

Avis n° 2019-028 du 9 mai 2019 **relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la nouvelle SNCF**

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

Saisie par le ministère de la transition écologique et solidaire par un courrier enregistré le 15 mars 2019 au greffe de l'Autorité ;

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

Vu le code des transports, notamment son article L. 2133-8 ;

Vu la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire ;

Vu l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique ;

Vu l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs ;

Vu le 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 ;

Vu le décret n° 2015-138 du 10 février 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2014-023 du 27 novembre 2014 sur le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de la SNCF ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2017-059 du 21 juin 2017 relatif au projet de plan de gestion des informations confidentielles de SNCF Réseau ;

Vu l'avis de l'Autorité n° 2018-079 du 15 novembre 2018 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 9 mai 2019,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1.1. La loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire

1. L'adoption du 4^{ème} paquet ferroviaire en décembre 2016 et la démarche portée par l'Etat dans le cadre des Assises nationales de la mobilité lancées en septembre 2017 ont conduit le Gouvernement à engager une réflexion spécifique au secteur ferroviaire afin d'identifier les moyens à mettre en œuvre pour améliorer ses performances et le mettre en mesure de relever les défis économiques, financiers et techniques accompagnant l'ouverture à la concurrence et auxquels la réforme ferroviaire issue de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 n'a pas su apporter de réponses totalement satisfaisantes.
2. Sur la base des conclusions du rapport de M. Jean-Cyril Spinetta¹ de février 2018, le Gouvernement a ainsi annoncé l'engagement d'une nouvelle réforme du système ferroviaire français. A côté des engagements pris par l'Etat s'agissant du financement des investissements nécessaires à la fiabilisation du réseau ferroviaire² et à son développement d'une part, et de la reprise d'une partie de la dette du gestionnaire d'infrastructure³ indispensable pour assainir sa situation financière et le placer dans une perspective durable de redressement économique d'autre part, cette nouvelle réforme ferroviaire se traduit par une modification du cadre législatif afin de répondre aux quatre objectifs annoncés suivants⁴ :
 - a. Construire une « nouvelle SNCF », en faisant évoluer le groupe public ferroviaire vers une organisation « plus efficace et plus unifiée », via notamment la modification du statut des entités le composant tout en garantissant le caractère public du groupe ;
 - b. Faire évoluer les conditions de recrutement et de gestion de l'emploi au sein du groupe public ferroviaire ;
 - c. Améliorer « la performance de la SNCF grâce à l'engagement d'une démarche stratégique interne abordant les aspects industriels, managériaux et sociaux » ;
 - d. Réussir « l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs, qui contribuera à la recherche d'une meilleure efficacité du système ferroviaire dans son ensemble, en diversifiant l'offre et en introduisant de nouveaux acteurs ».
3. Initialement envisagée comme une loi habilitant le Gouvernement à adopter par ordonnances l'ensemble des mesures relevant du domaine de la loi destinées à mettre en œuvre les objectifs précités et à transposer le 4^{ème} paquet ferroviaire, les débats parlementaires ont conduit à insérer directement dans la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire certaines dispositions

¹ « L'avenir du transport ferroviaire », Rapport au Premier Ministre de la mission conduite par Jean-Cyril Spinetta, 15 février 2018

² Inscription d'investissements additionnels programmés à compter de 2020 de l'ordre de 200M€ par an, annoncée dans le cadre du « Pacte ferroviaire »

³ Communiqué de presse du 26 novembre 2018 du ministère de l'économie et des finances : « Conformément aux annonces du Premier ministre le 25 mai 2018, la réforme du système ferroviaire donnera lieu à la reprise par l'Etat de 35 milliards d'euros de dette de SNCF Réseau, dont 25 milliards d'euros en 2020 et 10 milliards d'euros en 2022, en vue d'assainir substantiellement la structure financière de l'entreprise, conjuguée à l'amélioration des performances opérationnelles de la SNCF (...) »

⁴ Cf Exposé des motifs de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire et Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs

relatives notamment à la nouvelle gouvernance du système de transport ferroviaire. La loi du 27 juin 2018 a ainsi fixé les modalités d'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs et acté la transformation des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) SNCF, SNCF Mobilités et SNCF Réseau en sociétés anonymes (SA) à capitaux publics à compter du 1^{er} janvier 2020. Le législateur a toutefois maintenu un certain nombre de domaines dans lesquels tant les mesures destinées à achever la transposition du 4^{ème} paquet ferroviaire que celles relatives à la mise en œuvre d'une gouvernance renouvelée du secteur ont vocation à être adoptées par le Gouvernement par voie d'ordonnances, avec une échéance d'adoption de l'ensemble de ces mesures au plus tard douze mois à compter de la promulgation de la loi.

4. C'est sur le fondement de ces habilitations qu'ont été adoptées d'une part, l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 (ordonnance dite « à 6 mois ») qui a notamment complété les dispositions de la loi du 27 juin 2018 en ce qui concerne l'indépendance des gestionnaires d'infrastructure afin de transposer les dispositions renforcées par le 4^{ème} paquet ferroviaire s'agissant des entreprises verticalement intégrées et, d'autre part, l'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 (ordonnance dite à « 9 mois »). Conformément à l'article L. 2133-8 du code des transports, les projets d'ordonnances afférents ont été préalablement soumis à l'Autorité qui a émis un avis sur chacun des projets de textes respectivement le 15 novembre 2018 (avis n° 2018-079) et le 20 février 2019 (avis n° 2019-008). L'Autorité a également rendu un avis (n° 2019-013) sur l'ordonnance n° 2019-397 du 30 avril 2019 transposant le pilier technique du 4^{ème} paquet régissant la sécurité et l'interopérabilité ferroviaire.
5. Le projet d'ordonnance dont a été saisie l'Autorité, objet du présent avis, constituera le dernier texte de niveau législatif devant être adopté sur le fondement des habilitations prévues par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire. Il occupe à ce titre une place particulière dans l'architecture de la réforme. En effet, une fois cette ordonnance adoptée, l'ensemble des acteurs du secteur disposeront d'une vision globale du cadre législatif sous-tendant la réforme portée par le Gouvernement et seront donc à même d'apprécier la portée et les conséquences de chacune de ces mesures sur l'organisation et la gouvernance du système ferroviaire et leur capacité à répondre de manière satisfaisante aux enjeux à venir.

1.2. La saisine de l'Autorité

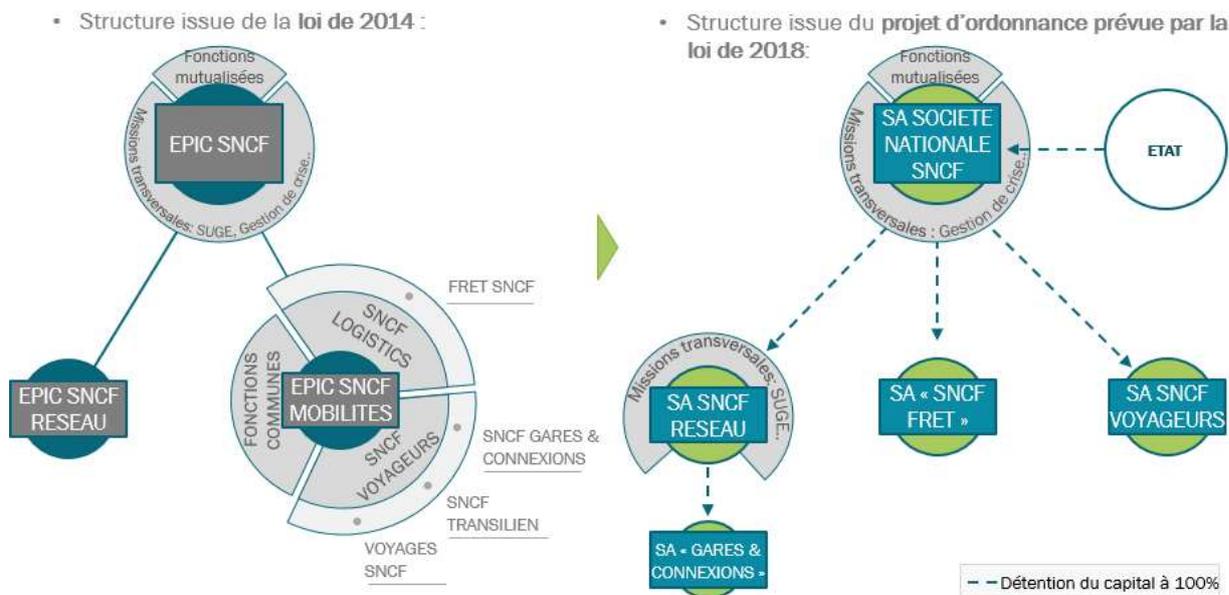
6. Par courrier enregistré le 15 mars 2019, le ministère de la transition écologique et solidaire a saisi l'Autorité, en application de l'article L. 2133-8 du code des transports, d'une demande d'avis sur le projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la nouvelle SNCF, prise sur habilitation des articles 5 et 34 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire.
7. L'article 5 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire habilite le Gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de cette loi, à prendre par voie d'ordonnance toute mesure nécessaire pour assurer la transformation du groupe public ferroviaire en un groupe public unifié tel qu'issu de l'article L. 2101-1 du code des transports et à ce titre :
 - a. Fixer les conditions de création du groupe public constitué par la société nationale SNCF et ses filiales ;
 - b. Fixer les conditions de fonctionnement du groupe public constitué par la société nationale SNCF et ses filiales ;
 - c. Déterminer le régime des biens dont le groupe public ferroviaire est propriétaire ou affectataire dans le respect du caractère public des biens affectés à des missions de service public ;

- d. Fixer les conditions de recrutement, d'emploi et de représentation du personnel ainsi que de la négociation collective au sein des sociétés composant le groupe public.
8. Par ailleurs, l'article 34 de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire habilite le Gouvernement, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de cette loi, à prendre par voie d'ordonnance toute mesure rendue nécessaire par cette même loi et par les ordonnances prises sur le fondement de ses articles 5, 11, 22, 28, 30, 32 et 33 afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de remédier aux éventuelles erreurs.

2. ANALYSE

2.1. Présentation du projet d'ordonnance

9. Le projet d'ordonnance vise à assurer la transformation du groupe public ferroviaire ainsi que des filiales des entités constituant celui-ci en un groupe public unifié tel qu'issu de l'article L. 2101-1 du code des transports dans sa rédaction résultant de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire à compter du 1^{er} janvier 2020. Il comporte cinq titres détaillant la création et le fonctionnement du groupe public unifié (GPU) et modifiant, lorsque cela est nécessaire, les dispositions du code des transports ainsi que de divers autres codes : code de l'urbanisme, code de la commande publique et code général de la propriété des personnes publiques.
10. Le titre I^{er} relatif au fonctionnement du GPU prévoit de modifier l'objet et les missions de la société nationale SNCF se substituant à l'EPIC de tête SNCF. Il fixe par ailleurs des dispositions relatives à la gouvernance et à l'organisation des sociétés composant le groupe, plus particulièrement la composition et les modalités de vote des résolutions des conseils d'administration des sociétés SNCF, SNCF Voyageurs (qui correspond à l'ancien EPIC SNCF Mobilités ajusté) et SNCF Réseau. Les modalités de nomination du président du conseil d'administration et du directeur général de la société SNCF Réseau sont prévues. Les modalités de fonctionnement du GPU comportent également des dispositions sociales propres à permettre la poursuite des contrats de travail au sein du nouveau groupe public unifié et des dispositions relatives au régime des biens pour tirer les conséquences des transferts de propriété entre l'Etat et les différentes entités composant le groupe. Il est en outre prévu de substituer à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire consultée dans le cadre des changements de fonctions de certains personnels de l'EPIC SNCF Réseau une commission identique dont le périmètre d'action s'étend à tout gestionnaire d'infrastructure.
11. Le titre II modifie divers codes mentionnés au point 9 et la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs afin de prendre en compte la nouvelle organisation du GPU et le changement de statut d'EPIC à SA des différentes entités pour l'application des dispositions en matière de protection de l'environnement, d'urbanisme, de maîtrise d'ouvrage et de commande publique.
12. Le titre III prévoit les différentes opérations comptables, fiscales et patrimoniales requises à l'effet de créer le groupe public unifié au 1^{er} janvier 2020. Ces différentes étapes successives comportent les opérations de déclassement des biens, celles de transfert des biens, droits et obligations des différents EPIC aux SA et *in fine* celles de transformation des EPIC en SA à périmètre constant.
13. Le schéma ci-dessous présente l'organisation du groupe public telle qu'elle ressort à l'issue de l'application des étapes mentionnées ci-dessus.



14. Enfin, les titres IV et V précisent les dispositions transitoires et finales applicables.
15. Compte tenu des multiples enjeux soulevés par le texte, l'Autorité s'attachera, dans son analyse, à examiner l'impact des dispositions proposées sur le bon fonctionnement du système ferroviaire dans la perspective de l'ouverture à la concurrence des services de transport domestiques de voyageurs et dans l'objectif d'une réelle amélioration de l'efficacité du système ferroviaire.
16. Elle s'attachera en particulier à s'assurer que les modalités de gouvernance retenues n'altèrent pas l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans l'exercice de ses missions, qui constitue une des garanties indispensables à l'exercice par les entreprises ferroviaires d'un droit d'accès au réseau dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires. Son analyse s'inscrit dans le cadre choisi par le Gouvernement pour le groupe public unifié d'une structure verticalement intégrée dans laquelle le gestionnaire d'infrastructure est lié de manière directe ou indirecte à l'opérateur ferroviaire historique, ce qui peut altérer ou paraître altérer l'indépendance et le droit d'accès au réseau ferroviaire dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires. Au-delà des dispositions explicites prévues à ce titre dans le projet, l'Autorité appréciera si et dans quelles mesures les imprécisions ou lacunes du texte sont de nature à nuire au bon développement de la concurrence dans le secteur. L'Autorité rappelle ici que la transparence dans la gestion de l'infrastructure ferroviaire et la lisibilité de la gouvernance du système ferroviaire sont deux éléments fondamentaux pour permettre l'arrivée de nouveaux acteurs en ce qu'elles sont de nature à garantir que les choix opérés sont neutres, objectifs et non discriminatoires et garantissent ainsi l'absence de barrières à l'entrée. A défaut, les incertitudes sur l'opportunité même d'entrer sur le marché auraient pour effet de décourager l'arrivée de nouveaux entrants.
17. L'Autorité s'intéressera ensuite aux modalités précises retenues par le projet d'ordonnance en vue de la création de la nouvelle structure du groupe public unifié et à leurs implications notamment financières et comptables.
18. Enfin, elle examinera en quoi les options de gouvernance retenues s'agissant de l'exercice, par chacune des entités, des missions qui leur sont confiées sont de nature à porter une vision ambitieuse du système ferroviaire propre à encourager l'arrivée de nouveaux entrants à l'horizon de l'ouverture à la concurrence et à dynamiser le secteur du transport ferroviaire de voyageurs. Dans le cadre de cet examen, elle sera notamment amenée à examiner dans quelles conditions sont traitées les interactions entre le gestionnaire de l'infrastructure et les entreprises ferroviaires, interactions nécessaires mais

rendues d'autant plus complexes que l'ouverture à la concurrence du marché de transport ferroviaire de voyageurs va accroître le nombre d'opérateurs aux intérêts multiples.

2.2. Sur l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure

19. Dans le cadre de l'instruction, les services de l'Etat ont réaffirmé l'objectif fixé par le premier ministre de créer un groupe « véritablement intégré » impliquant un contrôle de la holding SNCF sur ses différentes filiales « dans le respect des exigences d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure ».
20. En effet, si la directive 2012/34/UE autorise expressément la possibilité pour un gestionnaire d'infrastructure d'appartenir à une entreprise verticalement intégrée, elle lui impose des obligations d'impartialité et d'indépendance, notamment vis-à-vis des entreprises ferroviaires et de la société holding en cas de structure verticalement intégrée, afin de garantir à l'ensemble des entreprises ferroviaires un droit d'accès aux infrastructures essentielles dans des conditions équitables et non discriminatoires.
21. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si les exigences d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure qu'il appartient aux Etats membres de garantir en application du droit de l'Union européenne sont respectées par le projet d'ordonnance.
22. A ce titre, on note que le gestionnaire d'infrastructure est tenu à une obligation générale d'impartialité quelles que soient les fonctions qu'il exerce. C'est ce qui résulte notamment du troisième alinéa du 1 de l'article 7 de la directive 2012/34/UE susvisée, qui dispose, sans aucune restriction, que « les Etats membres veillent à ce que les membres du conseil de surveillance et du conseil d'administration du gestionnaire de l'infrastructure, ainsi que les dirigeants qui leur rendent directement compte agissent de manière non discriminatoire et à ce que leur impartialité ne soit affectée par aucun conflit d'intérêts ».
23. Afin d'assurer l'impartialité du gestionnaire d'infrastructure, le législateur européen a prévu des mesures de sauvegarde de son indépendance dont certaines s'appliquent indépendamment des fonctions exercées, telles que l'incompatibilité des fonctions de dirigeant du gestionnaire d'infrastructure avec celles de dirigeant d'une entreprise ferroviaire ou de la société holding dans le cas d'une entreprise verticalement intégrée et l'absence de rémunération ou de prime perçue par les membres du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure fondée sur la performance de toute autre entité de l'entreprise verticalement intégrée ou liée aux résultats financiers d'entreprises ferroviaires particulières. Ces dispositions ont été transposées par l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 susvisée et codifiées à l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports.
24. Par ailleurs, la directive 2012/34/UE prévoit des mesures de sauvegarde supplémentaires⁵ lorsque le gestionnaire d'infrastructure intervient au titre de ses fonctions essentielles, c'est-à-dire la prise de décision concernant la répartition des sillons et la tarification de l'infrastructure⁶.
25. Néanmoins, l'exigence d'impartialité et d'absence de conflit d'intérêts des dirigeants du gestionnaire d'infrastructure crée une obligation à la charge des Etats qui ne s'épuise pas avec la simple transposition des mesures de sauvegarde spécifiques de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure visées aux points 23 et 24.
26. Afin d'écartier tout risque de non-conformité au droit de l'Union européenne, il revient donc aux Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires y compris celles qui ne sont pas expressément prévues par la directive 2012/34/UE pour assurer l'impartialité des dirigeants du gestionnaire d'infrastructure et le plein effet des dispositions de la directive 2012/34/UE notamment

⁵ Articles 7.3°) b), 7.4°), 7.5°) ; 7 bis, 2°), 7 quater de la directive 2012/34/UE.

⁶ Article 3.2, septies, de la directive 2012/34/UE.

au regard de son objectif d'assurer l'égalité d'accès à l'infrastructure pour toutes les entreprises ferroviaires.

27. L'inscription de mesures concrètes de sauvegarde de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans les textes régissant son fonctionnement et sa gouvernance traduisant l'affirmation des principes généraux d'impartialité et d'indépendance apparaît donc indispensable pour garantir l'effectivité de ces principes ainsi que celui d'égalité d'accès des entreprises ferroviaires à l'infrastructure. En effet, ces mesures concrètes permettraient aux entreprises ferroviaires de s'en saisir plus facilement pour mettre en avant, le cas échéant, le traitement inéquitable qu'elles jugent leur être appliqué et ainsi saisir l'Autorité sur ce fondement d'une procédure de règlement de différend.
28. Dans ces conditions, l'Autorité recommande de prévoir, *ex ante*, l'ensemble des garanties d'indépendance de nature à assurer l'impartialité de SNCF Réseau. Il s'agirait d'un signal fort adressé aux nouveaux entrants qui pourraient, à l'inverse, être dissuadés d'entrer sur le marché français à défaut de telles mesures par crainte ou suspicion d'un traitement inadapté qui serait lié à des garanties qu'ils jugeraient insuffisantes. A cet égard, l'Autorité considère que le respect du principe d'impartialité et le respect des objectifs de la directive 2012/34/UE impliquent que des garanties d'indépendance particulières soient imposées au gestionnaire d'infrastructure, lorsque celui-ci prend des décisions qui ne relèvent pas strictement des fonctions essentielles mais qui peuvent néanmoins avoir des effets anti-concurrentiels de nature à faire obstacle à l'égalité d'accès à l'infrastructure, et donc avoir un impact sur les fonctions essentielles.
29. La question se pose notamment avec acuité s'agissant des décisions prises par SNCF Réseau relatives aux investissements à réaliser sur le réseau, dans la mesure où ces derniers peuvent être déterminants dans la capacité de nouveaux entrants à y accéder. Cette importance stratégique des décisions relatives aux investissements, notamment au regard de leurs effets possiblement anti-concurrentiels, est d'ailleurs reconnue par les dispositions du droit de l'Union européenne⁷ et du droit national en matière d'énergie qui confient au régulateur sectoriel, et non au gestionnaire du réseau de transport - à savoir RTE, qui est détenu majoritairement et contrôlé par EDF -, la compétence d'approuver les investissements stratégiques à réaliser sur le réseau⁸. Si l'objet du présent avis n'est pas de demander l'application de ces règles de gouvernance du gestionnaire du réseau de transport d'électricité à SNCF Réseau (au regard de la rédaction différente de la directive 2012/34/UE), l'analogie avec celles-ci permet de constater que, d'une part, les décisions relatives aux investissements sur le réseau ont un caractère sensible justifiant des garanties d'indépendance particulières du gestionnaire d'infrastructure et que, d'autre part, l'encadrement des pouvoirs de la société holding sur ces décisions reste compatible avec une structure d'entreprise verticalement intégrée. De manière générale, il apparaît que les dispositions existant dans le secteur de l'énergie pourraient utilement nourrir les mesures concrètes qui pourraient être mises en œuvre dans le secteur ferroviaire afin de renforcer les garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure (approbation des accords commerciaux et financiers avec l'entreprise verticalement intégrée, nomination d'un responsable chargé de veiller à la conformité des pratiques avec les obligations d'indépendance, publication par le régulateur d'un rapport annuel sur le respect du code de bonne conduite ainsi qu'une évaluation de l'indépendance du gestionnaire de réseau, changement de dénomination pour éviter toute confusion avec l'opérateur historique, etc.).
30. Au cas présent, il apparaît que le projet d'ordonnance procède, tant en ce qui concerne la composition du conseil d'administration de SNCF Réseau et ses modalités de gouvernance que, plus généralement, les missions confiées à la holding SNCF et leurs conditions d'exercice, à une transposition des dispositions de la directive 2012/34/UE relatives aux mesures de sauvegarde de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure qui apparaît, selon l'Autorité, insuffisante pour couvrir les risques susmentionnés.

⁷ Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE

⁸ En effet, ce dernier adopte, sur proposition du gestionnaire de réseau de transport un plan décennal de développement du réseau, comprenant (i) des indications sur les principales infrastructures de transport qui doivent être construites ou mises à niveau sur les dix prochaines années, (ii) la liste des investissements déjà décidés et les nouveaux investissements qui doivent être réalisés sur les trois prochaines années et (iii) fournit un calendrier pour tous les projets d'investissements.

2.2.1. Une composition du conseil d'administration de la société SNCF Réseau qui présente un risque d'atteinte à son indépendance

31. Le 3° de l'article 4 du projet d'ordonnance modifie l'article L. 2111-15 du code des transports relatif à la composition du conseil d'administration de la société SNCF Réseau en tirant les conséquences de sa transformation en société anonyme et en appliquant l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 susvisée.
32. Aux termes des trois premiers alinéas du nouvel article L. 2111-15, le conseil d'administration de la société SNCF Réseau comprend un tiers de représentants des salariés et « deux tiers de membres nommés par l'assemblée générale des actionnaires, dont la moitié sur proposition de l'Etat (...) » et l'autre moitié, donc, sur proposition de l'actionnaire unique, la société nationale SNCF. Si cette composition du conseil d'administration n'apparaît pas incohérente avec les articles 4, 6 et 7 de l'ordonnance du 20 août 2014 précitée, l'Autorité considère toutefois que la présence d'une part significative de membres du conseil d'administration nommés par l'assemblée générale sur proposition de la société nationale SNCF, holding du groupe public unifié intéressée au résultat de l'entreprise ferroviaire SNCF Voyageurs, est susceptible de porter atteinte *per se* à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. A cet égard, l'Autorité rappelle qu'elle a déjà formulé une telle observation notamment dans l'étude thématique qu'elle a publiée en octobre 2016, intitulée « La mise en œuvre de la réforme ferroviaire »⁹, sur la composition du conseil d'administration de l'établissement public SNCF Réseau qui comprend également un tiers de personnalités issues de ou choisies par la SNCF pour la représenter.
33. Aux fins toutefois de limiter les risques d'atteinte à l'indépendance de la société SNCF Réseau au sein de l'entreprise verticalement intégrée et ce, dans un contexte d'ouverture à la concurrence du transport domestique de voyageurs, l'Autorité recommande que le conseil d'administration de la société SNCF Réseau comprenne également, par dérogation à l'ordonnance du 20 août 2014, des personnalités qualifiées présentant des garanties d'indépendance et choisies en raison de leurs compétences en matière économique, technique, financière ou de développement durable. La présence de telles personnalités qualifiées au sein du conseil d'administration d'une société à participation publique existe à ce jour pour la société anonyme Bpifrance¹⁰ par exemple. Par parallélisme avec ce que prévoit la loi pour cette dernière société, l'article L. 2111-15 du code des transports pourrait imposer une proportion minimale de personnalités qualifiées nommées par l'assemblée générale des actionnaires à hauteur d'un cinquième du total des membres du conseil d'administration.

2.2.2. Des modalités de vote des résolutions du conseil d'administration de la société SNCF Réseau susceptibles de porter atteinte à son indépendance

34. L'avant-dernier alinéa du nouvel article L. 2111-15 organise les modalités de vote de certaines décisions au sein du conseil d'administration de SNCF Réseau. En application de cette nouvelle disposition, « les statuts de la société SNCF Réseau précisent la liste des résolutions du conseil d'administration de la société SNCF Réseau relatives à la stratégie financière, organisationnelle et opérationnelle, dans la limite de ce qui est nécessaire compte tenu des dispositions du 5ème alinéa de l'article L. 2101-1, qui ne peuvent être adoptées sans le vote favorable de la majorité des membres nommés par l'assemblée générale, autres que ceux proposés par l'Etat ».
35. L'Autorité relève que cette disposition est susceptible de porter atteinte à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure à plusieurs titres.
36. En premier lieu, elle organise un mécanisme de capacité de blocage sur certaines décisions stratégiques au profit des membres du conseil d'administration nommés par l'assemblée générale sur proposition de la société nationale SNCF. Pour que des décisions liées à la stratégie financière, organisationnelle et opérationnelle de la société SNCF Réseau puissent être adoptées, la majorité des représentants de la holding doit ainsi voter favorablement. Un tel mécanisme juridique, qui n'a pas d'équivalent dans les

⁹ Page 15 de l'étude thématique.

¹⁰ Article 7 de l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement

autres sociétés à participation publique, en particulier dans les secteurs qui ont été ouverts à la concurrence tel que le secteur de l'électricité où il existe pourtant un gestionnaire du réseau de transport au sein d'une entreprise verticalement intégrée¹¹, est de nature à attribuer à la société holding un pouvoir exorbitant sur les décisions stratégiques du gestionnaire d'infrastructure. A titre d'illustration, cette minorité de blocage pourrait décider de retarder ou d'annuler des projets d'infrastructure favorisant l'interopérabilité du système ferroviaire, comme le déploiement du système européen de contrôle des trains ETCS ou la mise à niveau des infrastructures avec les STI qui contribuent à faciliter l'accès de nouveaux matériels roulants au réseau ferré national, ce qui aurait pour effet de freiner l'arrivée potentielle de nouveaux acteurs sur le marché en limitant délibérément l'interopérabilité de ce réseau. Ce dernier risque a déjà été mis en avant par la Commission européenne¹² et l'Autorité de la concurrence¹³.

37. En deuxième lieu, la capacité de blocage des membres nommés par l'assemblée générale sur proposition de la société nationale SNCF est susceptible de concerner un nombre important des décisions dans la mesure où la terminologie utilisée (les « *résolutions (...) relatives à la stratégie financière, organisationnelle et opérationnelle* ») est particulièrement imprécise et pourrait concerner une décision ayant des effets indirects sur l'exercice par le gestionnaire d'infrastructure des fonctions essentielles. Si toutefois le dernier alinéa du nouvel article L. 2111-15 dispose que la capacité de blocage des représentants de la société nationale SNCF au conseil d'administration ne s'applique pas aux résolutions portant sur les fonctions essentielles, l'articulation entre ce dernier alinéa et l'avant-dernier alinéa précité est ambiguë. Ainsi, une résolution du conseil d'administration relative à la stratégie financière est susceptible de concerner la tarification de l'infrastructure, par exemple pour la mise en œuvre de projets ambitieux de techniques innovantes de maintenance de l'infrastructure qui amèneraient à une diminution des redevances de circulation. De même, une résolution relative à la stratégie opérationnelle est susceptible de concerner la répartition des sillons, par exemple dans la mise en œuvre des plans de renforcement de la capacité sur les infrastructures saturées. Enfin, une résolution relative à la stratégie financière pourrait conduire à avantager indûment l'opérateur historique au détriment des autres entreprises ferroviaires, en favorisant les investissements d'infrastructure qui sont profitables à celui-ci, par exemple dans le cas de la mise au gabarit de certains itinéraires pour les seuls matériels roulants appartenant à l'opérateur historique. Dans ces conditions, les résolutions du conseil d'administration nécessitant le vote favorable des membres nommés par l'assemblée générale sur proposition de la société nationale SNCF sont susceptibles de concerner, à tout le moins indirectement, les décisions portant sur les fonctions essentielles.
38. En troisième lieu, le rôle conféré par ce biais à la société nationale SNCF dans la définition de la stratégie financière, organisationnelle et opérationnelle est susceptible de limiter la portée du contrat de performance conclu entre l'Etat et SNCF Réseau sur ces mêmes thématiques.
39. En quatrième lieu, les membres du conseil d'administration nommés par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition de la société nationale SNCF pourront prendre part à toutes les décisions, y compris si elles portent sur les fonctions essentielles, sauf s'ils sont salariés d'autres entités juridiques de l'entreprise verticalement intégrée, le deuxième alinéa du II de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, actuellement en vigueur, n'étant pas modifié. Ils pourront ainsi, d'une part, avoir accès à des informations confidentielles sur les entreprises ferroviaires et, d'autre part, prendre part aux décisions ayant un impact sur ces mêmes entreprises ferroviaires. Une telle situation n'apparaît pas conforme avec le troisième alinéa du 1 de l'article 7 de la directive 2012/34/UE modifiée qui impose, comme il a déjà été mentionné précédemment, que les membres du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure « *agissent de manière non discriminatoire et à ce que leur impartialité ne soit affectée*

¹¹ L'article L. 111-14 du code de l'énergie n'octroie pas à la seule holding EDF une capacité de blocage, l'ensemble des membres nommés par l'assemblée générale devant voter favorablement pour qu'une décision soit adoptée. Par ailleurs, le champ des décisions auxquelles s'applique le mécanisme de la majorité de blocage est bien plus restreint : résolutions relatives au budget, à la politique de financement à la création d'entités concourant à la réalisation de l'objet social des gestionnaires de réseau ou à leur extension au-delà du transport du gaz ou de l'électricité à l'achat ou à la vente d'actifs et à la constitution de sûretés ou de garanties excédant un certain seuil, qui exclut les décisions relatives aux investissements à réaliser sur le réseau (cf. point 29).

¹² Annexe 5 de la communication de la Commission européenne du 3 mai 2006 portant sur le rapport au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire (COM/2006/189/Final).

¹³ Point 53 de l'avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

par aucun conflit d'intérêts », sauf à prévoir dans l'ordonnance le déport obligatoire de ces membres lorsque les décisions concernent les fonctions essentielles.

40. Contrairement à ce qu'ont pu énoncer les services de l'Etat au cours de l'instruction, cette carence n'apparaît pas pouvoir être palliée par l'introduction de mesures particulières dans le code de bonne conduite, prévu à l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, dont la constitution est confiée à SNCF Réseau, pour prévenir « toute influence décisive d'une autre entité de l'entreprise verticalement intégrée sur les décisions qu'il prend en ce qui concerne les fonctions essentielles ». Tout d'abord parce que, si l'introduction de ce code est une initiative intéressante en ce qu'elle doit permettre de compléter les mesures garantissant l'indépendance dont bénéficie SNCF Réseau au profit d'une plus grande impartialité, l'Autorité estime qu'elle ne doit pas conduire le législateur à abandonner une partie de ses prérogatives au profit du conseil d'administration de SNCF Réseau. En d'autres termes, les mesures de sauvegarde de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure les plus structurantes, et en particulier celles concernant des situations dans lesquelles des problématiques d'impartialité de SNCF Réseau sont d'ores et déjà anticipées, devraient être fixées, dès maintenant, par l'ordonnance objet du présent avis. Ensuite, parce qu'il n'apparaît pas envisageable au cas d'espèce, de laisser au conseil d'administration de SNCF Réseau, composé pour un tiers par des administrateurs nommés par l'assemblée générale sur proposition de la société nationale SNCF, le soin de décider lui-même des mesures à mettre en œuvre lors des votes des résolutions portant sur les fonctions essentielles.
41. En conclusion sur ce point, l'Autorité alerte sur le fait que les modalités de vote des résolutions du gestionnaire de l'infrastructure, telles que prévues par le projet d'ordonnance objet du présent avis, ne permettent pas de garantir son impartialité conformément aux exigences du troisième alinéa du 1 de l'article 7 de la directive 2012/34/UE susvisée, et ce, tant en ce qui concerne les fonctions essentielles que les décisions stratégiques susceptibles d'avoir un effet sur ces dernières.

2.2.3. Une absence non justifiée d'avis conforme de l'Autorité sur la nomination du Président du conseil d'administration de SNCF Réseau, dirigeant du gestionnaire d'infrastructure

42. L'indépendance personnelle des dirigeants de la société SNCF Réseau constitue une condition importante permettant d'assurer l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure. La préservation de cette indépendance au sein d'une entreprise verticalement intégrée est notamment garantie par l'intervention de l'Autorité dans le processus de nomination des dirigeants de la société SNCF Réseau, et en particulier du président du conseil d'administration. C'est la raison pour laquelle le droit positif, à l'article L. 2111-16 du code des transports, prévoit que l'Autorité peut s'opposer à la nomination du président du conseil d'administration de l'établissement public SNCF Réseau en raison de l'insuffisance de garanties d'indépendance.
43. Le 5° de l'article 4 du projet d'ordonnance modifie toutefois l'article L. 2111-16 du code des transports. En application du premier alinéa de l'article L. 2111-16 modifié, le président du conseil d'administration de la société SNCF Réseau est désigné par le conseil d'administration, sans l'intervention de l'Autorité dans le processus de désignation. Le deuxième alinéa de l'article L. 2111-16 modifié dispose quant à lui que « la nomination, le renouvellement et la révocation du directeur général de la société SNCF Réseau sont préalablement soumis à l'avis conforme de l'Autorité » et que cette dernière « peut s'opposer à la nomination ou au renouvellement d'une personne au poste de directeur général, ou le cas échéant de président-directeur général » ainsi qu'à sa révocation.
44. L'Autorité s'interroge sur la cohérence de cette disposition, voire sur sa légalité tant que l'ordonnance n'est pas ratifiée par le Parlement, avec le b) du 2° de l'article 5 de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, aux termes duquel le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi pour « 2° Fixer les conditions de fonctionnement du groupe public constitué par la société nationale SNCF et ses filiales, en prévoyant notamment (...) : b) Les garanties propres à assurer l'indépendance de SNCF Réseau, dans le respect des exigences de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, en veillant à l'introduction d'un avis conforme de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières sur la nomination, le renouvellement et la

révocation de son dirigeant afin de garantir son indépendance à l'égard des entreprises exerçant, directement ou par l'intermédiaire d'une filiale, une activité d'entreprise ferroviaire ».

45. Si l'article 5 de la loi du 27 juin 2018 et l'article L. 2111-16 modifié ne définissent pas le terme de « *dirigeant* », ce dernier est cependant défini au premier alinéa de l'article L. 2111-16-1 du code des transports, disposition actuellement en vigueur, non modifiée par le projet d'ordonnance et située dans le code des transports immédiatement après l'article L. 2111-16 modifié, comme étant « *le président du conseil d'administration et les responsables de la direction générale* ».
46. Dans ces conditions, le président du conseil d'administration de la société SNCF Réseau, qui est un dirigeant au même titre que le directeur général ou le président-directeur général, devrait être désigné selon la même procédure que celle prévue pour le directeur général, ou le cas échéant le président-directeur général, procédure qui inclut un avis conforme de l'Autorité.
47. Enfin, l'Autorité attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité que le décret mentionné au troisième alinéa de l'article L. 2111-16 modifié soit suffisamment précis sur les pièces qui devront lui être transmises ou au contraire lui donne toute latitude pour solliciter les pièces idoines lorsqu'elle aura à statuer sur la nomination, le renouvellement et la révocation du directeur général et du Président conformément au point 45 ci-dessus, ou le cas échéant du président-directeur général, afin qu'elle puisse rendre un avis circonstancié.

2.2.4. Certaines fonctions mutualisées s'articulent difficilement avec l'indépendance nécessaire du gestionnaire d'infrastructure

48. Le projet d'ordonnance conserve, dans sa proposition de modification de l'article L. 2102-1 du code des transports, l'exercice par la société nationale des « *fonctions mutualisées, exercées au bénéfice de l'ensemble du groupe public unifié* » sans toutefois en préciser les contours comme le prévoient les dispositions en vigueur de ce même article, qui listent notamment la gestion des parcours professionnels, l'action sociale, la politique du logement, la gestion administrative de la paie, l'audit et le contrôle des risques.
49. Ainsi qu'elle a pu l'exprimer notamment dans son avis n° 2014-023 du 27 novembre 2014 susvisé ou encore dans ses livrets publiés en mars 2018 sur l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs, l'Autorité considère que cette absence de définition ne concourt pas à améliorer l'efficacité du groupe public unifié et, au-delà, est susceptible de porter atteinte à l'indépendance nécessaire du gestionnaire d'infrastructure, SNCF Réseau.
50. En effet, dans le silence des dispositions du code des transports quant au périmètre des fonctions mutualisées, et à la lumière de celles mettant en exergue le renforcement de l'intégration au sein du groupe public unifié, il convient de mettre en avant le risque que ferait peser sur l'autonomie organisationnelle et décisionnelle de SNCF Réseau l'exercice de telles fonctions par la société nationale SNCF. Il en va ainsi par exemple de la gestion des parcours professionnels et des mobilités internes au groupe pour les métiers à vocation transversale, de l'expertise juridique, de la gestion des systèmes d'information et de la gestion immobilière et foncière du groupe public.
51. A cet égard, l'activité d'expertise et de conseil juridique exercée par la société mère ne doit pas concerner les missions d'accès au réseau du gestionnaire d'infrastructure. Cela constituerait un conflit d'intérêts en cas de litiges relatifs à l'accès au réseau entre le gestionnaire d'infrastructure et la société SNCF Voyageurs ou SNCF Fret ou d'autres opérateurs de transport.
52. Similairement, la gestion des systèmes d'information au niveau de la société mère pourrait entraîner, si celle-ci est insuffisamment cadrée, un désinvestissement sur les systèmes ou projets de systèmes dédiés au gestionnaire d'infrastructure, ce qui se traduirait par une gestion moins optimale et moins industrialisée des nouveaux entrants sur des thématiques comme la gestion opérationnelle des circulations ou le processus de production horaire. Cela pourrait décourager l'arrivée ou le maintien de nouveaux entrants sur le réseau ferré national.

53. S'agissant de la gestion immobilière et foncière du groupe public unifié, outre le fait qu'elle constitue d'ores et déjà, en vertu de l'article 5 du décret n° 2015-137 du 10 février 2015 susvisé, une fonction mutualisée à la demande des entités du groupe, l'article L. 2102-15 du code des transports dans sa rédaction issue du projet d'ordonnance prévoit que « [l]a société nationale SNCF coordonne la gestion des actifs du groupe public unifié [et] est l'interlocuteur unique de l'Etat, des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales dans le cadre des opérations prévues au II de l'article L. 2111-20-3. » L'Autorité prend acte que l'article L. 2111-1 du code des transports tel que modifié par le projet d'ordonnance reconnaît aux sociétés anonymes SNCF Réseau et à sa filiale chargée de la gestion unifiée des gares de voyageurs toute latitude pour gérer comme elles l'entendent le patrimoine immobilier qui leur est attribué. A ce titre, ledit projet d'article L. 2111-1 du code des transports prévoit que « la société SNCF Réseau et sa filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 exercent tous les pouvoirs de gestion sur les biens immobiliers qui leur sont attribués par l'Etat ou qu'elles acquièrent au nom de l'Etat. (...) Elles peuvent notamment accorder des autorisations d'occupation et consentir des baux, constitutifs de droits réels ou non, fixer et encaisser à leur profit le montant des redevances, loyers et produits divers. Elles peuvent également procéder à des cessions et des échanges (...). » Sur ce point, l'Autorité insiste sur le fait que l'exercice par la société nationale SNCF de la mission de coordination de la gestion des actifs du groupe public unifié ne saurait venir limiter de quelque manière que ce soit l'indispensable latitude - reconnue par la loi - dont doit disposer le gestionnaire d'infrastructure et le gestionnaire des gares dans la gestion du patrimoine qui leur est affecté. A défaut, la faculté dont disposerait la holding d'imposer aux entités concernées des options potentiellement contraires à leurs intérêts patrimoniaux propres, de peser pour maintenir inefficacement des biens dans leur giron ou au contraire pour disperser un patrimoine potentiellement indispensable au bon exercice de leurs missions, créerait une incertitude forte sur le fonctionnement du secteur en général et viendrait limiter de manière certaine la nécessaire autonomie de gestion dont doivent jouir les deux gestionnaires.
54. Ainsi, l'Autorité fait à nouveau le constat qu'elle avait pu formuler à l'occasion de la réforme ferroviaire de 2014 et des livrets publiés en mars 2018 que la société nationale SNCF pourrait s'immiscer dans l'exercice des missions du gestionnaire d'infrastructure au profit de la société SNCF Voyageurs ou SNCF Fret à travers l'exercice de certaines fonctions mutualisées stratégiques. C'est pourquoi elle préconise que les fonctions dévolues à la société nationale SNCF au bénéfice du groupe public unifié soient réduites au strict minimum de manière, certes, à réaliser des synergies entre les entités du groupe, mais sans toutefois porter atteinte à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure.

2.2.5. Des garanties d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure qui ne sont pas à la hauteur du renforcement de l'intégration du groupe public unifié

55. Au vu de l'ensemble des éléments énoncés dans la partie 2.2., l'Autorité souhaite mettre en exergue la portée et l'impact du renforcement de l'intégration du groupe public unifié prévu par le projet d'ordonnance sur l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau et plus généralement sur les risques concurrentiels dans un contexte d'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire domestique de voyageurs.
56. Comme énoncé précédemment, la réforme du système ferroviaire telle qu'elle est conçue par la loi pour un nouveau pacte ferroviaire vise la création d'un groupe public unifié « véritablement intégré » conformément à l'objectif affirmé par le premier ministre. Dans ce cadre, la société nationale SNCF, en tant que société tête du groupe, aura pour mission d'en assurer le pilotage et l'animation. Ainsi, l'article 2 du projet d'ordonnance modifie les dispositions de l'article L. 2102-1 du code des transports en prévoyant dans cette logique que « la société nationale SNCF anime et pilote le groupe public unifié qu'elle contrôle et a notamment pour objet d'en assurer le pilotage stratégique et financier, et d'en définir l'organisation. Dans le respect des dispositions du présent code, en particulier celles relatives aux exigences d'indépendance afférentes aux gestionnaires d'infrastructure, la société nationale SNCF définit et conduit notamment les politiques industrielle et d'innovation, de ressources humaines, de valorisation et de gestion des actifs du groupe public unifié. »
57. En écho aux modifications de l'article L. 2102-1 du code des transports, l'article 3 du projet d'ordonnance modifie également l'article L. 2102-9 du code des transports pour prévoir que « [d]ans le

respect de l'article L. 2101-1, le conseil d'administration de la société nationale SNCF approuve les orientations stratégiques, économiques, financières, de ressources humaines, industrielles et de valorisation et de gestion des actifs du groupe public unifié. »

58. Au cours de l'instruction du projet d'ordonnance, les services de l'Etat ont pu préciser que ces deux dispositions précitées constituent une mesure phare de la réforme ferroviaire, qui est de doter le groupe SNCF d'un pilotage central fort au service de l'efficacité de l'ensemble du système ferroviaire et du service public.
59. Or, un tel renforcement du pilotage du groupe public unifié ne peut pas être en mesure d'atteindre l'objectif fixé d'efficacité du système, voire est susceptible de décourager l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché ferroviaire, s'il ne s'accompagne pas en parallèle d'un renforcement des mesures de sauvegarde telles qu'elles ont été évoquées aux points 27, 28 et 29, au-delà de la seule transposition stricte des dispositions expressément prévues par la directive 2012/34/UE.
60. L'Autorité souhaite ici mettre en avant ces risques à la lumière du retour d'expérience qu'elle a pu effectuer quant à la mise en œuvre de la garantie prévue à l'article L. 2122-4-5 du code des transports en matière de gestion et protection des informations confidentielles que traite SNCF Réseau. Ainsi qu'elle a pu le formuler dans son avis n° 2017-059 du 21 juin 2017 susvisé, la mise en œuvre du plan de gestion des informations confidentielles de SNCF Réseau reste perfectible à ce jour, notamment en termes de formation des managers et d'extension du dispositif d'alerte aux entités extérieures au gestionnaire d'infrastructure.
61. Dans ce contexte, l'Autorité réaffirme, à l'occasion du présent avis sur le projet d'ordonnance, que le gestionnaire d'infrastructure doit disposer de garanties d'indépendance concrètes vis-à-vis de l'opérateur historique dans les choix opérationnels et stratégiques (notamment d'entretien et de développement du réseau) qui ont un impact direct ou indirect sur l'exercice des fonctions essentielles dont il a la charge, et ce à la mesure du renforcement de l'intégration au sein du groupe public unifié. Il apparaît dès lors que le bon équilibre des dispositions relatives à la gouvernance du gestionnaire d'infrastructure, aux modalités de nomination et de fonctionnement de ses instances dirigeantes et aux règles de prévention des conflits d'intérêts sera déterminant pour assurer la conformité de l'architecture du groupe public unifié au droit européen d'une part et pour ne pas dissuader de nouveaux entrants d'exploiter des services de transports par crainte d'un traitement inadapté qui serait lié à des garanties qu'ils jugeraient insuffisantes d'autre part.

2.2.6. Des lacunes et imprécisions du projet d'ordonnance qui suscitent des interrogations sur la gouvernance effective des entités du groupe public

a. S'agissant des dispositions prévues dans les statuts initiaux des sociétés anonymes

62. L'article 1^{er} de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire prévoit que les statuts initiaux de la société nationale SNCF, de la société nationale SNCF Réseau, de sa filiale en charge de la gestion unifiée des gares de voyageurs et de la société SNCF Mobilités sont fixés par décret en Conseil d'Etat et qu'ils sont par la suite modifiés selon les règles prévues par le code de commerce.
63. Si ce schéma permettra de donner à l'Autorité les moyens de se prononcer sur les modalités de fonctionnement plus précises des différentes entités composant le groupe public unifié et, ainsi, de s'assurer en particulier du respect de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et du gestionnaire des gares, cette appréciation ne pourra porter que sur les dispositions initiales qui pourront être défaites à la discrétion de l'assemblée générale extraordinaire¹⁴ des actionnaires dans des délais potentiellement très brefs. L'Autorité souligne que cette disposition ne confère donc aucune garantie de permanence des mesures envisagées alors même, ainsi qu'il a déjà été développé précédemment, que

¹⁴Article L. 225-96 du code de commerce.

la visibilité du fonctionnement de la gouvernance d'un secteur est un élément clé dans la décision qui sera prise ou non par les entreprises ferroviaires d'investir le nouveau marché.

b. S'agissant de la filiale en charge des gares de voyageurs

64. La loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire a modifié l'article L. 2111-9 du code des transports pour rattacher le gestionnaire des gares à SNCF Réseau, sous forme de filiale, afin de garantir un accès transparent et non discriminatoire des entreprises ferroviaires à ces installations. L'avantage procuré par la simplification de la gestion patrimoniale des gares s'accompagne de la garantie que cette filiale soit dotée d'une « *autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière* ».
65. L'indépendance de la filiale en charge des gares de voyageurs vis-à-vis des entreprises ferroviaires est notamment garantie par son rattachement au gestionnaire d'infrastructure, lui-même indépendant. Au regard des interrogations sur l'indépendance de SNCF Réseau dans le cadre de l'analyse du projet d'ordonnance, l'Autorité s'interroge de fait sur celle de sa filiale.
66. Par ailleurs, il ressort des débats parlementaires que le rattachement de la filiale en charge des gares à la société SNCF Réseau ne doit pas avoir pour conséquence de porter préjudice à son autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière qu'il convient de garantir. Or, alors que le projet d'ordonnance précise les dispositions complémentaires à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 susvisée s'appliquant à la société nationale SNCF, à la société SNCF Réseau et à la société SNCF Voyageurs, il ne comporte aucune disposition relative à la composition et au fonctionnement des organes de gouvernance du gestionnaire de gares au-delà du 31 mars 2020, date à compter de laquelle, au plus tard, les membres du conseil d'administration de la filiale en charge des gares doivent être nommés ou désignés ainsi que le président du conseil d'administration et le directeur général ou le président-directeur-général. Dès lors, l'Autorité juge défavorablement l'hétérogénéité de traitement entre ces différentes sociétés et souligne qu'il aurait été souhaitable, compte tenu de la nature d'infrastructure essentielle des gares, que le fonctionnement d'une telle filiale soit précisé dans la loi.
67. Dans la continuité du point précédent et de l'objectif de garantie de l'autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière du gestionnaire de gares, l'Autorité préconise que le projet d'ordonnance soit complété afin de prévoir qu'elle soit amenée à rendre un avis conforme sur la nomination, le renouvellement et la révocation du directeur général et du président du conseil d'administration du gestionnaire de gares.

2.3. S'agissant de la nouvelle structure du groupe public unifié

2.3.1. Le périmètre des activités objet des transferts n'est pas exhaustif

68. L'EPIC SNCF Réseau exerce actuellement une activité de gestionnaire d'installations de service. L'EPIC SNCF Mobilités exerce également cette activité, pour les gares de voyageurs, centres de maintenance et stations de combustible lorsque celles-ci sont localisées dans des centres de maintenance. Le projet d'ordonnance prévoit le transfert de l'activité de gestion de gares de voyageurs à la filiale de SNCF Réseau nouvellement créée en vue d'exercer cette activité. En revanche, le projet d'ordonnance ne traite pas des autres activités de gestion d'installations de service, qui ne paraissent pas faire l'objet d'une création de filiale dédiée à cette activité, comme cela est le cas pour la gestion des gares de voyageurs.
69. Au cours de l'instruction, les services de l'Etat ont précisé que les installations de service actuellement dans le périmètre de SNCF Réseau le resteraient. En ce qui concerne les installations de service actuellement détenues par SNCF Mobilités, c'est-à-dire les centres de maintenance ainsi que les infrastructures de ravitaillement en combustible liées à ces installations, l'Autorité comprend qu'elles seront gérées par les sociétés issues de l'EPIC SNCF Mobilités, « *avec possibilité pour les autorités*

organisatrices de demander le transfert de certains ateliers de maintenance majoritairement utilisés pour l'exécution de services faisant l'objet d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs tel que prévu par l'article 21 de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire »¹⁵. De fait, les centres de maintenance et installations de combustible liées pourraient donc être répartis entre les deux sociétés en charge du transport ferroviaire de voyageurs et de marchandises, sans que la traduction opérationnelle n'ait été définie à ce stade.

70. Dans l'optique d'une ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire, l'accès aux centres de maintenance dans des conditions transparentes et non discriminatoires constitue un enjeu majeur pour les nouveaux entrants. De fait, l'affectation de ces installations de service aux sociétés en charge du transport ferroviaire - de personnes ou de marchandises - ne va pas de soi.
71. En effet, l'article L. 2123-1-1 du code des transports impose déjà une séparation comptable entre les activités de transport ferroviaire et de gestion d'installations de service, de manière notamment à éviter les transferts de fonds entre ces activités et à permettre un accès non discriminatoire à ces installations de services. Les exemples européens montrent que certains opérateurs ont constitué des filiales dédiées à cette activité, comme la Deutsche Bahn¹⁶ ou la Renfe¹⁷.
72. Par ailleurs, plusieurs de ces installations sont utilisées tant par les entreprises de transport ferroviaire de voyageurs que de transport ferroviaire de marchandises. L'Autorité identifie donc une difficulté dans la gestion opérationnelle de ces installations de service, liée à la mixité des usages dans différents sites. Dans la mesure où les installations de service pourraient être utilisées par les deux sociétés en tant qu'entreprises ferroviaires, des flux financiers croisés existeront entre elles. En outre, l'Autorité note que des contraintes additionnelles pèseront sur les entreprises ferroviaires puisqu'elles perdront leur interlocuteur unique et devront composer avec des offres de référence potentiellement hétérogènes, ce qui complexifiera donc le processus de commande de capacités. Enfin, les interfaces entre les activités fret et voyageurs au sein d'un même centre de maintenance seront plus importantes, ce qui risque de dégrader la qualité du service rendu aux candidats.
73. En outre, si une telle répartition de cette activité entre deux sociétés devait être effectuée, sa mise en œuvre apparaîtrait complexe. Ce transfert ne sera pas facilité par une séparation organisationnelle et comptable, comme l'est celui de l'activité de gestions de gares, mais devrait être effectué en utilisant des comptes « dissociés » ou comptes de gestion de SNCF Mobilités (cf. partie 2.3.2 ci-après). Par ailleurs, du fait de la mixité des usages des différents sites, l'allocation à l'une ou l'autre des sociétés nouvellement créées nécessitera des analyses et des arbitrages au cas par cas, en particulier s'agissant du transfert de personnel affecté à la fois à la maintenance des matériels roulants de fret et de voyageurs et de l'affectation des sites sur lesquels l'une des deux activités n'est pas prédominante de manière évidente.
74. Enfin, d'un point de vue comptable, les obligations de séparation comptable décrites par l'article L. 2123-1-1 du code des transports entre les activités de transport ferroviaire et de gestion d'installations de service s'appliqueraient aux deux nouvelles sociétés, qui devraient donc mettre en place une séparation comptable, en soumettant des règles à l'Autorité pour approbation, en application de l'article L. 2133-4 du code des transports.
75. Au vu des éléments précédemment énoncés et afin d'assurer des conditions transparentes et non discriminatoires d'accès aux centres de maintenance, l'Autorité juge préférable d'affecter ces installations à une nouvelle filiale en charge spécifiquement de leur gestion à l'instar du modèle allemand pris en exemple par le Gouvernement tout au long de la réforme ferroviaire.

¹⁵ Réponse à la mesure d'instruction n° 1 du 19 avril 2019.

¹⁶ La Deutsche Bahn a constitué une filiale dédiée à la gestion des centres de maintenance dès 2001, (DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH).

¹⁷ La Renfe a constitué une filiale dédiée à la gestion des centres de maintenance (Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A.)

2.3.2. Les transferts sont effectués sur la base des comptes dissociés de SNCF Mobilités

a. Une référence aux comptes séparés serait préférable

76. Pour l'ensemble des opérations de transfert prévues par l'article 17 du projet d'ordonnance, le périmètre d'activité transféré est défini comme celui des comptes « dissociés », respectivement de Gares & Connexions, des « activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaires de personnes » et de la filiale en charge des activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret. Les transferts sont effectués à la valeur nette comptable au 31 décembre 2019.
77. Toutefois, le code des transports ne définit pas la notion de comptes « dissociés ». Dans le cadre de l'instruction, les services de l'Etat précisent que ces comptes dissociés correspondent aux comptes de gestion de SNCF Mobilités, qui sont liés aux périmètres opérationnels des différentes entités et qui présentent l'avantage d'être établis en norme IFRS. En pratique, dans ces comptes de gestion, les activités de gestion d'installation de service ne sont pas séparées des activités de transport ferroviaire.
78. L'Autorité rappelle que les articles L. 2133-4, L. 2123-1-1, L. 2144-1 et L. 2144-2 du code des transports précisent les obligations des opérateurs, dont SNCF Mobilités, en termes de séparation comptable, de même que les périmètres concernés. Dans ce cadre, SNCF Mobilités a établi en 2018 des règles de séparation comptable en application de ces articles ; ces règles ont fait l'objet d'une approbation par l'Autorité le 31 janvier 2019. D'autre part, en application de la décision n° 2017-101 de l'Autorité, qui a été homologuée par la ministre chargée des transports par une décision du 4 décembre 2017, les comptes établis conformément à ces règles feront l'objet d'une attestation par un auditeur externe, après validation de la lettre de mission par l'Autorité. L'Autorité précise que, en application des règles de séparation comptable approuvées, les comptes séparés qui sont produits par SNCF Mobilités à compter de l'exercice 2018 sont établis en normes IFRS.
79. L'Autorité estime qu'il serait préférable que l'ordonnance fasse référence à ces comptes séparés, ce qui garantirait une meilleure assise juridique plutôt que de se référer à des comptes de gestion purement internes à SNCF Mobilités.

b. Cette référence purement comptable ne tient pas suffisamment compte des problématiques opérationnelles pour les activités nouvellement créées

80. L'Autorité relève que la séparation comptable est un exercice de « fiction comptable » permettant de pallier une absence de séparation juridique. Dans ce cadre, des règles ont été définies par SNCF Mobilités pour allouer au mieux les actifs et passifs, de même que les produits et charges, dont les charges de personnel, aux activités concernées. Pour cela, les règles de séparation comptable de SNCF Mobilités prévoient que :
- « Les actifs, passifs, produits et charges affectables directement sont imputés dans les comptes des activités comptablement séparées utilisatrices à titre unique (utilisation exclusive) ;
 - Les actifs, passifs, produits et charges affectables indirectement sont imputés dans les comptes de l'activité comptablement séparée utilisatrice à titre principal (cas d'une utilisation partagée). Cette dernière refacture dans le cadre des protocoles internes les autres activités comptablement séparées au titre des prestations réalisées pour leur compte. »
81. En ce qui concerne plus spécifiquement les effectifs, l'article 18 du projet d'ordonnance est en cohérence avec ces règles et indique que les contrats de travail en cours des salariés de l'EPIC SNCF Mobilités qui concourent « exclusivement ou essentiellement » aux activités transférées sont transférés et se poursuivent dans la nouvelle société.

82. S'il apparaît pertinent de s'appuyer sur la séparation comptable dans le cas de filialisation d'activités pour déterminer les valeurs des actifs et passifs à transférer, l'Autorité précise que la question du transfert des effectifs entre différentes entités juridiques dépasse la vision purement comptable de la répartition des temps de travail effectifs à un instant donné et que celui-ci ne pourra se faire sans une réflexion stratégique et économique de l'activité et de la société créée.

2.3.3. Le cas de la dette de Fret SNCF n'apparaît pas réglé

83. Dans le cadre de la constitution de la société en charge de l'activité de fourniture des services de transport ferroviaire de fret, l'EPIC SNCF Mobilités transférera les biens, droits et obligations des activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret. Par exception aux autres transferts prévus dans ce projet d'ordonnance, la dette financière ne sera pas transférée.
84. L'activité Fret SNCF est très lourdement endettée. Les comptes séparés en normes IFRS publiés par SNCF Mobilités pour l'exercice 2018 font apparaître un montant de dette financière de 4 590 M€ et des capitaux propres négatifs à hauteur de 4 444 M€.
85. Au cours de l'instruction, les services de l'Etat ont indiqué que le transfert de la dette financière à la société reprenant l'activité de transport ferroviaire de fret impliquerait une non-viabilité de l'entreprise dès sa création et que la solution prévue dans le projet d'ordonnance est provisoire pour assurer la viabilité de la nouvelle société de transport ferroviaire de fret.
86. Si l'Autorité comprend l'impossibilité de transférer ce bilan à une nouvelle entité et de créer, de fait, une société présentant dès l'origine des capitaux propres négatifs, la solution qui consiste en une absence de transfert de dette, même temporaire, peut s'apparenter à un apurement de cette dette historique par SNCF Mobilités et soulève la question des aides d'Etat pour cette activité en concurrence dont il appartiendra à la Commission européenne d'apprécier la compatibilité avec le droit de l'Union européenne.

2.3.4. S'agissant des protocoles

87. Le projet d'ordonnance prévoit que les protocoles internes en vigueur au 31 décembre 2019 acquièrent valeur contractuelle :
- Pour les protocoles au sein des établissements publics SNCF Mobilités et SNCF Réseau relatifs à un périmètre transféré au titre du II de l'article 17, « pour la durée des opérations qu'ils régissent, dans la limite d'une durée de trois ans à compter du 1er janvier 2020 ».
 - Pour les protocoles entre l'établissement public SNCF Mobilités et la direction autonome chargée de la gestion des gares de voyageurs relatifs à des prestations de gestion ou d'exploitation de gares de voyageurs utilisées principalement par des services publics de transport ferroviaire de voyageurs, « sauf accord contraire de l'une des deux parties susmentionnées » :
- 1° Jusqu'à la date de changement d'exploitant d'un service public de transport ferroviaire de voyageurs desservant la gare si le changement d'exploitant intervient après le 25 décembre 2023 ;
- 2° Jusqu'au 25 décembre 2023 si le changement d'exploitant d'un service public de transport ferroviaire de voyageurs desservant la gare intervient avant le 25 décembre 2023 ».
88. En ce qui concerne les protocoles avec SNCF Gares & Connexions, l'Autorité relève le manque de clarté de la formulation retenue dans le projet d'ordonnance. Elle s'interroge notamment sur la référence retenue à la date du 25 décembre 2023 et la possibilité de conserver des protocoles alors même que l'exploitant d'un service public de transport ferroviaire de voyageurs ne serait plus SNCF Mobilités.

89. S'il apparaît que le projet d'ordonnance fait référence à l'article L.2121-17-4 du code des transports qui prévoit la possibilité pour une autorité organisatrice de « *fournir pour le compte du gestionnaire des gares des prestations de gestion ou d'exploitation de certaines gares de voyageurs relevant de son ressort territorial et utilisées principalement par des services publics de transport ferroviaire de voyageurs en les confiant à un opérateur, dans le cadre d'un contrat de service public de transport ferroviaire de voyageurs, ou en les fournissant elle-même* », l'instruction par l'Autorité n'a pas permis de clarifier le devenir des protocoles actuels entre SNCF Mobilités et son activité Gares & Connexions et de s'assurer que ces protocoles ne s'appliqueront plus en cas de changement d'exploitant d'un service public de transport ferroviaire de voyageurs desservant la gare ou d'exploitant des prestations en gare, même avant le 25 décembre 2023.
90. L'Autorité juge nécessaire que la partie de l'article 21 du projet d'ordonnance relative aux protocoles soit précisée et amendée en ce sens.

2.3.5. S'agissant de la consolidation par intégration globale de la société SNCF Réseau et de sa filiale chargée de la gestion des gares de voyageurs

91. Le projet d'ordonnance modifie l'article L. 2101-1 du code des transports en prévoyant que la société nationale SNCF consolide par intégration globale la société SNCF Réseau ainsi que la filiale de SNCF Réseau chargée de la gestion des gares de voyageurs. Dans le cadre de l'instruction par l'Autorité, il est apparu que cette exigence s'inscrit notamment dans la volonté affirmée lors du vote de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire de constituer un groupe intégré, avec un rôle important et affiché de la société holding, la société nationale SNCF. Pour les services de l'Etat, tel que précisé notamment au cours de l'instruction, ce rôle sera notamment matérialisé par le mode de consolidation en intégration globale.
92. L'Autorité rappelle que le groupe SNCF actuel établit déjà des comptes par intégration globale. Par ailleurs, le mode de consolidation sera déterminé non pas en application de cette ordonnance mais par l'application de la norme IFRS 10 relative aux états financiers consolidés, qui développe la manière dont doit être déterminé le contrôle exercé par la société mère sur sa filiale consolidée.
93. Au vu des multiples enjeux soulevés par ailleurs par ce projet d'ordonnance, l'Autorité s'étonne de l'importance accordée à cette question de technique comptable alors que l'ordonnance reste muette ou extrêmement vague sur des éléments structurants pour le bon fonctionnement du système ferroviaire.

2.4. Une vision « système ferroviaire » absente du projet d'ordonnance

94. Le projet d'ordonnance vient parachever la mise en œuvre de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 susvisée et donc la transformation du système ferroviaire national. Cette transformation globale, sur de nombreux aspects organisationnels, techniques et juridiques du système ferroviaire, vise d'après l'étude d'impact du projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire à « *renforcer l'efficacité du système ferroviaire français pour améliorer la qualité du service aux usagers* » et à « *contribuer à l'amélioration des performances du secteur* ». En particulier, les dispositions relatives à la nouvelle SNCF doivent permettre, grâce à « *un modèle plus intégré* », d'« *assurer une bonne articulation et coopération entre le gestionnaire d'infrastructure et les entreprises ferroviaires* » et de clarifier « *la répartition des missions entre les différentes entités* » en réexaminant « *la question des missions de la structure de tête, notamment les missions système, et de la redéfinition des frontières entre les différentes entités.* »
95. À la lumière de ces éléments de contexte, il convient donc de s'interroger sur les réels impacts que le projet d'ordonnance pourra entraîner sur l'articulation et la coopération entre la nouvelle SNCF et les autres acteurs du système, en particulier les entreprises ferroviaires et, plus largement, sur la future efficacité du système ferroviaire. L'Autorité souhaite ainsi mettre en avant deux problématiques que la nouvelle organisation pourrait soulever : d'une part, l'absence de vision « système » dans l'organisation

proposée et d'autre part, le manque d'ambitions dans l'amélioration des services rendus à l'ensemble des acteurs de ce système.

96. En premier lieu, l'objectif poursuivi par la mise en place de missions transversales confiées à l'EPIC de tête dans le cadre de la loi portant réforme ferroviaire de 2014 était de permettre de dégager des synergies et de réaliser des économies d'échelle entre les différents établissements du groupe en s'appuyant sur des relations clarifiées entre les parties prenantes, sources d'amélioration de la qualité de service et du renforcement de la capacité d'innovation du système de transport ferroviaire¹⁸. La création d'un EPIC de tête paraissait à même d'assurer la cohérence entre les EPIC SNCF Réseau et SNCF Mobilités sur de nombreux sujets techniques et opérationnels, qui profiterait à l'ensemble du secteur ferroviaire.
97. La loi pour un nouveau pacte ferroviaire est venue modifier l'article L. 2101-1 du code des transports pour confier au groupe public unifié la charge « 3° *D'exercer des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national au bénéfice de l'ensemble des acteurs de ce système, notamment en matière de préservation de la sûreté des personnes, des biens et du réseau ferroviaire* ».
98. L'article L. 2111-9 du code des transports dans sa version résultant de l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 et applicable au 1^{er} janvier 2020 prévoit que « *la société nationale SNCF Réseau a pour mission d'assurer (...) 7° Des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national, au bénéfice de l'ensemble des acteurs de ce système, notamment en matière de gestion de crise et de coordination des acteurs pour la mise en accessibilité du système de transport ferroviaire national aux personnes handicapées ou à mobilité réduite.* »
99. Si l'Autorité prend acte du transfert à SNCF Réseau de la mission de coordination de la gestion des situations de crise préalablement confiée à l'EPIC de tête SNCF qui permet, ainsi que l'Autorité l'a souligné dans son étude thématique d'octobre 2016¹⁹, de supprimer tout risque de pratiques discriminatoires et de garantir une cohérence avec les fonctions déjà assumées par SNCF, elle regrette que la réforme ferroviaire en cours n'ait pas procédé au même transfert s'agissant de la mission de préservation de la sûreté des personnes, des biens et du réseau ferroviaire, le maintien du rattachement du service interne de sécurité plus communément dénommé « surveillance générale » ou « SUGE » à la société nationale SNCF ne permettant pas de prévenir tout risque de discrimination dans l'accès au marché de services de transport.
100. Au demeurant, dans le cadre de la réforme en cours, le projet d'ordonnance prévoit de modifier l'article L. 2102-1 du code des transports relatif aux missions de la société nationale SNCF pour inscrire que « *[s]ans préjudice des missions mentionnées à l'article L. 2111-9 et exercées directement ou indirectement par la société SNCF Réseau, la société nationale SNCF assure également : (...) 2° des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national.* »
101. Alors que les missions transversales au bénéfice de l'ensemble du secteur conservent une place primordiale dans le système de transport ferroviaire national, l'éclatement de leur exercice sans répartition claire et sans cadrage opérationnel entre la société nationale SNCF et la société SNCF Réseau ne permet pas d'atteindre l'efficacité recherchée par le législateur depuis 2014.
102. Par ailleurs, le projet d'ordonnance n'apporte aucune précision quant au périmètre des missions transversales qui incombent à la société nationale SNCF. Cette absence de délimitation précise est d'autant plus préjudiciable qu'elle constitue un recul par rapport à la rédaction en vigueur de l'article L. 2102-1 du code des transports, qui détaille les missions relevant de l'EPIC de tête, soit les missions en matière de gestion de crise et de préservation de la sûreté des personnes, des biens et du réseau ferroviaire, et de la sécurité ainsi qu'en matière de coordination des acteurs pour la mise en accessibilité du système de transport ferroviaire national aux personnes handicapées ou à mobilité réduite. Quand

¹⁸Etude d'impact du projet de la loi portant réforme ferroviaire

¹⁹ Etude thématique « La mise en œuvre de la réforme ferroviaire : état des lieux du régulateur » octobre 2016

bien même l'article L. 2111-9 du code des transports dans sa rédaction résultant de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire et de l'ordonnance n° 2018-1135 précitée confiée à la société SNCF Réseau les missions de gestion de crise et de coordination des acteurs pour la mise en accessibilité du système de transport ferroviaire, et qu'il pourrait être déduit *a contrario* que la société nationale SNCF accomplit les missions non mentionnées à cet article, l'articulation imprécise prévue par le projet d'ordonnance entre l'article L. 2102-1 et l'article L. 2111-9 s'ajoute au caractère flou précédemment relevé. Ainsi, les termes « *sans préjudice des missions mentionnées à l'article L. 2111-9* » ne font pas obstacle à la réalisation par ces deux sociétés des mêmes missions contrairement à la rédaction en vigueur prévoyant expressément que l'EPIC de tête « *ne peut exercer aucune des missions mentionnées à l'article L. 2111-9* ». Ce faisant, une telle rédaction ferait courir le risque que certaines prérogatives touchant à la gestion de l'infrastructure ferroviaire soient *de facto* exercées par la société nationale SNCF.

103. Outre cette imprécision du périmètre des missions transversales, le maintien même des missions transversales au bénéfice de l'ensemble des acteurs du système de transport ferroviaire national au niveau de la société nationale SNCF, sans cadre précis, sans lettre de mission claire et sans association formalisée de l'ensemble des acteurs est préjudiciable au bon fonctionnement du système ferroviaire.
104. L'exercice de façon transparente et non discriminatoire de missions telles que la politique de recherche et d'innovation, la sûreté des personnes et des biens ou l'émergence de solutions sur des dossiers d'intérêt commun à l'ensemble du système n'est pas garanti sans l'assurance que ces sujets feront l'objet d'une veille active par l'ensemble de la filière, d'un contrôle de la trajectoire par l'Etat et que les entreprises ferroviaires seront étroitement associées à la définition des priorités. Les exemples de projets d'innovation actuellement suivis au niveau de l'EPIC de tête, comme le train autonome ou le TER Hybride, révèlent par leurs enjeux capitaux pour l'avenir du secteur ferroviaire, combien il est important que chaque entreprise ferroviaire puisse bénéficier de ces technologies de manière équitable et cadrée²⁰. Même si l'Autorité note qu'aujourd'hui, l'EPIC de tête participe aux groupes de travail organisés par l'Union des transports publics et ferroviaires (UTP), ce qui permet une bonne association des entreprises ferroviaires, rien ne garantit la pérennité d'une telle démarche pour l'avenir et pour l'ensemble des sujets.
105. Au vu de ces éléments, l'Autorité estime que la proposition de rédaction de l'article L. 2102- 1 du code des transports ne permet pas de répondre à l'objectif affiché par le Gouvernement dans l'étude d'impact de la loi pour un nouveau pacte ferroviaire de responsabilisation des entités du GPU sur la base de frontières clairement établies entre elles. Par conséquent, cela ne contribue pas à améliorer l'efficacité du groupe et dans un contexte d'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire domestique de voyageurs ne donne pas les garanties nécessaires aux autres entreprises ferroviaires que les missions transversales seront exercées à leur profit.
106. Par ailleurs, l'Autorité regrette qu'aucune vision « système » ne semble avoir guidé le projet d'ordonnance et qu'aucun cadrage nouveau ne vienne guider la réalisation de ces missions d'intérêt général. L'Autorité craint donc que les difficultés techniques récurrentes relevées par les candidats ou entreprises ferroviaires liées notamment à l'accès des matériels roulants au réseau ferré national ou à la disponibilité et à la configuration des équipements de contrôle-commande embarqués se posent également à l'avenir, en l'absence d'un dispositif plus adapté de mise en œuvre de ces missions et de veille sur leur réalisation.
107. Dès lors, l'Autorité préconise à tout le moins que la répartition et le cadrage des missions transversales nécessaires au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national soient clairement précisés dans la loi. En outre, afin de veiller à la bonne mise en œuvre de ces missions, elle recommande, d'une part, de prévoir sans attendre des moyens, notamment financiers, propres à leur accomplissement et, d'autre part, de renforcer le suivi par l'Etat de leur réalisation au bénéfice de tous

²⁰ A l'inverse, l'Autorité de la concurrence, en reprenant la Commission européenne, relève, dans son avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013, que : « il peut exister une tentation pour un groupe qui gère l'infrastructure en fonction de ses seuls intérêts, par exemple en ne le rendant pas interopérable pour les entreprises ferroviaires de pays voisins ou en développant le réseau uniquement selon ses propres besoins en comparaison avec ceux d'entreprises ferroviaires concurrentes. »

les acteurs, par exemple via la publication régulière de l'avancement des travaux sur des thématiques identifiées comme prioritaires par les parties prenantes.

108. L'Autorité préconise, dans le prolongement du rapport de M. Jean-Cyril Spinetta et à l'instar de ce qui existe au Royaume-Uni ou au Japon par exemple, de confier ces missions à une entité indépendante associant les différents gestionnaires d'infrastructure, d'installations de service ainsi que les entreprises ferroviaires pour traiter des enjeux du système ferroviaire, en particulier des enjeux technologiques, d'interfaces entre le véhicule ferroviaire et l'infrastructure. En découlerait le développement d'une filière industrielle ferroviaire qui constituerait un signal fort adressé au secteur ferroviaire dans un contexte d'ouverture à la concurrence du marché domestique.
109. D'une manière plus générale, l'Autorité s'interroge, au vu de l'ensemble des évolutions de la gouvernance du groupe public ferroviaire envisagé, et en particulier du rôle structurant confié par la loi et le projet d'ordonnance à la société nationale SNCF, sur le rôle qu'entend jouer l'Etat dans la définition de la politique des transports ferroviaires.
110. A ce titre, elle rappelle que conformément à l'article L. 2100-2 du code des transports, il appartient à l'Etat de veiller à la cohérence et au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national dont il fixe les priorités stratégiques nationales et internationales. Ce rôle d'Etat « stratège » revêt une importance capitale dans un contexte d'ouverture à la concurrence du secteur des transports domestiques de voyageurs.
111. A cet égard, l'Autorité souligne qu'une large part du succès de la réforme repose d'une part, sur la capacité de la nouvelle organisation à définir et à mettre en œuvre un projet stratégique interne - qui n'a toujours pas été présenté aux organes de gouvernance du groupe public ferroviaire - d'autre part, sur la capacité de l'Etat à formaliser et à respecter les engagements qu'il sera amené à prendre notamment en matière d'investissements afin de permettre l'indispensable remise à niveau du réseau, et, enfin, sur la capacité de l'Etat et du gestionnaire d'infrastructure à définir un contrat de performance qui soit à même de remplir, sur le fond comme sur la méthode, les objectifs assignés par l'Etat pour la gestion et le développement du réseau, qui matérialise des objectifs de productivité, de qualité et de sécurité pour SNCF Réseau ainsi que de stabilisation de l'endettement de ce dernier.

*

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 9 mai 2019.

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

Le Président

Bernard Roman