

**N° 403508**  
**UNION DES TRANSPORTS**  
**PUBLICS ET FERROVIAIRES**

**2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 29 janvier 2018**  
**Lecture du 16 février 2018**

**CONCLUSIONS**

**M. Guillaume ODINET, rapporteur public**

En même temps qu'elle libérait l'activité de transport interurbain de voyageurs par autocar, la loi du 6 août 2015 permettait à l'ARAFER, autorité indépendante chargée de la régulation du secteur, de mener des études et des actions d'information sur ce secteur, et d'imposer à cette fin aux entreprises concernées de lui transmettre régulièrement des informations.

Au cours des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption de cette disposition, il a paru utile de prévoir un dispositif analogue pour le secteur ferroviaire, également régulé par l'ARAFER. Ce qui a conduit à l'adoption des dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 2132-7 du code des transports, selon lesquelles l'ARAFER « peut recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information nécessaires dans le secteur ferroviaire » et « peut notamment, par une décision motivée, prévoir la transmission régulière d'informations par les gestionnaires d'infrastructure, les exploitants d'infrastructures de service, les entreprises ferroviaires et la SNCF », et qui imposent – c'est le second alinéa – aux gestionnaires d'infrastructure, aux exploitants d'infrastructures de service, aux entreprises ferroviaires et à la SNCF de fournir à l'ARAFER les informations statistiques concernant l'utilisation des infrastructures, la consistance et les caractéristiques de l'offre de transport proposée, la fréquentation des services, ainsi que toute information relative aux résultats économiques et financiers correspondants.

En donnant à l'ARAFER ces pouvoirs étendus d'accès aux informations détenues par les opérateurs ferroviaires, les parlementaires entendaient notamment briser un comportement de ces opérateurs qu'ils qualifiaient de « rétention d'information » et d'« omerta »<sup>1</sup> – et dont vous pourriez penser, au prix d'un sarcasme facile, que le présent recours est une défense.

L'Union des transports publics et ferroviaires (UTP) vous demande en effet d'annuler pour excès de pouvoir la décision de l'ARAFER du 13 avril 2016 qui fixe, sur le fondement (notamment) de l'article L. 2132-7 du code des transports, la liste des informations relatives aux années 2015 et 2016 que les entreprises ferroviaires et les opérateurs de transport

---

<sup>1</sup> V. prise de parole du député Giraud lors de la séance publique de l'Assemblée nationale du 27 janvier 2015.

combiné<sup>2</sup> devront lui transmettre, ainsi que les dates auxquelles les transmissions devront avoir été effectuées.

1. Les deux premiers moyens de sa requête sont relatifs à la base légale de cette décision.

**1.1.** Il est d'abord soutenu que l'ARAFER ne pouvait se fonder sur l'article L. 2132-7, car il n'était pas entré en vigueur, faute de disposition réglementaire d'application.

Comme vous le savez, votre jurisprudence ancienne et constante est en ce sens qu'une disposition législative suffisamment précise pour être mise en œuvre entre en vigueur dès sa publication – ou dès la date qu'elle fixe – (v., au principe de cette jurisprudence, Section, 13 juillet 1951, Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF et aux chemins de fer algériens, Rec. p. 403). Il n'en va autrement que lorsque l'application de la loi est manifestement impossible (v. not. 28 mai 2003, M. C... et autres, n° 247492, T. p. 646 ; 7 mars 2008, Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT (FNME-CGT), n° 298138, T. pp. 594-758-941) ou lorsque le législateur a, sinon expressément affirmé, du moins clairement entendu soumettre l'entrée en vigueur de la disposition à l'adoption de dispositions réglementaires (v. avis, 4 novembre 1994, Préfet de Meurthe-et-Moselle, n° 159984, Rec. p. 494 ; 15 décembre 2016, Association Alsace nature, n° 399965, 399966, T. p. 627).

En l'espèce, il nous paraît peu douteux que l'application des dispositions législatives que nous vous avons citées n'était pas manifestement impossible en l'absence de dispositions réglementaires d'application. Et la seule circonstance que l'article L. 2132-9 du code des transports dispose qu'un décret en Conseil d'Etat « précise les conditions d'application » du chapitre ne suffit pas, contrairement à ce que soutient la requête, à caractériser l'intention que le législateur aurait eu de subordonner l'entrée en vigueur de l'article L. 2132-7 à l'adoption de mesures réglementaires d'application. D'autant moins que cette disposition a été adoptée postérieurement à la loi du 6 août 2015<sup>3</sup>, laquelle avait édicté les dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 2132-7 sans prévoir aucun renvoi à des mesures réglementaires d'application.

L'article L. 2132-7 était donc bien en vigueur à la date d'adoption de la décision attaquée.

**1.2.** Celle-ci ne se fonde cependant pas seulement sur cet article, relatif aux compétences de l'ARAFER en matière de régulation ferroviaire, mais également sur l'article L. 2131-1 du même code, relatif à ses missions de régulation ferroviaire, selon lequel l'Autorité « assure le suivi de la situation de la concurrence sur les marchés des services ferroviaires et dispose à cette fin du droit d'accès aux informations économiques, financières et sociales nécessaires que lui reconnaît l'article L. 1264-2 ». Cet article L. 1264-2, qui s'inscrit dans la section relative aux pouvoirs de contrôle et d'enquête du chapitre consacré aux sanctions, au sein du titre relatif à l'ARAFER, confère notamment à cette dernière un droit d'accès à la comptabilité des entreprises du secteur ferroviaire et le pouvoir de recueillir toutes informations utiles auprès d'un certain nombre de personnes publiques et privées.

---

<sup>2</sup> La décision mentionne « les autres candidats » mais précise, dans ses motifs, que l'expression, qui renvoie à la définition de l'article L. 2122-11 du code des transports, ne vise en l'espèce que les opérateurs de transport combiné.

<sup>3</sup> Par l'article 2 de l'ordonnance n° 2016-79 du 29 janvier 2016 relative aux gares routières et à la recodification des dispositions du code des transports relatives à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.

L'UTP soutient que ces dispositions ne pouvaient servir de fondement à l'obligation de transmission régulière et spontanée d'informations à l'ARAFER à des fins d'observation du marché.

Ce moyen nous paraît appeler plusieurs observations.

D'abord, nous ne sommes pas convaincu, à la réflexion, qu'il y ait véritablement une différence de nature entre le droit d'accès ponctuel à des informations demandées et la possibilité de notifier une obligation de fournir régulièrement des informations pendant une période donnée. Dès lors, en effet, que le droit d'accès ponctuel est susceptible d'être exercé régulièrement, il nous paraît difficile d'exclure qu'il puisse être exercé, en quelque sorte de façon anticipée, par une demande tendant à l'obtention d'informations à plusieurs dates déjà déterminées.

Toutefois, il nous semble qu'il existe bien une double différence de portée entre des dispositions législatives créant, pour l'une, un droit d'accès aux informations, et, pour l'autre, un droit d'imposer l'envoi régulier de ces informations.

D'une part, si le droit d'accès ponctuel est susceptible d'être répété, il ne permet pas, à nos yeux, d'exiger la délivrance d'informations à des intervalles aussi courts que ceux qui peuvent être définis en vertu d'une disposition autorisant à imposer des envois réguliers.

D'autre part, et surtout, il nous semble que le droit d'accès dont dispose l'ARAFER en vertu des dispositions combinées des articles L. 2131-1 et L. 1264-2 ne lui permet pas d'adopter un acte de nature réglementaire tel que celui qui est contesté en l'espèce, qui oblige, sans les identifier, les entreprises ferroviaires et les opérateurs de transport combiné à lui transmettre régulièrement des informations. Il ne nous paraît pas possible, en effet, de lire dans des dispositions organisant un droit de communication au profit d'une autorité administrative indépendante l'attribution, à cette autorité, d'un pouvoir réglementaire. Au contraire, les dispositions que nous vous avons citées de l'article L. 2132-7 nous paraissent bien autoriser l'ARAFER à édicter un acte réglementaire imposant aux acteurs du secteur ferroviaire de lui transmettre des informations à intervalles réguliers.

Au total, il nous semble donc que l'UTP est fondée à soutenir que l'ARAFER ne pouvait, sur le fondement des dispositions combinées des articles L. 2131-1 et L. 1264-2, édicter des dispositions réglementaires créant une obligation générale de transmission régulière et spontanée d'informations.

Toutefois, dès lors que l'article L. 2132-7 du code lui permettait de prévoir une telle obligation, le moyen nous paraît devoir rester sans conséquence sur le litige.

En effet, nous vous l'avons dit, il résulte de la lettre même de la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 2132-7 que l'ARAFER pouvait bien édicter des dispositions réglementaires exigeant la transmission régulière d'informations. Dans ces conditions, le fait que les articles L. 2131-1 et L. 1264-2 ne puissent constituer la base légale d'une telle obligation n'a pas pour effet de la priver de base légale. Vous pourrez donc déduire de l'existence de cette base légale que la circonstance que l'Autorité se soit également fondée sur les articles L. 2131-1 et L. 1264-2 n'a pas pour effet d'entacher sa décision d'illégalité.

Cela revient, en quelque sorte, à neutraliser l'une des deux bases légales, comme vous neutralisez un motif sur le fondement de votre jurisprudence Dame Perrot<sup>4</sup> – car une base légale n'est rien d'autre, à la vérité, qu'un motif de droit de la décision.

Précisons que la décision n'est pas contestée en tant qu'elle s'applique aux candidats au sens du code des transports, si bien que vous n'aurez pas à vous demander quelles conséquences vous devriez éventuellement tirer de la circonstance que l'article L. 2132-7, contrairement à l'article L. 1264-2, ne mentionne pas ces candidats au sens du code des transports parmi les personnes soumises à l'obligation de fournir des informations. Vous pourrez donc vous en tenir à juger que l'article L. 2132-7 permet d'édicter des dispositions réglementaires imposant la transmission régulière et spontanée d'informations pour en déduire l'inopérance du moyen.

**2.** Les moyens suivants contestent la nature des informations dont la transmission est exigée par la décision attaquée.

**2.1.** Il est d'abord soutenu que l'ARAFER aurait méconnu l'article L. 2132-7 en exigeant des informations n'ayant pas le caractère d'informations statistiques. La requête se fonde sur le second alinéa de l'article, qui fait obligation à ses destinataires de fournir à l'ARAFER les « informations statistiques » relatives à certains aspects du marché.

Elle en déduit que seules des informations statistiques pouvaient être exigées par l'ARAFER, et non des informations descriptives ou des informations résultant de la simple addition de données unitaires.

Mais, outre que cette tentative d'interprétation stricte de la notion d'information statistique ne nous convainc guère (et que la lecture des travaux préparatoires nous conforte dans cette absence de conviction), nous constatons que l'adjectif « statistique » ne figure pas à la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 2132-7, qui permet à l'ARAFER de prévoir la transmission régulière d'informations, et qui fonde directement la décision attaquée.

Or le second alinéa ne saurait être regardé comme restreignant le champ d'application de cette disposition. S'il peut paraître redondant, il nous semble manifester la volonté du législateur d'insister sur l'obligation faite aux entreprises concernées de fournir à l'ARAFER les informations qui lui sont nécessaires dans le cadre des expertises, études et actions d'informations qu'elle décide de mener.

Vous écarterez donc le moyen.

**2.2.** Il est ensuite soutenu que l'ARAFER a exigé la production d'informations pour accomplir des missions dont elle n'est pas investie par la loi.

Il ressort de la décision attaquée que l'ARAFER a entendu répondre à trois grandes finalités :

- éclairer ses décisions et avis futurs en disposant d'une connaissance approfondie du système de transport ferroviaire national ;
- éclairer les pouvoirs publics en mettant à leur disposition des informations et en formulant, le cas échéant, des recommandations ;

---

<sup>4</sup> Assemblée, 12 décembre 1968, Ministre de l'économie et des finances c/ Dame P..., Rec. p. 39.

- fournir une information générale au grand public.

Dans cette triple perspective, elle a exigé la transmission d'informations portant sur quatre aspects du secteur ferroviaire : l'utilisation du réseau ferroviaire ; la consistance et la qualité de l'offre de transport ; les caractéristiques et le comportement de la demande finale ; la performance économique et les modes d'affaires des entreprises de transport.

L'UTP critique trois objectifs « intermédiaires » dont l'ARAFER fait part pour motiver sa décision : ceux de procéder à une évaluation des politiques publiques, d'analyser l'adéquation de l'offre à la demande et l'évolution de la mobilité intermodale et d'analyser les modèles économiques des transporteurs.

Mais son argumentation, qui tend à regarder les compétences de l'ARAFER comme des tuyaux d'orgue correspondant aux différents actes susceptibles d'être adoptés par l'Autorité, nous paraît méconnaître complètement l'objet et la portée de l'article L. 2132-7 du code des transports, par lequel le législateur a entendu donner au régulateur une compétence large pour analyser le secteur ferroviaire – compétence large qui correspond à la définition des missions de l'Autorité, que l'article L. 2131-1 charge de concourir au suivi et au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national et d'assurer le suivi de la situation concurrentielle sur les marchés de services ferroviaires, et que l'article L. 2131-2 charge d'assurer une mission générale d'observation des conditions d'accès au réseau ferroviaire.

Dans ce cadre, il ne fait pas de doute à nos yeux que les quatre catégories d'informations demandées (telles que nous vous les avons énumérées) relèvent bien de l'analyse du secteur ferroviaire qu'il appartient à l'Autorité de mener. L'Autorité n'a donc pas excédé le champ de ses missions.

**2.3.** Le moyen suivant est tiré de ce que les informations exigées sont disproportionnées au regard de la mission générale d'observation dévolue à l'ARAFER.

Il suppose d'abord de préciser les exigences pesant sur l'ARAFER dans la fixation des obligations de transmission d'informations et le contrôle que vous exercez sur les informations exigées.

Force est de constater, sur le premier point, que le législateur a entendu donner une prérogative large à l'ARAFER. Celle-ci ne nous paraît cependant pas privée d'encadrement, car l'article L. 2132-7 conditionne l'entreprise d'actions d'information à leur nécessité et impose à l'ARAFER de motiver la décision prévoyant la transmission régulière d'informations, ce dont nous déduisons que les informations demandées doivent être justifiées par les besoins des missions de l'ARAFER. En ce sens, nous notons que le paragraphe 8 de l'article 56 de la directive du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen<sup>5</sup>, dont l'article L. 2132-7 du code des transports peut être regardé comme participant à la transposition, prévoit que l'organisme de contrôle national est « habilité à demander les informations utiles ».

En outre, il nous semble que, même dans le silence de la loi, l'Autorité ne saurait exiger la transmission d'informations dont l'obtention créerait, pour les opérateurs concernés, une charge excessive au regard de l'intérêt qu'a leur détention pour l'Autorité. C'est ce que vous

---

<sup>5</sup> Directive n° 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil.

aviez jugé par une décision du 10 juillet 2013 (Société AT&T Global network services France SAS et autres, n<sup>os</sup> 360397 360398, T. pp. 737-740) pour la transmission de données à l'ARCEP. Si votre décision était fondée sur les termes de l'article L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques, qui ne permet à l'ARCEP de procéder à des recueils d'informations que de façon proportionnée à ses besoins, il nous semble, nous vous le disions, que cette règle générale d'administration doit trouver à s'appliquer même en l'absence de disposition expresse en ce sens.

En revanche, poser une stricte exigence de nécessité des informations demandées, qui contraindrait l'Autorité à s'assurer, pour chacune des informations qu'elle exige, qu'elle ne peut pas satisfaire ses objectifs sans en disposer, nous paraîtrait excessif au regard des termes de la loi.

Au total, il nous semble donc que l'ARAFER ne peut exiger la transmission d'informations qu'à la double condition qu'elles lui soient utiles et que l'obligation de transmission ne crée pas une charge excessive pour les opérateurs concernés.

Si vous nous suivez, vous déduirez de cette exigence qu'il vous appartient d'exercer un contrôle normal, comme vous l'aviez fait dans le précédent AT&T, comme vous le faites de manière générale sur la base de la loi du 6 janvier 1978<sup>6</sup> qui pose des critères voisins<sup>7</sup>, et comme vous l'avez fait récemment sur la liste des informations devant obligatoirement être transmises par les offices et études des professions réglementées en application de l'article L. 444-5 du code de commerce (v. 24 mai 2017, Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce et autres, n<sup>os</sup> 398801 e. a., à mentionner aux Tables).

En l'espèce, le moyen ne vous retiendra guère. L'argumentation tirée de ce que les informations ne seraient pas utiles à l'Autorité rejoint le précédent moyen, en procédant à la même analyse restrictive des missions dont l'Autorité est investie. Vous l'écarterez de la même façon.

Si la requête soutient ensuite que certaines informations ne sont pas strictement nécessaires à l'ARAFER (ou indispensables à la rédaction de son rapport d'activité), nous vous avons dit que la loi ne devait, selon nous, pas être lue comme posant une stricte exigence de nécessité.

Enfin, la requête procède par pure affirmation s'agissant des contraintes qui résultent de l'obligation de transmission d'informations, et n'apporte guère d'éléments de nature à démontrer que la décision ferait effectivement peser sur les opérateurs auxquels elle s'applique une charge déraisonnable et par suite excessive. Nous relevons au demeurant que, pour l'essentiel, les informations doivent être transmises à une fréquence annuelle, que certaines des informations exigées devaient déjà être mises à disposition par les opérateurs concernés et que la décision permet aux opérateurs de proposer à l'Autorité de lui transmettre des données issues d'extractions directes de leurs bases de données.

Dans ces conditions, elle ne saurait être regardée comme faisant peser une charge excessive sur les opérateurs.

---

<sup>6</sup> N° 78-17.

<sup>7</sup> v. par ex. 19 juillet 2010, F... et Mme H..., n<sup>os</sup> 317182, 323441, Rec. p. 320.

3. Nous en venons au groupe de moyens suivant, qui est tiré de ce que la décision ne comporterait pas de garanties suffisantes pour assurer la protection du secret des affaires, lequel est susceptible de couvrir nombre des données soumises à transmission obligatoire.

Deux considérations nous conduisent à écarter le principal moyen. D'une part, il résulte des termes mêmes de l'article L. 2132-7 du code des transports que le législateur a permis à l'Autorité d'exiger des informations couvertes par le secret des affaires. D'autre part, cette seule transmission n'est pas de nature à conduire à la divulgation des secrets à d'autres personnes qu'à l'Autorité, car l'article L. 2132-7 n'a ni pour objet ni pour effet de permettre à l'Autorité de rendre publiques des informations couvertes par le secret des affaires – il ne déroge en rien à l'article L. 1261-2, qui prévoit que les propositions, avis, décisions et rapports de l'Autorité sont rendus publics sous réserve des secrets protégés par la loi. Ajoutons que l'article L. 1261-3 prévoit que les agents de l'ARAFER sont tenus au secret professionnel.

Si l'UTP critique en outre le caractère insuffisant de l'article 11 du règlement intérieur de l'Autorité, qui fixe les conditions dans lesquelles une personne peut demander la protection du secret des affaires à l'égard d'éléments qu'elle communique à l'Autorité, cette critique nous paraît inopérante à l'encontre de la décision contestée, qui ne peut être regardée comme prise pour l'application de ce règlement, lequel n'en est pas non plus la base légale<sup>8</sup>. Il en va de même de la contestation de la charte de déontologie de l'Autorité.

Enfin, si l'UTP reproche à la décision attaquée de n'avoir pas prévu de consultation des entreprises concernées avant de publier, même de façon agrégée, des informations les concernant, aucun texte ni aucun principe n'imposait de prévoir une telle consultation.

4. Les derniers moyens ne vous retiendront pas longtemps.

4.1. La décision est, d'abord, suffisamment motivée.

4.2. Contrairement à ce qui est soutenu, elle n'a par ailleurs aucun caractère rétroactif, quand bien même elle porte sur des données antérieures à son édicition – car l'obligation de transmission de ces données lui est bien postérieure.

4.3. Enfin, en l'absence d'éléments circonstanciés versés au dossier pour démontrer la difficulté que représenterait pour les opérateurs concernés la collecte et la transmission des informations relatives à l'année 2015 et au premier trimestre 2016, il nous semble que vous ne pourrez que juger que l'Autorité n'a pas porté une atteinte excessive à leurs intérêts en leur laissant un délai de deux mois pour lui adresser ces informations.

Et par ces motifs nous concluons au rejet de la requête et à ce que vous mettiez à la charge de l'UTP la somme de 3 000 euros à verser à l'ARAFER au titre des frais irrépétibles.

---

<sup>8</sup> 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, n<sup>os</sup> 320735, 320854, Rec. p. 347.