

L'ouverture à la concurrence **DU TRANSPORT FERROVIAIRE** de voyageurs en France

3

Les conditions d'une ouverture
à la concurrence efficace
des services conventionnés

Mars 2018



arafer
autorité de régulation des activités
ferroviaires et routières



Sommaire

Introduction

05

///01

Les conditions d'une mise en concurrence efficace des services conventionnés

08

Définir le périmètre des services publics conventionnés et le niveau de compensation financière approprié

09

Garantir l'accès aux informations nécessaires à l'élaboration de l'appel d'offres

11

Mettre en place un cadre juridique d'attribution des contrats de service public clair, lisible et stabilisé

17

///02

Le calendrier de mise en concurrence des services conventionnés

19

Le régime d'attribution des contrats de service public ferroviaire entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023

19

Devenir des contrats en cours d'exécution attribués sans mise en concurrence avant le 24 décembre 2023

20

Le principe de mise en concurrence des contrats à compter du 25 décembre 2023 et le régime des exceptions

21

Conclusion

26

INTRODUCTION

Au moment où certaines autorités organisatrices de transport manifestent leur intention d'ouvrir au plus vite à la concurrence leurs services ferroviaires conventionnés de voyageurs tandis que d'autres font part de leur faible intérêt pour cette perspective, ce document vise à éclairer les acteurs du secteur du transport ferroviaire et les pouvoirs publics sur les règles souvent méconnues ou mal comprises appelées à régir très prochainement cette ouverture, qui relèvent aujourd'hui du droit de l'Union et appellent pour certaines une transcription en droit national. Il s'attache à expliciter les grandes étapes du calendrier d'ouverture à la concurrence de ces services et propose en outre un certain nombre de recommandations propres à garantir l'effectivité du processus d'ouverture à la concurrence des services conventionnés au profit des autorités organisatrices de transport comme des usagers.

Les services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs sont répartis en France en deux grandes catégories de services : les services conventionnés et les services non conventionnés, dits « commerciaux » :

- Les services conventionnés correspondent aux services de transport de voyageurs dont les conditions d'exploitation sont définies dans le cadre d'un contrat conclu entre une autorité compétente dans le secteur des transports publics et une entreprise qui exploite ou fournit les services, conformément au règlement (CE) n°1370/2007 du 23 octobre 2007, dit « règlement OSP », relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route approuvé par le Parlement européen et le Conseil le 23 octobre 2007¹ et modifié par le 4^{ème} paquet ferroviaire², adopté le 14 décembre 2016.
- Les services « commerciaux » correspondent aux autres services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs. Ils ne font pas l'objet de conventions entre une AOT et une entreprise ferroviaire. Ils sont constitués, pour leur quasi-totalité, par des services de transport exploités par SNCF Mobilités grâce à des trains aptes à la grande vitesse, circulant sur des lignes à grande vitesse (LGV) comme sur des lignes classiques. Ces services sont actuellement exploités sous les dénominations TGV, InOui et OUIGO.

Compte tenu, d'une part, des compétences d'autorité organisatrice des transports (AOT) reconnues en matière de service de transport ferroviaire de voyageurs aux Régions, à Ile-de-France Mobilités (ex-STIF) et à l'Etat³ et, d'autre part, du monopole d'exploitation conféré par la loi à SNCF Mobilités⁴ sur ces services lorsqu'ils empruntent le réseau ferré national⁵, les services de transport ferroviaire conventionnés comprennent actuellement⁶ :

- les services régionaux TER, qui font l'objet de conventions de service public conclues entre les Régions et SNCF Mobilités,
- les services « Transilien » qui font l'objet d'une convention conclue entre Ile-de-France Mobilités et SNCF Mobilités⁷,

¹ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et n° 1107/70 du Conseil.

² Règlement (UE) n° 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer.

³ V. respectivement les articles L. 2121-3, L. 1241-1, L. 1221-1 et L. 2100-2 du code des transports.

⁴ Article L. 2141-1 du code des transports.

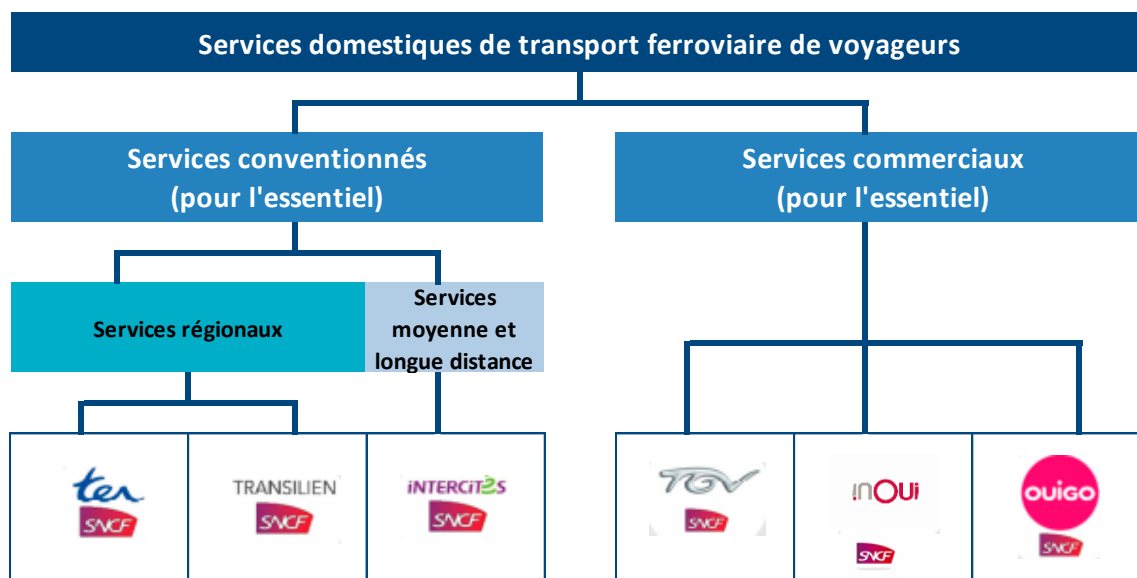
⁵ Sous réserve des services de cabotage international ; v. article L. 2121-12 du code des transports.

⁶ N'est pas examiné dans cette étude le cas des lignes Valençay-Salbris, Carhaix-Guingamp-Paimpol, Nice-Digne et du réseau corse, en raison de leur spécificité, bien que les conditions d'exploitation de ces services soient régies par le règlement OSP. En outre, il n'est pas tenu compte du contrat de service public ferroviaire qui a vocation à être conclu dans le cadre de la mise en œuvre du projet CDG Express entre l'Etat, autorité organisatrice du service CDG Express, et son exploitant qui sera désigné par l'Etat à l'issue d'une procédure de mise en concurrence conformément à l'article L. 2111-3-1 du code des transports.

⁷ Les RER C, D et E ainsi que les branches des RER A et B exploités par SNCF Mobilités, qui sont également conventionnés et relèvent à ce titre du règlement « OSP », ne font pas l'objet de développements particuliers dans cette étude.

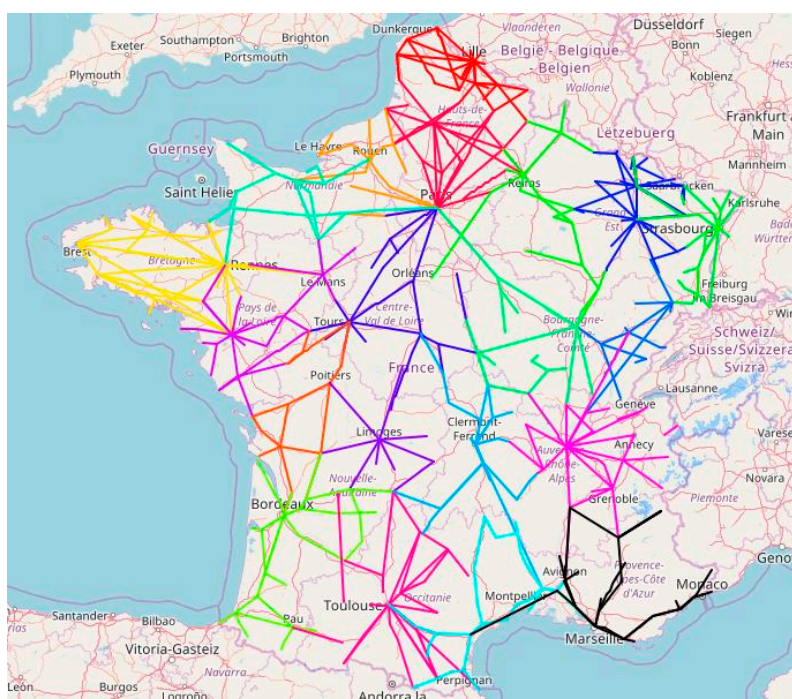
- et des services moyenne et longue distance de trains d'équilibre du territoire (TET), exploités sous la dénomination *Intercités*, qui font l'objet d'une convention conclue entre l'Etat, en tant qu'autorité organisatrice, et SNCF Mobilités.

Figure 1 – Organisation des services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs en France en 2016



Les services conventionnés ne constituent pas une catégorie homogène. Ce constat est d'abord le reflet du fait que, depuis la réforme territoriale instaurée par la loi NOTRe du 7 août 2015⁸, les conventions TER relèvent de la responsabilité de douze AOT régionales, comme l'illustre la carte ci-après.

Figure 2 – Cartographie des lignes TER en France par région en 2016 (source Arafer)



⁸ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

Au-delà de cette organisation décentralisée, les services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs présentent en eux-mêmes des caractéristiques hétérogènes d'une région à l'autre, détaillées dans le bilan du marché français du transport ferroviaire de voyageurs pour les années 2015 et 2016 réalisé par l'Observatoire des transports et de la mobilité de l'Arafer et publié le 16 novembre 2017⁹. Pour les besoins de la présente étude, méritent d'être soulignée les importantes différences entre services conventionnés concernant :

- **la fréquentation**, avec de fortes disparités entre la Région Ile-de-France dans laquelle le nombre de kilomètres parcourus quotidiennement en train par habitant (3,1km), le plus élevé en 2016, est bien supérieur à la moyenne nationale de 1,2 km par habitant et dix fois plus élevé que le minimum de 0,3 km par habitant constaté en région Poitou-Charentes ;
- **la taille et l'intensité d'utilisation du réseau**, avec des écarts importants d'une région à l'autre en terme de longueur de lignes (entre 2 636 km pour la région Rhône-Alpes, soit près de 9 % du réseau, et 709 km pour la région Alsace en 2015) non nécessairement corrélés à leur intensité d'utilisation : la région Alsace, qui dispose en 2015 du plus petit réseau régional, présente néanmoins une intensité d'utilisation quotidienne très élevée avec une moyenne de 40 circulations quotidiennes par kilomètre de ligne, soit près du double de la moyenne nationale de 22 trains régionaux quotidiens par kilomètre de ligne ;
- ou encore **le nombre de sièges offerts** : l'offre globale de sièges.km, qui s'élève à 103 milliards de sièges.km en 2016, se répartit à parts égales entre l'activité Transilien et l'activité TER, mais avec là encore de fortes disparités régionales ; avec 9 milliards de sièges.km, la région Rhône-Alpes concentre près de 18 % de l'offre totale de sièges.km TER contre seulement 0,6 milliard de sièges.km pour la région Limousin.

Sur le périmètre des nouvelles régions, les marchés de services ferroviaires régionaux conventionnés représentent en moyenne 15,1 millions de trains-km hors Ile-de-France et 18,5 millions de trains-km Île-de-France incluse, avec d'importants écarts entre régions¹⁰). Les marchés français sont ainsi de taille importante, en comparaison des marchés de services ferroviaires régionaux ouverts à la concurrence dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, (5,7 millions de trains-km en Allemagne ou 5,4 millions de trains-km en Suède). Ce constat est à nuancer au regard du cas britannique : à l'exception de ceux des régions Ile-de-France et Auvergne-Rhône Alpes, les marchés de services ferroviaires régionaux en France sont d'une taille inférieure à celle des marchés conventionnés ouverts à la concurrence en Grande-Bretagne, qui se singularise avec une taille moyenne importante (27 millions de trains-km)¹¹.

Au sein des services conventionnés, c'est l'activité TER qui pèse le plus en termes de nombre de circulations, de villes desservies et de revenus, même si l'activité Transilien est celle qui offre la capacité d'emport la plus élevée. La fréquentation des TER, essentiels pour répondre aux besoins de mobilité quotidiens des Français, est toutefois en baisse de 5 % depuis 2012, à rebours de la tendance de moyen terme observée notamment en Allemagne, au Royaume-Uni et en Suède¹².

Dans ce contexte, l'ouverture à la concurrence des services conventionnés dans le cadre du 4^{ème} paquet ferroviaire peut constituer un des leviers permettant aux décideurs publics de réorienter ou conforter leurs choix en matière de politique des transports ferroviaires de voyageurs et de garantir que les contrats qu'ils concluront avec les opérateurs seront de nature à offrir aux usagers un service ferroviaire répondant aux besoins qu'ils auront au préalable définis. Elle permettra en effet aux autorités organisatrices des transports de déterminer, en cohérence avec les objectifs stratégiques

⁹ V « Le marché français du transport de voyageurs 2015-2016 » et l'annexe 1.

¹⁰ 55,3 millions de trains-km en Ile-de-France et 3,4 millions de trains-km en région Poitou-Charentes.

¹¹ V. annexe 2.

¹² Données en France issues de la direction générale de TER de SNCF Mobilités, entre 2012 et 2015. Sur la période 2010-2015, on constate une hausse de 1,6 % en Allemagne, 3,5 % au Royaume-Uni et 2,7 % en Suède.

définis par l'Etat, les contours du service public ferroviaire qu'elles souhaitent proposer sur leur territoire, puis de choisir, après mise en concurrence selon des règles transparentes et équitables, l'entreprise qui aura le droit exclusif d'exploiter le réseau attribué pour une durée limitée¹³.

La mise en place réussie d'une concurrence pour le marché suppose cependant la réunion de plusieurs conditions, au premier rang desquelles une organisation efficace des appels d'offres. Ce sont ces conditions que s'attache à identifier la première partie du présent document, avant de préciser, dans une seconde partie, le calendrier et les limites, transitoires ou pérennes, à la mise en concurrence des contrats de service public de transport ferroviaire.

1- LES CONDITIONS D'UNE MISE EN CONCURRENCE EFFICACE DES SERVICES CONVENTIONNES

La mise en place d'une concurrence pour le marché efficace suppose de garantir la cohérence et la qualité des appels d'offres ainsi que de clarifier le cadre juridique d'attribution des contrats de service public.

S'agissant tout d'abord de la cohérence des appels d'offres, le quatrième paquet ferroviaire innove en accompagnant l'ouverture à la concurrence de l'obligation¹⁴ pour les Etats-membres d'exposer, dans des documents spécifiques adoptés après consultation des parties prenantes¹⁵, leur politique en matière de transports publics. C'est en cohérence avec les objectifs stratégiques d'ensemble ainsi déterminés par l'Etat que les autorités organisatrices des transports – c'est-à-dire essentiellement en France, outre l'Etat lui-même, les Régions et Ile-de-France Mobilités – devront prendre position sur le périmètre des services ferroviaires qu'elles souhaitent conventionner. Elles devront déterminer précisément, pour ces services, les contours des obligations de service public propres à garantir que le service sera réalisé dans des conditions optimales pour les usagers et la collectivité ainsi que le niveau adéquat de la compensation accordée aux opérateurs choisis en contrepartie de l'exécution de ces obligations.

L'ouverture à la concurrence constitue ainsi un moment clé dont les autorités organisatrices peuvent s'emparer pour réinterroger les choix en matière de dessertes en transport ferroviaire, au regard des priorités d'aménagement du territoire mais aussi de l'usage optimal des deniers publics et de la possibilité de mettre en œuvre des dessertes par d'autres modes que le ferroviaire (1.1.).

L'efficacité du mécanisme des appels d'offres dépend de la capacité du donneur d'ordre à caractériser le service qu'il souhaite voir réaliser et à établir des critères objectifs d'attribution lui permettant de comparer des offres alternatives. Au-delà de la nécessité, pour les autorités organisatrices, de se doter des moyens et des compétences requis, ceci suppose qu'elles disposent des informations nécessaires pour pouvoir élaborer un dossier d'appel d'offres de qualité, propre à susciter des offres répondant aux besoins définis (1.2).

Enfin, la perspective d'une mise en concurrence des contrats de service public de transport ferroviaire implique que les règles applicables à l'attribution de ces contrats soient clarifiées afin de garantir une sécurité juridique suffisante aux autorités organisatrices comme aux candidats (1.3).

¹³ L'appellation de ce contrat varie selon les systèmes juridiques des États membres (convention de service public en France « franchise » au Royaume-Uni). C'est en ce sens seulement que le présent document traite des « franchises » ; il n'a pas pour objet d'expertiser le scénario d'ouverture à la concurrence des lignes TGV évoqué sous le terme de « franchises », consistant à regrouper au sein d'un unique lot l'exploitation de lignes ferroviaires à grande vitesse rentables et de lignes déficitaires.

¹⁴ V. article 2 bis du règlement OSP.

¹⁵ Le considérant (10) du règlement (UE) n° 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer mentionne à ce titre que « *parmi ces parties prenantes pourraient figurer les opérateurs de transport, les gestionnaires de l'infrastructure, les organisations de travailleurs et les représentants des usagers des services publics de transports* ».

1.1 Définir le périmètre des services publics conventionnés et le niveau de compensation financière approprié

1.1.1 La définition du périmètre des obligations de service public

La définition par les autorités organisatrices de transport du périmètre des services publics conventionnés suppose de préciser les critères permettant de qualifier de « service public » des services de transport.

L'encadrement des obligations de service public en matière de transport ferroviaire dans le droit de l'Union européenne présente des singularités. Les transports sont d'abord régis par des dispositions spéciales du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Son article 93 déroge, pour les transports, aux règles posées en matière d'aides d'Etat par l'article 106 paragraphe 2 du TFUE : il prévoit en effet que *« [s]ont compatibles avec les traités les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public »*.

Ensuite, à la différence d'autres secteurs comparables (droit de l'énergie et des télécommunications), les obligations de service public ne sont définies que de manière très générale dans le règlement OSP comme *« l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérerait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie »* (article 2, e) de ce règlement).

Les objectifs d'intérêt général légitimant une intervention des autorités publiques dans le domaine des transports par l'institution d'obligations de service public sont eux-mêmes larges et divers : elle est justifiée *« pour garantir la fourniture de services (...) qui soient notamment plus nombreux, plus sûrs, de meilleure qualité ou meilleur marché que ceux que le simple jeu du marché aurait permis de fournir »* (article 1^{er} du règlement OSP).

Le conventionnement de services de transport ferroviaire de voyageurs peut être justifié par le souci *« d'établir un système cohérent et d'envergure assurant un service de qualité aux passagers »* et de répondre à *« des objectifs de desserte du territoire »*. Une ligne ferroviaire peut ainsi valablement être incluse dans le périmètre du service public conventionné pour renforcer les possibilités d'accès à un territoire géographiquement isolé, et pour prendre en charge et déposer des passagers à des arrêts intermédiaires dans plusieurs villes situées sur le parcours du train (cf. affaire *Andersen*¹⁶). Les enjeux d'aménagement du territoire sont ainsi au nombre des objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier l'intégration de lignes dans le périmètre du service public conventionné.

Il faut préciser que cette inclusion n'est pas *« conditionnée par le constat d'un 'échec du marché' »*. Si la preuve d'une défaillance du marché constitue un élément d'analyse pertinent, le constat de la carence de l'initiative privée n'est pas une condition indispensable à la qualification d'une liaison de « service public ». Ainsi, ni l'existence d'un service de transport ferroviaire analogue, ni celle d'une desserte par autocar, ne remettent en cause le choix de l'autorité organisatrice des transports de confier l'exécution d'obligations de service public à une entreprise sur cette ligne¹⁷.

Par ailleurs, l'autorité compétente, lorsqu'elle définit les obligations pour la fourniture de services publics de transport de voyageurs, peut regrouper des services couvrant leurs coûts et des services ne couvrant pas leurs coûts, comme le prévoit expressément l'article 2 bis du règlement OSP. Selon la Commission européenne, ce règlement *« ne limite aucunement la possibilité de confier des missions de services recouvrant un ensemble de lignes pour établir un système de transport cohérent, notamment avec le souci de permettre une certaine continuité des transports »* et *« [a]ucun critère n'est énoncé concernant la rentabilité ou non des lignes individuelles concernées »*. La Commission considère ainsi qu'un Etat membre *« ne commet pas une erreur manifeste d'appréciation s'il inclut dans un contrat de service public une ou plusieurs lignes rentables, dans la mesure où ces lignes*

¹⁶ Tribunal de l'Union européenne, 18 janvier 2017, *Jørgen Andersen c. Commission européenne*, aff. T-92/11 RENV, points 58 à 70.

¹⁷ Id. pts 70-72. Rien n'interdit d'ailleurs d'envisager un conventionnement de services combinant plusieurs modes de transport.

s'insèrent dans un système de transport cohérent, et ce, sans préjudice de l'existence de telles lignes ». Elle conclut qu'« [e]n l'absence de règles contraaires précises, l'État membre demeure libre d'apprécier l'étendue de la mission de service public qu'il souhaite confier à une entreprise pour établir un système de transport suffisant »¹⁸.

Enfin, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un service d'intérêt économique général dans le secteur des services de transport terrestre. La Commission n'exerce sur cette qualification de SIEG qu'un contrôle restreint : elle ne peut la remettre en question qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation¹⁹.

Ainsi, sous réserve d'agir en cohérence avec les orientations stratégiques définies par l'Etat, les autorités organisatrices des transports disposent d'une ample marge de manœuvre dans la définition du périmètre des services conventionnés.

La définition des obligations de service public en matière de transport public de voyageurs s'accompagne toutefois de certaines exigences formelles. En effet, l'article 3 du règlement OSP prévoit qu'une autorité compétente qui octroie à un opérateur un droit exclusif et/ou une compensation en contrepartie de la réalisation d'obligations de service public est tenue de le faire dans le cadre d'un contrat de service public, dont le contenu obligatoire et la durée maximale (15 ans pour le secteur ferroviaire²⁰) sont fixés à l'article 4 du règlement.

Le contrat doit notamment préciser (i) les obligations de service public pesant sur l'opérateur sélectionné ainsi que les zones géographiques concernées, (ii) la détermination à l'avance des paramètres permettant le calcul de la compensation ainsi que la nature et l'ampleur de tous droits exclusifs accordés, de manière à éviter toute surcompensation, de façon objective et transparente (voir point 1.1.2 ci-dessous), et (iii) les modalités de répartition des coûts liés à la fourniture des services, ces coûts pouvant comprendre notamment les coûts liés à l'exploitation du service, des coûts fixes et une rémunération appropriée du capital. Il appartient donc à l'autorité compétente de définir les obligations de service public de manière détaillée en ce qui concerne les lignes à desservir en termes de ponctualité, de qualité et de fréquence des services, et de leur fixer une durée déterminée²¹.

Le règlement OSP prévoit aussi des règles destinées à garantir la transparence des contrats, quel que soit leur mode d'attribution (obligation de publier au moins un an à l'avance l'intention d'une autorité compétente d'attribuer un contrat²² et au moins une fois par an un rapport global sur les obligations de service public²³). Il impose aussi aux États-membres de prévoir une voie de recours juridictionnelle contre les décisions d'attribution des contrats²⁴. Ces obligations sont renforcées pour les contrats attribués sans mise en concurrence (publication du contenu des contrats²⁵, communication par l'autorité compétente des motifs de sa décision relative à l'attribution directe d'un contrat²⁶, encadrement renforcé de la durée des contrats²⁷).

¹⁸ Décision de la Commission du 24 février 2010 concernant les contrats de service public de transport entre le ministère danois des Transports et Danske Statsbaner (DSB) - Aide d'État n° C 41/08 (ex NN 35/08)

¹⁹ Tribunal de l'Union européenne, 18 janvier 2017, *Jørgen Andersen c. Commission européenne*, aff. T-92/11 RENV.

²⁰ Sauf si les conditions prévues à l'article 4 paragraphe 4 du règlement OSP, qui autorise des durées plus longues, sont réunies.

²¹ V. l'affaire *Andersen* précitée. Dans sa décision *Communauté d'agglomération Maubeuge-Val de Sambre* du 5 mars 2014 (n° 365500), le Conseil d'État a également jugé que les exigences de précision du contenu du contrat visé à l'article 3 du règlement 1370/2007 étaient respectées par la convention relative à l'exploitation des trains d'équilibre du territoire (TET) prévoyant expressément que les composantes de l'offre de transport feraient l'objet d'une adaptation par les parties afin de tenir compte de la structuration des graphiques de circulation devant intervenir en décembre 2011 (le « cadencement ») et ayant abouti à la réduction du nombre d'allers retours par jour ouvrable entre Paris et Maubeuge de 7 à 5.

²² V. règlement OSP, article 7 paragraphe 2.

²³ Id., article 7 paragraphe 1.

²⁴ Id., article 5 paragraphe 7.

²⁵ Id., Article 5 et article 7 paragraphe 3.

²⁶ Article 7 paragraphe 4.

²⁷ V. article 5 et article 8 § 2, avec une ambiguïté sur l'articulation des dispositions relatives à la durée des contrats attribués sur le fondement de l'article 5 § 6 entre la mention d'une durée maximale de 10 ans mentionnée à l'article 8 paragraphe 2 et la possibilité, prévue à l'article 5 § 6, d'appliquer l'article 4 § 4 qui autorise, dans certains cas, une durée plus longue.

1.1.2 Le financement des obligations de service public

La Commission européenne, comme les juridictions de l'Union européenne, veillent de manière plus étroite à l'absence de surcompensation des obligations de service public qu'à la définition de leur périmètre (cf censure dans l'affaire *Andersen* de l'absence de mécanisme de restitution des surcompensations).

A ce titre, reprenant en substance la jurisprudence *Altmark* de la Cour de justice des Communautés européennes²⁸, le règlement OSP prévoit d'abord que chaque contrat de service public, quelles que soient ses modalités d'attribution (directe ou après mise en concurrence) établit à l'avance, de façon objective et transparente, les paramètres de calcul de la compensation éventuellement accordée de façon à garantir l'absence de surcompensation du coût des obligations de service public²⁹.

En outre, **le règlement OSP soumet le mode de calcul de ces compensations à un encadrement plus strict lorsque les contrats de service public sont attribués sans mise en concurrence**. Il précise ainsi en son article 4 que, pour ces contrats, les paramètres doivent être déterminés de façon à ce qu'aucune compensation ne puisse excéder le montant nécessaire pour couvrir l'incidence financière nette sur les coûts et les recettes occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes correspondantes conservées par l'opérateur ainsi que d'un bénéfice raisonnable. Il impose aussi que les compensations accordées soient calculées conformément à la méthode détaillée en annexe au règlement, qui précise notamment les éléments à prendre en compte pour évaluer « *l'incidence financière nette* », et exige une comptabilité séparée dans certains cas³⁰. L'annexe définit notamment la notion de « *bénéfice raisonnable* » : il s'agit du taux de rémunération du capital habituel pour le secteur dans l'Etat membre concerné, et qui prend en compte le risque ou l'absence de risque encouru par l'opérateur de service public du fait de l'intervention de l'autorité publique.

Enfin, la Commission a précisé que lorsque la convention de service public regroupe des lignes rentables et non rentables, les recettes de la ligne bénéficiaire « *doivent être prises en compte dans le calcul global des charges et recettes liées aux services concernés et pour la détermination du niveau des compensations*. Il en ressort que les résultats d'une ligne rentable conduiraient finalement à diminuer d'autant la compensation financière nécessaire à l'exploitation des autres lignes non rentables de ce système »³¹.

1.2 Garantir l'accès aux informations nécessaires à l'élaboration de l'appel d'offres

Le recueil, par les autorités organisatrices, des informations relatives à l'exploitation des services ferroviaires puis leur mise à disposition auprès de l'ensemble des candidats intéressés par l'attribution du contrat de service public est un facteur déterminant d'une ouverture à la concurrence effective et réussie du transport ferroviaire de voyageurs.

Transmises en amont à l'autorité organisatrice, elles lui permettront de définir sa stratégie d'allotissement, d'élaborer le plus précisément possible le dossier d'appel d'offres et d'anticiper au mieux l'équilibre économique et contractuel du projet de contrat.

En aval, les données ainsi collectées devront ensuite être communiquées par l'autorité organisatrice aux candidats intéressés de manière suffisamment large en tenant compte des besoins des candidats, mais aussi de la nécessaire protection des données les plus sensibles couvertes par le secret des affaires. L'enjeu de cette transmission d'informations aux candidats est, pour l'AOT, d'obtenir de leur part les réponses les plus réalistes et d'éviter les déconvenues éventuelles entre la promesse figurant dans la réponse à l'appel d'offres et la réalité des prestations fournies.

²⁸ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.

²⁹ Article 4 du règlement OSP.

³⁰ V. Annexe au règlement OSP : « Règles applicables à la compensation dans les cas évoqués à l'article 6, paragraphe 1 ».

³¹ Décision précitée de la Commission européenne du 24 février 2010, v. note n° 19.

La mise à disposition des candidats des informations détenues par l'opérateur en place est également une exigence au regard du droit de la commande publique : elle constitue en effet l'un des volets permettant de garantir le caractère équitable et non-discriminatoire de la procédure de mise en concurrence et l'absence d'avantage au sortant, dès lors que l'opérateur historique y participerait. A défaut, l'opérateur en place pourrait bénéficier d'un avantage concurrentiel qui ne garantirait pas l'égalité de traitement des candidats.

1.2.1 Sur la nature des informations devant être communiquées par l'opérateur en place

L'article 4 paragraphe 8 du règlement OSP impose aux opérateurs de fournir à l'autorité organisatrice des transports les « *informations essentielles pour l'attribution des contrats de service public* ». Les autorités compétentes doivent quant à elles mettre à disposition de toutes les parties intéressées « *les informations utiles pour préparer une offre dans le cadre de la procédure de mise en concurrence* », en garantissant, dans les deux cas, la protection légitime des informations commerciales confidentielles.

Le règlement dresse ensuite une liste non limitative de ce que recouvrent ces informations devant obligatoirement être communiquées : elles portent notamment sur « *le nombre de voyageurs, les tarifs, les coûts et les recettes liés au service public de transport de voyageurs* » objet de la procédure de mise en concurrence, et englobent également les « *précisions sur les spécifications de l'infrastructure pertinentes pour l'exploitation des véhicules ou du matériel roulant requis* », l'AOT pouvant, pour ces dernières, solliciter l'assistance du gestionnaire de l'infrastructure.

Le champ des données auxquelles l'AOT puis les candidats doivent avoir accès en vertu du règlement OSP est donc particulièrement large. Surtout, les notions finalistes d'informations « essentielles », « utiles » ou « pertinentes » aux différents stades de la procédure de mise en concurrence laissent place à une marge d'appréciation importante qui risque d'être source d'interprétations divergentes entre les opérateurs sortants et les autorités organisatrices de transport, et d'une autorité organisatrice à l'autre. Cette situation pourrait paralyser le processus d'appels d'offres et générer de délicats contentieux. Il apparaît donc essentiel de lever en droit interne ces incertitudes et l'insécurité juridique qui en découle.

Pour cela, il convient d'abord de **préciser en droit interne la nature et le degré de détail des données** concernant l'exploitation des services conventionnés dont les autorités organisatrices et les nouveaux entrants devront disposer pour organiser la mise en concurrence de ces services.

De manière générale, et afin de lever les barrières à l'entrée inhérentes à ces marchés dont le détail est exposé dans le livret n°2 ³², **il est essentiel qu'ils aient a minima accès aux informations suivantes :**

Tableau 3 – Cartographie des données requises (source : analyse ARAFER)

Type de données	Détail des données requises
Fréquentation	Historique des fréquentations (par tranche horaire) passées sur la durée de la convention ainsi que les données de fréquentation prévisionnelle, par liaison (avec les hypothèses sous-jacentes)

³² « Les obstacles à une ouverture à la concurrence réussie – Barrières à l'entrée, risques concurrentiels et gouvernance du système ferroviaire »

Tarifs	Plan tarifaire complet par liaison et par catégorie d'usagers (abonnés, occasionnels, familles nombreuses, etc.).
Finance	Détail des charges et des recettes passées et prévisionnelles (avec les hypothèses sous-jacentes).
Plan de transport	Détail des roulements commerciaux et techniques par liaison avec détail de l'affectation des matériels roulants par liaison et par mission.
Matériel roulant	Inventaire du matériel roulant, détail de la trame de maintenance de chaque unité de matériel roulant.
Centres de maintenance	Localisation des centres de maintenance qui entretiennent le matériel roulant, détail des installations et équipements et cartographie d'utilisation par les différents matériels roulants, disponibilité des centres de maintenance (avec identification des capacités utilisées par les services conventionnés qui ont vocation à être libérées à l'échéance du contrat de service public en cours), comptabilité analytique des centres de maintenance
Personnel	Liste des personnels, cartographie des compétences associées à chaque individu, affectation actuelle de chaque individu.

Plus précisément, la question de l'accès à ces données se décline différemment selon qu'il s'agit des données qui doivent être transmises par l'opérateur en place aux autorités organisatrices de transport (AOT) afin de leur permettre de préparer leurs appels d'offres (1.2.2) ou selon qu'il s'agit des données qui doivent être mises par les AOT à disposition des candidats afin de leur permettre de préparer leurs offres (1.2.3). Le périmètre exact des données concernées et le degré de protection qu'il convient de leur conférer varient selon que l'on se situe dans l'un ou l'autre cas.

1.2.2 Sur la transmission aux autorités organisatrices des données nécessaires à la préparation des appels d'offres

L'efficacité du mécanisme d'appel d'offres dépend en premier lieu de la capacité des autorités organisatrices à caractériser précisément le service qu'elles souhaitent voir réalisé et à établir des critères objectifs d'attribution leur permettant ensuite de comparer des offres alternatives.

Au cours de cette phase amont de préparation de l'appel d'offres, l'enjeu est de garantir que les AOT auront à leur disposition l'ensemble des données leur permettant de définir au mieux le projet de contrat qu'elles mettront en concurrence et ses modalités de réalisation, s'agissant par exemple du traitement du matériel roulant. Pour ce faire, il convient qu'elles disposent d'une connaissance précise des conditions économiques, techniques et financières dans lesquelles le service est actuellement exploité pour identifier les marges d'adaptation possibles en termes de périmètre des services concernés, de consistance de l'offre de transport, au regard notamment de l'objectif d'aménagement

du territoire ou encore d'objectifs de qualité de service qu'elles pourraient raisonnablement être en droit d'exiger de la part des nouveaux opérateurs et du montant des bonus/malus financiers associés. Sur la base de ces éléments, les AOT pourront alors élaborer un projet de cahier des charges détaillé et appréhender l'équilibre économique et financier du projet de contrat avec un risque d'erreur limité.

Pour parvenir à cet objectif, il est indispensable que les AOT disposent, par principe, d'un droit d'accès à toute information détenue par l'opérateur sortant relative à l'exécution du service conventionné. Pour ce faire, une disposition législative édictant le principe selon lequel l'autorité organisatrice des transports peut exiger de l'opérateur sortant qu'il fournisse toute information économique, financière ou technique relative à l'exécution du service qui lui est confié est indispensable afin que le secret en matière industrielle et commerciale ne puisse faire obstacle à la transmission de ces données.

Après avoir posé ce principe, la loi fixerait les grandes catégories de données concernées en s'inspirant de celles recensées dans le tableau précédent (tableau 3).

Le législateur pourrait ensuite :

- **soit renvoyer à un décret en Conseil d'Etat**, pris après avis de l'ARAFER, **le soin de préciser le contenu des informations concernées et les modalités de leur transmission.** Cette option, classique, est celle qui confère la plus grande force juridique à la liste des données devant être transmises aux autorités organisatrices. Le décret en Conseil d'Etat présente toutefois l'inconvénient d'une rigidité importante s'il s'avérait nécessaire de modifier ultérieurement la liste déterminée avant les débuts effectifs de l'ouverture à la concurrence ;
- **soit confier au régulateur le soin de détailler la liste des informations à transmettre, après consultation publique.** Cette seconde option répond au besoin d'un tiers neutre et objectif dans un aspect crucial de la relation entre les AOT et les opérateurs, au service des intérêts des utilisateurs finaux du système de transport. L'organisation d'une consultation de tous les acteurs concernés, incitant les régions à anticiper les données qui leur seront indispensables à la préparation des appels d'offres, est un avantage majeur de cette solution. Enfin, ce dispositif offrirait une souplesse et une réactivité accrues s'il s'avérait nécessaire d'actualiser la liste initialement arrêtée pour tenir compte des premiers retours d'expérience ;
- **Soit combiner les deux options précédentes en prévoyant un décret en Conseil d'Etat qui pourrait lui-même renvoyer à l'ARAFER le soin de préciser ses modalités concrètes d'application, après consultation publique.**

Quelle que soit l'option choisie, afin de garantir l'effectivité des dispositions imposant la communication de données aux autorités organisatrices de transport, le refus de transmission d'une information par l'opérateur en place devra pouvoir faire l'objet d'un contrôle, conformément à l'article 4 paragraphe 8 du règlement OSP. Sur ce point, deux solutions peuvent être explorées :

- **confier directement ce pouvoir de contrôle à un juge.** Le référé mesures utiles ou référé conservatoire, procédure d'urgence prévue à l'article L. 521-3 du code de justice administrative pourrait, dans l'absolu, être envisagé. Sur ce fondement, le juge peut en effet enjoindre la communication de documents à une autorité administrative comme à une personne privée chargée d'une mission de service public³³. Cependant, il n'est pas du tout certain que l'ensemble des conditions permettant de recourir avec succès à cette voie de droit soient réunies dans le cas qui nous occupe³⁴. Le juge des référés ne peut en effet faire droit à une telle demande de communication qu'à condition notamment qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse³⁵. Or, l'opérateur, qui par définition aura refusé de transmettre

³³ CE, 11 mai 1979, *Espinasse*, n° 11551, au Rec. ; CE, 29 avril 2002, *Sté Baggerbedrijf de Boer*, n° 239 466, au Rec..

³⁴ Deux conditions auraient davantage de chances a priori d'être regardées comme satisfaites : l'injonction de communiquer des informations ne ferait échec à l'exécution d'aucune décision administrative et l'AO devrait être en mesure de justifier que leur obtention est à la fois utile et urgente dès lors qu'elle est nécessaire à la continuité et au bon fonctionnement du service public (sur ce dernier point, cf ccl de B. Dacosta, sur la décision *Société Assistance Conseil Informatique Professionnelle*, 1^{er} mars 2012, n° 354628).

³⁵ Cf par ex. CE, 18 novembre 2015, *SFOIP*, n° 383189 ; CE, 20 décembre 2017, n° 402383, aux T.

des données, se défendra devant le juge d'être tenu de les communiquer, si bien qu'il est peu vraisemblable, au surplus en l'absence de jurisprudence établie sur ce point, que le juge des référés estime cette condition remplie. Cette option, qui fait dépendre l'effectivité de la transmission des données mais aussi celle du contrôle juridictionnel exigé par le règlement OSP de l'appréciation de plusieurs conditions par le juge, est trop hasardeuse pour être préconisée.

- **élargir à la communication de ces données le périmètre des questions dont peut être saisi le régulateur dans le cadre de la procédure de règlement de différend**, en complétant en ce sens l'article L. 1263-2 du code des transports. Le règlement de différend est un outil pertinent dès lors qu'il permet au régulateur de prendre en urgence des mesures conservatoires. Le règlement de différend pourrait être complété de la possibilité pour le régulateur **d'appliquer une sanction administrative à l'opérateur, sur le fondement de l'article L. 1264-7 du code des transports**, comme il est habilité à le faire en cas de manquement des opérateurs ferroviaires aux obligations de communication d'informations prévues en application des articles L. 1264-2 et L. 2132-7 de ce code. Le recours à cette procédure de sanction présente l'avantage de permettre au régulateur d'harmoniser à l'échelle nationale les règles de communication des documents. L'instruction des deux procédures devrait être brève afin d'entraver le moins longtemps possible la procédure d'appel d'offres. La décision de l'Autorité serait dans l'un et l'autre cas soumise au contrôle du juge, conformément à l'article 5 paragraphe 8 du règlement OSP, qui exige un contrôle juridictionnel sur le respect des règles de communication des informations qu'il édicte.

Par ailleurs, à ce stade du processus, il s'agit de garantir aux AOT qu'elles pourront collecter sans entrave les données dont elles ont besoin pour préparer leurs appels d'offres. **La question de la divulgation de ces données ne se pose donc pas de manière spécifique à cette étape** et les principes généraux relatifs à la communication des données relevant des secrets protégés par la loi ont vocation à s'appliquer. **Une disposition législative rappelant aux AOT la nécessité d'assurer la protection des informations couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale paraît donc suffire.**

Enfin, compte tenu de l'importance de l'accès à l'infrastructure ferroviaire, et conformément à l'article 4 paragraphe 8 du règlement OSP, il conviendrait de **prévoir dans la loi des dispositions équivalentes sur le périmètre et les conditions dans lesquelles SNCF Réseau (ou tout autre gestionnaire d'infrastructure) transmet aux autorités compétentes les données relatives à l'infrastructure nécessaires à l'élaboration du dossier d'appel d'offres** (état et performance de l'infrastructure, calendrier prévisionnel des travaux, sillons disponibles, etc.). Il serait également opportun que la réglementation nationale précise le cadre dans lesquels les gestionnaires d'infrastructure « *assistent les autorités compétentes pour la fourniture de toutes les spécifications de l'infrastructure pertinentes* ». Cela pourrait impliquer que les gestionnaires d'infrastructure soient tenus de répondre à des questions posées par les candidats dans le cadre de la procédure et de participer à des réunions d'échanges avec les candidats, dans le respect du principe d'égalité.

1.2.3. Sur la mise à disposition des candidats par les autorités organisatrices des données utiles à l'élaboration de leurs offres

L'article 4 paragraphe 8 du règlement OSP prévoit que les AOT mettent à disposition des candidats les informations utiles pour préparer leurs offres, tout en garantissant la protection légitime des informations commerciales confidentielles, ces informations portant « *notamment, sur le nombre de voyageurs, les tarifs, les coûts et les recettes liés au service public de transport de voyageurs couvert par la procédure de mise en concurrence et des précisions sur les spécifications de l'infrastructure pertinentes pour l'exploitation des véhicules ou du matériel roulant requis et permettent aux parties intéressées de préparer des plans d'exploitation bien étayés.* ».

A ce stade, l'enjeu est de concilier la transmission d'informations suffisamment précises aux candidats pour leur permettre de présenter des offres adéquates et de prévenir toute asymétrie d'information entre les candidats à l'avantage de l'opérateur sortant avec la protection de la

confidentialité de certaines données. Il s'agit de trouver le juste équilibre entre la protection des données sensibles et l'obligation de mettre à disposition des informations permettant de garantir l'égalité de traitement des candidats et la présentation d'offres de qualité.

Afin de faciliter la prise de position par les AOT sur le caractère diffusable ou non d'une information aux candidats dans le cadre de la procédure de mise en concurrence, il serait opportun de **prévoir une disposition législative listant, de manière non exhaustive, celles des informations qui doivent être communiquées a minima dans le dossier d'appel d'offres** ou de renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de définir cette liste après consultation des différents acteurs intéressés. Cette liste pourrait éventuellement être plus restreinte que celle des informations devant être transmises par les opérateurs sortants aux AOT.

Certaines informations relevant des secrets protégés par la loi pourraient bénéficier d'une protection particulière. Elle pourrait tenir aux conditions dans lesquelles ces données sont transmises (consultation sur place, « data-room », présentation des données par « fourchette » de valeur) et aux conditions dans lesquelles elles peuvent être utilisées (identification d'une liste limitée de personnes au sein de chaque groupement candidat ayant accès à ces informations avec interdiction de les diffuser ou de les utiliser en dehors de la procédure de mise en concurrence par exemple).

Le principe d'une telle protection renforcée pourrait être posé dans la loi, en s'inspirant par exemple de l'article 38 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession dont l'intention est similaire : *« les autorités concédantes peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elles communiquent dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession »*. Le dispositif de protection serait précisé par voie réglementaire sur le fondement de cette accroche législative.

Pour renforcer cette garantie de protection des données issues de l'opérateur sortant, la mise en place au sein des AOT d'un « plan de gestion des informations confidentielles » pourrait être envisagée, à l'instar du dispositif prévu aux articles L. 2122-4-4 et L. 2122-4-5 du code des transports pour les gestionnaires d'infrastructure. La divulgation induite par les AOT des informations couvertes par le secret des affaires (que soit en cause l'étendue des informations transmises aux candidats ou la transmission d'informations hors du cadre de la préparation des dossiers d'appel d'offres) serait passible des sanctions pénales prévues à l'article 226-13 du code pénal, qui punit *« la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire [...] d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »*.

Un contrôle de l'Autorité sur le respect des règles de protection du secret des affaires au stade aval de la présentation et de la réponse aux appels d'offres n'apparaît pas adéquat. Dès lors qu'à ce stade, la difficulté tiendrait non plus aux réticences à fournir des données à l'autorité administrative mais au contraire à la divulgation trop large de telles données, l'infraction relève du régime de sanction pénale décrit ci-dessus, sous le contrôle direct du juge pénal, et non d'un régime de sanction administrative par le régulateur.

En miroir des développements précédents, il conviendrait de prévoir des dispositions équivalentes sur le volet infrastructure.

Enfin, il convient de souligner que ces règles de protection des données, inhérentes à leur nature même, s'appliqueront à l'autorité organisatrice et aux candidats aussi bien pendant la phase de passation des contrats que pendant la phase ultérieure d'exécution des contrats conclus.

1.3 Mettre en place un cadre juridique d'attribution des contrats de service public clair, lisible et stabilisé

L'analyse du cadre juridique tel qu'arrêté par le droit national met en évidence l'existence d'un vide juridique quant aux procédures d'attribution des marchés de services ferroviaires qu'il paraît nécessaire de combler afin d'offrir à l'ensemble des acteurs (les autorités organisatrices mais également les candidats potentiels) un cadre juridique clair, lisible et stabilisé propre à limiter les risques juridiques, par nature élevés en matière d'attribution des contrats publics.

1.3.1 Le droit de l'Union européenne

En droit de l'Union européenne, les seules règles procédurales qui s'appliquent aux contrats de service public ferroviaires sont celles fixées par le règlement OSP³⁶. Ce dernier définit **un encadrement minimal**, en rappelant que la procédure d'attribution doit être ouverte, équitable, transparente et non discriminatoire.

Le règlement OSP ajoute que « *la procédure peut donner lieu à des négociations dans le respect de ces principes* ». Cette faculté de négocier avec les candidats a vocation à s'appliquer quelle que soit la nature juridique du contrat (marché ou concession).

Le règlement OSP instaure enfin, au paragraphe 3 ter de son article 5, une procédure inédite dans le droit de la commande publique qui autorise les autorités compétentes qui ont publié un avis d'information sur leur intention d'attribuer un contrat de service public ferroviaire et qui n'ont reçu qu'une seule réponse, à attribuer le contrat, quelle que soit sa nature, à cet opérateur après négociation. Il convient que l'opérateur aie « *dûment prouvé qu'il sera effectivement en mesure d'offrir le service de transport en respectant les obligations prévues dans le contrat de service public* », que « *l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres de la commande publique* » et qu'il « *n'existe aucune alternative raisonnable* ».

Le droit de l'Union européenne est donc très peu prescriptif sur ce sujet.

1.3.2 Le droit national

Dans le cadre de la transposition du paquet « Commande publique » adopté par le Parlement européen et le Conseil le 26 février 2014, le législateur français a fait le choix de soumettre l'attribution des concessions de services ferroviaires au régime général des concessions fixé par l'ordonnance du 26 janvier 2016 relative aux contrats de concession³⁷ en lui réservant des règles de procédure allégées fixées par le décret n° 2016-086 du 1^{er} février 2016³⁸. Il a en revanche explicitement exclu du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics les marchés publics de services ferroviaires³⁹, qui ne se trouvent ainsi soumis à aucune procédure existante en droit national.

³⁶ L'article 10 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE exclut de son champ d'application « *les marchés publics de services ayant pour objet (...) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro* », l'article 10 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession prévoit que ladite directive « *ne s'applique pas (...) aux concessions relatives à des services publics de transport de voyageurs au sens du règlement (CE) n° 1370/2007* » et l'article 21 de la directive 2014/25/UE dite « Secteurs exclus » exclut de son champ d'application les marchés de services « *concernant des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro* ».

³⁷ L'article 25 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession prévoit que « *sans préjudice des dispositions du règlement du 23 octobre 2007 susvisé, la présente ordonnance s'applique à l'exception des articles 13 à 19, 29, 30, 33, 34 et 54, aux contrats de concession relevant de l'article 5 paragraphe 3 dudit règlement.* »

³⁸ Cf. dispositions combinées des articles 9 et 10 du décret.

³⁹ L'article 14 de l'ordonnance n° 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit que « *la présente ordonnance n'est pas applicable (...) aux marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro (...).* »

La réglementation française soumet ainsi les procédures d'attribution des concessions de services ferroviaires à l'ordonnance « Concessions » mais exclut les marchés publics de services ferroviaires du champ d'application de l'ordonnance « Marchés », créant pour ces derniers un vide juridique.

Bien que l'absence de règle nationale encadrant des procédures d'attribution des marchés de service public ferroviaire ne soit pas inenvisageable (seuls s'appliqueraient alors les principes généraux fixés à l'article 5 du règlement OSP), cette option ne paraît pas devoir être privilégiée. Compte tenu du grand nombre de sujets d'ordre technique, financier et juridique que devront traiter les autorités compétentes avant de procéder aux premières mises en concurrence, la fixation de règles de procédure plus précises paraît indispensable pour les orienter dans leurs choix procéduraux, assurer une égalité de traitement entre candidats, et limiter ainsi les risques contentieux. Par conséquent, il apparaît nécessaire de définir un cadre juridique applicable aux modalités d'attribution des marchés de services ferroviaires en France afin d'offrir aux autorités compétentes la sécurité juridique requise dans une période d'incertitude.

Quatre scénarios sont envisageables :

- **Scénario 1 : aligner le régime d'attribution des marchés de services ferroviaires sur celui prévu pour les concessions :** cette option permet d'offrir un cadre juridique unique et souple pour les contrats de services publics ferroviaires (en particulier le recours à la négociation qui n'est pas autorisé, en principe, pour les marchés publics). Ce scénario conduit en revanche à revenir sur le critère traditionnel de distinction entre « concession » et « marché public » et à créer deux régimes profondément différents pour les marchés de services ferroviaires et les marchés de service de tramways et de bus qui, conformément au règlement OSP, relèvent de la directive « Marchés » et de l'ordonnance « Marchés » ;
- **Scénario 2 : soumettre l'attribution des marchés de services ferroviaires aux mêmes conditions que celles applicables aux marchés de services par bus ou tramway fixées par l'ordonnance « Marchés » :** si cette option présente l'avantage de la cohérence des procédures, elle conduit toutefois à imposer un cadre juridique particulièrement contraignant et à renoncer par-là même à toutes les souplesses autorisées par le règlement OSP ;
- **Scénario 3 : soumettre les procédures d'attribution des marchés de services ferroviaires à l'ordonnance « Marchés publics » mais prévoir, à l'instar du traitement retenu dans l'ordonnance Concessions pour les concessions de services ferroviaires, que ces marchés peuvent par nature et quel que soit leur montant, être attribués selon la « procédure concurrentielle avec négociation ».** Une modification de l'ordonnance « Marchés » et de son décret d'application du 25 mars 2016 afin de soumettre ces contrats à une procédure formalisée allégée (la procédure concurrentielle avec négociation) pourrait être envisagée ;
- **Scénario 4 : renvoyer dans la loi à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les procédures d'attribution applicables aux marchés publics de services de transport ferroviaire, qui relèvent en principe du domaine réglementaire⁴⁰. Ce décret pourrait instituer une procédure distincte du régime usuel d'attribution des marchés publics, adaptée à la spécificité de ces contrats et utilisant les souplesses autorisées par le règlement OSP (notamment le recours à la négociation).**

En tout état de cause, et sauf à retenir le scénario 1 présenté ci-avant, dans la mesure où les règles de procédures de mise en concurrence dépendront de la nature juridique des contrats, il conviendra que les autorités compétentes identifient préalablement si, en fonction du transfert du risque d'exploitation au cocontractant, le contrat qu'elles entendent attribuer s'assimile à un marché public ou à une concession. C'est à cette condition que le risque de requalification du contrat et d'annulation de la procédure par le juge sera limité.

⁴⁰ La définition des conditions de passation des marchés et contrats relève bien du domaine réglementaire et non du domaine de compétence réservé au législateur, de sorte que cette option ne pourrait donner prise à une censure du Conseil constitutionnel pour incompétence négative du législateur (cf. décision du Conseil constitutionnel n° 2002-460 DC du 22 août 2002 et avis n° 391696 du Conseil d'Etat du 30 juin 2016 sur le projet de loi relatif à la liaison ferroviaire entre Paris et l'aéroport de Charles-de-Gaulle).

2 - LE CALENDRIER DE MISE EN CONCURRENCE DES SERVICES CONVENTIONNES

Le quatrième paquet ferroviaire fixe un calendrier progressif mais impératif d'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire exploités dans le cadre de contrats de service public. Il ménage la faculté pour les autorités compétentes d'attribuer sans mise en concurrence leurs contrats de service public ferroviaire entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023, cette possibilité n'étant plus autorisée à compter du 25 décembre 2023, date à laquelle l'attribution après mise en concurrence devient la règle, sous réserve de la mise en œuvre de certaines exceptions limitativement énoncées dans le règlement OSP.

2.1 Le régime d'attribution des contrats de service public ferroviaire entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023

Pendant la période comprise entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023, le règlement OSP prévoit que, « *sauf interdiction en vertu du droit national, les autorités compétentes peuvent décider d'attribuer directement des contrats de service public par chemin de fer*⁴¹ » (article 5 paragraphe 6). Contrairement aux autres exceptions prévues à l'article 5 du règlement, cette dérogation n'est pas permanente. Elle cesse de s'appliquer à partir du 25 décembre 2023⁴².

Il en résulte que le règlement a ménagé, pour les services de transport ferroviaire, une période transitoire entre 2019 et 2023 durant laquelle l'attribution directe demeure possible. Le législateur national a seulement la possibilité de supprimer cette période transitoire pour instaurer immédiatement le principe d'une mise en concurrence obligatoire. Le législateur pourrait ainsi interdire l'attribution directe entre 2019 et 2023⁴³ sans pouvoir s'opposer au choix des autorités organisatrices des transports ferroviaires de procéder à une mise en concurrence.

A défaut d'intervention du législateur, **les autorités organisatrices de transport disposent, entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023, de la libre faculté de choisir entre la mise en concurrence et l'attribution directe** à l'opérateur de leur choix de nouveaux contrats de service public de transport ferroviaire. Dans cette dernière hypothèse, la durée maximum des contrats est fixée par le règlement à 10 ans.

Cette faculté de libre choix reconnue par principe et sans restriction aux autorités compétentes emporte plusieurs conséquences en droit national.

Pour permettre aux autorités organisatrices de disposer de la faculté d'attribuer directement leurs contrats à l'opérateur de leur choix ou de les mettre en concurrence dès le 3 décembre 2019, il convient d'abord que le monopole légal de SNCF Mobilités soit remis en cause au plus tard à cette échéance.

Par ailleurs, dans la mesure où le règlement ne soumet l'exercice de cette faculté de libre choix à aucune règle d'encadrement autre que celle liée à sa période d'application, il ne saurait être envisagé que le droit national limite les conditions dans lesquelles les autorités organisatrices pourraient recourir à l'une ou l'autre possibilité en fixant par exemple un volume maximum de services pouvant être attribués après mise en concurrence par région. Ces dispositions ne font en revanche pas obstacle à ce que, par convention, les autorités organisatrices et l'exploitant s'accordent sur un périmètre prédéterminé de services relevant de la convention en vigueur qui pourraient être mis en concurrence ou attribués directement à un tiers à compter du 3 décembre 2019.

⁴¹ Compte tenu de l'objet du présent livable, la terminologie « service public ferroviaire » ou « service ferroviaire » sera employée aux fins de désigner un « service public de transport par chemin de fer » au sens du règlement révisé.

⁴² Article 8 paragraphe 2 du règlement OSP.

⁴³ Hormis bien entendu dans les hypothèses où elle restera permise après cette période transitoire.

Le choix de l'autorité organisatrice d'attribuer un contrat de service public sans mise en concurrence pendant la période transitoire n'est pas davantage subordonné à la démonstration de la plus grande efficacité de ce mode d'attribution en termes de performance, comme elle le sera après décembre 2023 dans le cadre de la dérogation dite de « performance » prévue à l'article 5 paragraphe 4 bis du règlement OSP. Toutefois, dans le souci d'améliorer dès à présent la qualité du service offert aux usagers et l'efficacité des contrats de service public, les autorités organisatrices pourraient avec profit veiller à ce que les contrats attribués sans mise en concurrence entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023 fixent d'ores et déjà à l'attributaire des objectifs précis notamment en matière de ponctualité, de fréquence, de qualité du matériel roulant et de capacités de transport. Ces objectifs devraient être mesurables, transparents et vérifiables et être accompagnés de dispositifs d'évaluation et de sanction propres à garantir que les niveaux de performance prévus soient atteints.

Quoi qu'il en soit, les contrats attribués directement pendant cette période seront soumis aux obligations présentées plus haut s'agissant du contenu obligatoire des contrats de service public (définition précise des OSP, détermination à l'avance des paramètres de calcul de la compensation, etc) avec des obligations renforcées pour les contrats attribués sans mise en concurrence s'agissant des modalités de calcul de la compensation⁴⁴ (application de l'annexe au règlement OSP).

2.2 Devenir des contrats en cours d'exécution attribués sans mise en concurrence avant le 24 décembre 2023

La limite sans doute la plus forte à l'effectivité de l'ouverture à la concurrence des services conventionnés dans les années à venir réside dans les dispositions du règlement protégeant les contrats en cours au 24 décembre 2023.

En effet, le règlement OSP ne fait pas obstacle à ce que les contrats de service public ferroviaire attribués sans mise en concurrence encore en cours d'exécution à cette date se poursuivent, dans des conditions qui varient selon la période durant laquelle ils ont été attribués⁴⁵ :

- les contrats attribués avant le 26 juillet 2000 peuvent se poursuivre jusqu'à leur expiration mais pas au-delà de trente ans ;
- les contrats attribués entre le 26 juillet 2000 et le 23 décembre 2017 peuvent se poursuivre jusqu'à leur expiration pour autant qu'ils aient une durée limitée et comparable aux durées prévues à l'article 4 du règlement, c'est-à-dire de 15 ans pour les services de transport par chemin fer – soit une échéance en décembre 2032⁴⁶ ;
- les contrats attribués entre le 24 décembre 2017 et le 2 décembre 2019 peuvent se poursuivre jusqu'à leur terme mais leur durée ne doit pas dépasser 10 ans - soit une échéance en décembre 2029 ;
- les contrats attribués entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023 ne doivent pas excéder une durée de 10 ans, soit une échéance en décembre 2033.

Afin de donner une vue d'ensemble de l'effet concret de ces règles en France, le tableau ci-dessous récapitule les échéances des conventions conclues à ce jour entre les autorités organisatrices et SNCF Mobilités.

⁴⁴ Cf articles 4 et 6 du règlement OSP.

⁴⁵ Dispositions combinées des paragraphes 2, 2 bis et 3 de l'article 8 du règlement OSP.

⁴⁶ Sauf, comme pour la catégorie de contrats qui suit, si les conditions posées par ce même article 4, tenant à l'importance des investissements, autorisant une durée plus longue sont réunies.

Tableau 4 – Calendrier des conventions TER entre les AOT régionales françaises et SNCF Mobilités

Région	Echéance de la convention en vigueur au 31/1/2018	Eléments de contexte
Auvergne-Rhône-Alpes	Fin 2022	Nouvelle convention signée avec SNCF Mobilités en 2017 pour une durée de 6 ans avec possibilité de mise en concurrence « anticipée » de deux lignes
Bourgogne-Franche-Comté	Fin 2017	Négociations en cours en vue de la signature d'une convention avec SNCF Mobilités en 2018
Bretagne	Fin 2018	Convention prolongée à la suite de la réorganisation de l'offre induite par l'ouverture de BPL
Centre-Val de Loire	Fin 2020	Clause de réexamen prévue mi-2017
Grand Est	Fin 2024	« Coupons détachables » prévus pour expérimentation de la concurrence
Hauts de France	Fin 2018	
Île de France	Fin 2019	Contrat STIF-SNCF 2016-2019
Normandie	Fin 2019	Convention signée avec SNCF Mobilités pour 2 ans fin 2017
Nouvelle Aquitaine	Fin 2018	
Occitanie	Fin 2017/2018	Prescriptions unilatérales de service public. Négociations en cours avec SNCF Mobilités pour une nouvelle convention
Pays de la Loire	Fin 2023	« Coupons détachables » prévus pour expérimentation de la concurrence
Provence-Alpes-Côte d'Azur	Fin 2017/2018	Prescriptions unilatérales de service public (contentieux pendant)

Source : Régions de France

2.3 Le principe de mise en concurrence des contrats à compter du 25 décembre 2023 et le régime des exceptions

Comme indiqué au point 2.1, la période transitoire pendant laquelle les autorités compétentes disposent, sous réserve que le droit national ne l'interdise pas, de la faculté de libre choix entre la mise en concurrence et l'attribution directe, cesse de s'appliquer à partir du 25 décembre 2023. A compter de cette date, il ne pourra plus être dérogé au principe de mise en concurrence des services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs que dans six cas limitativement énumérés par le règlement OSP.

Hormis pour l'exception visant à permettre l'adoption de mesures d'urgence sans mise en concurrence préalable, la possibilité de recourir à chacune de ces dérogations est subordonnée à l'absence d'interdiction en droit interne. **L'équilibre entre ouverture à la concurrence et attribution directe dépendra ainsi pour partie du choix du législateur de se saisir ou non de la faculté que lui offre le droit de l'Union européenne d'interdire ou d'encadrer l'une ou l'autre de ces dérogations en droit national.** Il dispose par ce biais d'une marge de manœuvre dans la définition du champ de l'ouverture à la concurrence. Dans la mesure où une mise en concurrence réussie nécessite de la prévisibilité

pour les nouveaux entrants, il importe que le cadre dans lequel ils seront amenés à évoluer soit stabilisé. C'est dans cet objectif que des précisions complémentaires quant aux conditions de mise en œuvre de chacune des exceptions, dès lors qu'il paraîtrait opportun d'autoriser leur recours, pourraient être prévues.

Il importe ainsi d'examiner ce que recouvrent ces six exceptions et de préciser de quelle manière elles pourraient, le cas échéant, être appliquées en droit national afin d'assurer une ouverture des services de transport ferroviaire conventionnés harmonieuse.

2.3.1 La régie et les contrats dits « in house » (article 5 paragraphe 2)⁴⁷

L'article 5 paragraphe 2 du règlement OSP prévoit que, sauf interdiction en vertu du droit national, une « *autorité locale compétente* » ou un groupement d'autorités locales peut « *décider de fournir elle-même des services publics de transport de voyageurs ou d'attribuer directement des contrats de service public à une entité juridiquement distincte* ». Ces contrats « in house » ne peuvent être conclus que pour les « *besoins en transports d'agglomérations urbaines ou de zones rurales, ou les deux* ». Les conditions d'application matérielles et géographiques du contrat « in house » sont précisément définies. Le critère principal de ce type de contrat est le contrôle exercé par l'autorité sur le service intégré – qui doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, le règlement reprenant sur ce point les critères définis par la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁸. De plus, l'opérateur interne et toute entité sur laquelle il a une influence « *même minime* » doivent exercer leur activité de transport « *sur le territoire de l'autorité locale compétente* » et ne peuvent « *participer à des mises en concurrence concernant la fourniture de services publics [...] organisés en dehors du territoire de l'autorité locale compétente* ».

L'exploitation en régie ou sa déclinaison en contrat « in house » supposent que l'autorité compétente dispose des ressources financières et humaines pour gérer elle-même un service de transport ferroviaire, ce qui est rarement le cas. C'est pourquoi le recours à une entreprise ferroviaire spécialisée est généralement préféré aux contrats intégrés aux services de l'autorité compétente.

Toutefois, si le modèle de la régie ou du contrat de service public ferroviaire « in house » n'est pas utilisé actuellement, il pourrait l'être à l'avenir par des collectivités territoriales françaises et s'avérer utile en cas de volonté des autorités organisatrices de reprendre à leur compte l'exploitation d'un service en réponse à une gestion déficiente du délégataire du service public.

Il paraît dès lors utile que le recours à ces modalités de gestion des services ferroviaires demeure possible en droit national.

2.3.2 L'existence de circonstances exceptionnelles⁴⁹ (article 5 paragraphe 3 bis).

L'article 5 paragraphe 3 bis du règlement OSP prévoit que « *sauf interdiction en vertu du droit national, pour les contrats de service public relatifs à des services publics de voyageurs par chemin de fer attribués dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence, l'autorité compétente peut, pour une période de temps limitée, décider d'attribuer directement de nouveaux contrats lorsqu'elle considère que l'attribution directe est justifiée par des circonstances exceptionnelles* ».

Une autorité compétente ne pourra avoir recours à cette exception que pour une période de temps limitée. La durée des contrats attribués sur ce fondement doit être « *proportionnée à la circonstance exceptionnelle concernée et ne dépasse en aucun cas cinq ans* ».

⁴⁷ Dérogation initialement prévue dans le règlement (CE) n° 1370 :2007 – dérogation non spécifique aux contrats de service public ferroviaire.

⁴⁸ CJUE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03. Pour apprécier la nature du contrôle exercé par l'autorité compétente sur le service intégré, selon le règlement OSP, il est tenu compte d'éléments tels que (i) le niveau de représentation de l'autorité au sein des organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'entité interne, les précisions y relatives dans les statuts ; (ii) la propriété, l'influence et le contrôle effectifs sur les décisions stratégiques et sur les décisions individuelles de gestion.

⁴⁹ Dérogation spécifique aux contrats de service public ferroviaire introduite par le 4^{ème} paquet ferroviaire.

En outre, le recours à l'exception ne pourra porter que sur des « nouveaux contrats » et ne pourra être utilisée qu'une seule fois : tout contrat ultérieur, dès lors qu'il porterait sur les mêmes obligations de service public, ne pourra être attribué qu'après mise en concurrence.

L'autorité organisatrice qui décide de recourir à cette exception devra motiver sa décision – et donc apporter la preuve que des circonstances exceptionnelles justifient la dérogation existent effectivement - et en informer la Commission européenne « *sans retard indu* ».

Le règlement se contente de citer deux exemples non limitatifs de circonstances exceptionnelles :

- le cas dans lequel plusieurs procédures de mise en concurrence sont déjà organisées par l'autorité compétente ou d'autres autorités et que celles-ci pourraient « *affecter le nombre et la qualité des offres susceptibles d'être reçues si le contrat fait l'objet d'une mise en concurrence* » ;
- le cas dans lequel des modifications du « champ d'application » d'un ou de plusieurs contrats de service public « *sont nécessaires pour optimiser l'offre de services publics* ».

Le premier exemple de circonstances exceptionnelles justifiant une attribution directe du contrat de service public semble viser les situations dans lesquelles les entreprises ferroviaires sont déjà mobilisées pour répondre à un certain nombre de procédures de mise en concurrence dans une période donnée. Seules les entreprises ferroviaires les plus conséquentes – et les entreprises « sortantes » - seraient alors en capacité de candidater. Le fait d'ajouter aux appels d'offres en cours une procédure supplémentaire ne permettrait donc pas à un nombre suffisant d'entreprises de présenter une offre de qualité et amoindrirait ainsi le bénéfice attendu du jeu concurrentiel.

Afin de prévenir cette situation d'« encombrement », il serait possible d'envisager un échelonnement global des appels d'offres à l'échelle nationale de manière à ce que tous les appels d'offres ne soient pas lancés en même temps. Il apparaîtrait pertinent que ce séquençage global des appels d'offres, consolidé à l'échelle nationale, fasse l'objet d'un calendrier actualisé par les autorités compétentes. Un tel dispositif d'anticipation ne permettrait toutefois pas de garantir de manière certaine que la situation visée dans ce premier exemple ne se produirait pas.

Le second exemple de circonstances exceptionnelles porte sur les situations dans lesquelles des modifications du « *champ d'application d'un ou de plusieurs contrats de service public* » sont nécessaires pour « *optimiser l'offre de services publics* ». Sont visées les hypothèses dans lesquelles une redistribution du périmètre des contrats est nécessaire pour améliorer le service. Bien que la situation envisagée ne soit pas clairement illustrée, il peut être compris de ces dispositions que le contrat peut être attribué directement si le contrat de service public envisagé a un impact tel sur d'autres contrats de services publics en place qu'il est nécessaire de modifier leur champ d'application afin d'optimiser l'offre de services. Les deux situations décrites dans le règlement pourraient en soi justifier une attribution directe temporaire de contrats de service public ferroviaires. Toutefois, en l'absence dans le règlement d'une liste exhaustive ou d'une définition plus précise des circonstances exceptionnelles pouvant être invoquées, les autorités compétentes seront confrontées à la difficulté de préciser elles-mêmes, sous le contrôle du juge et sous le regard du régulateur au titre de sa mission de suivi de la situation de la concurrence, ce que recouvre cette notion, avec à la clé un risqué important d'interprétations divergentes et d'insécurité juridique. En outre, le risque que cette dérogation soit utilisée dans des situations qui ne présentent pas réellement de caractère exceptionnel et fasse ainsi obstacle sans justification au principe de la mise en concurrence n'est pas à exclure.

Par conséquent, si cette dérogation devait être retenue par le législateur, **il serait indispensable de définir de manière claire et limitative dans le droit national les situations pouvant justifier le recours à cette exception, voire de les restreindre aux deux hypothèses énoncées à titre illustratif dans le règlement.**

2.3.3 Les « petits contrats »⁵⁰ (article 5 paragraphe 4)

L'article 5 paragraphe 4 du règlement OSP prévoit que, sauf interdiction en vertu du droit national, les contrats de service public ferroviaire dont la valeur annuelle moyenne est inférieure à 7,5 millions d'euros ou ayant pour objet la fourniture annuelle de moins de 500 000 trains-km de services publics de transport de voyageurs peuvent être attribués sans mise en concurrence.

Eu égard à son objet de faible importance et dans la mesure où, d'une part, il existe une incertitude sur la « granularité » des contrats à venir et où, d'autre part, les conditions de recours à cette exception sont objectives et facilement vérifiables, il pourrait être opportun de maintenir cette dérogation « de minimis » en droit national.

2.3.4 La dérogation dite « de performance » (article 5 paragraphe 4 bis)

L'article 5 paragraphe 4 bis du règlement OSP prévoit que « *sauf interdiction en vertu du droit national, l'autorité compétente peut décider d'attribuer directement des contrats de service public* » si deux conditions cumulatives sont remplies :

- l'attribution directe doit être *« justifiée par les caractéristiques structurelles et géographiques pertinentes du marché et du réseau concernés, et notamment leur taille, les caractéristiques de la demande, la complexité du réseau, son isolement technique et géographique et les services couverts par le contrat »* ;
- le contrat attribué directement *« aurait pour effet d'améliorer la qualité des services ou le rapport coût-efficacité, ou les deux, par rapport au précédent contrat de service public attribué »*.

Si, à première vue, de nombreuses situations pourraient entrer dans le champ de cette dérogation, la lettre de ces dispositions requiert des conditions strictes pour pouvoir en bénéficier. La première condition cumulative suppose ainsi la réunion de particularités structurelles et géographiques portant à la fois sur le marché et sur le réseau concernés. De plus, le règlement OSP fait non seulement obligation à l'autorité compétente de démontrer l'amélioration de la qualité du service ou de son rapport coût-efficacité grâce à l'attribution directe pour que la seconde condition cumulative soit satisfaite, mais lui impose également d'introduire dans le contrat des objectifs de performance transparents, mesurables et vérifiables, portant en particulier sur la ponctualité des services, la fréquence des circulations, la qualité du matériel roulant et les capacités d'emport. Il lui incombe aussi de procéder à des évaluations régulières, rendues publiques, et de prévoir des sanctions « efficaces et dissuasives » - pouvant aller jusqu'à la résiliation du contrat – si l'entreprise ne satisfait pas aux exigences en matière de performance qui avaient justifié l'absence de mise en concurrence.

Outre ces critères de fond, le recours à cette dérogation est soumis à plusieurs conditions procédurales. Il revient ainsi à l'autorité compétente de publier « *une décision motivée* », établissant qu'elle remplit bien chacun des critères de l'article 5 paragraphe 4 bis du règlement OSP. Elle doit également en informer la Commission européenne avant l'attribution du contrat. Enfin, la décision de recourir à cette exception doit pouvoir être soumise à l'évaluation d'un « *organisme indépendant désigné par l'Etat membre concerné* »⁵¹, chargé de vérifier que les conditions cumulatives exigées pour sa mise en œuvre sont effectivement réunies. En dépit de cet encadrement, les conditions de recours à cette dérogation (caractéristiques géographiques et structurelles du marché et du réseau, amélioration de la qualité du service ou de son rapport coût/efficacité) sont nombreuses et prêtent à interprétation. **Mal délimitée, cette dérogation pourrait ainsi avoir pour effet de faire échapper de nombreuses attributions de contrats de service public à l'obligation de mise en concurrence.**

Si cette dérogation devait être maintenue en droit national, il serait crucial que le législateur définisse précisément les critères à prendre en compte pour justifier le bien-fondé du recours à cette exception (caractéristiques structurelles et géographiques pertinentes pouvant être invoquées, conditions

⁵⁰ Dérogation initialement prévue dans le règlement (CE) n° 1370/2007 mais complétée par le 4^{ème} paquet ferroviaires s'agissant des seuils applicables aux contrats de service public ferroviaires – dérogation non spécifique aux contrats de service public ferroviaire.

⁵¹ V. article 5 paragraphe 7 du règlement OSP.

d'appréciation de l'amélioration de la qualité de service ou du rapport coût-efficacité et critères de performance mis en place dans le contrat).

Dans cette hypothèse, l'évaluation de la décision motivée de l'Autorité compétente pourrait être conduite par l'ARAFER au moyen d'un avis simple, sur saisine d'une entité concernée par la conclusion du contrat. L'Autorité présente en effet les garanties d'indépendance exigées par le règlement OSP et c'est *a priori* du champ de compétence du régulateur sectoriel que relèvent le plus naturellement les questions soumises à évaluation dans le cadre de l'exception relative aux caractéristiques géographiques et structurelles du réseau et du marché.

2.3.5 La dérogation concernant l'hypothèse où l'exploitant est également gestionnaire de l'infrastructure (article 5 paragraphe 4 ter).

L'article 5 paragraphe 4 ter du règlement OSP prévoit que, sauf interdiction en vertu du droit national, l'autorité compétente peut attribuer directement des contrats de service public lorsqu'ils portent « *uniquement sur les services de transport ferroviaire de voyageurs par un opérateur qui gère simultanément la totalité ou la majeure partie de l'infrastructure ferroviaire sur laquelle les services sont fournis* »⁵².

A l'instar de l'exception dite « de performance » étudiée au point précédent, la décision de l'autorité organisatrice motivant le recours à cette dérogation doit pouvoir faire l'objet d'une évaluation par un organisme indépendant désigné par l'Etat membre, comme l'exige le paragraphe 7 de l'article 5 du règlement OSP.

La situation visée pourrait par construction présenter un enjeu concurrentiel mais ne correspond à ce jour en France qu'à des cas exceptionnels⁵³. **Son maintien en droit national ne revêtirait donc qu'un intérêt limité.**

S'il était toutefois fait le choix de conserver cette dérogation, la loi pourrait confier au régulateur sectoriel l'évaluation de la décision de l'autorité organisatrice de mettre en œuvre cette dérogation, qui implique un examen de la consistance et du mode de gestion du réseau. La cohérence et la simplicité militent pour qu'une unique autorité examine dans les mêmes conditions les décisions motivées des autorités organisatrices de recourir tant à la dérogation « performance » qu'à la dérogation « identité de l'exploitant et du gestionnaire du réseau ». La décision de l'ARAFER prendrait la forme d'un avis simple.

2.3.6 Les cas d'urgence (article 5 paragraphe 5).

L'article 5 paragraphe 5 du règlement OSP prévoit qu'en cas d'interruption des services ou de risques imminents d'apparition d'une telle situation, l'autorité compétente peut prendre des mesures d'urgence⁵⁴. Ces mesures peuvent « *prendre la forme d'une attribution directe ou d'un accord formel de prorogation d'un contrat de service public ou de l'exigence de l'exécution de certaines obligations de service public* ».

Les mesures d'urgence ne peuvent être prises que pour une durée qui ne dépasse pas deux ans. Le recours à cette dérogation ne peut être interdit par le droit national. Il s'agit de la seule exception obligatoire au principe de mise en concurrence des contrats de service public.

Cette exception est obligatoire et ne peut être interdite par le législateur national. Sa traduction en droit national ne paraît pas appeler de précisions particulières.

⁵² Dérogation introduite dans le cadre du 4^{ème} paquet ferroviaire – dérogation spécifique aux contrats de service public ferroviaire.

⁵³ La ligne Carhaix-Guigamp-Paimpol est exploitée par la CFTA, laquelle est également chargée de l'entretien et de la rénovation de l'infrastructure.

⁵⁴ Dérogation initialement prévue dans le règlement (CE) n°1370/2007 – dérogation non spécifique aux contrats de service public ferroviaire.

Si prises isolément, chacune des dérogations autorisées par le 4^{ème} paquet peut présenter un intérêt opérationnel, leur application cumulée pourrait faire peser un risque de ralentissement du processus d'ouverture à la concurrence, à rebours de l'esprit du 4^e paquet ferroviaire.

Si le législateur national fait le choix de reprendre tout ou partie de celles-ci afin de ménager aux autorités organisatrices de transport des marges d'appréciation et une certaine souplesse dans la mise en concurrence des contrats de service public ferroviaire, il conviendrait que les conditions de recours à ces exceptions soient clairement définies et strictement encadrées, sous le contrôle du régulateur puis du juge comme l'exige le règlement OSP.

3- CONCLUSION

L'ouverture à la concurrence peut constituer un levier pertinent et efficace pour redynamiser les services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs en France, au bénéfice de l'ensemble des acteurs et des usagers.

Loin d'imposer des modalités uniformes d'ouverture à la concurrence, les dispositions du quatrième paquet ferroviaire définissent un cadre juridique souple, laissant place à des choix de politique publique en matière de transport ferroviaire. Tournant majeur pour le marché du transport ferroviaire de voyageurs, l'ouverture à la concurrence est ainsi le moment propice à **une réflexion des autorités organisatrices des transports sur leur stratégie en matière de dessertes ferroviaires**, au regard des priorités d'aménagement du territoire mais aussi de l'usage optimal des deniers publics et de la possibilité de mettre en œuvre des dessertes par d'autres modes que le ferroviaire. A cet égard, le 4^e paquet ferroviaire invite l'Etat à définir clairement, après consultation des parties prenantes, sa politique en matière de transports publics et ses orientations stratégiques. Dans ce cadre, les autorités organisatrices des transports disposeront d'une ample marge de manœuvre dans la définition concrète du périmètre des services ferroviaires qu'elles souhaitent conventionner. Elles devront définir précisément, pour ces services, les contours des obligations de service public et le niveau adéquat de la compensation accordée aux opérateurs choisis en contrepartie de l'exécution de ces obligations, afin d'éviter toute surcompensation du coût induit par ces obligations.

La réussite de la phase d'ouverture à la concurrence des services conventionnés de transport ferroviaire de voyageurs suppose que **la cohérence et la qualité des appels d'offres soit assurée et le cadre juridique d'attribution de passation des marchés de service public ferroviaire clarifié**. L'efficacité du mécanisme des appels d'offres étant tributaire de la capacité du donneur d'ordre à caractériser le service qu'il souhaite voir réaliser, une attention particulière devra notamment être portée à la faculté, pour les autorités organisatrices, de recueillir l'ensemble des informations relatives à l'exploitation des services ferroviaires et à l'infrastructure nécessaires à la préparation des appels d'offres. Il conviendra également d'organiser les conditions dans lesquelles les informations pertinentes sont ensuite mises à la disposition des candidats intéressés par l'attribution du contrat, en veillant à protéger les informations commercialement sensibles.

Enfin, il est indispensable de **procéder sans tarder aux adaptations législatives et réglementaires nécessaires à l'ouverture à la concurrence du secteur**, processus engagé depuis le début des années 2000, et appelé à devenir une réalité **dès 2019**.

Ces adaptations concernent tout d'abord la période « transitoire » - entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023 - au cours de laquelle les autorités organisatrices de transport devront disposer de la possibilité de choisir entre la mise en concurrence et l'attribution directe à l'opérateur de leur choix de nouveaux contrats de service public de transport ferroviaire. Cette faculté d'option ne peut être effective que si le monopole légal reconnu à SNCF Mobilités est remis en cause dès le 3 décembre 2019. Elle exclut en outre toute limitation, par le droit national, du volume maximum de services pouvant être attribué après mise en concurrence par l'autorité organisatrice entre 2019 et 2023, ce qui n'interdit pas aux AOT de n'ouvrir à la concurrence qu'une partie seulement des services qu'ils organisent.

A partir du 25 décembre 2023, l'attribution sans mise en concurrence des contrats de service public ferroviaire ne sera plus possible que dans le cadre des exceptions limitativement énumérées par le quatrième paquet ferroviaire. Il est souhaitable que le législateur définisse clairement le champ de ces dérogations, leurs conditions de mise en œuvre et, le cas échéant, les modalités de contrôle du recours à ces dérogations, en particulier pour la dérogation dite de « performance » et celle relative aux circonstances exceptionnelles. Un équilibre satisfaisant devrait être recherché entre l'ouverture à la concurrence, qui doit demeurer le principe, et la souplesse qu'offrent les dérogations pour répondre ponctuellement à des situations difficiles à anticiper avant l'ouverture concrète du marché. De manière générale, si chacune des dérogations peut présenter un intérêt opérationnel, il conviendra de **veiller à ce que l'application cumulée d'un nombre trop important d'exceptions n'obère pas le processus d'ouverture à la concurrence.**

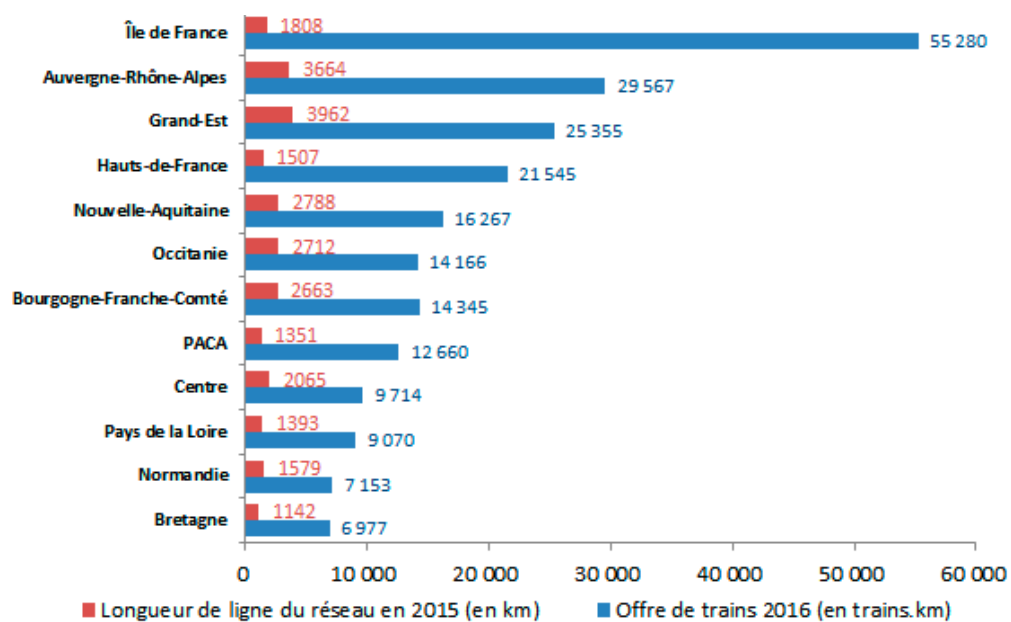
Annexe 1

Les données clés relatives aux services ferroviaires conventionnés en France

Données 2016	TER	Transilien	Intercités
Nombre moyen de circulations quotidiennes	5 580	4 530	280
Nombre moyen de sièges offerts par jour	1,7 million	4,2 millions	0,15 million
Offre en trains.km	166,8 millions	55,3 millions	29,6 millions
Fréquentation en passagers.km	12,04 milliards	14,41 milliards	6,71 milliards
Nombre de villes desservies	2 348	311	340
Revenus des entreprises ferroviaires (recettes commerciales + concours publics)	3,97 milliards d'euros	2,73 milliards d'euros	0,93 milliard d'euros
Poids des concours publics dans le revenu	74 %	62 %	32 %

Source : ARAFER

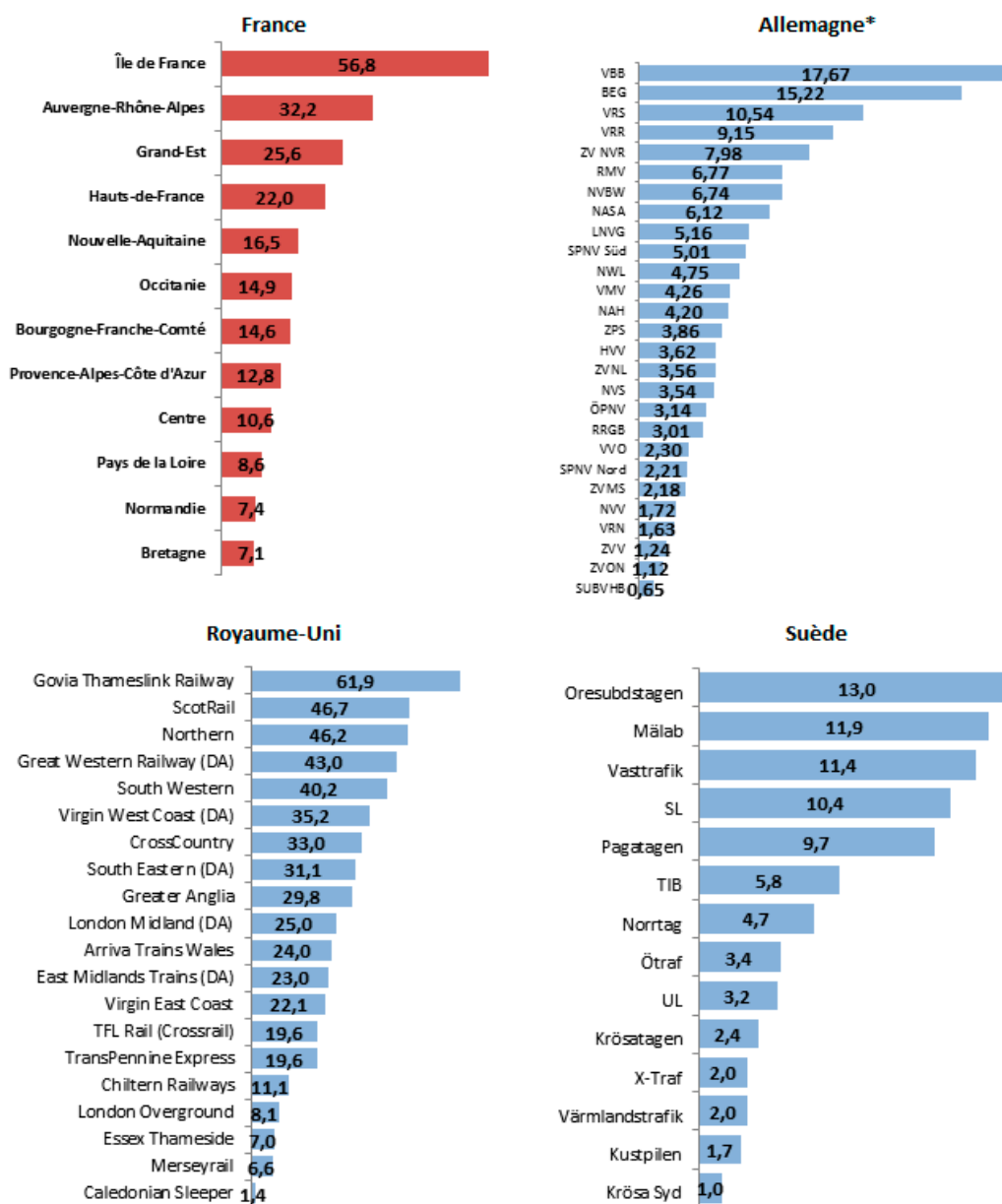
Longueur des lignes et offre de trains par région



Source : ARAFER

Annexe 2

Taille des conventions de service public en Allemagne, en France, au Royaume-Uni et en Suède



* Taille moyenne des conventions par AOT régionale

Source : CERRE, BAGSPNV, DFT

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



Tour Maine Montparnasse 33, avenue du Maine - BP48. 75755 Paris Cedex 15. Tél : 01 58 01 01 10

Siège 48, boulevard Robert Jarry - CS 81915. 72019 Le Mans Cedex 2. Tél : 02 43 20 64 30

arafer.fr