

Avis n° 2019-078 du 7 novembre 2019

sur le projet de décret modifiant le décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire

L'Autorité de régulation des transports (ci-après « l'Autorité »),

Saisie par le ministère de la transition écologique et solidaire par un courrier enregistré le 23 septembre 2019 par le pôle procédure 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 ses articles L. 2122-4-1-1, L. 2122-4-5 et L. 2133-8 ;

Vu le décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Après en avoir délibéré le 7 novembre 2019,

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1. La loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire et l'ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire ont mis en place certaines mesures visant à garantir l'indépendance des gestionnaires d'infrastructure, en particulier celle de l'établissement public SNCF Réseau. Afin de préserver la

confidentialité des informations sensibles détenues par SNCF Réseau, celui-ci a dû établir, à destination de son personnel, un plan de gestion des informations confidentielles (ci-après « PGIC »). La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire a par ailleurs créé la commission de déontologie du système de transport ferroviaire en vue de garantir l'impartialité de SNCF Réseau vis-à-vis des entreprises ferroviaires.

2. Le décret n° 2015-139 du 10 février 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire est venu préciser les dispositions législatives afférentes.

1.1. La confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire

3. L'article L. 2122-4-4 du code des transports dispose que : « *L'article 226-13 du code pénal s'applique à la divulgation, à toute personne étrangère aux services du gestionnaire d'infrastructure responsables de la répartition des capacités et de la tarification de l'infrastructure, d'informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la divulgation est de nature à porter atteinte aux règles d'une concurrence libre et loyale et de non-discrimination imposées par la loi. La liste des informations concernées est déterminée par voie réglementaire (...)* ».
4. Aux termes de l'article L. 2122-4-5 du code des transports, « *Tout gestionnaire d'infrastructure prend des mesures d'organisation interne pour assurer le respect par son personnel de l'interdiction de divulgation des informations mentionnées à l'article L. 2122-4-4. Il établit, à destination de son personnel, un plan de gestion des informations confidentielles qui précise la liste des informations mentionnées à l'article L. 2122-4-4 détenues par les services du gestionnaire d'infrastructure responsables de la répartition des capacités et de la tarification de l'infrastructure ainsi que leurs conditions d'utilisation et de communication. Ce plan est pris sur avis conforme de l'Autorité de régulation des transports.* » Par ailleurs, toute modification du PGIC doit préalablement faire l'objet d'un nouvel avis conforme de l'Autorité, conformément à l'article 5 du décret n° 2015-139 susvisé.
5. Aux termes de l'article 6, alinéa 2 du décret du 10 février 2015 susvisé, « *Le gestionnaire d'infrastructure fait signer à chacun des membres de son personnel un document par lequel celui-ci atteste qu'ont été portées à sa connaissance, d'une part, les règles de confidentialité définies à l'article L. 2122-4-4 du code des transports et aux articles 1^{er} à 4 du présent décret, d'autre part, le plan de gestion des informations confidentielles élaboré en application de l'article 5* ».
6. Le projet de décret dont est saisie l'Autorité pour avis prévoit, au 3° de son article 1^{er}, de remplacer l'obligation de SNCF Réseau de faire signer cette attestation à chacun des membres de son personnel par une obligation de « *porte[r] à la connaissance* » de chacun de ses agents les règles de confidentialité définies à l'article L. 2122-4-4 du code des transports et aux articles 1^{er} à 4 du décret du 10 février 2015 susvisé, ainsi que le PGIC.

1.2. La commission de déontologie du système de transport ferroviaire

7. Comme mentionné *supra*, la commission de déontologie du système de transport ferroviaire a été créée par la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire¹ en vue de garantir l'impartialité de SNCF Réseau vis-à-vis des entreprises ferroviaires. A cet égard, elle devait être consultée lorsque le président du conseil d'administration de SNCF Réseau, un dirigeant de SNCF Réseau chargé des fonctions essentielles ou un membre du personnel de SNCF Réseau ayant eu à connaître dans l'exercice de ses fonctions certaines informations, souhaitait exercer, avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions, des activités pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou par l'intermédiaire d'une de ses filiales, une activité d'entreprise ferroviaire, ou pour le compte d'une entreprise filiale exerçant une activité d'entreprise ferroviaire.

¹ 5° de l'article 6 de la loi du 4 août 2014 créant l'ancien article L. 2111-16-2 du code des transports.

8. Par la suite, le 11° de l'article 12 de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF a transposé le c du paragraphe 2 de l'article 7 bis de la directive du 21 novembre 2012 modifiée au VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports. Dorénavant, le contrôle de la commission de déontologie s'exerce, afin de prévenir les conflits d'intérêts, sur la mobilité des personnes chargées des fonctions essentielles au sein de tout gestionnaire d'infrastructure ou des membres du personnel d'un gestionnaire d'infrastructure ayant eu à connaître certaines informations lorsqu'ils souhaitent exercer, avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions, des activités pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire.
9. Le troisième alinéa du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin d'en définir les conditions d'application.
10. Tel est l'objet du projet de décret dont a été saisie l'Autorité. Il modifie les articles 7 à 9 du décret du 10 février 2015 afférents à la commission de déontologie afin de tirer les conséquences des modifications législatives introduites par l'ordonnance du 3 juin 2019 au VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports. Ces modifications portent notamment sur la composition de la commission de déontologie, la procédure de saisine de cette entité et les critères d'appréciation mis en œuvre.

2. ANALYSE

2.1. Un assouplissement de la procédure de prise de connaissance du PGIC qui ne garantit pas la maîtrise des informations confidentielles par les gestionnaires d'infrastructure

11. L'Autorité s'interroge sur la suppression envisagée de l'obligation faite aux gestionnaires d'infrastructure, et en particulier à SNCF Réseau, de faire signer par chacun de leurs agents l'attestation prévue à l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé et de remplacer cette formalité par le fait de « *porte[r] à la connaissance* » de ceux-ci les règles de confidentialité applicables et le PGIC.
12. En effet, la signature de l'attestation par l'ensemble des agents du gestionnaire d'infrastructure, en ce qu'elle permet non seulement au gestionnaire de l'infrastructure de s'assurer que ces derniers ont pris connaissance des règles applicables et du PGIC mais aussi de responsabiliser individuellement chacun des agents, constitue une mesure de protection essentielle des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure.
13. *A contrario*, le caractère imprécis de l'obligation de « *porte[r] à la connaissance* » envisagée par le projet de décret, qui ne définit pas cette notion et ne précise pas davantage les modalités pratiques minimales à mettre en œuvre afin de considérer que l'obligation a été remplie, pourrait conférer au gestionnaire d'infrastructure un large pouvoir d'appréciation des obligations pesant sur lui à ce titre, faisant courir ici un risque sur la capacité du dispositif à prévenir la divulgation d'informations confidentielles.
14. En outre, la signature obligatoire de l'attestation permet au gestionnaire d'infrastructure, en assurant la traçabilité des signatures recueillies, de mesurer l'effectivité de la prise de connaissance par les agents des règles de confidentialité et du PGIC². Le remplacement de l'obligation de signature par une obligation de simple « *porte[r] à la connaissance* » rendrait plus difficile le nécessaire contrôle par SNCF

² La nécessité de contrôle de l'effectivité de la mise en œuvre des obligations du gestionnaire d'infrastructure liées aux informations confidentielles qu'il détient est expressément soulignée par le décret n° 2015-139 susvisé qui prévoit que le PGIC du gestionnaire d'infrastructure « *décrit le dispositif de contrôle que le gestionnaire d'infrastructure met en œuvre pour en assurer le respect* ». L'article 6 de ce décret prévoit également que le gestionnaire d'infrastructure « *met en œuvre un dispositif permettant le contrôle de l'application du plan de gestion des informations confidentielles* ».

Réseau, d'une part, et par l'Autorité, d'autre part, de l'effectivité de la prise de connaissance des règles de confidentialité et du PGIC.

15. Comme l'Autorité l'a souligné dans son avis n° 2017-059 susvisé, la mise en œuvre complète et effective des engagements pris par SNCF Réseau, dont celle prévue à l'alinéa 2 de l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé, est essentielle en particulier dans un contexte d'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs, qui pourrait au surplus donner lieu à une augmentation du volume d'informations confidentielles que SNCF Réseau aurait à manipuler en raison des potentielles nouvelles demandes de capacités.
16. Au demeurant, l'Autorité rappelle que le risque d'atteinte à la concurrence lié à la divulgation d'informations confidentielles par le gestionnaire d'infrastructure n'est pas purement théorique puisqu'il s'est déjà matérialisé, la SNCF ayant été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence pour avoir utilisé, dans son propre intérêt commercial, des informations confidentielles concernant ses concurrents dont elle disposait en tant que gestionnaire déléguée des infrastructures³.
17. Consciente de ces enjeux, l'Autorité se montre particulièrement attentive au respect par SNCF Réseau de ses obligations liées à la prévention de la divulgation des informations confidentielles et en particulier, du respect de l'obligation de signature de l'attestation prévue à l'alinéa 2 de l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé. Dans son avis n° 2017-059 susvisé, par lequel l'Autorité a approuvé le projet de PGIC de SNCF Réseau, afin de s'assurer de l'effectivité de la mise en œuvre du PGIC par le gestionnaire d'infrastructure, l'Autorité a demandé à SNCF Réseau de lui communiquer un état des lieux de la mise en œuvre du PGIC. Il ressort de cet état des lieux que le nombre d'agents signataires de l'attestation est très en deçà de l'obligation qui incombe à SNCF Réseau au titre de l'article 6, alinéa 2 du décret du 10 février 2015 susvisé. Ainsi, seulement 49 % des agents avaient, au 21 mars 2018, signé cette attestation⁴. Ils étaient 54,5 % au 31 janvier 2019⁵. L'Autorité s'inquiète de la faiblesse de ces taux de signature et de l'incapacité de SNCF Réseau à remplir pleinement son obligation de faire signer à chacun de ses collaborateurs l'attestation prévue à l'article 6, alinéa 2 du décret du 10 février 2015 susvisé.
18. En outre, l'Autorité considère que l'argument d'une charge administrative trop lourde qu'entraîne ce recueil ne saurait être invoqué. En effet, le plan actuel prévoit explicitement qu'un point sur la confidentialité est systématiquement abordé au cours de l'entretien individuel annuel de chaque agent, ce qui pourrait facilement être l'occasion de recueillir les attestations manquantes. D'autres solutions simples, comme une signature électronique de document ou des distributions des documents à signer au cours de réunions d'équipe, pourraient être mises en œuvre à court terme. Aucune raison pratique, dont celle liée à une charge administrative particulière, n'apparaît donc justifier un taux de signature particulièrement bas. De ce point de vue, l'assouplissement envisagé par le projet de décret ne permettrait plus au gestionnaire d'infrastructure de suivre l'évolution du taux de signature par ses agents, ni en conséquence, d'en analyser les causes et de proposer des mesures adéquates afin de garantir, dans l'intérêt du système ferroviaire, le caractère confidentiel de ces données.
19. Au regard de ce qui précède, l'Autorité recommande de maintenir l'obligation de signature de l'attestation par l'ensemble des agents prévue à l'alinéa 2 de l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé.
20. Si les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé devaient évoluer, l'Autorité recommande, afin de garantir l'efficacité et l'effectivité du dispositif de prévention du risque de divulgation d'informations confidentielles, de maintenir, à tout le moins, l'obligation de signature de l'attestation prévue à l'article 6 du décret du 10 février 2015 susvisé pour les agents de SNCF Réseau qui manipulent le plus d'informations confidentielles. Dans ce cas, il reviendrait au gestionnaire

³ Décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, confirmée sur ce point par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 novembre 2014.

⁴ Selon un état des lieux communiqué à l'Autorité par courrier du 5 avril 2018.

⁵ Selon un état des lieux communiqué à l'Autorité par courrier du 22 février 2019. SNCF Réseau y précise : « En raison des importants mouvements sociaux qui ont eu lieu au cours du printemps et de l'été 2018 en réaction au projet de réforme du secteur ferroviaire décidé par le gouvernement, et face à la forte mobilisation d'une partie de son personnel, SNCF Réseau a jugé opportun de suspendre temporairement ce processus ».

d'infrastructure de modifier son PGIC en ce sens et de saisir l'Autorité pour avis, conformément à l'article 5 du décret du 10 février 2015 susvisé.

21. Si le remplacement de l'obligation de signature par celle du gestionnaire d'infrastructure de porter à la connaissance de ses agents les règles de confidentialité et le PGIC tel qu'envisagé par le projet de décret était maintenu, SNCF Réseau serait, en tout état de cause, tenu, en application de l'article 5 du décret du 10 février 2015 susvisé, de modifier son PGIC en conséquence. En particulier, le PGIC devrait préciser le dispositif envisagé par SNCF Réseau lui permettant de s'assurer de l'effectivité de la mise en œuvre de cette obligation nouvelle et de la traçabilité de celle-ci.

2.2. Sur les dispositions du projet de décret afférentes à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire

2.2.1. Une composition de la commission de déontologie prenant insuffisamment en compte les gestionnaires d'infrastructure

22. L'alinéa premier de l'article 7 du décret du 10 février 2015, actuellement en vigueur, dispose que la commission de déontologie est composée de cinq membres comprenant un magistrat de l'ordre judiciaire, un représentant de l'Autorité, une personnalité qualifiée choisie en raison de ses connaissances des questions ferroviaires, un représentant des salariés de SNCF Réseau et un représentant des entreprises ferroviaires.
23. Le 4° de l'article 1^{er} du projet de décret dont a été saisie l'Autorité modifie cette disposition en prévoyant que la commission de déontologie comprend un magistrat de l'ordre judiciaire, un représentant de l'Autorité, une personnalité qualifiée choisie en raison de ses connaissances des questions ferroviaires, « *un représentant des salariés de la branche ferroviaire et un représentant des employeurs de la branche ferroviaire* ».
24. Il résulte de cette dernière disposition que les représentants de la branche ferroviaire, qu'ils soient salariés ou employeurs, ne seront pas nécessairement issus d'un gestionnaire d'infrastructure dans la mesure où la branche ferroviaire comprend également les entreprises dont l'activité principale est le transport ferroviaire ainsi que les entreprises dont l'activité principale est la maintenance des matériels ferroviaires roulants ou l'exercice des tâches et des fonctions de sécurité ferroviaire⁶.
25. Toutefois, eu égard à la mission de la commission de déontologie, la présence d'un membre issu d'un gestionnaire d'infrastructure, connaissant donc son fonctionnement interne et notamment les mécanismes de circulation des informations confidentielles, permettrait à la commission de déontologie d'enrichir ses compétences et de rendre des avis en toute connaissance de cause.
26. Dans ces conditions, l'Autorité recommande que la commission de déontologie comprenne un membre supplémentaire issu d'un gestionnaire d'infrastructure pour porter le nombre de membres à six. L'Autorité observe, au demeurant, que ce nombre pair de membres ne paralysera pas le fonctionnement de la commission de déontologie dans l'émission des avis dans la mesure où, en application de l'antépénultième paragraphe de l'article 7 du décret du 10 février 2015 tel qu'il résulte du projet de décret transmis, en cas de partage égal des voix, la voix du président sera prépondérante.

⁶ Article L. 2162-1 du code des transports.

2.2.2. Des hypothèses de saisines de la commission de déontologie suscitant des interrogations

27. L'article 8 du décret du 10 février 2015 actuellement en vigueur organise la procédure de saisine de la commission de déontologie par le président du conseil d'administration de SNCF Réseau en prévoyant des hypothèses de saisine obligatoire et de saisine facultative. Sans remettre en cause cette dichotomie, le 5° de l'article premier du projet de décret dont a été saisie l'Autorité modifie les dispositions de cet article 8.

a. Sur les hypothèses de saisine obligatoire de la commission de déontologie

28. Le premier alinéa du I de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret, qui traite des cas de saisine obligatoire, dispose que le « *président, le directeur général ou, le cas échéant, le président-directeur général du gestionnaire d'infrastructure, et les cadres dirigeants au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, chargés de missions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure, ou les personnes ayant exercé ces fonctions* » doivent saisir, préalablement à l'exercice de l'activité envisagée, la commission de déontologie. Le 1° du I de l'article 8 tel qu'il résulte des modifications apportées par le projet de décret soumis pour avis à l'Autorité précise quant à lui que ces personnes saisissent directement la commission, c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire du gestionnaire d'infrastructure.
29. En premier lieu, l'Autorité s'interroge sur le champ d'application exact du projet de premier alinéa du I de l'article 8 à deux titres. D'une part, la virgule après « *du code du travail* » peut laisser penser que le groupe de mots « *chargés de missions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure* » s'applique au président, au directeur général ou, le cas échéant au président-directeur général, et aux cadres dirigeants, alors que les fonctions de répartition des capacités et de tarification de l'infrastructure sont exercées non pas par le président et le directeur général (ou le cas échéant le président-directeur général) eux-mêmes mais par les cadres dirigeants. Lors de l'instruction, les services de l'Etat ont confirmé cette analyse et ont indiqué que la présence de cette virgule constituait une erreur matérielle qui devrait donc être supprimée dans la version définitive du texte.
30. D'autre part, en réponse à la mesure d'instruction, les services de l'Etat ont indiqué que l'expression « *ou les personnes ayant exercé ces fonctions* » se rattachait au groupe de mots « *Le président, le directeur général ou, le cas échéant, le président-directeur général du gestionnaire d'infrastructure, et les cadres dirigeants* » et non au groupe de mots « *missions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure* ». Afin de clarifier cette disposition, il pourrait être ajouté, à la fin du premier alinéa du I de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret, les mots suivants « *ou les personnes ayant exercé l'une de ces trois fonctions* ».
31. Ainsi, il résulte du premier alinéa du I de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret, dont l'interprétation par les services de l'Etat a été rappelée aux points 29 et 30, que trois catégories de personnes doivent saisir la commission de déontologie lorsqu'elles souhaitent exercer, avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de leurs fonctions, des activités pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire : le président, le directeur général ou, le cas échéant, le président-directeur général, et les cadres dirigeants chargés des fonctions essentielles. Doivent également saisir la commission de déontologie les personnes ayant exercé l'une de ces trois fonctions.
32. Cette disposition, telle qu'interprétée par les services de l'Etat, constitue une réduction des hypothèses de saisine obligatoire de la commission de déontologie en comparaison avec le droit positif qui impose une saisine de la commission de déontologie non seulement en cas de mobilité du président du conseil d'administration de SNCF Réseau, ou de la personne ayant exercé cette responsabilité, et des dirigeants

chargés des fonctions essentielles mais également en cas de mobilité d'un membre du personnel de SNCF Réseau chargé des fonctions essentielles⁷.

33. A suivre l'interprétation des services de l'Etat, la commission de déontologie n'aurait plus par exemple à être obligatoirement saisie des cas de mobilité d'une personne qui, sans être cadre dirigeant, participe à l'élaboration de la tarification de l'infrastructure au sein de la direction commerciale de SNCF Réseau ou qui est horairiste au sein de la direction des capacités de ce même gestionnaire d'infrastructure et qui souhaite occuper un poste chez SNCF Mobilités⁸, alors que la mobilité de cette personne est pourtant susceptible de porter atteinte aux règles d'une concurrence libre et loyale et de non-discrimination.
34. Dans ces conditions, l'Autorité n'est pas favorable à une réduction des hypothèses de saisine obligatoire de la commission de déontologie, en particulier au vu du contexte d'ouverture à la concurrence du marché des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs.
35. De surcroît, cette réduction constitue également une méconnaissance de la loi en ne prévoyant pas de saisine obligatoire, mais uniquement facultative, pour toutes les hypothèses envisagées au VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports (Cf. *infra* points 37 à 41).
36. En second lieu, en cas d'absence de saisine de la commission de déontologie par l'une des personnes mentionnées au premier alinéa du I de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret, le II de cet article 8 modifié prévoit la possibilité pour la commission de déontologie de se saisir d'office « *dans un délai de trois mois à compter de la date de début d'exercice des nouvelles fonctions* ». Si l'Autorité est favorable à cette faculté d'auto-saisine, elle propose toutefois, afin de renforcer l'efficacité du dispositif, que le délai de trois mois ne commence à courir qu'à compter de la connaissance par le président de la commission de déontologie de l'exercice non autorisé de l'activité par l'une des personnes mentionnées au premier alinéa du I de l'article 8 du décret du 10 février 2015 modifié par le projet de décret soumis, à l'image de ce qui est prévu pour la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique⁹.

b. Sur les hypothèses de saisine facultative de la commission de déontologie

37. Aux termes du premier alinéa du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, la commission de déontologie « *est consultée lorsqu'une personne chargée de fonctions essentielles au sein d'un gestionnaire d'infrastructure, ou un membre du personnel d'un gestionnaire d'infrastructure ayant eu à connaître, dans l'exercice de ses fonctions, des informations mentionnées à l'article L. 2122-4-4, souhaite exercer, avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions, des activités pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou par l'intermédiaire d'une de ses filiales, une activité d'entreprise ferroviaire, ou pour le compte d'une entreprise filiale d'une entreprise exerçant une activité d'entreprise ferroviaire* ».
38. Il résulte de cette dernière disposition que la commission de déontologie doit être consultée, donc saisie, lorsqu'une personne chargée de fonctions essentielles (première hypothèse) ou un membre du personnel ayant eu à connaître de certaines informations (seconde hypothèse) souhaite exercer, avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions, des activités pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire. Ce sont les deux hypothèses pour lesquelles la commission de déontologie doit être consultée, indépendamment de la fonction de la personne concernée, la loi n'opérant pas d'autres distinctions.

⁷ 2° de l'article 8 du décret du 10 février 2015 actuellement en vigueur.

⁸ Avis 2019-001 et 2019-002 de la commission de déontologie en date du 29 janvier 2019, dont le sens est rendu public sur le site internet de l'Autorité qui en assure le secrétariat.

⁹ 2° du I de l'article 23 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ainsi qu'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dans sa version applicable à compter du 1^{er} février 2020.

39. Le premier alinéa du III de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret dont a été saisie l'Autorité dispose que « *Les personnes chargées de missions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure au sein d'un gestionnaire d'infrastructure ou ayant été chargées de ces missions et celles ayant eu à connaître, dans l'exercice de leurs fonctions au sein d'un gestionnaire d'infrastructure, des informations mentionnées à l'article 1^{er} (...) informent par écrit le gestionnaire d'infrastructure de leur projet* » de mobilité vers une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire. Le second alinéa du III de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret soumis précise quant à lui que « *Si le gestionnaire d'infrastructure estime qu'une de ces personnes a eu à connaître, dans l'exercice de ses fonctions, d'informations dont la confidentialité doit être préservée vis-à-vis de l'entreprise où elle souhaite exercer des fonctions, il saisit (...)* » la commission de déontologie.
40. Le III de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret organise dès lors des cas de saisine facultative de la commission de déontologie, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles le gestionnaire d'infrastructure peut, à sa discrétion, saisir cette commission lorsqu'une personne chargée des fonctions essentielles ou ayant eu à connaître d'informations confidentielles souhaite exercer une activité pour le compte d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire.
41. Dans ces conditions, en ne prévoyant pas de consultation obligatoire de la commission de déontologie pour toutes les personnes chargées des fonctions essentielles et pour toutes celles ayant eu à connaître des informations confidentielles, le III de l'article 8 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret soumis méconnaît directement le premier alinéa du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports qui impose de consulter la commission de déontologie pour ces mêmes personnes en cas de mobilité vers une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire. L'Autorité préconise donc de rendre obligatoire la saisine de la commission de déontologie pour ces personnes en modifiant le projet de décret sur ce point.

2.2.3. Des dispositions transitoires insuffisamment précises sur le sort des actuels membres de la commission de déontologie

42. En application de l'ancien article L. 2111-16-2 du code des transports et du décret du 10 février 2015 actuellement en vigueur, ont été nommés, pour une durée de trois ans, par arrêté du ministre chargé des transports en date du 13 mai 2019, tous les membres de la commission de déontologie ainsi que leurs suppléants.
43. L'article 2 du projet de décret, relatif aux dispositions transitoires notamment sur la composition de la commission de déontologie et la durée de mandat des membres, dispose que « *Les dispositions du 4^o et du 7^o de l'article 1^{er} entrent en vigueur le premier jour du quatrième mois suivant la publication du présent décret* ».
44. Cette disposition ne règle ainsi pas le sort des membres de la commission de déontologie dont le mandat est en cours.
45. Lors de l'instruction, les services de l'Etat ont toutefois indiqué que le mandat des actuels membres de la commission de déontologie prendrait fin le dernier jour du troisième mois suivant la publication du décret.
46. Afin de clarifier l'application dans le temps des dispositions afférentes à la composition de la commission de déontologie, l'Autorité recommande que le projet de décret fixe la fin du mandat des actuels membres de la commission au dernier jour du troisième mois suivant la publication du décret.

2.2.4. Des imprécisions du projet de décret qui mériteraient d'être levées

a. La nécessaire portée contraignante de l'acte émis par la commission de déontologie

47. Ni les dispositions du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, ni celles des articles 7 à 9 du décret du 10 février 2015 telles que modifiées par le projet de décret dont a été saisie l'Autorité ne précisent la portée juridique de l'acte pris par la commission de déontologie, bien qu'elles emploient formellement le terme « d'avis ». L'Autorité considère toutefois que l'avis rendu par la commission de déontologie constitue un acte décisoire pour plusieurs raisons.
48. En premier lieu, le deuxième alinéa du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, qui traite des pouvoirs de la commission et qui existe depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, dispose que cette dernière « *fixe, le cas échéant, un délai avant l'expiration duquel la personne ne peut exercer de nouvelles fonctions incompatibles avec ses fonctions précédentes* ». L'antépénultième alinéa de l'article 9 du décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret soumis pour avis prévoit quant à lui que la commission « (...) *motive ses avis défavorables ainsi que les avis assortis d'un délai avant l'expiration duquel la personne concernée ne peut exercer de nouvelles fonctions incompatibles avec ses fonctions précédentes* ». Eu égard à la formulation impérative retenue par ces deux dispositions, elles confèrent à l'acte émis par la commission une portée normative, donc contraignante, qui lie son destinataire. La commission est ainsi susceptible de prescrire un comportement à une personne chargée des fonctions essentielles ou un membre du personnel ayant eu à connaître d'informations confidentielles en lui imposant un délai avant l'expiration duquel il ne peut exercer de nouvelles fonctions incompatibles avec ses fonctions précédentes¹⁰.
49. L'Autorité relève que le code de l'énergie contient des dispositions similaires à celles du code des transports. A cet égard, lorsqu'un agent de la société gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, ayant eu à connaître de certaines informations confidentielles, souhaite exercer une activité dans le secteur de l'électricité en dehors de ce service, l'avis d'une commission est obligatoirement recueilli et cette dernière, le cas échéant, « *peut fixer un délai avant l'expiration duquel l'agent ne peut exercer de nouvelles fonctions incompatibles avec ses fonctions précédentes* »¹¹. La phrase qui suit cette disposition tire les conséquences juridiques de cet avis d'incompatibilité assorti d'un délai en prévoyant que « *Pendant ce délai, l'agent est reclassé dans un poste de même niveau qui ne comporte d'incompatibilité ni au regard de ses fonctions précédentes, ni au regard de ses fonctions futures* ». Ainsi, l'avis émis par la commission dans le secteur de l'énergie constitue un acte décisoire qui s'impose à l'agent concerné, lequel ne peut exercer de fonctions incompatibles avec celles précédemment exercées pendant un délai déterminé par cette commission.
50. En second lieu, la commission de déontologie du système de transport ferroviaire a été créée par la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire en vue de garantir l'indépendance et l'impartialité de SNCF Réseau vis-à-vis des entreprises ferroviaires¹² et de « *garantir l'accès libre et non discriminatoire au réseau* »¹³. Pour ce faire, l'ancien article L. 2111-16-2 du code des transports prévoyait « *la limitation de la mobilité* »¹⁴ de certains membres du personnel de SNCF Réseau vers une entreprise exerçant,

¹⁰ A cet égard, le rapport du sénateur Michel Teston sur le projet de loi portant réforme ferroviaire utilise également une formulation impérative lorsqu'il aborde les pouvoirs de la commission : « *Cette commission fixera, le cas échéant, un délai avant l'expiration duquel la personne concernée ne pourra exercer de nouvelles fonctions incompatibles avec ses fonctions précédentes. Ce délai devra être inférieur ou égal à trois années après la cessation des fonctions qui ont motivé la consultation de la commission. Le sens de l'avis que rendra la commission sera rendu public* » (Rapport n° 681 (2013-2014) de M. Michel Teston, fait au nom de la commission du développement durable, déposé le 2 juillet 2014). L'Autorité de la concurrence emploie quant à elle, dans son avis n° 15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire, le terme de « *décision* » lorsqu'elle traite des pouvoirs de la commission de déontologie (paragraphe 60, page 13).

¹¹ Deuxième alinéa de l'article L. 111-74 du code de l'énergie.

¹² V. les pages 17, 43 et 44 de l'étude d'impact du projet de loi portant réforme ferroviaire ; V. également la page 35 de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire (paragraphe 187).

¹³ Page 17 de l'étude d'impact du projet de loi portant réforme ferroviaire.

¹⁴ Page 35 de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire (paragraphe 187) et page 8 de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 15-A-01 du 6 janvier 2015 relatif à des projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire (paragraphe 24).

directement ou indirectement, une activité d'entreprise ferroviaire eu égard aux fonctions exercées ou aux informations qu'ils détiennent.

51. Par la suite, le paragraphe 2 de l'article 7 bis de la directive du 21 novembre 2012 modifiée, issu de la directive 2016/2370 du 14 décembre 2016 et relatif à l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure en ce qui concerne les fonctions essentielles, a donné une assise juridique supra-nationale à cette finalité du code des transports en prévoyant que « *Aux fins de l'application du paragraphe 1, les Etats membres veillent en particulier à ce que (...) : c) la mobilité des personnes chargées des fonctions essentielles ne crée pas de conflits d'intérêts* ». L'emploi du terme « *veille* » par cette disposition implique nécessairement que les Etats membres sont tenus de conférer aux organismes nationaux chargés de son exécution les moyens juridiques nécessaires pour garantir l'indépendance des gestionnaires d'infrastructure en cas de mobilité des personnes chargées des fonctions essentielles.
52. Dès lors, le VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports doit nécessairement être interprété¹⁵ comme attribuant à la commission de déontologie le pouvoir d'émettre des actes décisifs.
53. Dans ces conditions, l'Autorité recommande que le décret du 10 février 2015 tel que modifié par le projet de décret mentionne explicitement la portée contraignante de l'acte émis par la commission.

b. Une absence de sanction prévue en cas de méconnaissance de l'avis de la commission de déontologie nuisant à l'effectivité du VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports

54. L'Autorité ne peut que déplorer que la loi n'ait pas prévu de sanction en cas de méconnaissance de l'avis de la commission de déontologie, à l'image de ce que prévoient les troisième, quatrième et cinquième alinéas du VI de l'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou encore le troisième alinéa du II de l'article 23 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique en ce qui concerne respectivement les avis rendus par la commission de déontologie de la fonction publique et ceux émis par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. En particulier, ces deux dernières lois prévoient que lorsque la personne concernée par la mobilité a déjà conclu un contrat avant la notification de l'avis d'incompatibilité, ou de comptabilité sous réserves, ce contrat prend fin automatiquement.
55. Le risque qu'un avis d'incompatibilité ou un avis de compatibilité assorti d'un délai de la commission de déontologie ne soit pas respecté ne pouvant être exclu, cela conduirait à priver d'effet utile le VIII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports et l'intention du législateur, à savoir prévenir les conflits d'intérêts en vue de « *garantir l'accès libre et non discriminatoire au réseau* »¹⁶.
56. L'Autorité attire par ailleurs l'attention du Gouvernement sur le risque de sous-transposition du c du paragraphe 2 de l'article 7 bis de la directive du 21 novembre 2012 modifiée dans la mesure où, lorsque le droit de l'Union européenne ne prévoit pas de sanction en cas de violation, il appartient aux Etats membres d'établir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, de nature administrative ou pénale, en vue d'assurer l'application effective de ce droit¹⁷. Dès lors, en ne prévoyant pas de sanction en cas de non-respect d'un avis d'incompatibilité ou d'un avis de compatibilité avec réserves de la commission de déontologie, la France ne prend pas les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du c du paragraphe 2 de l'article 7 bis de la directive du 21 novembre 2012 modifiée qui impose aux Etats membres de veiller à ce que la mobilité des personnes chargées des fonctions essentielles ne crée pas de conflits d'intérêts.

¹⁵ CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, Aff. 14/83, pub. au Rec., point 26 ; CE, Section, 22 décembre 1989, Cercle militaire de la Caserne Mortier, req. n° 86 113, pub. au Leb.

¹⁶ Page 17 de l'étude d'impact du projet de loi portant réforme ferroviaire.

¹⁷ Deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 4 du traité sur l'Union européenne ; CJCE, 21 septembre 1989, Commission c/ Grèce, Aff. 68/88, pub. au Rec., points 22 à 28.

57. L'introduction de telles mesures de sanction permettrait en outre de donner toute sa portée aux dispositions introduites à l'article 9 du décret du 10 février 2015 tel qu'il résulte des modifications apportées par le projet de décret soumis pour avis à l'Autorité autorisant la commission de déontologie, pendant un délai de trois ans suivant l'avis favorable donné à une mobilité, à demander à l'entreprise auprès de laquelle s'est effectuée cette mobilité de lui confirmer que le bénéficiaire de cet avis favorable exerce toujours les fonctions ayant fait l'objet de cet avis.

*

Le présent avis sera notifié à la ministre de la transition écologique et solidaire, au secrétaire d'État, auprès de la ministre de la transition écologique et solidaire, chargé des transports, et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 7 novembre 2019.

Présents : Monsieur Bernard Roman, président ; Mesdames Cécile George et Marie Picard ainsi que Monsieur Yann Pétel, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman