



**Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008
sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des
transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des
transports**

NOR ECEC0821613V

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 24 juillet 2008, enregistrée sous le numéro 08/0081A, par laquelle la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 2 septembre 2008 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par lettre du 24 juillet 2008, enregistrée sous le numéro 08/0081A, la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports. Ce projet de loi a pour objet de créer une autorité chargée de la régulation du secteur ferroviaire et d'intégrer dans le dispositif législatif français certains éléments d'ouverture à la concurrence prévus par les textes communautaires.
2. Les observations du Conseil, nécessairement cursives compte tenu du peu de temps dont il a disposé pour rendre son avis, porteront tout d'abord sur la création d'un régulateur indépendant, qui constitue l'innovation principale du texte, puis sur les autres éléments du dispositif de régulation du secteur ferroviaire, y compris que ceux que l'état actuel du projet de loi laisse inchangés.

I. LA CRÉATION D'UNE AUTORITÉ DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS FERROVIAIRES

3. Le projet de loi s'inscrit dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire. Depuis plusieurs années, en effet, les membres de l'Union Européenne libéralisent les activités de réseau anciennement monopolistiques et notamment le secteur des chemins de fer. S'agissant du transport ferroviaire, l'objectif est de revitaliser ce mode de transport en introduisant de la concurrence intra modale entre entreprises ferroviaires afin de rendre celles-ci plus compétitives dans la concurrence intermodale, avec le transport routier, notamment dans le domaine du fret, et avec le transport aérien dans celui du transport de voyageurs.
4. Comme souvent, la libéralisation du secteur s'effectue par étapes successives. Ainsi, la directive n° 91/440/CEE du Conseil du 29 juin 1991 relative au développement de chemins de fer communautaire plusieurs fois modifiée a d'ores et déjà achevé d'ouvrir à la concurrence : les services de fret internationaux depuis le 1^{er} janvier 2006 et les services de fret nationaux depuis le 1^{er} janvier 2007.
5. La France a ouvert son marché domestique de fret ferroviaire de manière anticipée le 31 mars 2006 au lieu du 1^{er} janvier 2007, en contrepartie de l'autorisation donnée par la Commission européenne de verser une aide d'Etat d'un montant de 1,5 milliard d'euros à la branche fret de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) (Commission européenne, décision aide d'Etat n° 386/2004 du 2 mars 2005, France – Aide à la restructuration à Fret SNCF (C(2004)3955 fin).
6. La prochaine étape de la libéralisation concernera certains services de transport de voyageurs. En effet, l'article 10.3 bis de la directive n° 91/440/CEE prévoit que les entreprises ferroviaires communautaires : *« se voient accorder, au plus tard le 1^{er} janvier 2010, un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs. Au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre. »* Par suite, en France, des entreprises ferroviaires autres que la SNCF pourront exploiter des services de transport international de voyageurs, avec un droit de cabotage consécutif, c'est-à-dire le droit de prendre et de déposer des passagers dans des gares françaises se situant sur ces lignes internationales.
7. Avant l'ouverture à la concurrence, les compagnies de chemins de fer des États membres de l'Union européenne étaient organisées sur le même modèle. Verticalement intégrées, elles exerçaient la plupart des fonctions relatives au transport ferroviaire. Le droit communautaire rompt avec cette organisation : il commande aux États de retirer les fonctions de régulation des mains des opérateurs historiques pour les remettre à des entités indépendantes. Cette séparation des fonctions a pour objet de prévenir les conflits d'intérêts susceptibles de résulter de la situation où une entreprise ferroviaire serait à la fois juge et partie et en profiterait pour empêcher l'entrée de concurrents sur le marché ou freiner leur développement.
8. Le projet de loi soumis à l'avis du Conseil de la concurrence s'inscrit dans cette logique de séparation des fonctions et de réorganisation institutionnelle.
9. Cet objectif de prévenir les discriminations dans la gestion du réseau porte, de manière classique, sur les tarifs d'accès, mais aussi, ce qui est propre au secteur ferroviaire, sur l'attribution des sillons ferroviaires, appellation par laquelle on désigne les autorisations de circulation des trains sur un trajet donné, à une date et selon un horaire précisés.

10. Selon les textes actuellement en vigueur, les candidats à l'attribution de sillons ferroviaires s'estimant lésés par des conditions d'attribution discriminatoires ou des refus d'accès peuvent porter leurs réclamations devant le ministre chargé des transports, assisté de la mission de contrôle des activités ferroviaires (MCAF). La MCAF est notamment chargée d'instruire les réclamations portées devant le ministre et de rendre un avis motivé. Composée de trois personnes, elle n'est dotée que de pouvoirs consultatifs (articles 28 et 29 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, modifié).
11. Cette organisation de la régulation a été critiquée du fait de la confusion dans les mains du ministre des fonctions de tutelle de l'opérateur historique et de régulation du réseau. Situation classiquement vue comme favorable à la capture du régulateur au profit de l'opérateur historique. Les nouveaux entrants, soutenus en cela par la MCAF, ont appelé de leurs vœux l'établissement d'une véritable autorité de régulation indépendante, à l'image de celles créées lors de la libéralisation des marchés des télécommunications ou de l'énergie, chargée de veiller au développement de la concurrence du secteur et aux relations entre les acteurs du marché.
12. La Cour des comptes a également recommandé à l'Etat de créer une autorité de régulation indépendante, afin de garantir que les sillons sont attribués dans le respect du principe d'égalité entre entreprises. Pour la Cour, en effet, la MCAF n'a ni l'autorité ni les moyens de garantir que la SNCF et les autres entreprises ferroviaires sont traitées de manière non discriminatoire (Cour des comptes, *Le réseau ferroviaire. Une réforme inachevée, une stratégie incertaine*, rapport public thématique, avril 2008, p60). La MCAF reconnaît elle-même son manque de crédibilité auprès des nouveaux opérateurs (MCAF, *Rapport d'activité 2007*, p. 32).
13. Le projet de loi soumis à l'avis du Conseil de la concurrence répond à ces critiques puisqu'il a pour objet de créer une nouvelle autorité de régulation sectorielle : la Commission de régulation des activités ferroviaires (CRAF). Aussi, constitue-t-il une avancée importante et attendue de tous les acteurs du secteur des chemins de fer. Pour le Conseil, la création de cette autorité est de nature à permettre de prévenir de façon beaucoup plus efficace les conflits concurrentiels susceptibles de naître entre les opérateurs ferroviaires.
14. La CRAF aura le statut d'autorité administrative indépendante (article 4). Elle se composera de sept membres nommés par décret, dont le mandat de six ans ne sera pas renouvelable (article 5). Elle aura pour mission de veiller à ce que les conditions techniques et administratives d'accès au réseau par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence (article 4).
15. Pour accomplir sa mission, la CRAF sera dotée de nombreux pouvoirs, en grande partie calqués sur ceux d'autres autorités de régulation sectorielle.
16. La CRAF sera d'abord investie d'un pouvoir réglementaire résiduel (article 7). Le projet de loi l'habilite, en effet, à préciser les règles relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire et aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation. Elle sera également chargée de fixer les périmètres de chacune des activités soumises à des règles de régulation distinctes (gestion de l'infrastructure, services de transport ferroviaire de fret et de voyageurs et missions de service public), ce qui est d'une particulière importance pour les opérateurs intégrés, principalement la SNCF.
17. La CRAF disposera ensuite de pouvoirs d'autorisation, d'approbation et d'opposition (article 8). Elle autorisera l'entrée en vigueur des accords-cadres conclus entre les

gestionnaires d'infrastructure et les candidats demandeurs de sillons. Après avis du Conseil de la concurrence, elle approuvera les règles d'imputation, les périmètres comptables et les principes régissant les relations financières entre les activités séparées au plan comptable, proposés par les entreprises ferroviaires (article 8.IV).

18. Par ailleurs, elle aura un pouvoir de surveillance de la politique tarifaire des gestionnaires de réseau et pourra s'opposer aux tarifs appliqués par un gestionnaire d'infrastructure, notamment lorsque ces tarifs sont accordés de manière inéquitable ou discriminatoire.
19. La Commission aura également un pouvoir consultatif (article 8). Elle rendra un avis sur :
 - les projets de textes réglementaires relatifs à l'accès au réseau ferroviaire, à la conception, la réalisation et l'utilisation des infrastructures et des matériels de transport ferroviaire ;
 - la fixation des redevances d'infrastructure (avis conforme, article 8.VI) ;
 - les dessertes intérieures créées à l'occasion de services internationaux de voyageurs ;
 - les tarifs des services de transport de voyageurs réalisés à titre exclusif par une entreprise ferroviaire à qui l'exploitation en est confiée sans mise en concurrence préalable.
20. Comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la CRAF sera en outre dotée d'un pouvoir de règlement des différends (article 9). Elle se prononcera sur les réclamations des personnes s'estimant victimes d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice lié à l'accès au réseau. Elle pourra éventuellement assortir sa décision d'astreintes et ordonner des mesures conservatoires en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès au réseau ou à son utilisation.
21. La CRAF aura, par ailleurs, un pouvoir de sanction en vertu duquel elle sera en mesure de punir les manquements d'un gestionnaire d'infrastructure ou d'une entreprise ferroviaire aux obligations portant sur l'accès au réseau et à son utilisation (article 10). Elle pourra alors prononcer des sanctions administratives d'interdiction temporaire d'accès au réseau et des sanctions pécuniaires allant jusqu'à 3 % du chiffre d'affaires et jusqu'à 5 % en cas de récidive.
22. S'agissant des relations entre la CRAF et le Conseil de la concurrence, le projet de loi instaure des passerelles entre les deux autorités (article 18). D'une part, le président de la CRAF pourra saisir le Conseil de la concurrence au contentieux ou pour avis. D'autre part, le Conseil de la concurrence communiquera à la CRAF les saisines entrant dans le champ de compétence de celle-ci et pourra la saisir pour avis. Ces dispositions sont identiques à celles qui régissent les relations entre les autres autorités de régulation sectorielles et le Conseil de la concurrence et qui ont déjà montré toute leur efficacité.
23. Le dispositif prévu est donc très complet et s'inspire de solutions éprouvées dans d'autres secteurs ouverts à la concurrence, ce qui est un gage d'efficacité. Le Conseil salue donc ce progrès important dans la mise en place d'un dispositif de régulation crédible du marché ferroviaire en France. Pour ces raisons, la partie du projet de loi relative à la création du régulateur indépendant n'appelle que des remarques de détail.
24. Ainsi, la rédaction du projet de loi pourrait être immédiatement adaptée pour tenir compte de la création de l'Autorité de la concurrence par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Dans un souci de coordination, l'examen du projet de loi pourrait aussi être l'occasion d'une mise à jour des autres textes relatifs au secteur ferroviaire pour tenir compte de la création de la CRAF.

25. Par ailleurs, le projet de loi fixe à trois ans le délai de prescription (article 10.II). Bien que l'autonomie procédurale permette d'avoir un délai de prescription différent pour les infractions ferroviaires et les infractions de concurrence, il serait utile de porter ce délai à cinq ans afin d'uniformiser le droit applicable devant la CRAF, la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence.
26. Enfin, la CRAF bénéficiera de pouvoirs d'enquête (article 15). Ces pouvoirs permettront aux agents de l'autorité indépendante de recevoir communication des documents utiles, d'auditionner des personnes et d'accéder aux locaux professionnels. Mais les agents pourront aussi, sur autorisation du juge, accéder à des locaux dont l'accès leur est refusé, dans des conditions toutefois peu précises aussi bien pour les heures de début et de fin des opérations de visites et saisies que pour les délais de recours. L'expérience du Conseil de la concurrence dans ce domaine permet de penser que ces pouvoirs, dont la mise en œuvre porte atteinte à certains droits des personnes, seront très probablement traités par le juge par analogie avec ceux prévus par le code de procédure pénale qui est de niveau législatif. La possibilité de recourir effectivement à ces pouvoirs de visite et saisie demande donc, très probablement, qu'ils soient mieux définis dans la loi.
27. Au-delà de ces observations techniques, le Conseil de la concurrence est d'avis qu'il serait utile de préciser, dès aujourd'hui, la stratégie des pouvoirs publics en matière de régulation des transports, notamment en réfléchissant sur le champ de compétence futur de ce nouveau régulateur sectoriel. En effet, d'autres modes de transport, autoroutiers ou aériens, font l'objet d'une régulation publique notamment concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, en particulier pour des raisons de coût ou de rareté des espaces, qui conserveront le caractère de monopole malgré une libéralisation des activités de services qui les utilisent.
28. Les précédents du régulateur sectoriel des communications électroniques dont la compétence a été étendue au secteur postal et du régulateur sectoriel de l'électricité dont la compétence a été étendue au secteur gazier montrent qu'il est généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétences trop étroits.

II. LES AUTRES ÉLÉMENTS DU DISPOSITIF DE RÉGULATION

a) La répartition des compétences entre RFF et la SNCF

29. Tout en appuyant la création de la CRAF qui constituera une étape importante dans l'ouverture à la concurrence des chemins de fer français, le Conseil considère que cette réforme n'est pas de nature, à elle seule, à instaurer un dispositif totalement satisfaisant et suffisamment impartial, en raison du rôle joué par l'opérateur historique dans l'attribution des sillons ferroviaires. En effet, l'ouverture à la concurrence ne met pas en jeu seulement deux acteurs, le régulateur et l'opérateur historique (la SNCF), mais trois acteurs : le régulateur, la partie de l'opérateur historique correspondant à des activités mises en concurrence (le transport) et la partie de l'opérateur historique correspondant à des activités qui resteront en monopole (la gestion du réseau), ces dernières nécessitant donc une régulation spécifique.
30. Sur ce point, le dispositif français reste ambigu. La création de Réseau Ferré de France (RFF), auquel la SNCF a transféré la propriété du réseau ferré national, n'a pas été accompagnée d'une répartition des moyens entre les deux entités conforme à leurs missions. Le transfert d'une partie des actifs et de la dette de la SNCF vers RFF a répondu

à une logique financière alors qu'il aurait dû être conçu avant tout comme un transfert de compétences visant à séparer les activités devant s'ouvrir à la concurrence (le transport) de celles liées à la gestion des infrastructures devant nécessairement rester en monopole, cette séparation étant considérée comme un préalable à l'ouverture à la concurrence.

31. Les relations entre RFF et la SNCF sont, de fait, déséquilibrées en raison du faible nombre de personnes mises à la disposition de RFF, l'essentiel des moyens humains et des compétences techniques étant toujours affecté à la SNCF. Si RFF est chargé de l'exploitation de ses infrastructures, notamment la gestion de l'accès et la répartition des capacités aux transporteurs, il n'en a pas les moyens matériels et c'est la SNCF qui réalise les études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons au sein de ses bureaux des horaires (article 21 du décret n° 2003-194 précité). Ainsi, RFF a-t-il déclaré ne pas être en mesure aujourd'hui de conduire réellement l'attribution des sillons et de le faire dans des conditions garantissant une stricte égalité entre les transporteurs (Cour des comptes, rapport précité, p. 47).
32. En outre, au-delà des demandes de sillons déposées largement à l'avance (un an) sur lesquelles RFF peut avoir un certain contrôle, la SNCF attribue directement les sillons dits de « dernière minute », demandés moins d'une semaine avant leur utilisation : ce sont ses services locaux qui instruisent et répondent à ces demandes avec un éventuel contrôle *a posteriori* de RFF (Cour des comptes, rapport précité, p. 38). Or, les sillons de « dernière minute » constituent, en nombre, une large majorité des demandes (350 000) par rapport aux demandes classiques, et sont importants en matière de fret car les entreprises ferroviaires, spécialement les nouveaux entrants, ne connaissent pas forcément un an à l'avance les sillons dont elles auront besoin pour satisfaire les besoins de leurs clients chargeurs.
33. Face à cette situation, plusieurs voies d'amélioration sont envisageables. La première et la plus lourde serait d'affecter le personnel aux entreprises SNCF et RFF en fonction de leurs missions, c'est-à-dire de transférer à RFF toutes les directions de la SNCF en charge de la gestion effective du réseau, ce qui demanderait probablement d'augmenter dans des proportions considérables le nombre des agents dont disposerait RFF. La seconde, plus modeste, consisterait *a minima* à transférer les services nationaux et régionaux spécialement chargés de l'attribution des sillons.
34. Telle est la solution préconisée par la Cour des comptes qui s'est déclarée favorable au transfert rapide à RFF des bureaux des horaires de la SNCF, sans exclure la solution d'un transfert plus important puisque la Cour a également demandé que soit étudiée la possibilité d'une attribution à RFF de l'ensemble des moyens affectés par la SNCF à l'exploitation de l'infrastructure (Cour des comptes, rapport, pp. 59-60).
35. Le Conseil de la concurrence s'associe à ces recommandations et souhaite que les deux options soient examinées de manière à sortir, dans un délai raisonnable, du statu quo qui prévaut depuis dix ans, et qui comporte un risque majeur de favoriser les pratiques anticoncurrentielles.
36. Toutefois, le transfert des bureaux spécialisés ne résoudra pas la totalité du problème posé puisque les demandes dites de « dernière minute » sont traitées de manière très décentralisée par des agents dont les tâches ne sont pas limitées à l'attribution des sillons. C'est pourquoi le Conseil préconise la mise en place par la SNCF d'un dispositif interne de surveillance chargé de diffuser, dans l'entreprise, les bonnes pratiques en matière de droit de la concurrence, particulièrement auprès des services dont l'impartialité est requise pour la gestion du réseau. Ce service pourrait en outre constituer un relais utile pour RFF,

principalement pour appréhender les pratiques locales, et conserverait donc son intérêt même dans le cas d'un transfert des seuls bureaux nationaux des horaires.

37. Le Conseil est conscient que la cohabitation sur le même réseau d'un trafic ferroviaire de transport de fret et d'un trafic ferroviaire de transport de passagers, pour lequel l'objectif de sécurité est primordial, rend particulièrement délicates ces répartitions de compétence, dans la mesure où les calendriers d'ouverture à la concurrence de ces deux activités sont différents. Il considère néanmoins que le fait que la résolution des difficultés techniques ou sociales attachées à cette ouverture à la concurrence nécessitent une mise en œuvre progressive des solutions retenues ne doit pas faire obstacle à ce que ces dernières soient engagées sans tarder.

b) Les autres dispositions qui peuvent affecter la concurrence

38. Le projet de loi contient également des dispositions reprenant des principes communautaires d'ouverture à la concurrence. Trois d'entre elles appellent un commentaire particulier.

39. En premier lieu, le projet de loi précise que les entreprises ferroviaires ont accès aux infrastructures de services lorsqu'il n'existe pas d'autre possibilité économiquement viable, s'inspirant en cela de l'article 5 de la directive n° 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire (article 1^{er}, 5°). Mais, ce faisant, il abandonne la formulation plus favorable aux nouveaux entrants retenue précédemment, qui ouvrait l'accès des infrastructures de services sans autre condition (article 3.I du décret n° 2003-194 précité). Le Conseil de la concurrence est favorable au maintien de la rédaction précédente. Il revient en effet aux entreprises demandeuses de ces services de juger elles-mêmes les solutions les plus avantageuses pour elles, sans avoir l'obligation de faire la démonstration devant le régulateur de calculs économiques souvent complexes ou incertains.

40. En deuxième lieu, le projet de loi rappelle que d'autres entités que les entreprises ferroviaires peuvent être autorisées à demander l'attribution de sillons en vue de les mettre à disposition d'une entreprise ferroviaire (article 1^{er}, 5°). En effet, le décret n° 2008-148 du 18 février 2008 modifiant le décret n° 2003-194 a allongé la liste des éligibles à l'attribution de sillons. Cette liste s'étend désormais :

- aux opérateurs de transport combiné de marchandises ;
- aux personnes publiques organisant un service de transport de fret sur le réseau ferré national, y compris aux autorités portuaires gérant des voies ferrées portuaires raccordées à ce réseau ;
- aux collectivités publiques et à leurs groupements en vue de la conclusion d'un contrat comportant une prestation de transport de fret pour leurs propres besoins ;
- au Syndicat des transports d'Ile-de-France et aux personnes publiques organisant un service public de transport de voyageurs sur le réseau ferré national à compter du 14 décembre 2008.

41. Mais le Conseil de la concurrence regrette que l'occasion du projet de loi n'ait pas été saisie pour élargir cette liste aux chargeurs, ainsi que l'y autorise l'article 2.b de la directive n° 2001/14/CE précitée. Comme les opérateurs de transport combiné, les chargeurs devraient pouvoir être titulaires de sillons et y faire jouer la concurrence entre entreprises ferroviaires et non pas, comme aujourd'hui, encourir le risque de perdre les

sillons sur lesquels circulent les trains transportant leurs marchandises en cas de changement d'entreprise ferroviaire, si c'est à cette entreprise qu'est attribué le sillon.

42. Le ministère des transports a écarté cet élargissement en raison du nombre potentiellement trop important de demandes de sillons susceptibles d'être déposées devant RFF par les chargeurs et qui excéderait les capacités techniques du gestionnaire de réseau pour y répondre.
43. Le Conseil considère néanmoins que l'extension du champ des candidats aux chargeurs pourrait être rapidement instaurée en suivant, par exemple, un calendrier et des critères d'éligibilité comparables à ceux qui ont présidé à l'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie. Ainsi, dans un premier temps, seuls les plus gros chargeurs seraient autorisés à demander des sillons ferroviaires, ce qui limiterait le nombre de demandes présentées à RFF. Par la suite, les autres chargeurs seraient progressivement ajoutés à la liste des candidats à l'attribution de sillons.
44. En troisième lieu, le projet de loi prévoit que des accords-cadres peuvent être conclus pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois, avec les entreprises ferroviaires qui exploitent des services avant le 1^{er} janvier 2010 sur la base des caractéristiques utilisées à condition que ces entreprises justifient d'investissements spéciaux ou de contrats commerciaux avant cette date (article 1^{er}, 5^o). Dans son avis n° 06-A-19 du 17 octobre 2006 relatif au projet de décret organisant le recours à la gestion déléguée pour construire et exploiter des infrastructures ferroviaires, le Conseil de la concurrence avait déjà indiqué qu'un tel « *dispositif pourrait avoir pour effet de créer une discrimination dans l'accès au réseau entre l'opérateur historique et les transporteurs entrant sur le marché. [...] Le risque pour le développement de la concurrence est que l'opérateur dominant soit tenté d'utiliser l'accord-cadre pour maintenir des circulations dans le but de priver de capacités un transporteur concurrent. Les nouveaux transporteurs n'auraient alors accès qu'aux éventuels sillons non utilisés par la SNCF sur la base de son activité passée* » (point 43).
45. Le risque de discrimination demeure, mais cette fois, il est double. D'une part, en raison de son monopole, la SNCF sera la seule entreprise ferroviaire à avoir exploité des services de transport de voyageurs avant le 1^{er} janvier 2010 et donc à pouvoir bénéficier d'accords-cadres sur ce type de services. D'autre part, s'agissant du fret, les candidats à l'attribution des sillons autres que les entreprises ferroviaires sont exclus. Cette restriction prive du bénéfice des accords-cadres les nouvelles catégories d'opérateurs éligibles à l'attribution de sillons prévues par le décret n° 2008-148 du 18 février 2008, notamment les opérateurs de transport combiné ou les autorités portuaires gérant des voies ferrées portuaires raccordées à ce réseau, dans l'hypothèse où ces derniers auraient le temps de développer significativement leur activité entre la publication du décret précité et le 31 décembre 2009. A fortiori, les chargeurs en seraient complètement exclus puisqu'ils ne sont même pas mentionnés dans le décret de février 2008.
46. Dès lors que l'utilité des accords-cadres n'est pas contestée, il est nécessaire d'en ouvrir le bénéfice à tous les opérateurs de manière non discriminatoire, sans introduire de différences, ni en ce qui concerne la date d'activité, ni en ce qui concerne la catégorie d'opérateurs. Le projet de loi devrait donc être amendé de manière à ouvrir la possibilité de conclure des accords-cadres à tous les titulaires de sillons.

Conclusion

Le Conseil de la concurrence est globalement favorable au projet de loi qui marque un progrès très important dans la mise en place d'une régulation efficace des activités ferroviaires ouvertes à la concurrence.

Il attire toutefois l'attention du gouvernement sur un certain nombre de points :

- quelques améliorations techniques ou rédactionnelles des dispositions relatives à la nouvelle Commission de régulation des activités ferroviaires ;
- l'intérêt de replacer la création de cette autorité indépendante dans le cadre plus général de l'ouverture à la concurrence de l'ensemble des moyens de transport nécessitant l'intervention d'un régulateur ;
- la nécessité de revoir le partage des moyens entre la SNCF et RFF pour donner à ce dernier une véritable capacité de gestion de son propre réseau ;
- la nécessité de donner une possibilité d'accès aux sillons à l'ensemble des utilisateurs potentiels et en particulier aux chargeurs, avec comme conséquence l'alignement progressif des conditions d'accès aux sillons et d'éligibilité aux accords-cadres, afin qu'aucun titulaire de sillon ne soit exclu à terme de ce dispositif.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Gauthier-Lescop, par M. Lasserre, président, Mme Perrot et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Le président,

Thierry Dahan

Bruno Lasserre