



Avis n° 2015-016 du 13 mai 2015

sur le projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement
de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après l'Autorité),

Saisie par le directeur des services de transport, par courrier en date du 15 avril 2015, d'un projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité ;

Vu la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012, établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte des directives 91/440/CE, 95/18/CE et 2001/14/CE) ;

Vu le code des transports ;

Vu la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire ;

Vu le décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaire et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire ;

Après en avoir délibéré le 13 mai 2015 ;

Considérant l'ensemble des éléments qui suivent :

1. CONTEXTE.....	3
2. ANALYSE DE L'AUTORITE	3
2.1 Sur le contenu du rapport d'activité de l'Autorité.....	3
2.2 Sur les modalités de consultation du Gouvernement	4
2.3 Sur les délais d'adoption des avis de l'Autorité.....	5

1. Contexte

1. Par courrier en date du 15 avril 2015, le directeur général des infrastructures, des transports et de la mer au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a saisi l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après « l'Autorité ») d'une demande d'avis sur un projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires.
2. Le projet de décret soumis pour avis à l'Autorité modifie les dispositions du décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire. Il est pris pour l'application de l'article 13 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, qui modifie certaines dispositions du titre III du livre 1^{er} de la deuxième partie du code des transports relatif à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. Il précise en particulier les modalités de mise en œuvre de l'article L. 2132-8-1 du code des transports portant sur la consultation du Gouvernement par l'Autorité sur ses projets de décisions, avis ou recommandations, l'article L. 2132-8-2 relatif à la commission des sanctions et l'article L. 2131-2 relatif au rapport d'activité de l'Autorité.

2. Analyse de l'Autorité

2.1 SUR LE CONTENU DU RAPPORT D'ACTIVITE DE L'AUTORITE

3. L'article L. 2131-2 du code des transports, dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2014, dispose que l'Autorité « *établit chaque année un rapport d'activité. Il comporte toutes recommandations utiles. Il est adressé au Gouvernement et au Parlement* ».
4. Dans sa rédaction antérieure, l'article L. 2131-2 du code des transports s'avérait plus prescriptif dans la définition du contenu du rapport d'activité demandé à l'Autorité : « *[L'Autorité] établit chaque année un rapport d'activité qui porte à la fois sur l'application des dispositions relatives à l'accès au réseau ferroviaire et à son utilisation, sur l'instruction des réclamations et sur l'observation de l'accès au réseau. Ce rapport rend compte des investigations menées par l'autorité et évalue les effets de ses décisions sur les conditions d'accès au réseau ferroviaire et sur les conditions de son utilisation. Il comporte toutes recommandations utiles. Il est adressé au Gouvernement et au Parlement. Il est rendu public* ».
5. Le projet de décret introduit un nouvel article 1-1 dans le décret du 1^{er} septembre 2010, qui prévoit que « *le rapport d'activité mentionné à l'article L. 2131-2 du code des transports porte sur l'application des dispositions relatives à l'accès au réseau ferroviaire et à son utilisation. Il présente les caractéristiques et la situation de concurrence des marchés des services ferroviaires, ainsi que les enjeux et les contraintes du système de transport ferroviaire national, et notamment sa situation économique et financière. Il rend compte des effets des décisions de l'Autorité sur les conditions d'accès au réseau ferroviaire et sur les conditions de son utilisation* ».
6. L'Autorité relève que, s'agissant du rapport d'activité qu'elle doit élaborer, le législateur n'a pas jugé utile de renvoyer à un décret d'application le soin de préciser ces dispositions. Dès lors, l'Autorité, autorité publique indépendante, se trouve compétente pour présenter, dans son rapport annuel, son activité de régulateur dans l'ensemble de ses composantes en tenant compte de l'environnement sectoriel.

7. L'Autorité observe, en outre, que les dispositions réglementaires concernant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes¹, la Commission de régulation de l'énergie² ou l'Autorité de régulation des jeux en ligne³ ne précisent pas davantage le contenu du rapport d'activité annuel.

2.2 SUR LES MODALITES DE CONSULTATION DU GOUVERNEMENT

8. Introduit par la loi du 4 août 2014, l'article L. 2132-8-1 du code des transports dispose qu' « *avant de rendre ses décisions, avis ou recommandations, à l'exclusion des décisions adoptées dans le cadre des procédures prévues aux articles L. 2134-2, L. 2135-7 et L. 2135-8, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires consulte le Gouvernement, afin d'en connaître les analyses, en particulier en ce qui concerne les enjeux et les contraintes du système de transport ferroviaire national* ».
9. Les procédures de règlement des différends et de sanction sont ainsi exclues, de par la loi, du champ de consultation du Gouvernement. Le III. de l'article 3-1 du décret du 1^{er} septembre 2010 introduit par le projet de décret étend l'exception aux délibérations relatives au fonctionnement de l'Autorité. Pour le reste, tous les autres avis, décisions ou recommandations appelés à être rendus par l'Autorité sont soumis à l'obligation d'une consultation préalable du Gouvernement⁴. Un grand nombre de procédures est ainsi concerné, notamment l'avis conforme sur la tarification des prestations minimales ainsi que des installations de service, les avis sur les accords-cadres, sur la charte du réseau, sur le projet de contrat entre l'Etat et SNCF Réseau, sur le projet de budget annuel de SNCF Réseau ou encore les décisions en matière de cabotage ferroviaire.
10. En premier lieu, le 1^o du II de l'article 3-1 du décret du 1^{er} septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit que « *dans le respect du secret des affaires, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires transmet sans délai au Gouvernement le dossier dont elle est saisie, ainsi que toute information complémentaire obtenue par l'Autorité à sa demande dans le cadre de l'instruction de la saisine ou d'une saisine d'office, ultérieurement versée au dossier* ».
11. L'Autorité estime tout d'abord que la rédaction proposée provoquerait pour ses services et ceux du ministère des difficultés pratiques importantes dans la mesure où l'obligation d'information du Gouvernement s'étendrait à tous les éléments recueillis par l'Autorité au cours de l'instruction. La consultation du Gouvernement doit éviter d'introduire des mécanismes d'envois multiples, susceptibles d'alourdir inutilement la procédure. Le texte doit ainsi être corrigé sur ce point pour limiter la communication au Gouvernement du seul dossier de la partie saisissante. L'Autorité tient en outre à insister sur le fait que cette transmission ne peut impliquer en aucune façon la communication de ses analyses.
12. L'Autorité note, en outre, que la rédaction proposée peut faire naître un doute sur la date à partir de laquelle est calculé le délai d'un mois donné au Gouvernement pour faire valoir ses observations « *à compter de la réception du dossier de saisine* », sans que l'on sache précisément si le délai est ou non rouvert en cas d'envoi complémentaire. La date de saisine initiale devrait en conséquence être conservée comme référence, sauf modification substantielle de l'objet de la saisine.
13. Ensuite, la rédaction proposée s'avère incomplète en ce qui concerne la protection du secret des affaires dans la mesure où le décret ne précise pas, si la partie saisissante ne l'a pas fait elle-même, les règles applicables pour garantir la protection du secret des affaires. L'Autorité relève que la partie

¹ Le contenu du rapport d'activité est abordé uniquement à l'article L. 135 du code des postes et des télécommunications. Aucune disposition réglementaire du même code ne précise cette disposition législative (articles R. 20-14 et s., R. 20-44-9, D. 288 et s., D. 406-14 et s., D. 594 et s.).

² Le contenu du rapport d'activité de la CRE est traité à l'article L. 134-15 du code de l'énergie. Le décret n° 2000-381 du 2 mai 2000 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission de régulation de l'énergie ne contient pas de disposition relative au rapport d'activité.

³ Il convient de se référer à l'article 34 VI de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Le décret n° 2010-481 du 12 mai 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des jeux en ligne ne précise pas cette disposition.

⁴ A l'exception des projets de textes présentés par le Gouvernement.

réglementaire du code de commerce est plus précise sur ce point en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence⁵.

14. En deuxième lieu, le 3^o du II de l'article 3-1 du décret du 1^{er} septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit que le Gouvernement peut, en sus de ses observations écrites, faire valoir ses observations à l'oral : « *à sa demande, le Gouvernement présente ses observations orales lors des séances du collège de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires. Cette demande est présentée au moins cinq jours avant la séance* ».
15. L'Autorité estime que la formulation retenue dans le décret du 1^{er} septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret mériterait d'être précisée pour éviter toute ambiguïté, qui autoriserait, par exemple, la participation du Gouvernement aux séances du collège sans lien avec le dossier de saisine. A cette fin, il est proposé d'indiquer que le représentant du Gouvernement ne peut formuler des observations orales que sur les dossiers sur lesquels il a été consulté et, qu'après l'audition, il ne participe pas à la délibération du collège.
16. De même, l'Autorité estime utile de garantir un certain niveau de représentation du Gouvernement, à travers la présence soit du directeur général des infrastructures, des transports et de la mer comme il est prévu au I. de l'article 3-1 du décret du 1^{er} septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret soit d'un directeur chargé de le représenter et, non simplement « *la personne qu'il désigne pour le représenter* ». Cette précision ne ferait pas obstacle, naturellement, à ce que le directeur général ou un directeur chargé de le représenter puissent se faire accompagner de collaborateurs.
17. En troisième lieu, le décret du 1^{er} septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret ne traite pas des conséquences à tirer dans l'hypothèse où le Gouvernement ne formulerait pas d'observations écrites ou orales. En ce sens, le projet de décret pourrait prévoir qu'en l'absence d'observations écrites dans le délai d'un mois ou d'une demande formulée dans le délai de cinq jours avant la séance pour faire valoir des observations orales, le Gouvernement est réputé avoir fait part de ses observations⁶. L'encadrement de la procédure consultative obligatoire permettrait d'éviter tout retard dans la prise de décision ou le rendu des avis et recommandations.

2.3 SUR LES DELAIS D'ADOPTION DES AVIS DE L'AUTORITE

18. Le projet de décret prévoit l'insertion dans le décret du 1^{er} septembre 2010 d'un article 3-2 ainsi rédigé :

« I. Sauf dispositions particulières différentes, les avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires sont rendus dans un délai maximal de deux mois à compter de sa saisine. Lorsque l'avis est rendu en application de l'article L. 2133-8 du code des transports, ce délai peut être réduit pour motif d'urgence dûment justifié, sans pouvoir être inférieur à un mois.

II. À défaut d'avis rendus dans les délais mentionnés au I, les avis sont réputés favorables. »
19. Lorsque l'Autorité est saisie au titre d'une procédure consultative, elle doit émettre son avis dans un délai de deux mois, sauf dispositions particulières. Ce délai peut être réduit, sans pouvoir être inférieur à un mois, lorsque l'Autorité est consultée sur un projet de texte réglementaire relatif à l'accès au réseau ferroviaire, à la conception, la réalisation et l'utilisation des infrastructures et des matériels de transport ferroviaire (article L. 2133-8 du code des transports). Passé ce délai de deux ou d'un mois, l'avis serait réputé favorable, en application des dispositions prévues dans le projet.
20. En premier lieu et à des fins de sécurité juridique, l'Autorité fait remarquer qu'il convient d'identifier de façon exhaustive « *les dispositions particulières (différentes)* » qui ne feraient pas référence au délai de deux mois et de préciser par l'emploi de la formule « sous réserve », plutôt que « sauf », que ces procédures particulières sont exclusives de la procédure de droit commun..

⁵ Les articles R. 463-13 et suivants du code de commerce prévoient l'intervention du rapporteur général ou du rapporteur de l'affaire.

⁶ Ce type de disposition existe déjà dans un certain nombre de procédures consultatives obligatoires. On peut se référer par exemple à l'article 15 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, à l'article R. 312-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers.

21. En deuxième lieu, l'article 3-2 du décret du 1er septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret prévoit également que le délai de deux mois peut être réduit sur des projets de texte réglementaires pour motif d'urgence dûment justifié. L'Autorité tient néanmoins à appeler l'attention du Gouvernement sur le respect des délais et le recours strictement justifié qu'il convient de faire à la procédure d'urgence. En pratique, l'Autorité est déjà régulièrement consultée dans des délais limités, par exemple sur les projets de décrets d'application de la loi ferroviaire du 4 août 2014⁷, sur lesquels elle n'a disposé que d'un mois et demi pour se prononcer, ou sur les projets de textes de transposition de la directive 2012/34/UE, sur lesquels elle doit rendre un avis sous un mois.
22. En troisième lieu, l'Autorité relève que le second alinéa de l'article prévoyant qu'en cas de silence de l'Autorité au-delà des délais indiqués est directement inspiré du principe en vertu duquel le silence de l'administration vaut décision d'acceptation, tel qu'il a été formulé à l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (loi *DCRA*), dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.
23. L'Autorité souligne l'inopportunité d'une transposition aux procédures de consultation du régulateur d'un article de la loi *DCRA*, dont le champ d'application est limité aux décisions administratives prises exclusivement à l'égard des administrés, comme l'indique d'ailleurs l'intitulé même de cette loi et ne peut donc concerner les relations entre administrations. La disposition du « silence vaut acceptation », combinée avec des délais obligatoires particulièrement courts, nuirait au bon exercice des missions de l'Autorité et, en particulier, à la qualité de l'avis qu'elle serait amenée à rendre au profit de l'autorité saisissante.
24. L'Autorité fait remarquer, à cet égard, qu'aucune disposition législative ou réglementaire similaire ne s'applique par exemple à l'Autorité de la concurrence, à la Commission de régulation de l'énergie ou à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
25. Pour ces raisons, l'application du principe « silence vaut acceptation » est inappropriée et pourrait même être perçue comme une ingérence dans le fonctionnement du régulateur. L'Autorité préconise de conserver un caractère indicatif aux délais, qu'elle s'efforcera de respecter dans toute la mesure du possible, dans l'intérêt de toutes les parties.

*

⁷ Décret n° 2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, décret n° 2015-140 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau, décret n° 2015-137 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports, décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire.

EST D'AVIS

d'émettre un avis défavorable sur le projet de décret et de faire les recommandations suivantes :

Sur le rapport d'activité

Recommandation n° 1 : Supprimer l'article 1-1 du décret du 1er septembre 2010 tel que modifié par le projet de décret pour laisser à l'Autorité la pleine maîtrise de la définition du contenu de son rapport annuel d'activité ;

Sur les modalités de consultation du Gouvernement

Recommandation n° 2 : Prévoir la transmission au Gouvernement du seul dossier dont l'Autorité est saisie, en supprimant la communication de « *toute information complémentaire obtenue par l'Autorité à sa demande dans le cadre de l'instruction de la saisine ou d'une saisine d'office, ultérieurement versée au dossier* »

Recommandation n° 3 : Préciser que le directeur général des infrastructures, des transports et de la mer peut se faire représenter par les seuls directeurs nommés à la DGITM.

Recommandation n° 4 : Préciser que le représentant du Gouvernement ne peut formuler d'observations orales que sur les seuls dossiers sur lesquels il a été consulté et rappeler qu'à la suite de son audition il ne participe pas au délibéré du collège.

Recommandation n° 5 : Préciser que le Gouvernement est réputé avoir fait valoir ses observations en l'absence d'observations écrites dans un délai d'un mois ou en l'absence d'une demande d'observations orales dans le délai de cinq jours avant la séance.

Sur les délais d'adoption des avis de l'Autorité

Recommandation n° 6 : Supprimer tout caractère juridiquement contraignant des délais donnés à l'Autorité pour rendre ses avis.

Recommandation n° 7 : Supprimer la disposition indiquant qu'au-delà des délais fixés, les avis de l'Autorité sont réputés favorables.

Le présent avis sera transmis au directeur des services de transport à la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis à l'unanimité de ses membres présents le 13 mai 2015.

Présents : Monsieur Pierre Cardo, président ; Mesdames Anne Bolliet et Marie Picard ainsi que Messieurs Jean-François Bénard, Nicolas Machtou et Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Pierre Cardo