

N°s 431748, 434544

SNCF Réseau et Syndicat des transports d'Ile-de-France

2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> chambres réunies

Séance du 13 novembre 2020

Lecture du 27 novembre 2020

## CONCLUSIONS

### M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Ces affaires vous amènent au cœur d'intenses débats financiers entre l'État, les autorités organisatrices de transports ferroviaires (les régions et le STIF, devenu Ile-de-France Mobilités) et SNCF Réseau à propos des redevances d'utilisation des infrastructures ferroviaires.

1. Vous n'ignorez pas que l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire, qui a fait l'objet de quatre « paquets ferroviaires » et a été achevée avec la libéralisation des services nationaux de transport de voyageurs par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016, qui a modifié la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen<sup>1</sup>, repose notamment sur la séparation et l'indépendance des entreprises ferroviaires, qui fournissent des prestations de transport par chemin de fer, et du gestionnaire de l'infrastructure, qui est principalement chargé de l'exploitation, de l'entretien et du renouvellement du réseau<sup>2</sup>. Au titre de l'exploitation du réseau, il lui appartient, pour la mise en œuvre du droit d'accès des entreprises ferroviaires à l'infrastructure<sup>3</sup>, d'une part, de commercialiser les capacités disponibles de cette infrastructure, en les répartissant entre les candidats à leur utilisation<sup>4</sup>, d'autre part, de déterminer et percevoir les redevances d'utilisation de l'infrastructure<sup>5</sup>.

1.1. Le système de redevances est assez précisément encadré par la directive 2012/34/UE.

1.1.1. S'agissant de la procédure, son article 29 prévoit qu'il appartient aux États membres de mettre en place un cadre pour la tarification, et d'adopter ou de confier au gestionnaire de l'infrastructure le soin d'adopter des règles de tarification spécifique ; il revient ensuite au gestionnaire, dans le respect du cadre et des règles, de fixer les redevances.

---

<sup>1</sup> Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

<sup>2</sup> V. les sections 1 et 2 du chapitre II de la directive 2012/34/UE.

<sup>3</sup> V. la section 4 du même chapitre.

<sup>4</sup> V. les sections 1 et 3 du chapitre IV de la même directive.

<sup>5</sup> V. la section 2 du même chapitre IV.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**1.1.2.** S'agissant du niveau des redevances, l'article 31, §3 précise que les redevances perçues pour l'accès à l'infrastructure et l'ensemble des prestations minimales sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, notion dont le calcul est précisé par un règlement d'exécution de la Commission<sup>6</sup> et qui correspond, pour le dire simplement, au coût marginal.

Par exception<sup>7</sup>, l'article 32 prévoit que, pour procéder au recouvrement total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure (c'est-à-dire, outre le coût marginal, les coûts fixes), un État membre peut, si le marché s'y prête, percevoir des majorations<sup>8</sup>, en garantissant néanmoins une compétitivité optimale des segments du marché ferroviaire et sans exclure, par conséquent, l'utilisation des infrastructures par des segments de marché qui peuvent au moins acquitter le coût marginal, et le cas échéant un taux de rentabilité.

En d'autres termes, la tarification au coût marginal est le principe, et ce coût constitue le plancher ; le coût total constitue le plafond et des majorations peuvent être arrêtées, dans l'intervalle entre plancher et le plafond, si le marché s'y prête. Cette expression est inspirée – c'est un des rares points sur lesquels les parties s'accordent – de la règle de Marcel Boiteux sur la tarification des monopoles naturels ; elle renvoie à l'idée que, pour financer ses coûts fixes, le gestionnaire d'infrastructure pourra arrêter des tarifs supérieurs au coût marginal de façon inversement proportionnelle à l'élasticité de la demande : plus l'utilisateur est captif (c'est-à-dire moins il est susceptible de se reporter sur une autre offre ou de sortir du marché), plus il est susceptible de payer cher pour utiliser le service, et plus, en conséquence, le tarif du service peut être élevé et tendre vers le coût total. C'est cette idée économique qui est sous-jacente dans l'expression « si le marché s'y prête » – et que rejoignent d'ailleurs les conditions, expressément formulées, tenant à ce que la tarification garantisse la compétitivité du segment de marché et n'exclue pas l'utilisation de l'infrastructure par des segments de marché<sup>9</sup>.

Pour arrêter ces majorations tarifaires, la directive (v. art. 32 et annexe VI) impose au gestionnaire d'infrastructure d'évaluer leur pertinence pour des segments de marché spécifiques et de définir une liste de segments de marché incluant au moins trois segments pour les services de fret, les services de transport de passagers dans le cadre d'un contrat de service public et les autres services de transport de passagers. Rappelons en effet qu'en application du règlement (CE) n° 1370/2007<sup>10</sup>, la réalisation de certaines dessertes, qui

<sup>6</sup> V. Règlement d'exécution (UE) n° 2015/909 de la Commission du 12 juin 2015 concernant les modalités de calcul du coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire.

<sup>7</sup> Et indépendamment de la possibilité d'inclure une redevance au titre de la rareté des capacités de la section identifiable de l'infrastructure pendant les périodes de saturation et de la possibilité de tenir compte, dans les redevances d'utilisation de l'infrastructure, des effets sur l'environnement de l'exploitation des trains, qui ne vous intéressent pas dans la présente affaire.

<sup>8</sup> Sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires.

<sup>9</sup> Un tempérament lui est apporté par l'obligation de respecter les gains de productivité des entreprises ferroviaires – qui ne peuvent être « absorbés » par des augmentations tarifaires.

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

correspondent à des obligations de service public, se fait dans le cadre de contrats de service public qui prévoient l'attribution d'un droit exclusif et/ou d'une compensation ; ces services sont dits conventionnés. S'agissant des services de transport de passagers, les majorations sont donc différenciées, à tout le moins, entre services conventionnés et services non conventionnés.

**1.1.3.** Relevons ensuite que l'article 32 de la directive prévoit l'approbation de la perception des majorations et leur contrôle par l'organisme de contrôle. Cet organisme, prévu par l'article 55 de la directive, est notamment chargé, en vertu de l'article 56 (§ 6), de veiller à ce que les redevances fixées par le gestionnaire de l'infrastructure soient conformes aux règles que nous vous avons présentées.

**1.1.4.** Enfin, l'article 30 de la directive prévoit que le gestionnaire d'infrastructure est encouragé, par des mesures d'incitation, à réduire les coûts de fourniture de l'infrastructure et (en conséquence) le niveau des redevances d'accès. Ces mesures d'incitation figurent dans un contrat qu'il conclut avec l'autorité compétente de l'État membre – contrat qui détermine par ailleurs ses objectifs de performance et la structure des financements alloués à l'entretien, au renouvellement ou à l'extension de l'infrastructure<sup>11</sup>.

**1.1.5.** Si nous nous résumons, la directive prévoit que, dans le cadre réglementaire fixé par l'État et sous le contrôle du régulateur, le gestionnaire d'infrastructure détermine les redevances d'utilisation de l'infrastructure sur la base d'une tarification au coût marginal et d'éventuelles majorations que le marché permet d'appliquer et qui visent à rapprocher le niveau des redevances du coût complet.

**1.2.** Les textes nationaux assurant la transposition de ces dispositions ne sont pas d'une lecture aisée.

**1.2.1.** Le gestionnaire d'infrastructure du réseau ferré national est, en vertu de l'article L. 2111-9 du code des transports, SNCF Réseau, qui est, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>12</sup>, une société nationale, filiale de la SNCF. En vertu de l'article L. 2111-10 du même code, elle conclut un contrat décennal avec l'État, qui détermine notamment ses objectifs de performance et ses orientations en matière d'exploitation, d'entretien et de renouvellement du réseau ferré, mais aussi sa trajectoire financière et, dans ce cadre, « les principes qui seront appliqués pour la détermination de la tarification de l'infrastructure et l'évolution prévisionnelle des redevances d'utilisation de l'infrastructure ».

**1.2.2.** En vertu de l'article L. 2122-5 du code, SNCF Réseau arrête les tarifs des redevances, qui figurent dans le document de référence du réseau qu'elle publie chaque année (« horaire de service »).

---

<sup>11</sup> V. Annexe V.

<sup>12</sup> Et l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire. A la date des décisions attaquées, SNCF Réseau était un établissement public national à caractère industriel et commercial.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

**1.2.3.** Le montant des tarifs, quant à lui, est encadré par l'article L. 2111-25, dont la rédaction est assez hermétique à la première lecture et le demeure largement aux lectures suivantes et qui figure pourtant au cœur des débats contentieux qu'il vous faudra trancher. Il énumère d'abord une longue liste d'éléments dont le calcul des redevances « tient notamment compte », ce dont il s'évince qu'ils ne sont ni exhaustifs, ni rigoureusement obligatoires ; ces éléments sont le coût de l'infrastructure, la situation du marché des transports, les caractéristiques de l'offre et de la demande, les impératifs de l'utilisation optimale du réseau ferré national et l'harmonisation des conditions de la concurrence intermodale, auxquels s'ajoute la nécessité de tenir les engagements de desserte par des trains à grande vitesse pris par l'État dans le cadre de la construction des lignes à grande vitesse et la nécessité de permettre le maintien ou le développement de dessertes ferroviaires pertinentes en matière d'aménagement du territoire. L'article ajoute qu'« enfin, [ce calcul] tient compte, lorsque le marché s'y prête, et sur le segment de marché considéré, de la soutenabilité des redevances et de la valeur économique, pour l'attributaire de la capacité d'infrastructure, de l'utilisation du réseau ferré national et respecte les gains de productivité réalisés par les entreprises ferroviaires ».

Cette phrase fait écho, vous l'aurez compris, à la possibilité de percevoir des majorations de redevances « si le marché s'y prête », c'est-à-dire en tenant compte de l'élasticité de la demande. Elle est confortée par le deuxième alinéa de l'article, qui précise que la nécessité d'assurer les dessertes ferroviaires pertinentes pour l'aménagement du territoire suppose que le niveau des redevances ne puisse exclure l'utilisation de l'infrastructure sur certains segments de marché par des opérateurs qui peuvent au moins acquitter le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire (coût marginal), plus un taux de rentabilité si le marché s'y prête.

Le troisième alinéa de l'article L. 2111-25, dans sa version issue de la loi du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, précise par ailleurs que, pour les services de transport ferroviaire faisant l'objet d'un contrat de service public – les services conventionnés – la soutenabilité des redevances<sup>13</sup> (avant-dernier élément dont le calcul tient compte) « est évaluée selon des modalités permettant de prendre en compte les spécificités de tels services, en particulier l'existence d'une contribution financière des autorités organisatrices à leur exploitation, en vue d'assurer, le cas échéant, que les majorations sont définies sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires ».

Cette disposition, dont la clarté n'est pas la qualité première, manifeste la particularité des services conventionnés au regard de la possibilité d'adopter des majorations tarifaires « si le marché s'y prête ». En effet, en pratique, les redevances d'infrastructure étant compensées par les AOT (les régions pour le TER) aux entreprises ferroviaires attributaires des contrats de service public, l'élasticité est nulle : l'augmentation du prix de la redevance est sans incidence directe sur les coûts de l'entreprise ferroviaire et donc sur la demande finale ; elle n'affecte

---

<sup>13</sup> Qui n'est, selon la lettre de l'article L. 2111-25, qui transpose l'article 32 de la directive par un curieux mélange de ses dispositions, qu'un élément dont le calcul tient compte si le marché s'y prête.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

que les finances de l'AOT et éventuellement, *in fine*, la poursuite ou la reconduction du contrat de service public.

Le législateur a ainsi prévu que, dans l'évaluation de la soutenabilité des redevances, il soit tenu compte de cette situation particulière – sans indiquer pour autant comment ni dans quelle mesure.

Par une ordonnance du 11 mars 2019<sup>14</sup>, une seconde phrase a été ajoutée à cet alinéa, pour préciser que les modalités d'évaluation de la soutenabilité des redevances applicables aux services conventionnés consistent « à s'assurer que le montant total des redevances à la charge de ces services n'excède pas la part du coût complet de gestion du réseau qui leur est imputable et que l'équilibre économique des entreprises ferroviaires est respecté en tenant compte des compensations de service public dont elles bénéficient ».

Vous aurez la chance de connaître du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 2111-25 dans sa version antérieure à l'ordonnance et dans sa version issue de cette ordonnance.

Le dernier alinéa de cet article prévoit que les règles de détermination des redevances sont fixées par décret en Conseil d'État. Un décret du 5 mai 1997<sup>15</sup> définit ainsi la structure des redevances : la redevance de circulation (art. 4) correspond à la tarification au coût marginal ; s'y ajoutent la redevance de marché (art. 6), qui est une majoration due par toute entreprise ferroviaire utilisant le réseau, et la redevance d'accès (art. 6-1), qui est une majoration applicable aux seuls services conventionnés. La particularité de cette seconde redevance (d'accès) est qu'elle est payée par le STIF, devenu Ile-de-France Mobilités pour les services conventionnés dont il est l'AOT et par l'État pour tous les autres services conventionnés.

S'agissant des barèmes de ces redevances, leur fixation est encadrée par un décret du 7 mars 2003<sup>16</sup>, dont les articles 30 et suivants assurent la transposition fidèle des dispositions des articles 31 et 32 de la directive de 2012 dont nous vous parlions tout à l'heure – ce qui nous permet de vous en épargner l'exposé détaillé.

**1.2.4.** Le contrôle des tarifs par l'organisme de contrôle est quant à lui prévu par l'article L. 2133-5 du code, qui prévoit que l'ARAFER, devenue ART, émet un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructure, au regard de trois éléments : les principes et règles prévus par l'article L. 2111-25 ; la soutenabilité de l'évolution de la tarification pour le marché du transport ferroviaire, en tenant compte de la position du transport ferroviaire sur le marché d'ensemble des transports ; et les stipulations du contrat conclu entre l'État et SNCF Réseau. Depuis l'ordonnance du 11 mars 2019, cet article précise que, si l'autorité émet un avis défavorable, SNCF Réseau doit lui soumettre un nouveau projet (IV) et que, en l'absence d'avis favorable avant une date déterminée, SNCF Réseau fixe les tarifs des redevances sur la

---

<sup>14</sup> Ordonnance n° 2019-183 du 11 mars 2019 relative au cadre de fixation des redevances liées à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ainsi qu'à l'élaboration et à l'actualisation du contrat entre l'Etat et SNCF Réseau.

<sup>15</sup> Décret n° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national perçues par SNCF Réseau.

<sup>16</sup> Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

base de la dernière tarification approuvée, l'évolution du montant des redevances ne pouvant alors excéder celle de l'indice des prix à la consommation.

**1.2.5.** Vous aurez compris de cet exposé que le législateur a quelque peu dilué les exigences de la directive en définissant un ensemble non exhaustif d'éléments dont il doit être tenu compte dans l'établissement des tarifs et en renvoyant pour le reste au décret en Conseil d'État – lequel reprend quant à lui les règles du droit de l'Union.

Vous aurez aussi compris que l'appréciation de la capacité du marché à supporter les majorations tarifaires est un exercice délicat, voire paradoxal, s'agissant des services conventionnés pour lesquels les majorations des redevances sont incluses dans les conventions de service public. Et vous aurez noté que cette appréciation fait l'objet d'un encadrement législatif spécifique.

Vous aurez compris, enfin, que le droit national assigne un rôle particulier au contrat pluriannuel conclu entre l'État et SNCF Réseau en matière de détermination des redevances d'utilisation du réseau, puisque le contrat définit les principes de tarification et l'évolution prévisionnelle des barèmes et que le régulateur est chargé d'en tenir compte dans son contrôle des tarifs.

Vous aurez alors cerné l'essentiel des difficultés des litiges qu'il vous revient de trancher.

**2.** Le premier est relatif à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 11 mars 2019, dont le STIF, devenu Ile-de-France Mobilités, vous demande l'annulation des dispositions du c) du 2<sup>o</sup> qui créent la deuxième phrase du troisième alinéa de l'article L. 2111-25 du code des transports (relative à l'appréciation de la soutenabilité des tarifs applicables aux services conventionnés) et des dispositions du c) du 4<sup>o</sup> qui créent le V de l'article L. 2133-5 du même code (relatif à la fixation des tarifs en l'absence d'avis conforme favorable du régulateur) ; il vous demande en outre l'annulation du rejet de son recours gracieux<sup>17</sup>.

Rappelons que les évolutions récentes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les conditions de contestation des dispositions de nature législative d'une ordonnance non ratifiée après expiration du délai d'habilitation ne vous ont pas conduits à remettre en cause la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance après cette expiration (v. 1<sup>er</sup> juillet 2020, Conseil national de l'ordre des architectes, n<sup>o</sup> 429132, à mentionner aux Tables). Et, si votre assemblée du contentieux doit se pencher prochainement sur les conséquences à tirer de la nouvelle jurisprudence constitutionnelle, le principe de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir ne nous paraît pas remis en question. En toute hypothèse, les dispositions contestées nous paraissent toutes de nature réglementaire<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sur l'interruption du délai de recours contre une ordonnance par un recours gracieux, même après expiration du délai d'habilitation, v. par ex. 11 octobre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, n<sup>os</sup> 279517, 283983, Rec. p. 510 ; 3 octobre 2018, Syndicat des casinos modernes de France, n<sup>o</sup> 411050, aux Tables sur d'autres points.

<sup>18</sup> V. not., sur le caractère réglementaire des régimes de redevances pour services rendus, Assemblée, 21

**2.1.** Au titre de la légalité externe, la requête se prévaut d'une méconnaissance de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 2111-25 du code, selon lequel « tout projet de modification des modalités de fixation [des] redevances fait l'objet d'une consultation et d'un avis de la ou des régions concernées et de l'[ARAFER] » et de l'article 7 du décret du 27 novembre 2001<sup>19</sup>, pris pour son application (v. 16 juin 2004, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 257213, T. pp. 604-890), qui précise que tout projet portant modification de la structure ou du barème des redevances d'infrastructure pouvant avoir une incidence dans le ressort territorial d'une région est soumis pour avis à cette région et que le conseil régional est réputé avoir donné son avis s'il ne s'est pas prononcé dans le délai de deux mois à compter de sa saisine.

Le STIF fait valoir que, si les régions concernées et l'ARAFER ont bien été consultées, seules quatre régions et le régulateur ont émis un avis, huit autres régions n'en ayant pas émis ; or, alors que les régions ont été saisies par une lettre datée du 11 janvier 2019, qu'au moins certaines qui ne se sont pas prononcées n'ont pas reçue le jour même, l'ordonnance a été adoptée le 11 mars 2019 – sans attendre, donc, l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la saisine des régions.

L'ordonnance ne nous paraît cependant pas modifier les modalités de fixation des redevances au sens de l'article L. 2111-25, c'est-à-dire, selon les termes de l'article 7 du décret de 2001, modifier la structure ou le barème des redevances. Elle se borne, au c) du 2° de son article 1<sup>er</sup> (seul en cause ici), à préciser la façon dont une condition (la soutenabilité) est appréciée dans un cas particulier (les services conventionnés) – cas particulier dont la loi prévoyait déjà qu'il donnait lieu à une appréciation spécifique de cette condition. Dans ce cadre, l'ordonnance, qui, au demeurant, nous y reviendrons, ne nous paraît pas modifier substantiellement la portée du texte qu'elle précise, ne peut selon nous être regardée comme modifiant la structure ou le barème des redevances<sup>20</sup>.

En tout état de cause, la seule irrégularité commise en l'espèce consiste en une anticipation de quelques jours de l'adoption de l'ordonnance ; il est en effet constant que les régions ont bien été consultées et qu'elles ont disposé d'un délai raisonnable pour répondre – il ressort uniquement des pièces du dossier qu'elles n'ont pas disposé de l'intégralité du délai de deux mois prévu par le texte. Or, à supposer même que le principe de la consultation des régions puisse être regardé comme une garantie au sens de la jurisprudence Danthony, le délai de deux mois pour se prononcer ne saurait selon nous, quant à lui, être ainsi qualifié (v., sur la distinction entre le principe d'une consultation et ses modalités, 27 avril 2012, SNETAP-FSU, n° 348637, T. pp. 544-814<sup>21</sup>) ; et, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les

---

novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, n°s 30693 33939, Rec. p. 572 ; Cons. Const., 14 avril 2005, n° 2005-513 DC.

<sup>19</sup> Décret n° 2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional.

<sup>20</sup> V. *a contrario*, s'agissant d'un arrêté fixant le barème des redevances, 16 juin 2004, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préc. ; 27 juillet 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, n° 265001, T. pp. 689-691-720-1061-1114 ; 16 janvier 2006, Région Rhône-Alpes, n° 269170, inédite.

<sup>21</sup> *A contrario*, dans l'hypothèse où les modalités de la consultation sont viciées au point de l'affecter dans son

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

régions qui ne se sont pas prononcées au cours du délai raisonnable que leur a laissé le Gouvernement<sup>22</sup> étaient sur le point de le faire au moment de l'adoption de l'ordonnance, nous croyons que vous ne pourriez que conclure que le non-respect du délai de deux mois n'a pas été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de l'ordonnance.

**2.2.** Sur le fond, le STIF conteste d'abord la deuxième phrase du troisième alinéa de l'article L. 2111-25, qui précise que, pour les services de transport conventionnés, l'évaluation de la soutenabilité des tarifs s'apprécie, d'une part, en vérifiant que leur montant n'excède pas le coût total du service (soit le plafond des redevances), ce qui allait sans dire, d'autre part, en s'assurant que l'équilibre économique des entreprises ferroviaires est respecté, compte tenu des compensations dont elles bénéficient.

Un premier moyen est tiré d'une méconnaissance des principes de sécurité juridique et de confiance légitime ; vous l'écarterez sans peine en constatant que les nouvelles dispositions ne pouvaient s'appliquer qu'aux services rendus à compter de 2021<sup>23</sup>, ce qui laissait aux AOT comme au gestionnaire d'infrastructure et au régulateur un temps suffisant pour s'y adapter – ce que la circonstance que les uns et les autres n'aient pas réussi à s'entendre sur leur interprétation ne conduit pas à infirmer. Vous pourrez aussi relever, au demeurant, que, comme nous vous l'avons dit (et nous y reviendrons), l'ordonnance ne modifie pas substantiellement la portée des dispositions de l'article L. 2111-25 qui régissent les conditions de l'appréciation de la condition de soutenabilité pour les services conventionnés.

Le STIF reproche pour le reste aux dispositions qu'il conteste de méconnaître le principe d'égalité entre entreprises ferroviaires et le principe de non-discrimination des majorations prévu par l'article 32 de la directive 2012/34. Il expose, en effet, que la règle d'appréciation de la soutenabilité des majorations entreprise ferroviaire par entreprise ferroviaire, au regard de l'équilibre économique de chacune, conduit à rendre possible une tarification différente d'une entreprise ferroviaire à l'autre.

Mais il n'en est rien. Les dispositions créées par l'ordonnance précisent que la soutenabilité s'apprécie au regard de l'équilibre économique « des entreprises ferroviaires », non « de chaque entreprise ferroviaire » ; elles ne remettent ainsi nullement en cause le principe de fixation des majorations par segment de marché ; c'est bien à l'échelle de chaque segment défini que devra être appréciée l'atteinte à l'équilibre économique des entreprises ferroviaires. Au demeurant, même dans le cadre de segments étroitement définis, l'appréciation de l'atteinte à l'équilibre économique ne conduirait pas à prendre en compte, dans la détermination des majorations, l'ensemble de la situation financière d'une entreprise ferroviaire titulaire d'un contrat de service public, mais uniquement à apprécier l'équilibre économique de ce contrat. C'est bien l'équilibre économique de ces contrats, et non la situation financière des entreprises ferroviaires, que vise l'ordonnance : la question de fond

---

principe, 10 juin 2013, Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres, n°s 355791 e. a., T. pp. 408-717-795-857 ; 12 juillet 2019, Fédération nationale des chasseurs, n° 424600, T. p. 844.

<sup>22</sup> V., sur ce critère, 15 février 2012, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication, n° 332640, T. pp. 547-781-946.

<sup>23</sup> L'ARAFER ayant, à la date de sa publication, déjà rendu son avis sur l'horaire de service 2020.

est celle de savoir si le marché se prête aux majorations, non celle de savoir si les entreprises ferroviaires sont en mesure de les payer indépendamment des conditions du marché.

Vous écarterez donc les moyens.

**2.3.** Le STIF conteste ensuite le V nouveau de l'article L. 2133-5 du code, qui prévoit qu'en l'absence d'approbation des tarifs par l'ART, SNCF Réseau les arrête sur la base des derniers tarifs approuvés, l'évolution du montant des redevances ne pouvant alors excéder l'évolution de l'indice des prix à la consommation.

Selon la requête, cette disposition méconnaît tout à la fois le principe du contrôle des redevances par un organisme de contrôle indépendant, qui résulte de l'article 55 de la directive 2012/34, et l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans la fixation des tarifs, posée par l'article 29 de cette directive<sup>24</sup>. Elle expose, en effet, que l'ordonnance rend possible une substitution d'un tarif fixé par l'Etat (législateur) au tarif fixé par le gestionnaire sous le contrôle du régulateur, et ce sans limitation de temps ; elle note, à cet égard, que si l'avis défavorable de l'ART est fondé sur le motif que l'évolution des redevances devrait être inférieure à celle de l'indice des prix à la consommation, SNCF Réseau est durablement incitée à ne pas faire approuver ses tarifs, afin de pouvoir appliquer une évolution au niveau de l'inflation.

Les principes posés par la directive ne nous paraissent cependant pas faire radicalement obstacle à ce que le pouvoir de contrôle de l'ART sur les tarifs soit assorti d'une règle subsidiaire prévoyant quels tarifs s'appliquent dans l'hypothèse où aucune des propositions du gestionnaire d'infrastructure ne reçoit l'approbation du régulateur. Il faut, en effet, qu'il y ait un tarif ; et la sécurité juridique peut recommander qu'à compter d'une certaine date, les allers-retours entre SNCF Réseau et l'ART cessent afin que tous les opérateurs puissent connaître les tarifs applicables. En outre, la solution retenue par l'ordonnance est respectueuse des principes de tarification posés par la directive, puisqu'elle prolonge l'application d'un tarif déterminé par le gestionnaire d'infrastructure et approuvé par l'organisme de contrôle.

Il est vrai qu'elle permet néanmoins une augmentation des montants de redevances, à condition qu'elle n'excède pas l'inflation, ce qui, dans l'hypothèse où le désaccord entre SNCF Réseau et l'ART porterait spécifiquement sur l'évolution des montants de redevance sous le plafond de l'inflation, peut sembler donner, en quelque sorte, le dernier mot à SNCF Réseau. Les dispositions contestées ne nous paraissent cependant pas donner une entière liberté à SNCF Réseau pour prévoir une évolution au niveau de l'inflation en cas d'avis défavorables répétés du régulateur : le gestionnaire d'infrastructure reste tenu par les principes de tarification issus de la directive et transposés dans les textes que nous vous avons présentés ; et il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi le cas échéant par le régulateur, de s'en assurer.

---

<sup>24</sup> V., sur cette indépendance, sous l'empire de la précédente directive (2001/14), CJUE, 28 février 2013, Commission c/ Espagne, C-483/10 ; CJUE, 11 juillet 2013, Commission c/ République tchèque, C-545/10 ; CJUE, 3 octobre 2013, Commission c/ Italie, C-369/11.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le cadre fixé par la directive pour la détermination des redevances ne nous paraît donc pas méconnu par la disposition subsidiaire issue de l'ordonnance.

**2.4.** Si vous nous avez suivi, vous rejetterez donc le recours du STIF.

**3.** Vous pourrez alors en venir au second litige, qui correspond à la première affaire appelée.

**3.1.** Par une délibération du 7 février 2019, l'ARAFER a donné un avis conforme favorable au projet de fixation des redevances d'infrastructures liées à l'utilisation du réseau ferré national pour l'horaire de service 2020 – applicable de décembre 2019 à décembre 2020. Cet avis favorable était néanmoins assorti d'une double réserve, puisqu'il précisait qu'il n'était donné qu'à condition que la redevance de marché payée par les services conventionnés TER, d'une part, et les redevances de marché et d'accès payées par les services conventionnés en Ile-de-France, d'autre part, connaissent, l'une et les autres, une évolution globale inférieure ou égale à 1,8 % par rapport à leur niveau résultant de l'horaire de service 2019.

En d'autres termes, l'ARAFER a validé l'ensemble des tarifs des redevances, à l'exception de l'évolution d'une partie des majorations applicables aux services conventionnés (la redevance de marché due pour tous ces services et la redevance d'accès due pour les services d'Ile-de-France).

SNCF Réseau avait initialement prévu une augmentation de ces redevances à hauteur de 2,4 %, ce qui correspondait à l'évolution prévisionnelle figurant dans le contrat conclu avec l'État. L'ARAFER n'a donné un avis favorable à l'évolution de la redevance de marché – qui s'applique à toutes les entreprises ferroviaires utilisant le réseau – qu'à condition qu'elle n'excède pas 1,8 % pour les services conventionnés. Et, s'agissant de la redevance d'accès – versée par le STIF pour les services conventionnés dont il est AOT et par l'État pour les autres services conventionnés – elle a donné un avis favorable sans réserve à l'augmentation de la redevance versée par l'État mais n'a donné un avis favorable à l'augmentation de la redevance versée par le STIF qu'à condition qu'elle n'excède pas 1,8 %.

SNCF Réseau a formé un recours gracieux contre cet avis en tant qu'il était défavorable aux tarifs de redevance correspondant aux augmentations qu'il avait prévues. Ce recours a été expressément rejeté par une décision du 18 avril 2019.

SNCF Réseau vous demande d'annuler l'avis du 7 février 2019 en tant qu'il lui est défavorable et le rejet de son recours gracieux.

**3.2.** La première question qu'il vous faut trancher est celle de la recevabilité du recours dont vous êtes saisis. L'avis conforme, dans la mesure où il est défavorable, est bien susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part de l'autorité dont il a pour effet de lier le pouvoir (v. 23 avril 1969, *Sieur Prat*, Rec. p. 219 ; 25 novembre 1983, *Moreau*, n° 40075, T. pp. 625-812 ; 3 octobre 2016, *SNCF Mobilités*, n° 389643, T. pp. 903-969).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Il est plus délicat de déterminer si le délai de recours peut être prorogé par l'exercice d'un recours gracieux.

Il est, certes, de principe, qu'un organisme ayant rendu un avis peut émettre un nouvel avis sur saisine de l'administration ou spontanément, y compris lorsqu'il dispose d'un pouvoir d'avis conforme (v. 16 février 1958, Sieur Bouchereau, n° 39444, Rec. p. 132 ; 21 septembre 2015, Société LIDL, n°s 376359 376360, Rec. p. 313) ; et il nous paraît peu douteux que les dispositions applicables qui encadraient la procédure d'adoption des tarifs des redevances, et ne prévoyaient pas encore les conséquences d'un avis défavorable de l'ARAFER<sup>25</sup>, ne pouvaient être regardées comme excluant l'application de ce principe<sup>26</sup>. Assurément, SNCF Réseau pouvait donc soumettre à nouveau une proposition de tarifs à l'ARAFER – y compris la même – en vue d'obtenir un nouvel avis, se substituant au précédent et susceptible de recours.

Pouvait-elle alors se borner à effectuer un recours gracieux, demandant à l'ARAFER d'émettre un nouvel avis et lui conservant le délai de recours ? A la différence d'une nouvelle saisine de l'Autorité pour avis, le recours gracieux ne conduit pas nécessairement à ce qu'un nouvel avis soit émis ; vous savez, en effet, que le rejet d'un recours gracieux ne se substitue pas à la décision initiale (v. par ex., distinguant les deux décisions, 7 mars 2018, Mme B..., n°s 404079 404080, Rec. p. 65).

Nous pensons que la combinaison de la possibilité de former un recours juridictionnel contre l'avis et de la possibilité de ressaisir le régulateur pour qu'il émette un nouvel avis doit vous conduire à admettre la possibilité de former, contre le premier avis, un recours gracieux qui conserve le délai de recours. Il y aurait en effet, à nos yeux, une forme de piège procédural à juger, sur la base d'une distinction rigoureuse entre recours gracieux et nouvelle saisine pour avis, que seule la seconde permet de conserver la possibilité de former un recours contentieux, alors que l'un et l'autre ont un objet identique (tout spécialement lorsque la nouvelle saisine pour avis porte sur un projet de tarifs inchangé).

**3.3.** Si vous nous suivez, vous en viendrez au fond du recours. Les moyens qu'il soulève sont tous assez liés, et leur examen suppose d'entrer un peu plus en détail dans l'analyse de l'avis attaqué.

Il faut rappeler, d'abord, que lorsqu'elle avait été saisie pour avis (simple)<sup>27</sup> du projet de contrat pluriannuel entre l'État et SNCF Réseau, l'ARAFER avait, le 29 mars 2017<sup>28</sup>, pris une position très défavorable à l'évolution prévisionnelle des redevances d'infrastructure qui y

---

<sup>25</sup> Soulignons que le IV de l'article L. 2133-5, prévoyant l'obligation de soumettre un nouveau projet de tarif au régulateur, qui est issu de l'ordonnance du 11 mars 2019, n'était pas applicable

<sup>26</sup> V., dans un cas analogue encadrant le délai pour rendre un avis, 21 septembre 2015, Société LIDL, préc. ; *a contrario*, 2 mars 2007, Commune de Saint-Brandan, n° 284704, T. p. 714 ; 23 juillet 2012, L..., n° 342849, T. p. 546.

<sup>27</sup> En application de l'article L. 2111-10 du code des transports.

<sup>28</sup> Avis n° 2017-036.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

figurait et qui prévoyait une augmentation de plus en plus forte des redevances, de + 1,8 % en 2018 à + 3,6 % en 2024, 2025 et 2026. L'Autorité avait relevé qu'une telle chronique d'évolution conduirait les péages à augmenter à un rythme plus soutenu que le niveau général des prix ; estimant que cette évolution était susceptible d'avoir de fortes répercussions sur la demande et qu'SNCF Réseau n'avait pas analysé ces répercussions, elle avait souligné la nécessité, pour ce dernier, de revoir sa méthodologie et d'améliorer sa connaissance du marché ; en conséquence (c'est-à-dire en l'absence d'analyse précise et compte tenu des incertitudes économiques), elle avait recommandé de retenir le principe d'une évolution calée sur l'inflation (c'est-à-dire l'évolution de l'indice des prix à la consommation). Le contrat finalement signé avait cependant fait le choix de s'écarter de cet avis en maintenant l'évolution prévisionnelle initialement établie.

Quelque trois ans plus tard, en examinant, dans l'avis attaqué, l'augmentation en 2020 des tarifs des redevances applicables aux services conventionnés, l'ARAFER a relevé qu'elle était conforme à la trajectoire prévisionnelle fixée par le contrat pluriannuel. Elle a alors rappelé les termes de l'avis qu'elle avait émis trois ans plus tôt ; puis, elle a estimé qu'SNCF Réseau ne justifiait pas de la soutenabilité d'une augmentation de 2,4 % des tarifs des redevances concernées en se bornant à se référer au contrat pluriannuel. Relevant ensuite que l'association Régions de France lui avait indiqué, dans le cadre de la consultation qu'elle avait menée, que l'État avait limité l'augmentation des dépenses de fonctionnement des régions à un rythme annuel de 1,2 %, elle en a déduit que l'application de l'évolution prévisionnelle figurant dans le contrat conduirait à une hausse du poids du coût des services ferroviaires dans le budget des régions.

L'Autorité a alors conclu en deux temps.

D'une part, elle a refusé de « valider » l'évolution prévue de 2,4 % pour les redevances en cause qui pèsent sur les régions et le STIF en se fondant sur l'absence de justification de sa soutenabilité, sur la limitation de l'augmentation des dépenses de fonctionnement des régions mise en évidence par la consultation et sur le fait que cette évolution conduirait à dépasser celle de l'indice des prix à la consommation harmonisé, soit le plafonnement qu'elle avait préconisé dans son avis sur le contrat pluriannuel.

D'autre part, l'ARAFER a indiqué que le taux d'indexation des redevances en cause devait être limité à un niveau conduisant à ce que leur augmentation globale ne dépasse pas l'indice des prix à la consommation harmonisé (ICPH), soit 1,8 % maximum.

De la sorte, vous l'aurez compris, l'Autorité a non seulement donné un avis défavorable à la tarification qui lui était soumise en tant qu'elle prévoyait une augmentation globale de 2,4 % des tarifs des redevances concernées, mais elle a encore donné un avis défavorable à toute augmentation globale des tarifs de ces redevances qui serait supérieure à 1,8 % (niveau auquel elle a donné un avis favorable).

**3.4. SNCF Réseau critique cette démarche sous tous les angles. Les moyens tirés des vices propres du recours gracieux étant inopérants (v. Section, 6 mars 2009, Syndicat national des**

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

ingénieurs de l'industrie et des mines, n° 309922, Rec. p. 93 ; 11 juillet 2012, M..., n° 343866, T. p. 938 ; 7 mars 2018, Mme B..., n°s 404079 404080, Rec. p. 65), nous ne vous parlerons que des moyens qui contestent l'avis en tant qu'il est défavorable au gestionnaire d'infrastructure.

**3.4.1.1.** Au titre de la légalité externe, la requête soutient d'abord que l'Autorité n'a pas suffisamment motivé son avis pour écarter le contrat pluriannuel, pour retenir que la soutenabilité de l'évolution proposée n'était pas justifiée et pour plafonner à 1,8 % l'évolution des tarifs en cause.

Le moyen n'est pas sans portée, car l'Autorité a beaucoup procédé par affirmation ou par renvoi à son avis simple sur le contrat pluriannuel. Mais il pose, en réalité, davantage une question de fond qu'une question de forme.

**3.4.1.2.** SNCF Réseau soutient ensuite que l'Autorité n'était pas compétente pour fixer elle-même l'évolution des tarifs à 1,8 % ; mais ce n'est pas ce qu'a fait l'Autorité, qui, nous vous l'avons dit, n'a pas fixé elle-même, en lieu et place du gestionnaire d'infrastructure, le niveau d'évolution des redevances en cause ; elle s'est bornée à indiquer que son avis favorable n'était donné que sous réserve que ce niveau soit inférieur ou égal à 1,8 %.

Or cette façon de faire ne nous paraît pas critiquable au regard des textes du droit de l'Union et du droit national qui fondent le pouvoir de l'Autorité. Certes, ce n'est pas à elle qu'il revient de fixer les tarifs ; mais elle peut tout-à-fait indiquer ce qui lui semble être la limite au regard de l'application des règles et principes qui encadrent la tarification. Il nous paraît même bien plus constructif que l'Autorité, plutôt que refuser purement et simplement d'homologuer les tarifs, prenne le soin d'émettre des réserves indiquant au gestionnaire qu'il a son aval s'il procède à telle ou telle modification. Il appartient ensuite à SNCF Réseau soit de procéder à ces modifications – ce qui ne fait pas obstacle à ce qu'il conteste l'avis – soit de soumettre une nouvelle proposition à l'avis conforme de l'ARAFER.

L'Autorité ne nous paraît donc nullement excéder sa compétence en émettant un avis favorable assorti des réserves qui, selon elle, doivent être levées pour que soient pleinement respectés les principes dont elle contrôle le respect.

**3.4.1.3.** Vous écarterez enfin le moyen tiré de ce que l'ARAFER a statué au terme d'une procédure irrégulière faute d'avoir procédé à un examen réel des éléments qui lui étaient soumis, qui ne peut être regardé comme fondé en fait.

**3.4.2.** Nous en venons à la légalité interne. SNCF Réseau reproche à l'ARAFER, d'une part, d'avoir commis une double erreur de droit en dégageant une règle d'indexation des redevances sur l'inflation et en écartant l'évolution prévue par le contrat pluriannuel de performance, dont il lui appartient pourtant de tenir compte et qui visait, dans la ligne du rapport Spinetta<sup>29</sup>, à ce que les augmentations progressives des redevances conduisent les

---

<sup>29</sup> *L'avenir du transport ferroviaire*, Rapport au Premier ministre de la mission conduite par J-C. Spinetta, février

régions à assumer le coût complet du TER<sup>30</sup>. Elle soutient, d'autre part, que l'Autorité s'est fondée sur des éléments erronés pour estimer que l'évolution des redevances concernées n'était pas soutenable et que cette conclusion procède d'une erreur d'appréciation.

Outre votre contrôle classique d'erreur de droit, nous pensons qu'il vous revient d'exercer un entier contrôle des appréciations portées par l'ARAFER pour refuser de donner un avis favorable à la proposition tarifaire du gestionnaire d'infrastructure (v., par analogie, s'agissant du refus d'homologuer les redevances aéroportuaires, 15 mai 2009, CCI Marseille-Provence, n° 311935, T. pp. 913-969).

Ceci étant précisé, tous les moyens, fondamentalement, posent la question de savoir comment il convient d'apprécier la soutenabilité des majorations tarifaires quand elles s'appliquent à des services conventionnés. Cela vous ramène au troisième alinéa de l'article L. 2111-25 du code. Sa version applicable en l'espèce est celle antérieure à la modification résultant de l'ordonnance du 11 mars 2019 ; elle se borne à indiquer qu'il convient de prendre en compte les spécificités des services conventionnés, en particulier l'existence d'une contribution financière des AOT à leur exploitation<sup>31</sup>. En somme, le texte n'est guère directif, mais souligne la spécificité des services conventionnés, notamment le fait que les entreprises ferroviaires bénéficient de compensations de service public.

Les parties s'accordent d'ailleurs – et c'est aussi la position de l'Autorité de la concurrence<sup>32</sup>, sollicité pour avis lors d'une modification réglementaire en 2018, comme de l'IRG Rail<sup>33</sup>, qui réunit les régulateurs européens – sur le fait que la question de savoir si le marché permet l'application de majorations appelle une appréciation particulière lorsque le service est réalisé en vertu d'un contrat de service public qui accorde un droit exclusif et prévoit des compensations. Dans une telle hypothèse, nous vous le disions tout à l'heure, la mesure des élasticités n'a guère de sens si, comme c'est le cas en l'état actuel des contrats de service public, les tarifs sont compensés par l'AOT.

Ce constat de l'inadaptation de l'approche « classique » étant partagé, se tient ensuite un très vif débat sur l'approche qu'il convient de retenir – approche que n'éclaire ni la jurisprudence de la Cour de justice, ni la vôtre.

Plusieurs observations nous paraissent devoir être formulées.

Il nous semble, tout d'abord, que l'ART a raison de ne pas se sentir liée par les évolutions prévues par le contrat pluriannuel conclu entre l'État et SNCF Réseau. Nous vous le disions à titre liminaire, ce contrat se borne à fixer une évolution prévisionnelle des redevances ; et

---

2018.

<sup>30</sup> Compte tenu, néanmoins, de la redevance d'accès qui est versée par l'État.

<sup>31</sup> Elle rappelle pour le reste la nécessité que les majorations soient définies sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, ce qui est vrai pour toutes les majorations.

<sup>32</sup> V. Avis n° 18-A-06.

<sup>33</sup> V. Initial approach to market segment definition and criteria for an assessment of mark-ups in consideration of directive 2012/34/EU, 9 november 2016.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

interpréter l'article L. 2111-10 du code conformément à la directive 2012/34 implique nécessairement de ne pas donner une valeur supérieure à ce contrat, faute de quoi il remettrait en cause le pouvoir de contrôle du régulateur, en permettant à l'État et SNCF Réseau de s'accorder sur un montant des redevances qui s'imposerait à lui. Or, nous vous le disions, le régulateur doit, en application de la directive<sup>34</sup>, exercer un contrôle sur le respect, par les tarifs, des principes et règles résultant du droit de l'Union – qui sont transposés à l'article L. 2111-25 et (surtout) dans le décret du 7 mars 2003. La vérification de la soutenabilité des évolutions de redevances ne saurait donc se résumer à une vérification du respect des prévisions du contrat pluriannuel. Et le régulateur ne peut tenir compte du contrat que sous réserve du respect des principes de tarification résultant du droit de l'Union.

Nous pensons, ensuite, que le troisième alinéa de l'article L. 2111-25 du code, après comme avant l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2019, ne peut être lu comme impliquant de démontrer la capacité financière des AOT à prendre en charge les majorations de redevance. En vérité, la recherche d'une mesure précise de la capacité des régions à supporter les redevances ou leur augmentation nous paraît assez vaine ; il n'est pas anodin que le débat qui se tient devant vous sur ce point soit avant tout un débat sur la charge de la preuve : ni l'ART, ni SNCF Réseau ne peut vous indiquer précisément comment il convient de mesurer la capacité des régions ou du STIF à faire face à l'augmentation des redevances.

L'ARAFER, dans ce cadre, s'en est tenue à l'inflation et à la limitation globale de l'augmentation du budget de fonctionnement des régions, qui résulte de la loi de programmation des finances publiques 2018-2022<sup>35</sup>, parce que c'étaient, peu ou prou, les seuls éléments objectifs à disposition. Mais, d'une part, si l'inflation est certainement un élément d'appréciation de la soutenabilité de l'augmentation de redevances, elle n'est pour autant ni un plafond ni une règle de base pour une telle augmentation ; il ne peut donc être postulé que toute augmentation supérieure à l'inflation doit être réputée non soutenable. D'autre part, en transposant l'objectif global d'augmentation des dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales à l'augmentation des seules dépenses de redevances ferroviaires dans le cadre des contrats de service public, l'Autorité nous paraît avoir procédé à un raccourci qui rend son approche excessivement sommaire : il n'est pas contesté que les redevances ne représentent pas plus de 7 % des dépenses de fonctionnement des régions, de sorte que leur augmentation à un niveau plus rapide que le niveau des dépenses de fonctionnement ne met pas en péril, par elle-même, le respect de la règle d'évolution globale des dépenses de fonctionnement.

Ajoutons que l'approche de l'ARAFER, qui a donné un avis favorable à l'évolution de la redevance d'accès applicable aux TER au motif qu'elle est due par l'État, n'est pas sans paradoxe : la capacité de l'État à assumer une augmentation de la redevance est, en quelque sorte, réputée illimitée, quand la capacité des autres autorités publiques (régions ou STIF) à faire face à la même augmentation doit être précisément justifiée et fait l'objet d'une appréciation sur la base d'extrapolations rigoureuses d'objectifs de dépenses globaux.

---

<sup>34</sup> V. CJUE, 9 novembre 2017, CTL Logistics GmbH, C-489/15.

<sup>35</sup> Loi n° 2018-32 du 22 janvier 2018.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Nous n'en déduisons pas pour autant que les majorations de redevances applicables aux services conventionnés peuvent systématiquement conduire à une couverture du coût total d'exploitation de l'infrastructure, par une forme de neutralisation de la condition de soutenabilité qui serait réputée remplie dès lors que le coût des redevances est compensé par une autorité publique. Nous pensons simplement que l'appréciation de la soutenabilité ne doit pas devenir une appréciation de la capacité de paiement des AOT – faute de quoi elle tendra à devenir une appréciation de la volonté de paiement des AOT (et la présente espèce, où les déclarations de Régions de France ont pesé substantiellement sur l'appréciation de l'ARAFER, l'illustre bien). Elle doit demeurer, dans la ligne du droit de l'Union, une appréciation de la capacité du marché à supporter le prix, c'est-à-dire, s'agissant de services conventionnés, une vérification que le coût des redevances, majorations comprises, n'est pas tel qu'il conduise à exclure l'utilisation de l'infrastructure par certains segments de marché, c'est-à-dire à ce que les AOT – lorsqu'elles compensent les tarifs – fassent le choix de renoncer à tout ou partie des contrats de service public (ce qui, *in fine*, conduit à une moindre exploitation du réseau ferroviaire et donc à une baisse de revenus pour le gestionnaire d'infrastructure). Ce n'est, à nos yeux, que dans une telle hypothèse – que vise bien l'ARAFER dans ses dernières écritures mais qui ne correspond pas à l'analyse de l'avis attaqué – que le marché ne permet plus l'application de majorations – parce que, comme sur un marché concurrentiel, le tarif conduit alors à exclure certains segments de marché.

Il nous semble, enfin, que vous ne pouvez faire complètement abstraction des précisions que l'ordonnance du 11 mars 2019 est venue apporter au troisième alinéa de l'article L. 2111-25 ; si l'on peut effectivement douter, avec l'ART, que ces précisions procèdent de la même intention que la création de l'alinéa par la loi du 27 juin 2018<sup>36</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent l'état du droit positif. Or, eu égard au caractère particulièrement vague du troisième alinéa avant sa modification par l'ordonnance de 2019, il nous semble préférable que vous reteniez une interprétation continue de sa portée, avant comme après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, plutôt que deux interprétations distinctes, voire contraires. Cela nous paraît d'autant plus souhaitable que vous devez, quelle que soit la version du texte, retenir une interprétation conforme à la directive 2012/34.

Dans ce cadre, nous croyons, comme nous vous le disions en examinant le recours contre l'ordonnance, que cette disposition doit être lue comme renvoyant à une appréciation de l'équilibre économique des contrats de service public du segment de marché concerné. Il s'agit, en effet, de s'assurer<sup>37</sup> que l'application des majorations ne remet pas en cause l'intérêt économique de la conclusion de ces contrats sur les segments de marché, d'abord pour les entreprises ferroviaires, mais aussi, le cas échéant, pour les AOT, si le coût des redevances devient tel que l'équilibre économique des contrats se trouve affecté au point de remettre en cause (en tout ou partie) le choix de conclure ces contrats pour assurer les dessertes correspondant aux obligations de service public. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il

---

<sup>36</sup> V. en ce sens le rapport au Sénat de M. Grignon sur le projet de loi (n° 184, 2008-2009).

<sup>37</sup> Outre l'absence de dépassement du coût complet, qui est un critère général.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

faut, croyons-nous, considérer que le marché ne permet pas d'appliquer la majoration, parce qu'il conduit à exclure l'utilisation de l'infrastructure sur le segment considéré.

Si nous en revenons aux moyens, il nous semble qu'SNCF Réseau est fondée à soutenir que l'ARAFER a commis une erreur de méthode en estimant, d'une part, que le taux d'évolution des redevances concernées, à 2,4 %, n'était pas soutenable, d'autre part, que tout taux d'évolution supérieur à 1,8 %, soit l'inflation, ne serait pas soutenable. Nous vous le disions, l'Autorité a, ce faisant, exigé la démonstration de la capacité des régions à augmenter leurs dépenses de fonctionnement puis a cherché à mesurer cette capacité en s'en tenant, pour l'essentiel, à l'inflation et à la limitation globale de l'évolution de ces dépenses ; il lui appartenait, au contraire, sur la base des éléments transmis par SNCF Réseau et le cas échéant par les régions dans le cadre de la consultation qu'elle a effectuée, de s'assurer que l'évolution n'était pas de nature à remettre en cause l'équilibre économique des contrats de service public pour les entreprises ferroviaires ni à conduire les régions à renoncer à certains services conventionnés<sup>38</sup>.

Si vous nous avez suivi, vous devrez donc censurer, pour erreur de droit, l'avis attaqué. Vous l'annulerez en tant seulement qu'il refuse de délivrer un avis favorable aux évolutions de redevances concernées et ne délivre un avis favorable à de telles évolutions que sous réserve qu'elles ne prévoient pas une augmentation supérieure à 1,8 % ; et vous annulerez le rejet du recours gracieux présenté par SNCF Réseau.

Cela ne vous conduira cependant pas à enjoindre à l'ART de délivrer un avis favorable : il lui appartiendra de se prononcer à nouveau, dans le cadre que vous aurez précisé, sur le projet de tarification établi par le gestionnaire de réseau.

Vous pourrez, enfin, mettre à la charge de l'ART une somme de 3 000 euros à verser à SNCF Réseau au titre des frais de procédure.

Tel est le sens de nos conclusions.

---

<sup>38</sup> Dans une approche qui rappelle à certains égards celle qu'elle adopte quand elle statue sur le fondement de l'article L. 3111-18 du code des transports.