernier lieu, la région soutient que l'ARAFER a commis une erreur – qualifiée de manifeste, mais si vous nous suivez, votre contrôle sera normal – dans l'appréciation de l'existence d'une atteinte substantielle à l'équilibre des lignes concurrencées.

Ce moyen se subdivise en trois branches :

- l'atteinte substantielle à l'équilibre économique des lignes est établie au regard de l'importance des pertes de recettes engendrée par les nouveaux services de transport routier proposés par la société FlixBus ;
- l'ARAFER a pris en compte dans son analyse, sans motiver son avis sur ce point, la circonstance que les liaisons déclarées par la société FlixBus s'inscrivent dans le cadre de l'exploitation de lignes de longue distance ;
- l'Autorité n'a pas été sensible au fait que la région n'a pas proposé d'interdire les services déclarés par la société FlixBus, mais uniquement de les limiter.

Cette dernière branche peut d'emblée être écartée : pour apprécier le caractère substantiel de l'atteinte à l'équilibre économique, l'ARAFER n'avait en rien à prendre en compte la mesure correctrice qui était demandée par la région.

Selon la région, la perte de recettes qu'entraînerait l'exploitation du service déclaré par la société FlixBus serait de 30% s'agissant de la ligne 5 et de 31% s'agissant de la ligne 6, soit une perte totale d'environ 340 000 euros, à partir d'une hypothèse de report de trafic de 60%.

L'ARAFER, pour sa part, a évalué ces pertes de recettes à 17.27% pour les deux lignes, soit une perte maximale de 190 000 euros sur les deux lignes.

Mais les hypothèses retenues par la région ne nous paraissent pas convaincantes.

- la région a par exemple regardé comme substituables le TER partant le lundi à 13h04 et le bus partant le même jour à 15h04, alors que l'ARAFER a retenu comme substituables les seuls horaires de bus se situant dans un intervalle de temps d'une heure ou moins autour des horaires des TER ;
- aucune distinction n'est faite entre les voyageurs fréquents et les voyageurs occasionnels, alors même que les services déclarés par la société FlixBus sont, compte tenu de leurs horaires et du nombre de places disponibles (53), peu adaptés à la demande d'une clientèle fréquente et pendulaire ; or, en 2015, les voyageurs occasionnels ne représentaient que 32% des voyageurs des lignes 5 et 6 ;
- la région fait l'hypothèse que 32 usagers par train concurrencé se reporteraient vers l'autocar, quel que soit l'horaire de ce dernier ; or sur certains horaires (notamment ceux du matin), le nombre de voyageurs transportés par le service TER est inférieur à ce nombre ;
- la région s'est fondée sur le « prix moyen voyageur kilomètre » le plus élevé, sans prendre en compte les voyageurs bénéficiant de réductions ;

Pour la ligne 5, ces différents paramètres conduisent la région à estimer des pertes induites supérieures aux recettes.

Ainsi, vu les chiffres que nous avons évoqués plus haut, il ne nous semble pas que l'ARAFER ait commis une erreur d'appréciation.

Reste la prise en compte non motivée de la circonstance que les liaisons déclarées par la société FlixBus s'inscrivent dans le cadre de l'exploitation de lignes de longue distance, précision qui est bien indiquée dans le dossier rempli par Flixbus.

L'avis attaqué, après avoir exposé les hypothèses retenues pour l'estimation des pertes de recettes engendrées par les services déclarés par la société FlixBus, a relevé qu'« *au demeurant, ces estimations hautes apparaissent particulièrement prudentes, puisqu'il semble peu probable que les capacités d'un autocar destiné à un service de longue distance soient saturées durablement par une clientèle de courte distance. Du point de vue de l'opérateur autocariste qui les commercialise, les places offertes sur la section entre Brive-la-Gaillarde et Limoges sont en effet susceptibles de n'être qu'un complément de recettes en appoint d'une clientèle de long parcours* ».

Ce constat, introduit par la locution « au demeurant », marquant ainsi son caractère subsidiaire, nous semble en tout état de cause difficilement contestable.

Vous pourrez donc écarter ce moyen et rejeter cette première requête.

3. Vous en ferez tout autant avec la seconde requête qui concerne la liaison Poitiers-Niort.

3.1 La critique sur la prise en compte de la subvention publique s’y retrouve, et vous l’écarterez pour les mêmes raisons et de la même façon que dans l’autre litige.

3.2 La région considère donc que l’ARAFER aurait dû examiner l’atteinte à l’équilibre économique en prenant en compte en compte la liaison Flixbus La Rochelle-Niort, car la ligne de TER concernée est la ligne Poitiers-Niort-La Rochelle et qu’il ne fallait pas « saucissonner » l’appréciation de l’atteinte à son équilibre économique.

Mais, à la date de l’avis attaqué, la liaison La Rochelle-Niort n’était pas déclarée et ne pouvait donc pas être desservie par Flixbus. La société pouvait prendre des passagers à La Rochelle et à Niort mais ne pouvait pas vendre des billets La Rochelle-Niort. Le transport en infraction de déclaration est d’ailleurs puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 € d’amende en application de l’article L. 3452-6 du code des transports. Précisons enfin que la société FlixBus a déposé fin mai 2016 une déclaration relative à un projet de ligne entre la commune de Bessines (qui jouxte celle de Niort) et La Rochelle, ce nouveau service ayant fait l’objet d’une saisine de l’Autorité par la Région le 30 juin 2016.

3.3 En dernier lieu, la région soutient que l’ARAFER a commis une erreur dans l’appréciation de l’existence d’une atteinte substantielle à l’équilibre des lignes concurrencées.

Ce moyen se subdivise en deux branches :

Il est d’abord reproché à l’Autorité de n’avoir pas comparé la perte de recettes résultant d’un report de tous les voyageurs occasionnels empruntant la ligne conventionnée aux recettes commerciales que génère le service conventionné.

Il est vrai, comme le relève la région, que l’ARAFER n’a pas fait apparaître dans son avis le ratio perte de recettes / recettes commerciales de la ligne conventionnée.

Pour autant, cette absence ne permet nullement de conclure à l’existence d’une erreur d’appréciation qui viendrait entacher l’avis attaqué.

D’une part, aucune disposition du code des transports n’imposait à l’Autorité de faire expressément mention dans ses avis d’un tel ratio. D’autre part et surtout, ce ratio a été pris en compte par l’Autorité, conformément d’ailleurs à la méthode qu’elle a explicitée dans ses lignes directrices mentionnées plus haut.

Ces ratios ont naturellement été pris en compte l’Autorité et les données figurant dans l’avis attaqué permettent d’ailleurs de les calculer aisément. Ainsi, s’agissant du ratio pertes commerciales / recettes commerciales, que la région reproche à l’Autorité de ne pas avoir pris en compte, il correspond à : 340 000 euros (pertes de recettes) / 4 725 000 euros (recettes de la ligne conventionnée), soit : 7.2%.

Notons qu'un tel ratio est supérieur à celui calculé par la région elle-même, 7.05%, ce qui s'explique par la circonstance que l'Autorité a retenu des hypothèses plus prudentes que la région et, dès lors, plus favorables à la requérante.

Il est en second lieu reproché à l'ARAFER d'avoir pris en compte dans son analyse, sans motiver son avis sur ce point, la circonstance que les liaisons déclarées par la société FlixBus s'inscrivent dans le cadre de l'exploitation de lignes de longue distance.

L'affirmation de la région selon laquelle la circonstance que la ligne envisagée s'inscrivait dans le cadre d'un service de longue distance aurait été déterminante dans l'analyse de l'Autorité manque en fait.

En effet, l'avis attaqué, après avoir exposé les hypothèses retenues pour l'estimation des pertes de recettes engendrées par les services déclarés par la société FlixBus, a relevé, de la même façon qu'« *au demeurant, ces estimations hautes apparaissent particulièrement prudentes, puisqu'il semble peu probable que les capacités d'un autocar destiné à un service de longue distance soient saturées durablement par une clientèle de courte distance. Du point de vue de l'opérateur autocariste qui les commercialise, les places offertes sur la section entre Niort et Poitiers n'apportent qu'un complément de recettes en appoint d'une clientèle de long parcours* ».

Nous ne voyons pas d'erreur dans l'appréciation de l'Agence.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes et à la mise à la charge de la région de la somme de deux fois 3000 euros au titre des frais de justice.