

Avis n° 2020-043 du 16 juillet 2020
relatif au code de bonne conduite de SNCF Réseau

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

Saisie par le Président-directeur général de SNCF Réseau par un courrier enregistré le 2 juillet 2020 au 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. 2111-16-4 et L. 2122-4-1-1 ;

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

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

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

Vu le décret n° 2019-1587 du 31 décembre 2019 approuvant les statuts de la société SNCF Réseau et portant diverses dispositions relatives à la société SNCF Réseau ;

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

Vu l'avis n° 2019-028 du 9 mai 2019 relatif au projet d'ordonnance portant diverses dispositions relatives à la nouvelle SNCF ;

Vu l'avis n° 2019-083 du 9 décembre 2019 relatif aux projets de décrets approuvant les statuts de la société nationale SNCF, de la société SNCF Réseau, de la filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 du code des transports et de la société SNCF Voyageurs, et portant diverses dispositions relatives à ces mêmes entités ;

Après en avoir délibéré le 16 juillet 2020 ;

ÉMET L'AVIS SUIVANT

1. CONTEXTE

1.1. L'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans l'exercice des fonctions essentielles

1. Adopté le 14 décembre 2016, le quatrième paquet ferroviaire, composé de six textes organisés autour d'un pilier « technique » et d'un pilier « politique », organise l'ouverture à la concurrence des services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs et réforme la gouvernance des gestionnaires d'infrastructure afin de garantir un traitement non discriminatoire des nouveaux entrants, condition essentielle à l'effectivité et au développement de la concurrence.
2. La directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 susvisée autorise expressément l'appartenance d'un gestionnaire d'infrastructure à une entreprise verticalement intégrée mais lui impose, dans ce cas, des obligations d'impartialité et d'indépendance, notamment vis-à-vis des entreprises ferroviaires et de la société holding, afin de garantir à l'ensemble des entreprises ferroviaires un droit d'accès aux infrastructures essentielles dans des conditions équitables et non discriminatoires.
3. Afin d'assurer l'effectivité de l'impartialité du gestionnaire d'infrastructure appartenant à une entreprise verticalement intégrée, le législateur européen a prévu des mesures de sauvegarde de son indépendance dont certaines s'appliquent quelle que soit la nature des fonctions exercées, telles que l'interdiction de cumuler les fonctions de membre du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure avec celles de membre du conseil d'administration d'une entreprise ferroviaire, ou l'absence de rémunération, de la part de toute autre entité de l'entreprise verticalement intégrée, fondée sur la performance ou de primes, perçues par les membres du conseil d'administration du gestionnaire d'infrastructure et les personnes chargées de prendre des décisions sur les fonctions essentielles, liées aux résultats financiers d'entreprises ferroviaires particulières¹.
4. En outre, la directive 2012/34/UE modifiée prévoit des mesures de sauvegarde supplémentaires lorsque le gestionnaire d'infrastructure intervient au titre des fonctions essentielles que sont la répartition des sillons et la tarification de l'infrastructure². En particulier, aucune entreprise ferroviaire ni aucune autre entité juridique de l'entreprise verticalement intégrée ne peut avoir d'influence décisive ni sur les décisions prises par le gestionnaire d'infrastructure en ce qui concerne les fonctions essentielles³ ni sur les nominations et la révocation des personnes chargées de prendre des décisions sur les fonctions essentielles⁴. La mobilité des personnes chargées des fonctions essentielles ne doit pas, en outre, créer de conflits d'intérêts⁵.
5. La loi du 4 août 2014 susvisée a fait le choix de constituer un groupe public ferroviaire intégré réunissant le gestionnaire d'infrastructure et l'exploitant historique, établissements publics industriels et commerciaux rattachés à l'établissement public industriel et commercial « de tête », notamment dans le but d'obtenir des gains de productivité résultant de nouvelles synergies et de la mutualisation de certaines fonctions communes, lesquels gains de productivité n'ont jamais été démontrés financièrement, comme l'Autorité l'a déjà relevé⁶.

¹ Art. 7.3 et art. 7.4 de la directive 2012/34/UE modifiée.

² Art. 3.2, septies.

³ Art. 7.1 et art. 7 bis § 2, a).

⁴ Art. 7 bis § 2, b).

⁵ Art. 7 bis § 2, c).

⁶ Avis n° 2015-042 du 18 novembre 2015 relatif au projet de budget de SNCF Réseau pour l'année 2016 repris dans l'étude thématique de l'Autorité relative à la mise en œuvre de la réforme ferroviaire : état des lieux du régulateur d'octobre 2016.

6. La loi du 27 juin 2018 susvisée maintient la structure verticalement intégrée issue de la loi du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, tout en transformant les établissements publics à caractère industriel et commercial SNCF, SNCF Mobilités et SNCF Réseau en sociétés anonymes à capitaux publics, à compter du 1^{er} janvier 2020.
7. L'ordonnance du 12 décembre 2018 susvisée transpose les dispositions de la directive 2012/34/UE modifiée, en particulier celles relatives aux mesures de sauvegarde de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans l'exercice des fonctions essentielles.
8. Ainsi, l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports dispose notamment qu'« aucune des autres entités juridiques au sein d'une entreprise verticalement intégrée n'exerce une influence décisive sur les décisions prises par le gestionnaire de l'infrastructure en ce qui concerne les fonctions essentielles » et met en place une règle de déport pour les membres du conseil d'administration de SNCF Réseau, lorsqu'ils sont salariés d'autres entités juridiques de l'entreprise verticalement intégrée, s'agissant des décisions relatives aux fonctions essentielles et de la nomination / révocation des dirigeants / personnels en charge des fonctions essentielles. L'article L. 2122-4-3 du code des transports pose, par ailleurs, le principe selon lequel « les fonctions essentielles (...) sont exercées par le gestionnaire d'infrastructure en toute indépendance sur le plan juridique, décisionnel et organisationnel (...) et dans des conditions garantissant une concurrence libre et loyale et assurant un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure ».
9. L'Autorité a déjà eu l'occasion de souligner que, dans le cadre d'une entreprise verticalement intégrée, l'existence d'un lien entre le gestionnaire d'infrastructure et une entreprise exploitant des services de transport peut altérer ou paraître altérer l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et le droit d'accès au réseau ferroviaire dans des conditions équitables, transparentes et non-discriminatoires⁷. Un tel schéma fait ainsi peser le risque que l'entreprise ferroviaire historique bénéficie de conditions plus favorables que ses concurrents, voire que soit mis en œuvre un verrouillage du marché amont afin d'empêcher l'accès au marché aval⁸.
10. Concrètement, il existe des risques avérés que, notamment :
 - les entreprises ferroviaires entrant sur le marché fassent l'objet d'un traitement discriminatoire pour accéder aux infrastructures ferroviaires, y compris sous la forme de manœuvres dilatoires ;
 - l'entreprise ferroviaire historique puisse détourner la gestion de l'infrastructure ferroviaire au profit de ses intérêts commerciaux et au détriment des autres opérateurs du secteur ; et
 - des informations commercialement sensibles sur les entreprises ferroviaires entrant sur le marché soient divulguées à l'entreprise ferroviaire historique qui pourrait, en conséquence, bénéficier d'un avantage concurrentiel⁹.
11. En conséquence, l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, tant sur un plan juridique, décisionnel et organisationnel, permettant de garantir l'indépendance et l'objectivité de ses choix opérationnels, constitue « un prérequis indispensable à l'exercice par les entreprises ferroviaires et les candidats autorisés d'un droit d'accès au réseau dans des conditions équitables, transparentes et non-discriminatoires »¹⁰.

⁷ Avis n° 2019-028 du 9 mai 2019.

⁸ Avis n° 2018-079 du 15 novembre 2018.

⁹ Voir en ce sens l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 *relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire*.

¹⁰ Avis n° 2019-083 du 9 décembre 2019.

12. C'est la raison pour laquelle l'Autorité attache une importance particulière aux mesures d'organisation interne mises en œuvre par SNCF Réseau afin de garantir son indépendance à l'égard du groupe SNCF et, par conséquent, aux engagements pris par SNCF Réseau dans son code de bonne conduite. Dans le cadre de son avis n° 2019-083 susvisé, elle a d'ailleurs souligné que « *le code de bonne conduite revêt une importance primordiale en ce qu'il constitue l'un des outils permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité du gestionnaire d'infrastructure appartenant à une entreprise verticalement intégrée* » et a recommandé d'être « *associée à son élaboration ou, a minima, consultée préalablement à son adoption* ».

1.2. L'adoption du code de bonne conduite de SNCF Réseau

13. L'alinéa 4 du II. de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, également créé par l'ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 précitée, dispose que « *le gestionnaire de l'infrastructure réunit dans un code de bonne conduite, adressé à l'Autorité de régulation des transports, les mesures prises pour prévenir toute influence décisive d'une autre entité de l'entreprise verticalement intégrée sur les décisions qu'il prend en ce qui concerne les fonctions essentielles. L'Autorité de régulation des transports veille au respect de ce code de bonne conduite* ». Cette obligation a été retranscrite *in extenso* dans les statuts de SNCF Réseau¹¹.
14. Par un courrier daté du 16 janvier 2020, adressé au Président-directeur général de SNCF Réseau, l'Autorité a sollicité la communication du code de bonne conduite, en application de l'article L. 2122-4-1-1 précité. Par retour de courrier daté du 5 mars 2020, la direction de la régulation de SNCF Réseau a transmis un projet de code de bonne conduite, afin d'associer les services de l'Autorité à son élaboration.
15. Alors que des échanges constructifs avaient pu avoir lieu dans ce cadre entre les services, l'Autorité n'a toutefois pas été saisie du projet définitif, préalablement à son adoption par le conseil d'administration. Cette consultation préalable du régulateur, chargé par le législateur de veiller au bon respect de l'exécution du code de bonne conduite, lui aurait pourtant permis de faire état de ses recommandations et d'éclairer la prise de décision du conseil d'administration de SNCF Réseau.
16. Ce n'est que par un courrier enregistré le 2 juillet 2020 que le Président-directeur général de SNCF Réseau a adressé à l'Autorité le code de bonne conduite adopté par le conseil d'administration de SNCF Réseau, le 25 juin 2020.
17. Le courrier d'accompagnement de SNCF Réseau précise que le code de bonne conduite contient, notamment, « *les mesures d'organisation interne adoptées par l'entreprise en application de l'article L. 2111-16-4 du code des transports* », lequel article précise que l'Autorité rend un avis sur lesdites mesures. En tout état de cause, compte tenu, par ailleurs, de l'importance que revêt le code de bonne conduite pour l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure dans le cadre d'une entreprise verticalement intégrée, en particulier dans un contexte d'ouverture à la concurrence des services ferroviaires, l'Autorité souhaite faire état de ses observations et recommandations dans le cadre du présent avis, en application de ses pouvoirs généraux en la matière¹².

¹¹ Alinéa 2 du 5° de l'article 14 de l'annexe du décret n° 2019-1587 du 31 décembre 2019.

¹² Art. L. 2131-3 du code des transports.

18. Du fait du contexte de l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires et en ce que l'élaboration du code de bonne conduite constitue, pour SNCF Réseau, un nouvel exercice, cette version ne saurait être envisagée comme présentant un caractère figé et définitif. Au contraire, elle doit être appréhendée comme une première version ayant vocation à évoluer pour tenir compte notamment des constats et des enseignements tirés par SNCF Réseau de sa mise en œuvre et des conclusions, éventuellement assorties de recommandations, que pourrait être amenée à formuler l'Autorité dans le cadre de la mission que lui a confiée le législateur de veiller au bon respect du code de bonne conduite.

2. ANALYSE

19. Le code de bonne conduite adopté par SNCF Réseau a pour objectif de « *préserver la société SNCF Réseau SA de toute influence décisive d'une entité du Groupe Public Unifié (...) sur les décisions qu'elle prend dans l'exercice de ses missions relatives aux fonctions essentielles, à savoir la répartition des capacités et la tarification de l'infrastructure* ». A cette fin, le gestionnaire d'infrastructure prend l'engagement de garantir son indépendance, « *dans sa pratique quotidienne* », en garantissant la transparence de ses échanges avec ses clients sous le contrôle de l'Autorité, en veillant à l'équité et au caractère non discriminatoire de ses décisions et en respectant la confidentialité des données de ses clients.
20. Le code de bonne conduite comporte :
- des « *mesures générales* » traitant de « *l'indépendance vis-à-vis de la société SNCF SA dans l'exercice des fonctions essentielles* » ; de « *l'indépendance des membres du conseil d'administration, des personnes chargées de prendre des décisions sur les fonctions essentielles et des dirigeants* » ; de « *l'indépendance des bureaux* » ; de « *l'étanchéité des Systèmes d'Information (SI) gérant les fonctions essentielles* » et de « *la collégialité des travaux portant sur des sujets complexes* » ;
 - des « *mesures particulières* », applicables en matière de répartition des capacités et de tarification de l'infrastructure ; et
 - des mesures visant à assurer son respect par les salariés de SNCF Réseau d'une part, et à formaliser l'engagement des autres entités du groupe SNCF de ne pas exercer d'influence décisive sur les décisions prises par SNCF Réseau en matière de fonctions essentielles, par le biais d'un protocole, d'autre part.
21. Enfin, un dispositif d'alertes est annexé au code de bonne conduite, complétant le dispositif de recueil des alertes mis en place dans le cadre du plan de gestion des informations confidentielles. Ce dispositif permet de signaler toute violation présumée ou avérée des règles fixées par le code de bonne conduite tout en protégeant les lanceurs d'alertes.
22. Dans le cadre de son analyse, l'Autorité s'est attachée à examiner si le périmètre du code de bonne conduite était suffisant pour appréhender l'ensemble des enjeux liés à un exercice indépendant des fonctions essentielles par SNCF Réseau et si les mesures concrètes associées à chacun des grands items retenus pouvaient être considérées comme suffisamment précises et détaillées pour jouer leur rôle de sauvegarde et constituer ainsi une réponse satisfaisante aux risques inhérents au schéma verticalement intégré précédemment rappelé.

23. L'Autorité est d'autant plus vigilante sur ces sujets que l'équipe dirigeante de la société holding, nouvellement nommée, a publiquement fait état de sa volonté d'orienter sa stratégie globale dans le sens d'un approfondissement marqué de l'intégration et de la coordination du groupe SNCF, notamment au niveau local. De ce point de vue, elle a alerté la holding sur le fait que la mise en place de coordinateurs régionaux, nommés parmi les directeurs régionaux responsables du TER, jouant le rôle de point de contact unique pour l'ensemble du groupe SNCF, y compris SNCF Réseau, à l'égard des acteurs locaux, publics ou privés, pose question. Outre que le dispositif s'articule mal avec le principe d'indépendance du gestionnaire d'infrastructure, il pourrait en pratique conduire à ce que le coordinateur régional ait accès à des informations confidentielles ou particulièrement sensibles pouvant concerner directement ou indirectement des entreprises ferroviaires.
24. Dès lors, eu égard à ces enjeux opérationnels, le code de bonne conduite ne saurait se limiter à rappeler les dispositions législatives et réglementaires applicables sans préciser davantage les mesures d'organisation interne que SNCF Réseau entend mettre en place afin d'éviter qu'une entité du groupe SNCF exerce une influence décisive sur les décisions prises en ce qui concerne la tarification et l'attribution des capacités.
25. En outre, des décisions ne relevant pas des fonctions essentielles peuvent avoir des effets anti-concurrentiels de nature à faire obstacle à l'égalité d'accès à l'infrastructure et avoir un impact, de ce fait, sur les fonctions essentielles¹³. Tel est le cas, par exemple, des missions d'entretien et de renouvellement de l'infrastructure ferroviaire, qui ont nécessairement une incidence sur la répartition des sillons. De ce point de vue, l'Autorité considère que le périmètre du code devrait également concerner les autres missions du gestionnaire d'infrastructure, dès lors qu'elles ont, même indirectement, une incidence sur l'allocation des capacités ou la tarification de l'infrastructure.
26. Par ailleurs, elle relève que si des dispositifs pertinents ont été prévus s'agissant des thématiques identifiées, SNCF Réseau ne les traduit pas concrètement dans son organisation et son fonctionnement interne, limitant de ce fait la portée de ses engagements. Par ailleurs, certains thèmes d'importance ne sont ni évoqués ni traités.

2.1. Des engagements à décliner précisément afin de leur conférer une portée opérationnelle

27. L'Autorité a identifié trois engagements dont la déclinaison concrète devrait être précisée afin de garantir qu'ils répondent bien à l'objectif assigné : l'indépendance des locaux des agents en charge des fonctions essentielles, l'étanchéité des services d'information dédiés aux fonctions essentielles et la diffusion du code de bonne conduite aux salariés du groupe SNCF.

2.1.1. L'engagement relatif à l'indépendance des bureaux n'interdit pas que les agents en charge des fonctions essentielles partagent leurs locaux avec SNCF Voyageurs

28. Le code des transports n'impose pas explicitement la séparation des locaux de SNCF Réseau, du moins de ceux occupés par les agents en charge des fonctions essentielles. Pour autant, dans la mesure où SNCF Réseau est tenue d'exercer les fonctions essentielles en toute indépendance, notamment sur le plan « *décisionnel et organisationnel* » et « *dans des conditions garantissant une concurrence libre et loyale et assurant un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure* »¹⁴, la séparation des locaux des agents en charge des fonctions essentielles de SNCF Réseau et des agents de SNCF Voyageurs semble s'imposer comme une solution à

¹³ Avis n° 2019-028 du 9 mai 2019.

¹⁴ Art. L. 2122-4-3 du code des transports précité.

privilégier. Au demeurant, le législateur l'a déjà imposée aux gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz naturel, appartenant à une entreprise verticalement intégrée¹⁵.

29. La question de l'indépendance des locaux des agents en charge des fonctions essentielles se pose avec une acuité toute particulière dans le contexte du déménagement annoncé des horairistes de SNCF Réseau, par définition en charge des fonctions essentielles, dans des locaux partagés avec des agents de SNCF Voyageurs.
30. L'engagement de SNCF Réseau dans le code de bonne conduite selon lequel « *dans son organisation interne, SNCF Réseau veille à ce que les bureaux des agents affectés aux missions de répartition de capacités et de tarification de l'infrastructure soient physiquement séparés des bureaux des autres services et/ou que soient mises en place des procédures d'accès aux bureaux des agents affectés à ces missions* » ne paraît pas suffire à apporter les garanties nécessaires pour les raisons suivantes :
 - d'une part, la séparation physique se limite aux « bureaux » des agents en charge des fonctions essentielles et ne couvre pas les autres lieux de vie dans lesquels ces mêmes personnels évoluent dans le cadre de leurs activités. L'engagement de « *séparation physique* » devrait donc s'appliquer à l'ensemble des « locaux » des personnels en charge des fonctions essentielles, à l'égard des autres entités du groupe SNCF, et à tout le moins de SNCF Voyageurs ;
 - d'autre part, la séparation physique des locaux ne saurait être une simple alternative à la mise en place de processus d'accès spécifiques aux locaux, comme le prévoit actuellement le code de bonne conduite. Au contraire, l'indépendance physique des locaux des agents en charge des fonctions essentielles va nécessairement de pair avec la mise en place de procédures d'accès particulières et spécifiquement sécurisées.
31. En tout état de cause, l'Autorité sera très vigilante quant aux décisions qui seront prises par SNCF Réseau en matière de politique immobilière, et aux modalités concrètes de leur application, en ce qui concerne les personnels en charge des fonctions essentielles.

2.1.2. L'engagement portant sur l'étanchéité des systèmes d'information dédiés aux fonctions essentielles ne s'étend pas au groupe SNCF

32. Le VII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports autorise qu'au sein d'une entreprise verticalement intégrée, les systèmes d'information (ci-après, les « SI ») soient « *communs* » aux différentes entités du groupe, sous réserve que « *l'accès aux informations sensibles concernant les fonctions essentielles (...) [soit] limité au personnel habilité du gestionnaire d'infrastructure* » et que « *les informations sensibles ne [soien]t pas transmises à d'autres entités au sein d'une entreprise verticalement intégrée* ».
33. L'Autorité note avec satisfaction que le code de bonne conduite énonce le principe de « *l'étanchéité des Systèmes d'Information (...) gérant les fonctions essentielles* » au sein de SNCF Réseau. Il prévoit ainsi que « *les directions métiers de SNCF Réseau sont propriétaires du SI qui supporte leur organisation et leurs processus industriels, tant en termes de traitements que de données. Elles sont maîtres d'ouvrage de leurs SI (pour leur création et leurs évolutions) en fonction de leurs besoins. Elles ont un rôle de commanditaire vis-à-vis de la direction des SI de SNCF Réseau* ». En parallèle, la direction SI de SNCF Réseau « *garde la complète maîtrise de l'architecture des SI gérant les fonctions essentielles, des conditions de leur sécurité et de leur maintien en condition opérationnelle* », à savoir « *la gestion opérationnelle des circulations, la*

¹⁵ Art. L. 111-21 du code de l'énergie.

vente et la facturation des sillons ». Le dispositif est de nature à assurer l'étanchéité des SI dédiés aux fonctions essentielles au sein de SNCF Réseau.

34. En revanche, le code de bonne conduite ne traite pas de l'étanchéité des SI dédiés aux fonctions essentielles au sein du groupe SNCF eu égard, notamment, aux fonctions mutualisées exercées par la holding. Plus précisément, l'Autorité s'interroge sur les risques liés à la circonstance que la holding assure pour l'ensemble des SI du groupe, y compris ceux dédiés aux fonctions essentielles, « *la réalisation de prestations de service d'infrastructure (gestion des datacenters, réseaux de communication, postes de travail)* »¹⁶. En effet, le fait de mutualiser, tout particulièrement, la gestion des réseaux de communication et des postes de travail pourrait aboutir à ce que la holding soit en capacité d'accéder aux données traitées et stockées par les agents en charge des fonctions essentielles et, plus généralement, à leur poste de travail, si le périmètre de ces missions n'était pas suffisamment encadré et que des mesures de sauvegarde n'étaient pas mises en place.
35. En l'état, l'absence de précision quant à l'étendue du périmètre des missions exercées par SNCF, pour le compte de SNCF Réseau, ne permet pas d'apprécier le degré d'étanchéité et la conformité du dispositif aux dispositions précitées du code des transports. Concrètement, SNCF Réseau doit s'assurer que la mutualisation des prestations de service d'infrastructure concernant, tout particulièrement, les *datacenters*, les réseaux de communication et les postes de travail, se limite à un cadre opérationnel n'impliquant pas que la holding puisse être dépositaire d'habilitations techniques permettant d'accéder ou de contrôler les flux et les données associés aux fonctions essentielles.
36. Aussi, le principe selon lequel les services mutualisés au niveau du groupe SNCF ne remettent pas en cause l'étanchéité des SI dédiés aux fonctions essentielles devrait être explicitement retranscrit dans le code de bonne conduite, ainsi que les mesures de sauvegarde afférentes mises en place.
37. En outre, afin d'éviter la divulgation d'informations sensibles, la liste à jour des personnels habilités par le gestionnaire d'infrastructure, au sens du VII de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports, devrait être publiée en interne et portée à la connaissance de l'Autorité.

2.1.3. La diffusion du code de bonne conduite ne s'étend pas à l'ensemble des salariés du groupe SNCF

38. Le code de bonne conduite prévoit qu'il est « *porté à la connaissance des sociétés SNCF SA, SNCF Voyageurs SA et Fret SNCF SAS* », par le biais de la signature d'un protocole « *au terme duquel chacune d'elles s'engage à n'exercer aucune influence décisive sur les décisions prises par SNCF Réseau en matière de fonctions essentielles* ».
39. Pour assurer l'effectivité de l'engagement des différentes entités du groupe SNCF, parties au protocole précité, l'Autorité recommande que le contenu du code de bonne conduite soit porté à la connaissance de l'ensemble des salariés du groupe SNCF, dans des conditions à déterminer permettant d'attester de la prise de connaissance du code sans générer des coûts de gestion excessifs.

¹⁶ Note de la direction SI de SNCF Réseau du 25 mai 2020 relative aux mesures concernant les fonctions SI et l'étanchéité des SI de SNCF Réseau, à l'attention de l'Autorité.

40. Elle recommande, en outre, que le code de bonne conduite soit notifié à l'ensemble des salariés de SNCF Réseau, à l'instar de ce qui est prévu pour le plan de gestion des informations confidentielles dont dispose SNCF Réseau¹⁷.

2.2. Un document silencieux sur des thèmes pourtant essentiels

41. Eu égard aux conditions nécessaires à la garantie de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure au sein d'une entreprise verticalement intégrée, l'absence d'engagements spécifiques en ce qui concerne la formation des agents en charge des fonctions essentielles et la mutualisation des services au niveau de la holding constituent des lacunes importantes.

2.2.1. L'absence d'engagement en ce qui concerne la formation des agents en charge des fonctions essentielles

42. Par analogie avec la matière déontologique, l'effectivité du principe d'indépendance de SNCF Réseau est fonction de la bonne compréhension et de la sensibilisation de chacun de ses agents aux obligations qui pèsent sur lui dans l'exercice quotidien de ses activités. Or, SNCF Réseau ne prend aucun engagement spécifique pour la formation, en tant que telle, de ses agents et, plus particulièrement, des personnels en charge des fonctions essentielles, au principe de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure et à ses implications dans le cadre de l'entreprise verticalement intégrée.
43. Interrogée sur ce point, SNCF Réseau a amendé le code de bonne conduite d'un engagement supplémentaire selon lequel la société met en œuvre annuellement « *des actions de communication auprès de son personnel afin de le sensibiliser au bon respect du code* » de bonne conduite. En outre, SNCF Réseau a indiqué mettre d'ores et déjà en place des formations dont le *modus operandi* n'a pas, selon elle, à être précisé dans le code de bonne conduite.
44. L'Autorité souligne que les « *actions de communication* » à destination de tous les personnels de SNCF Réseau n'ont ni la même portée ni le même effet que de véritables « *formations* » permettant de sensibiliser et de former, plus spécifiquement encore, les agents dédiés aux fonctions essentielles afin de prévenir toute pratique discriminatoire. Le risque de pratique discriminatoire n'est d'ailleurs pas théorique et s'est déjà concrétisé, dans le secteur ferroviaire. Ainsi, l'établissement public industriel et commercial SNCF a déjà été condamné par l'Autorité de la concurrence pour avoir utilisé des informations confidentielles qu'il avait reçues en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure délégué au détriment des entreprises ferroviaires du fret, abus de position dominante d'une particulière gravité, renforcée d'ailleurs par le contexte d'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire¹⁸.
45. Aussi, eu égard aux enjeux, l'Autorité considère que le principe de la « *formation continue* » des personnels de SNCF Réseau aux implications concrètes de l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure devrait être retranscrit dans le code de bonne conduite – dont le *modus operandi* et la fréquence pourraient être précisés tout particulièrement pour les personnels en charge des fonctions essentielles, allant par exemple du rappel régulier des lignes de conduite établies par SNCF Réseau à la mise en situation personnalisée.

¹⁷ Art. 6 du décret n° 2015-139 du 10 février 2015 modifié 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.

¹⁸ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.

46. L'Autorité encourage, par ailleurs, SNCF Réseau à initier une réflexion sur les différentes dimensions que pourrait prendre, concrètement, le plan de formation ainsi que sur les procédures d'évaluation à mettre en place. Il paraît en effet indispensable de prévoir des mécanismes permettant de s'assurer de la bonne compréhension par les personnels de SNCF Réseau du principe d'indépendance de SNCF Réseau et de ses implications dans l'exercice quotidien des fonctions essentielles.

2.2.2. Le code de bonne conduite ne traite pas des services mutualisés au niveau du groupe SNCF

47. L'article 3 des statuts de la holding annexés au décret n° 2019-1585 du 30 décembre 2019¹⁹ prévoit qu'elle a notamment pour mission « *d'assurer des fonctions mutualisées, exercées au bénéfice de l'ensemble du groupe public unifié, et notamment, toutes prestations de services et de conseil aux sociétés de son groupe en matière de gestion des ressources humaines, d'audit et de contrôle des risques, d'expertise et de conseil stratégique, juridique et financier du groupe public, de gestion immobilière et foncière de politique numérique, de communication, de gestion de systèmes d'information, et d'achats du groupe public unifié* ».
48. L'Autorité a déjà fait état de ce que la réalisation, par la holding, de certaines fonctions mutualisées au bénéfice des entités du groupe public ferroviaire s'articule difficilement avec l'indépendance du gestionnaire d'infrastructure²⁰. Elle a ainsi déjà recommandé que le périmètre des fonctions mutualisées exercées au profit de SNCF Réseau soit limité et que, concrètement, les activités d'expertise et de conseil juridique, de gestion des systèmes d'information et la gestion immobilière et foncière en soient exclues²¹.
49. La question se pose avec une plus grande acuité encore dès lors que l'exercice de ces fonctions mutualisées pourraient concerner, directement ou indirectement, les fonctions essentielles, *stricto sensu*, exercées par SNCF Réseau. Tout particulièrement, l'Autorité souligne les risques associés à la gestion mutualisée, au niveau de la holding, des services de ressources humaines : les personnels en charge des fonctions essentielles ne devraient pas voir leur carrière, y compris sur le plan financier, gérée ou relevée, directement ou indirectement des services d'une autre entité que SNCF Réseau.
50. Aussi, l'Autorité considère que SNCF Réseau devrait expliciter, dans le code de bonne conduite, le périmètre précis des fonctions qu'elle exerce en propre et qu'elle exclut de confier à une autre entité du groupe SNCF, en ce qui concerne les fonctions essentielles. A titre d'exemple, la mission de conseil et d'expertise juridique couvre une palette d'activités et de spécialités très différentes qui nécessitent d'être détaillées. Concrètement, la mutualisation du droit social ne semble pas poser difficulté à première vue. Il en va différemment en ce qui concerne la gestion des contentieux qui pourrait opposer SNCF Réseau et des entreprises ferroviaires ou du conseil juridique en matière de répartition des capacités et de tarification d'accès.

¹⁹ Décret n° 2019-1585 du 30 décembre 2019 approuvant les statuts de la société nationale SNCF et portant diverses dispositions relatives à la société nationale SNCF et à la société mentionnée au c du 2° de l'article 18 de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019.

²⁰ Avis n° 2019-028 du 9 mai 2019.

²¹ Avis n° 2019-083 du 9 décembre 2019.

3. SUR LE SUIVI DE LA BONNE APPLICATION DU CODE DE BONNE CONDUITE

51. Le dernier alinéa du II. de l'article L. 2122-4-1-1 du code des transports prévoit que l'Autorité « *veille au respect de ce code de bonne conduite* », sans en préciser les modalités. A cet égard, le code de bonne conduite prévoit que « *SNCF Réseau s'engage à coopérer avec l'ART pour mener à bien sa mission* ».

3.1. Sur le Dispositif d'Alertes et la mise en place d'un « référent code de bonne conduite »

52. Le code de bonne conduite prévoit qu'en cas de violation présumée ou avérée des principes qu'il définit, la direction juridique et de la conformité de SNCF Réseau est le destinataire des signalements et responsable de leur traitement, dans le cadre du dispositif d'alerte.
53. Concernant le Dispositif d'Alertes mentionné en annexe 1 du code de bonne conduite, l'Autorité note avec intérêt l'introduction d'un paragraphe précisant : « *Le Lanceur d'Alerte de bonne foi bénéficie d'une protection contre les risques de représailles par analogie avec les dispositions prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.* »
54. Elle estime que pour être cohérent avec ce qui précède, le paragraphe suivant, selon lequel : « *L'utilisation de bonne foi et de manière désintéressée du Dispositif d'Alertes n'exposera son auteur à aucune sanction ni poursuite* » devrait être complété par une référence expresse à l'article 10-I de la loi du 9 décembre 2016 qui modifie l'article L.1132-3-3 du code du travail pour prévoir notamment qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir signalé une alerte dans le respect des dispositions prévues par la loi.
55. Concernant le code de bonne conduite, l'Autorité constate qu'il n'identifie pas de référent chargé spécifiquement de veiller au respect des engagements pris dans son cadre, à l'instar du responsable de la conformité que le législateur a institué dans les sociétés gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité et de gaz naturel²².
56. En lien étroit avec les responsables opérationnels, ce référent s'assurerait de la conformité des pratiques de SNCF Réseau au code de bonne conduite, animerait les campagnes d'information et de formation des agents de SNCF Réseau relatives au principe, aux procédures et aux bonnes pratiques en matière de garantie d'indépendance et serait leur contact privilégié en cas de difficultés concrètes ou de questions liées à sa mise en application. Il assurerait, également, le suivi de la bonne application du code de bonne conduite, réalisant un programme de contrôle et établissant un rapport annuel de mise en œuvre qu'il présenterait à l'Autorité, dont il serait l'interlocuteur régulier.

3.2. Sur le suivi de la bonne application du code par l'Autorité

57. L'Autorité se réserve le droit, dans le cadre de l'exercice de sa mission, de faire état de ses constats et recommandations, selon un *modus operandi* et une fréquence qu'elle appréciera et définira et ce, afin d'offrir aux nouveaux entrants la plus grande visibilité sur le fonctionnement du gestionnaire d'infrastructure et sur les modalités d'accès au réseau.

²² Art. L. 111-62 du code de l'énergie.

58. *A minima*, elle devra pouvoir accéder aux résultats issus des dispositifs de suivi de chacun des engagements pris dans le code de bonne conduite et qui devront avoir été mis en place par le gestionnaire d'infrastructure. Eu égard à la rédaction actuelle du code de bonne conduite, ces éléments pourront porter notamment sur les thématiques suivantes :

- Concernant les actions de communication et de formation auprès de son personnel afin de le sensibiliser au bon respect du code : tout élément présentant concrètement le plan d'action mis en place par les services des ressources humaines ainsi que, le cas échéant, le résultat des évaluations opérées ;
- Concernant l'indépendance des locaux des personnes en charge des fonctions essentielles : tout élément explicitant la politique immobilière de SNCF Réseau et de sa mise en application pratique en ce qui concerne les personnels en charge des fonctions essentielles ;
- Concernant l'étanchéité des SI gérant les fonctions essentielles : tout élément présentant les modalités techniques garantissant l'indépendance des SI gérant les fonctions essentielles ;
- Concernant les fonctions mutualisées : tout élément permettant d'attester des engagements pris par SNCF Réseau dans le code de bonne conduite ;
- Concernant le dispositif d'alertes : un rapport faisant état des alertes reçues et des suites leur ayant été données, selon une fréquence annuelle ; et plus généralement
- Tout autre élément de nature à montrer la réalisation des engagements de SNCF Réseau dans le cadre du code de bonne conduite.

Le présent avis sera notifié au Président-directeur général de SNCF Réseau et publié sur le site internet de l'Autorité.

L'Autorité a adopté le présent avis le 16 juillet 2020.

Présents : Monsieur Bernard Roman, Président ; Madame Anne Yvrande-Billon, vice-présidente ; Madame Florence Rousse, vice-présidente ; Monsieur Patrick Vieu, vice-président ; Monsieur Yann Pétel ainsi que Madame Marie Picard, membres du collège.

Le Président

Bernard Roman