

Avls n° 2017-064 du 5 juillet 2017

portant sur le projet de décret modifiant le décret n° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national perçues au profit de Réseau ferré de France

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ci-après « l'Autorité »),

Saisie pour avis par le secrétaire d'Etat chargé des transports, de la mer et de la pêche par un courrier enregistré le 5 mai 2017 ;

Vu la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen ;

Vu le code des transports, notamment ses articles L. 2111-25, L. 2133-5 et L. 2133-8 ;

Vu le décret n° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national perçues au profit de Réseau ferré de France ;

Vu le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire ;

Vu les avis n° 2015-004 du 3 février 2015 et n° 2015-020 du 10 juin 2015 relatifs à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour l'horaire de service 2016 ;

Vu les recommandations n° 2016-016 du 10 février 2016 relatives à la refonte de la tarification de l'utilisation du réseau ferré national ;

Vu l'avis n° 2017-006 du 1^{er} février 2017 relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour l'horaire de service 2018 ;

Vu l'avis n° 2017-036 du 29 mars 2017 relatif au projet de contrat pluriannuel de performance entre l'État et SNCF Réseau pour la période 2017-2026 ;

Après en avoir délibéré le 5 juillet 2017 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1. En vertu du paragraphe 6 de l'article 56 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012, « *l'organisme de contrôle veille à ce que les redevances fixées par le gestionnaire de l'infrastructure soient conformes aux dispositions du chapitre IV, section 2 [portant sur la tarification de l'infrastructure et des services], et non discriminatoires* ».
2. Cette disposition découle directement de la nécessité d'une régulation économique des conditions d'accès au monopole naturel que constitue l'infrastructure ferroviaire et, en particulier, des redevances perçues pour son utilisation.
3. Le contrôle par le régulateur du respect des règles de tarification est d'autant plus important que la concurrence, aujourd'hui limitée au transport de marchandises et au transport international de voyageurs, est appelée à s'étendre au transport domestique de voyageurs.
4. La régulation économique vise à ce que la tarification de l'utilisation du réseau, en incitant à l'efficacité du gestionnaire d'infrastructure, favorise le développement du trafic ferroviaire, propre à conforter la place du rail dans la concurrence par rapport aux autres modes de transport. A défaut, la priorité du gestionnaire d'infrastructure risque d'être détournée vers la satisfaction de contraintes uniquement budgétaires ou d'une simple logique de couverture des coûts, peu ou pas maîtrisés. Le considérant 71 de la directive susvisée dispose en ce sens qu'« *il est dès lors nécessaire d'inciter, par des mesures d'encouragement, les gestionnaires de l'infrastructure à réduire les coûts et à gérer leur infrastructure de manière efficace* ». Par ailleurs, la régulation économique vise à éviter que la position de monopole du gestionnaire d'infrastructure ne conduise à des discriminations entre les utilisateurs de l'infrastructure.
5. Autrement dit, l'absence d'une régulation effective, qui assure les conditions d'un accès à l'infrastructure transparentes, objectives et non-discriminatoires, ainsi que d'une gestion efficace du réseau, ferait peser un risque à la fois sur le développement d'une concurrence efficace et, au-delà, sur la compétitivité même du transport ferroviaire dans un contexte de forte concurrence intermodale.
6. En droit national, l'article L. 2133-5 du code des transports prévoit qu'il appartient à l'Autorité d'émettre un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national, au regard des principes et des règles de tarification applicables sur ce réseau, tels qu'ils résultent notamment de l'article L. 2111-25 du même code. Cet article renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir, à partir des critères qu'il énonce, les règles de détermination de ces redevances (décrets n° 97-446 et 2003-194).
7. Le troisième alinéa de l'article 9 du décret n° 97-446 du 5 mai 1997 relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national perçues au profit de Réseau ferré de France (SNCF Réseau) dispose ainsi que : « *Sans préjudice des dispositions de l'article 2, Réseau ferré de France établit son projet de tarif des redevances de telle sorte que l'évolution du produit de celles-ci couvre l'évolution des charges d'exploitation et de maintenance du réseau, à consistance du réseau et à volumes de circulations ferroviaires constants. Ce projet de tarif est publié dans le document de référence du réseau, accompagné d'une mention précisant que son caractère exécutoire est subordonné à l'avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, conformément au V de l'article 15 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports [I de l'article L. 2133-5 du code des transports]. L'Autorité rend son avis dans un délai de deux mois suivant la publication du document de référence du réseau* ».

8. Par courrier enregistré le 5 mai 2017, le secrétaire d'Etat alors chargé des transports, de la mer et de la pêche a saisi l'Autorité pour avis, en application des articles L. 2111-25 et L. 2133-8 du code des transports, d'un projet de décret modifiant l'article 9 du décret précité du 5 mai 1997 prévoyant notamment qu'en l'absence d'avis conforme de l'Autorité au moins 3 mois avant l'entrée en vigueur de l'horaire de service concerné, la dernière tarification appliquée serait reconduite et actualisée en application du barème d'indexation prévu par le contrat pluriannuel conclu entre SNCF Réseau et l'État¹. Le courrier de saisine précise que cette modification permettrait de « *sécuriser la perception des péages par SNCF Réseau* » dans l'hypothèse où l'Autorité ne se serait pas, dans le calendrier précité, prononcée favorablement sur le projet de tarification qui lui aurait été soumis.

2. ANALYSE DES PRINCIPES JURIDIQUES ACTUELLEMENT APPLICABLES

2.1. Sur la portée de l'avis conforme de l'Autorité

9. De manière générale, dès lors qu'un texte soumet l'édiction d'un acte à une procédure d'avis conforme, il place l'autorité responsable de l'édiction de l'acte dans une situation où elle se trouve totalement liée par le contenu de cet avis.
10. La jurisprudence considère ainsi que le fait de subordonner la décision d'une autorité administrative à l'avis conforme d'une autre autorité conduit à un partage, entre ces deux autorités, de la compétence pour prendre la décision². La doctrine a repris ce raisonnement en relevant que le décideur et l'auteur de l'avis conforme doivent être regardés comme coauteurs de la décision³. Dans le cas d'un avis défavorable, le décideur est tenu de prendre une décision de rejet⁴. S'il s'agit d'un avis favorable assorti d'une réserve, la décision finale ne sera légale que si elle reprend à son compte cette réserve⁵.
11. Il en résulte que, si l'autorité investie du pouvoir de décision ne procède pas à la consultation ou s'écarte de l'avis donné, sa décision est entachée, non d'un vice de procédure comme ce serait le cas pour toute autre procédure d'avis obligatoire non respectée, mais d'une incompétence de son auteur puisque, l'un des deux auteurs prévus par les textes applicables – l'autorité « décisionnaire » d'une part, l'organisme devant être consulté, d'autre part – est considéré comme n'ayant pas participé à l'élaboration de l'acte.
12. Ainsi, le législateur, en soumettant la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau à l'avis conforme de l'Autorité, l'a investie d'un pouvoir de décision en la matière. L'examen des travaux parlementaires relatifs à l'article L. 2133-5 du code des transports corrobore sans doute possible cette lecture⁶.
13. SNCF Réseau est donc tenu de se conformer en tous points à l'avis formulé par l'Autorité sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national.

¹ Le contrat de performance entre l'Etat et SNCF Réseau pour la période 2017-2026 a été signé le 20 avril 2017.

² CE, Section, 7 janvier 1955, Ged, Lebon p. 11.

³ Voir notamment « Quelques remarques à partir du modèle français » de G. Dupuis *in* La consultation dans l'administration contemporaine, 1972, pp. 916-917 et « Essais sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral » *in* Mélanges Eisenmann, 1975, p. 215.

⁴ CE, 22 février 1957, société coopérative de reconstruction de Rouen et de sa région Reconstruire, Lebon.

⁵ CE, 26 juillet 1996, Association des utilisateurs de données publiques, n° 160481, mentionné aux Tables.

⁶ Rapport n° 184 (2008-2009) de M. Francis GRIGNON, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 28 janvier 2009, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports, qui indique que l'Autorité partagera dans ce domaine le pouvoir de décision et précise que les dispositions en cause confèrent à l'Autorité l'un de ses principaux pouvoirs. (p. 82 et suivantes évoquant notamment le « droit de veto sur les tarifs des péages » du régulateur)

14. C'est au demeurant ce qui permet au gestionnaire d'infrastructure d'être recevable à contester, par voie d'action, l'avis défavorable qui serait rendu par l'Autorité. Dès lors que l'autorité décisionnaire est tenue de se conformer en tous points à l'avis du régulateur, la jurisprudence précise en effet que l'avis lui fait directement grief puisqu'il l'oblige à prendre sa décision dans un sens déterminé⁷.

2.2. Sur le cadre tarifaire aujourd'hui applicable en cas d'avis défavorable de l'Autorité

15. En l'espèce, le mécanisme d'avis conforme a pour objet de contraindre l'autorité dotée du pouvoir de décision à modifier son projet dans le sens indiqué par le régulateur. Dès lors, pour résoudre la non-conformité totale ou partielle (réserves) d'un avis défavorable, il appartient au gestionnaire d'infrastructure de saisir le régulateur d'un nouveau projet de tarification tenant compte des éléments identifiés comme contraires aux principes de tarification applicables⁸ portés à sa connaissance dans l'avis. Il est de l'intérêt même du gestionnaire d'infrastructure de procéder à cette nouvelle saisine dans les meilleurs délais, afin de disposer de tarifs valides au plus vite, en particulier dans le cas où la tarification ne serait pas encore exécutoire à l'échéance du tarif concerné, c'est-à-dire de l'horaire de service en cause⁹.
16. Une fois l'avis conforme obtenu et la tarification ainsi devenue exécutoire, le gestionnaire d'infrastructure est fondé à facturer les prestations fournies¹⁰ sur cette base, y compris de manière rétroactive pour l'horaire de service en cause.
17. En effet, si le principe de non rétroactivité des actes réglementaires s'oppose en principe à la fixation rétroactive de tarifs réglementaires, il est admis que des décisions réglementaires relatives à la fixation de tarifs s'appliquent rétroactivement à la période pour laquelle le tarif, soit en raison d'un vide juridique résultant d'une omission à le définir¹¹, soit par suite d'une annulation contentieuse¹², est inexistant ou est devenu inexistant. Lorsque sont en jeu des redevances pour service rendu, la rétroactivité se justifie par l'obligation d'assurer la continuité du service délivré, impératif incompatible avec la persistance d'un vide juridique¹³.
18. Cette rétroactivité se justifie également par le fait qu'en l'état actuel du droit, l'absence de tarification exécutoire à l'échéance n'a pas pour effet de faire revivre une tarification antérieure, dès lors que les redevances d'utilisation du réseau ferré national ne sont valables que pour un horaire de service donné. En effet, le document de référence du réseau ferré national (DRR), prévu par les dispositions de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 et par le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, précise les prestations régulées offertes, les conditions dans lesquelles elles sont rendues ainsi que le montant des redevances correspondantes. Or, conformément au e) de l'article 18 du décret du 7 mars 2003, le gestionnaire d'infrastructure « arrête, selon les modalités prévues à l'article 21, l'horaire de service qui retrace l'ensemble des mouvements des trains et du matériel roulant programmés sur une période de douze mois à compter du deuxième samedi de décembre à minuit. (...) ». Le DRR n'est ainsi valable que pour un horaire de

⁷ CE, 29 avril 1987, Ville de Grenoble c/ Jay, Lebon p. 157 ; CE, 9 décembre 1994, Ville de Toulouse c/ Mme Jourquet, aux Tables p. 1014 ; et, plus particulièrement, pour le secteur ferroviaire, la décision récente CE, 3 octobre 2016, SNCF Mobilités, 389643, à publier aux Tables.

⁸ Ou bien, dans le cas où l'avis est prescriptif sur le niveau de tarification à adopter, à publier les tarifs correspondants. L'expérience montre cependant que les non-conformités ou réserves émises sur la tarification tiennent le plus souvent, jusqu'à aujourd'hui, à l'incapacité du gestionnaire d'infrastructure à justifier ses coûts et, par suite, à l'absence de justification du niveau de tarification proposé. Dans ce cas, il appartient au gestionnaire d'infrastructure de saisir l'Autorité d'un nouveau projet de tarification assorti des éléments justificatifs demandés, de nature à permettre au régulateur de prendre un avis cette fois favorable.

⁹ En raison d'une saisine tardive de l'autorité dotée du pouvoir de décision et/ou d'un avis défavorable du régulateur qui aurait donné lieu à nouvelle saisine tardive, ou encore, en l'absence de nouvelle saisine après un avis défavorable.

¹⁰ Les redevances facturées par SNCF Réseau s'analysent en la rémunération d'un service rendu constitué par l'accès aux infrastructures et la circulation sur le réseau ferré national : CE, 7 décembre 2005, Région Centre, n° 268748

¹¹ CE, 7 février 1979, Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques, Rec. p. 41

¹² CE, 20 janvier 1988, Min. c. Syndicat des exploitants agricoles d'Arles et de Berre, n° 59984, Rec. p. 18 ; s'agissant des tarifs de l'eau, CE, 19 avril 2000, Commune de la Bresse, n° 157920 et CE, 9 avril 2004, M. Escurat, n° 252988 ; ou de redevances aéroportuaires pour services rendus, CE, 19 mars 2010, Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA), n° 305047, T. P. 622.

¹³ Le Conseil d'Etat, en exécution de la décision SA GDF Suez et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) du 10 juillet 2012 annulant les tarifs du gaz, est ainsi allé jusqu'à enjoindre aux ministres concernés de prendre un nouvel arrêté fixant rétroactivement ces tarifs pour la période couverte par l'annulation (n° 353356, au Recueil).

service donné, d'une période d'un an, y compris dans ses aspects tarifaires. En conséquence, les redevances deviennent caduques au terme de cette période¹⁴.

19. Il en résulte que l'absence de tarif exécutoire au titre d'un horaire de service donné n'a pas pour effet, ni n'autorise, de faire revivre le tarif de l'horaire de service précédent dès lors que ce dernier est caduc et n'emporte aucun effet juridique sur l'horaire de service suivant¹⁵. C'est la raison pour laquelle, face au vide juridique persistant résultant de l'absence de tarif valide, et compte tenu de l'incompatibilité de cette situation avec l'impératif de continuité du service public ferroviaire, le tarif qui sera finalement établi sera nécessairement appliqué de manière rétroactive à l'ensemble de l'horaire de service en cause.
20. En d'autres termes, en l'absence d'un DRR valide quant à ses dispositions tarifaires, le tarif à appliquer au titre de l'horaire de service considéré est celui qui sera ultérieurement adopté après avis conforme de l'Autorité, même si ce tarif est publié postérieurement au début de l'horaire de service. La facturation des redevances se fera alors de manière rétroactive, au moyen d'états exécutoires ou de factures de régularisation.

3. ANALYSE DU PROJET DE DECRET

3.1. Sur l'absence d'objet d'une tarification de substitution en cas d'avis défavorable de l'Autorité

21. La directive 2012/34/UE impose aux Etats membres d'instituer un calendrier pour l'établissement de la tarification par le gestionnaire de l'infrastructure visant, notamment, à permettre aux candidats de disposer de la visibilité suffisante pour exercer effectivement leur droit d'accès et pouvoir ainsi tenir compte en amont, en particulier pour la planification de leurs investissements, du niveau des redevances qui sera appliqué. Le document de référence du réseau (DRR), qui contient un chapitre relatif à la tarification et aux tarifs doit ainsi, aux termes de l'article 34 de la directive, être publié « *au plus tard quatre mois avant la date limite pour l'introduction des demandes de capacités de l'infrastructure* ».
22. La chronologie selon laquelle l'Autorité est saisie et rend son avis sur le projet de tarification établi par SNCF Réseau est précisée, en droit interne, notamment à l'article 9 du décret n° 97-446 du 5 mai 1997. Celui-ci dispose que le projet de tarif est publié dans le DRR, lui-même rendu public au plus tard un an avant le début de l'horaire de service concerné, conformément à l'article 17 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003. L'Autorité se prononce sur le projet de tarification qui lui est soumis dans un délai de 2 mois suivant la publication du document de référence du réseau, soit au moins 2 mois avant l'échéance de commande des sillons, conformément à la réglementation européenne. L'article 9 du décret n° 97-446 du 5 mai 1997 dispose en outre qu'en toute hypothèse, une tarification de l'infrastructure conforme à l'avis de l'Autorité doit être publiée par SNCF Réseau au plus tard 3 mois avant l'entrée en vigueur de l'horaire annuel de service.
23. Hormis les cas dans lesquels l'Autorité relèverait des difficultés significatives dans le projet de tarification qui lui est soumis et qui nécessiteraient alors des modifications substantielles de la part du gestionnaire d'infrastructure, le délai d'au moins 2 mois séparant l'édition de son avis et l'échéance de la commande de sillons et, plus encore, le délai de 7 mois avant la publication d'une tarification définitive conforme à l'avis de l'Autorité, 3 mois avant l'entrée en vigueur de l'horaire de service concerné, apparaissent en théorie suffisants pour permettre, tant au gestionnaire d'infrastructure d'intégrer les demandes de l'Autorité avant de publier une tarification exécutoire

¹⁴ Ainsi, à titre d'illustration, le DRR relatif à l'horaire de service 2018 s'applique aux demandes portant sur cet horaire de service, dont la période de validité s'étend du 10 décembre 2017 au 8 décembre 2018 inclus.

¹⁵ Les redevances d'accès aux infrastructures ferroviaires se trouvent donc dans la situation inverse des redevances aéroportuaires pour lesquelles un décret prévoit expressément que les tarifs précédemment en vigueur demeurent applicables à défaut d'homologation des suivants (CE, 15 mai 2009, Syndicat des compagnies aériennes autonomes (SCARA) et Fédération nationale de l'aviation marchande (FNAM), n° 311935, aux Tables).

qu'aux candidats, de disposer d'une visibilité satisfaisante avant la date limite d'introduction ou de confirmation de leurs demandes de capacités.

24. L'objectif consistant à conférer aux candidats une visibilité suffisante sur la tarification à intervenir ne saurait être lu indépendamment des principes qui régissent, par ailleurs, le niveau de cette tarification. Ainsi qu'il résulte du paragraphe 3 de l'article 31 de la même directive : « *Sans préjudice des paragraphes 4 ou 5 du présent article ou de l'article 32, les redevances perçues pour l'ensemble des prestations minimales et pour l'accès à l'infrastructure reliant les installations de service sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* ». Ce principe vise à contraindre le gestionnaire d'infrastructure à édicter une tarification favorisant le développement du trafic ferroviaire, puisque ce dernier doit en particulier justifier toute majoration tarifaire par rapport au coût direct¹⁶.
25. Il importe de relever que les organismes de contrôle sont, précisément, en charge de « *veille[r] à ce que les redevances fixées par le gestionnaire de l'infrastructure soient conformes aux dispositions du chapitre IV, section 2 [portant sur la tarification de l'infrastructure et des services], et non discriminatoires* ». Il incombe donc pleinement à l'Autorité de veiller au respect des principes tarifaires applicables au gestionnaire de l'infrastructure, sans que l'exigence de prévisibilité des tarifs ne justifie d'y déroger.
26. Dans le cadre de tarification établi par la directive 2012/34/UE, il appartient, par conséquent, au gestionnaire d'infrastructure de mettre en œuvre les diligences nécessaires pour soumettre chaque année à l'Autorité une proposition tarifaire qui, sous réserve d'éventuelles modifications consécutives à l'examen préalable du régulateur, puisse faire l'objet d'une validation puis d'une publication dans le délai de 3 mois avant l'entrée en vigueur de l'horaire de service correspondant.
27. L'Autorité tient à rappeler, à ce titre, que depuis le premier avis rendu en 2011 sur la tarification des prestations minimales pour l'horaire de service 2012, elle a régulièrement souligné les carences du système tarifaire édicté par le gestionnaire du réseau ferré national et proposé en conséquence des modifications, notamment en vue de la pleine application des dispositions de la directive 2012/34/UE, dont le délai de transposition a expiré le 16 juin 2015.
28. Dans son avis n° 2015-004 du 3 février 2015 susvisé, l'Autorité a fait le constat qu'un certain nombre des observations faites n'avait toujours pas été suivi d'effet dans la tarification présentée par SNCF Réseau pour l'horaire de service 2016. Non sans avoir à nouveau renouvelé ses réserves, elle a néanmoins souhaité faire bénéficier SNCF Réseau d'un délai de deux ans propre à lui permettre de réviser l'ensemble de sa tarification et a fixé, en ce sens, une échéance contraignante pour l'horaire de service 2018.
29. En réponse à la demande exprimée par l'Autorité pour valider, dans l'intervalle, les redevances pour 2016, SNCF Réseau a confirmé, par courrier en date du 21 mai 2015, son engagement à revoir la tarification, pour garantir pleinement sa conformité à la réglementation au plus tard pour l'horaire de service 2018, dans le prolongement d'un engagement pris, dès janvier 2014, sur l'actualisation du modèle de coûts.
30. Au vu des premières orientations présentées par SNCF Réseau lors de son audition, le 27 janvier 2016, l'Autorité a estimé nécessaire de faire part de ses recommandations en vue de mieux guider la suite des travaux à effectuer par le gestionnaire d'infrastructure et éclairer par avance, dans toute la mesure du possible, les choix qu'il aurait à faire. Ces recommandations, émises le 10 février 2016¹⁷, s'adressaient également au Gouvernement, dont dépend la modification en conséquence du cadre réglementaire et, plus particulièrement, du décret du 5 mai 1997 susvisé.

¹⁶ Le paragraphe 1 de l'article 32 de la directive 2012/34/UE, transposé par l'article 31 du décret du 7 mars 2003, permet ainsi « *afin de procéder au recouvrement total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure et si le marché s'y prête, [de] percevoir des majorations sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, tout en garantissant une compétitivité optimale des segments du marché ferroviaire* ».

¹⁷ Recommandations n° 2016-016 du 10 février 2016 relatives à la refonte de la tarification de l'utilisation du réseau ferré national

31. Malgré le dispositif calendaire organisé par les textes, et en dépit du délai de 2 ans supplémentaire, que l'Autorité a accordé à SNCF Réseau, dès son avis n° 2015-020 du 10 juin 2015, pour procéder à une refonte importante de sa tarification à l'horizon de l'horaire de service 2018, et des rappels et recommandations successifs qu'elle a émis pour guider ces travaux, l'Autorité a été conduite à rendre, dans son avis n° 2017-006 du 1^{er} février 2017 susvisé, un avis défavorable sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour l'horaire de service 2018¹⁸.
32. Force est ainsi de constater que l'absence de tarification pour l'horaire de service 2018 à ce jour validée par le régulateur résulte d'une méconnaissance manifeste des principes de tarification posés par la directive 2012/34/UE, à laquelle il n'a pas été remédié, non seulement dans le délai offert par la transposition du texte en droit national, mais également dans le délai supplémentaire de deux ans consenti par le régulateur.
33. Il résulte de tout ce qui précède que le risque d'une absence d'avis favorable sur la fixation des redevances édictées par le gestionnaire d'infrastructure ne résulte pas d'une carence des textes en vigueur à laquelle il serait nécessaire ou même utile de remédier, mais bien d'une incapacité du gestionnaire d'infrastructure à respecter, dans les délais impartis, les principes tarifaires applicables. Dans ces conditions, le projet de décret soumis à l'avis de l'Autorité apparaît inutile dans son principe.
34. L'Autorité observe au demeurant qu'il est toujours loisible au pouvoir réglementaire d'imposer au gestionnaire de l'infrastructure de la saisir d'un projet de tarification à une date plus précoce que celle actuellement prévue, afin qu'il dispose d'un délai plus important pour procéder aux ajustements qui seraient commandés par l'avis émis par l'Autorité sur le projet qui lui aurait été soumis.

3.2. Sur la méconnaissance du pouvoir d'avis conforme de l'Autorité

35. En subordonnant le caractère exécutoire de la tarification des redevances d'infrastructure à l'obtention d'un avis conforme de l'Autorité, le législateur, par l'article L. 2133-5 précité du code des transports, a entendu confier au régulateur un instrument juridique contraignant dans le cadre de l'élaboration de la tarification en vue, outre d'assurer le respect des principes de transparence et de non-discrimination de la tarification, d'améliorer l'efficacité de la gestion de l'infrastructure ferroviaire. Dans ces conditions, le pouvoir réglementaire ne saurait revenir sur le principe de cette compétence en adoptant des dispositions susceptibles de la priver de tout effet, méconnaissant ainsi la hiérarchie des normes qui s'imposent à lui.
36. Or, en l'état de la rédaction du projet de décret, l'application de la tarification de substitution, d'une part, n'est pas limitée dans le temps et serait donc définitive pour l'horaire de service considéré, et, d'autre part, ne comporte aucune restriction d'application à plusieurs horaires de service successifs. Un tel mécanisme permettrait de surcroît à SNCF Réseau d'appliquer indéfiniment une tarification ancienne, quand bien même celle-ci contreviendrait aux règles tarifaires applicables.
37. Ainsi, en n'apportant aucune limitation dans le temps à l'application de ce mécanisme et en ne lui conférant pas explicitement de caractère provisoire, c'est-à-dire en ne prévoyant pas le principe d'une régularisation, postérieurement à l'intervention d'un avis conforme de l'Autorité, des paiements effectués par les entreprises ferroviaires sur la base de cette tarification provisoire, le projet de décret examiné contrevient directement au pouvoir d'avis conforme dont le législateur a investi l'Autorité¹⁹.

¹⁸ Hormis concernant les redevances particulières d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national.

¹⁹ Rappelons, sur ce point, que le Conseil d'Etat a jugé qu'« un arrêté autorisant la création d'un traitement automatisé d'informations nominatives ne peut être regardé comme conforme à l'avis de la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'il ne reprend pas à son compte la réserve en raison de laquelle l'avis de la commission ne pouvait être regardé comme favorable » (CE, 26 juillet 1996, Association des utilisateurs de données publiques, économiques et sociales et autres, n° 160481, B).

38. En dotant, en outre, SNCF Réseau du moyen juridique de s'affranchir durablement de l'avis conforme du régulateur sur la tarification envisagée, le projet examiné est de nature à priver de sa portée ce pouvoir et à encourager, de manière pérenne, un comportement du gestionnaire d'infrastructure contraire au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national.
39. Il importe de rappeler, au surplus et comme il est précisé au point 21, que l'objectif de prévisibilité des tarifs au bénéfice des opérateurs qui utilisent l'infrastructure ferroviaire qui peut se déduire de la directive susvisée²⁰ ne saurait prévaloir sur les règles tarifaires de fond opposables au gestionnaire de l'infrastructure²¹ ni être lu indépendamment de ces dernières. Cet objectif ne saurait, en effet, s'entendre que comme tendant à la prévisibilité de tarifs établis conformément aux principes tarifaires applicables, et non comme permettant de justifier une méconnaissance de ces principes.
40. Le gestionnaire d'infrastructure ne peut donc, pour assurer cette prévisibilité, appliquer autrement qu'à titre provisoire une tarification qui ne serait pas validée par le régulateur comme conforme aux principes tarifaires applicables.
41. Par ailleurs, l'article 1^{er} du projet de décret prévoit que SNCF Réseau peut retenir, en l'absence d'avis conforme de l'Autorité, la dernière tarification appliquée actualisée selon les évolutions prévues par le contrat pluriannuel signé avec l'État en application de l'article L. 2111-10 du code des transports et, à défaut d'un tel contrat, une actualisation qui résulterait d'un arrêté conjoint des ministres chargés des transports, des finances et du budget, sur proposition de SNCF Réseau. Dans les deux cas, les conditions d'actualisation de la tarification de substitution n'auront pas été validées préalablement par l'Autorité et n'offrent ainsi aucune garantie de conformité aux principes fixés par la réglementation européenne et nationale.
42. S'agissant, en premier lieu, du contrat pluriannuel mentionné à l'article L. 2111-10 du code des transports, l'Autorité rappelle qu'elle s'est prononcée défavorablement, dans son avis n° 2017-036 du 29 mars 2017 sur le contrat de performance pour la période 2017-2026, sur l'indexation prévue par le contrat, qui ne lui est pas apparue adaptée, compte tenu notamment de son absence de corrélation à l'évolution effective de la conjoncture économique du secteur. Or, les principes tarifaires fixés par la directive 2012/34/UE imposent, d'une part, de n'actualiser les redevances de circulation qu'en fonction de l'évolution des coûts et ne permettent, d'autre part, de percevoir des majorations tarifaires qu'à la condition d'en justifier la soutenabilité par les différents segments de marché concernés.
43. À l'issue de l'instruction qu'elle a menée sur le projet de contrat de performance qui lui avait été soumis, l'Autorité a également estimé que la chronique d'évolution du barème des péages prévue par le contrat de performance ne respectait pas, par construction, l'ensemble de ces exigences. Le recours à une chronique d'évolution globale des redevances ne permet, en effet, ni d'assurer que la redevance de circulation reflète fidèlement les coûts directement imputables, ni de faire en sorte que le niveau des majorations soit précisément établi en fonction de la capacité des segments de marché à les supporter. L'Autorité a relevé, en conclusion, que les orientations tarifaires, exclusivement dictées par des considérations budgétaires, étaient déconnectées des réalités économiques et, à ce titre, a pointé le risque d'une insuffisante soutenabilité des tarifs par le marché.
44. En dépit de cet avis défavorable, ainsi d'ailleurs que de l'avis défavorable de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat, le contrat de performance a été signé entre l'État et SNCF Réseau sans modification sur ce point. En l'état de la rédaction du projet de décret, SNCF Réseau pourrait donc paradoxalement appliquer une indexation que l'Autorité n'a jamais approuvée et dont elle a, de surcroît, explicitement souligné le risque de non-conformité à la réglementation.

²⁰ Le point 4 de l'article 27 de la directive 2012/34/UE dispose que « Le document de référence du réseau est publié au plus tard quatre mois avant la date limite pour l'introduction des demandes de capacités de l'infrastructure ».

²¹ Le quatrième alinéa de l'article 29 de la directive 2012/34/UE prévoit de manière explicite que « Le gestionnaire de l'infrastructure détermine et perçoit la redevance pour l'utilisation de l'infrastructure conformément au cadre de tarification et aux règles de tarification établis ».

45. En outre, le recours à cette chronique pour la définition de redevances, mêmes provisoires, emporte le risque d'en surévaluer le niveau et ainsi de pénaliser les opérateurs tout en réduisant les incitations du gestionnaire d'infrastructure à améliorer son efficacité dans la fourniture des prestations d'accès à l'infrastructure.
46. S'agissant, en second lieu, de l'éventualité dans laquelle l'évolution du barème des redevances serait fixée par arrêté ministériel conjoint, le projet de décret ne prévoit pas davantage que les caractéristiques de cette évolution fassent l'objet d'une intervention de l'Autorité.
47. Ces deux hypothèses ne peuvent ainsi valablement figurer dans le projet de décret sans risquer d'autoriser, au moins temporairement, l'édiction de tarifs sensiblement plus élevés que les niveaux autorisés par les principes tarifaires applicables. Elles sont en outre susceptibles de conduire à un niveau sous-optimal de trafic ferroviaire. En effet, le gestionnaire d'infrastructure serait en mesure d'appliquer, quel que soit l'avis du régulateur, la tarification prévue par le contrat de performance signé avec l'Etat, vraisemblablement plus favorable que celle qu'il serait susceptible d'admettre.
48. Dans ce contexte, il apparaît qu'appliquer, comme le prévoit le projet de décret, le tarif de l'horaire de service N-1, augmenté de surcroît du barème d'indexation prévu au contrat de performance, à défaut de disposer d'un tarif valide pour l'horaire de service N priverait de tout effet le pouvoir d'avis conforme de l'Autorité en la matière. Ce mécanisme constituerait une aubaine pour le gestionnaire d'infrastructure et ferait peser un risque sur le développement du trafic ferroviaire.
49. Il résulte de tout ce qui précède que l'Autorité estime, en l'état, que le projet de décret contrevient directement par ses effets à la lettre comme à l'esprit des dispositions de l'article L. 2133-5 du code des transports et ne saurait être édicté sans encourir un risque d'annulation contentieuse.

*

Le présent avis sera notifié à la ministre chargée des transports et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 5 juillet 2017.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Mesdames Anne Bolliet, Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Michel Savy, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman