

Consultation publique

Lignes directrices relatives à la tarification négociée de l'utilisation de l'infrastructure

Début : 5 septembre 2022

Fin : 9 octobre 2022

L'AFRA salue l'initiative de l'ART et présente ses observations en réponse directement dans le champ des questions du présent document. En synthèse les observations proposées visent à :

- Clarifier les dispositions du DRR : procédure, méthodologie (équilibre entre souplesse et cadre conservateur des droits des parties) etc.
- Renforcer le caractère contradictoire de la procédure pour le candidat
- Garantir que l'ART sera associée effectivement et le plus en amont possible
- Renforcer les garanties de respect du secret des affaires et de la confidentialité des données transmises pour fonder l'analyse.

Contexte

L'article 56, paragraphe 6 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen dispose que « [I]es négociations entre les candidats et un gestionnaire de l'infrastructure concernant le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure ne sont autorisées que si elles ont lieu sous l'égide de l'organisme de contrôle. L'organisme de contrôle intervient immédiatement si les négociations sont susceptibles de contrevenir aux dispositions du présent chapitre ».

L'article L. 2133-2 du code des transports prévoit que « [I]l' Autorité de régulation des transports est informée par tout gestionnaire d'infrastructure de son intention de négocier des redevances d'infrastructure avec un candidat. Les tarifs négociés sont transmis à l'autorité, qui peut s'y opposer s'ils méconnaissent les dispositions du premier alinéa de [l'article L. 2131-3](#) et celles de [l'article L. 2131-4](#). L'absence d'opposition dans un délai de deux mois à compter de la réception des tarifs négociés vaut accord ».

Pour préciser le cadre d'exercice de la mission qui lui a été confiée par le législateur, l'Autorité de régulation des transports prévoit d'adopter des lignes directrices relatives à la tarification négociée du niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure s'agissant du réseau ferré national, et ce, dans l'optique de clarifier les modalités de saisine dans l'intérêt des parties saisissantes et, plus largement, de l'ensemble des acteurs du système ferroviaire concernés.

Dans ce contexte, la consultation publique faisant l'objet du présent document doit permettre de recueillir l'avis de l'ensemble des parties prenantes sur les différentes propositions de l'Autorité de régulation des transports.

Objet et modalités de la consultation publique

Le présent document vise à consulter l'ensemble des acteurs intéressés sur les éléments qui pourraient figurer dans le projet de décision par laquelle l'Autorité de régulation des transports adoptera des lignes directrices relatives à la tarification négociée.

Les personnes intéressées peuvent apporter toutes les observations qu'elles souhaitent sur le présent document et les problématiques qui y sont exposées.

Ces observations, ainsi que toutes contributions qui apparaîtraient opportunes pour éclairer l'Autorité, peuvent être transmises jusqu'au **9 octobre 2022**, par courriel, à l'adresse suivante : consultation.publique@autorite-transport.fr

Sauf demande contraire expressément formulée, l'Autorité de régulation des transports, dans un souci de transparence, publiera l'intégralité des commentaires qui lui auront été transmis, à l'exclusion des parties couvertes par un secret protégé par la loi et, le cas échéant, sous réserve des passages que les contributeurs souhaiteraient garder confidentiels.

À cette fin, les contributeurs sont invités à indiquer précisément les éléments qu'ils considèrent devoir être couverts par un secret protégé par la loi.

L'Autorité se réserve le droit de publier une synthèse des contributions (sous réserve des éléments confidentiels), sans faire mention, le cas échéant, de leurs auteurs.

Références

Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (notamment son article 56, paragraphe 6)

Code des transports : articles L. 2133-2, L. 2131-3 et L. 2131-4

Sommaire

1. CADRE JURIDIQUE ET CONTEXTE	4
1.1. Le droit européen et national permet au gestionnaire d'infrastructure d'appliquer, sous le contrôle du régulateur, des redevances d'infrastructure négociées avec une entreprise ferroviaire, sous réserve de ne pas contrevenir aux principes applicables à la tarification de l'accès à l'infrastructure.....	4
1.2. La négociation ne peut porter que sur le niveau des majorations tarifaires mais reste ouverte à tout opérateur justifiant d'une différence objective de situation	5
1.3. Le dispositif de tarification négociée constitue un levier supplémentaire pour favoriser le développement de la concurrence et l'utilisation effective et optimale de l'infrastructure ferroviaire.....	6
1.4. Tirant les enseignements de l'instruction des avis traitant de la tarification négociée, l'Autorité estime nécessaire d'établir les présentes lignes directrices	9
2. L'OFFICE DE L'AUTORITÉ SE CONCENTRE PRINCIPALEMENT SUR LA DÉMONSTRATION DE L'ABSENCE DE CARACTÈRE DISCRIMINATOIRE DES TARIFS NÉGOCIÉS	10
3. LA SAISINE DE L'AUTORITÉ DOIT INTERVENIR AU MOINS DEUX MOIS AVANT LE DÉBUT DE L'APPLICATION DES TARIFS NÉGOCIÉS	11
4. L'AUTORITÉ RECOMMANDE D'ÊTRE TENUE RÉGULIÈREMENT INFORMÉE DE L'ÉVOLUTION DES NÉGOCIATIONS RELATIVES À LA TARIFICATION NÉGOCIÉE ET À LEUR CONTENU	13

CADRE JURIDIQUE ET CONTEXTE

1.1. Le droit européen et national permet au gestionnaire d'infrastructure d'appliquer, sous le contrôle du régulateur, des redevances d'infrastructure négociées avec une entreprise ferroviaire, sous réserve de ne pas contrevenir aux principes applicables à la tarification de l'accès à l'infrastructure

1. Le paragraphe 6 de l'article 56 de la directive 2012/34/UE susvisée prévoit que « [l]'organisme de contrôle veille à ce que les redevances fixées par le gestionnaire de l'infrastructure soient conformes aux dispositions du chapitre IV, section 2, et non discriminatoires. Les négociations entre les candidats et un gestionnaire de l'infrastructure concernant le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure ne sont autorisées que si elles ont lieu sous l'égide de l'organisme de contrôle. L'organisme de contrôle intervient immédiatement si les négociations sont susceptibles de contrevenir aux dispositions du présent chapitre »¹.
2. Cette possibilité de négociation sur le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure a été transposée en droit national par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, créant l'autorité de régulation sectorielle. Ces dispositions sont codifiées à l'article L. 2133-2 du code des transports qui prévoit que « [l]'Autorité de régulation des transports est informée par tout gestionnaire d'infrastructure de son intention de négocier des redevances d'infrastructure avec un candidat. Les tarifs négociés sont transmis à l'autorité, qui peut s'y opposer s'ils méconnaissent les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2131-3 et celles de l'article L. 2131-4. L'absence d'opposition dans un délai de deux mois à compter de la réception des tarifs négociés vaut accord ».
3. Ainsi, le droit européen et le droit national instaurent un mécanisme permettant au gestionnaire de l'infrastructure de fixer le niveau des redevances à l'issue de négociations avec un candidat. Toutefois, ces négociations sont encadrées en ce qu'elles sont soumises au contrôle du régulateur, le droit national précisant que ce dernier doit s'assurer du respect des dispositions mentionnées aux articles L. 2131-3² et L. 2131-4³ du code des transports. Ainsi, l'Autorité peut s'opposer aux tarifs négociés qui lui sont soumis dans les cas où :
 - Les conditions d'accès au réseau ferroviaire entravent ou sont susceptibles d'entraver le développement de la concurrence ;

¹ La possibilité de négociation bilatérale des redevances d'utilisation de l'infrastructure entre un gestionnaire d'infrastructure et une entreprise ferroviaire, au sens de l'article 56.6 de la directive 2012/34/UE, est distincte de la faculté offerte au gestionnaire d'infrastructure d'appliquer à tous les utilisateurs de l'infrastructure des réductions, tel que cela est prévu par l'article 33 de la directive 2012/34/UE. Cette disposition prévoit notamment, à son paragraphe 3, que « [l]es gestionnaires de l'infrastructure peuvent instaurer des systèmes de réductions s'adressant à tous les utilisateurs de l'infrastructure et qui accordent, pour des flux de circulation déterminés, des réductions limitées dans le temps afin d'encourager le développement de nouveaux services ferroviaires, ou des réductions favorisant l'utilisation de lignes considérablement sous-utilisées ». Cette disposition a été transposée en droit national à l'article 33 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferroviaire.

² Le 1^{er} alinéa de l'article L. 2131-3 du code des transports prévoit que : « L'Autorité de régulation des transports veille en particulier à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence ».

³ L'article L. 2131-4 du code des transports dispose que : « L'autorité de régulation des transports veille à ce que l'accès au réseau et aux installations de service, ainsi qu'aux différentes prestations associées, soit accordé de manière équitable et non discriminatoire. [...] Elle s'assure que le document de référence du réseau mentionné à l'article L. 2122-5 [...] ne contient pas de dispositions discriminatoires et n'octroie pas aux gestionnaires d'infrastructure [...] des pouvoirs discrétionnaires pouvant être utilisés à des fins de discrimination à l'égard des candidats.

Elle s'assure également de la cohérence des dispositions économiques, contractuelles et techniques mises en œuvre par les gestionnaires d'infrastructure, les exploitants d'installations de service et les entreprises ferroviaires en matière d'accès au réseau et aux différentes prestations associées, avec leurs contraintes économiques, financières, juridiques et techniques. À ce titre, l'Autorité de régulation des transports prend en considération, dans ses analyses, les enjeux et les contraintes du système de transport ferroviaire national, notamment la trajectoire financière du gestionnaire du réseau ferré national mentionnée au 3° de l'article L. 2111-10 ».

- L'accès au réseau et aux installations de service n'est pas accordé de manière équitable et non discriminatoire ;
 - Les dispositions économiques, contractuelles et techniques mises en œuvre par le gestionnaire d'infrastructure et les entreprises ferroviaires en matière d'accès au réseau et aux différentes prestations associées ne sont pas cohérentes avec leurs contraintes économiques, financières, juridiques et techniques, y compris la trajectoire financière du gestionnaire d'infrastructure.
4. L'Autorité dispose, dans ce cadre, d'une marge d'appréciation importante en ce qu'elle tient compte d'un vaste faisceau d'éléments pour appuyer sa décision d'approuver ou non les tarifs négociés qui lui sont soumis. Par ailleurs, l'Autorité considère, sauf à priver d'effet utile les dispositions précitées prévoyant la possibilité, pour le gestionnaire d'infrastructure, de négocier le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure, que le principe de non-discrimination fixé au paragraphe 5 de l'article 32 de la directive 2012/34/UE⁴ doit être interprété comme impliquant de ne pas appliquer la même règle à des situations différentes⁵.

1.2. La négociation ne peut porter que sur le niveau des majorations tarifaires mais reste ouverte à tout opérateur justifiant d'une différence objective de situation

5. En premier lieu, la tarification négociée ne doit pas se substituer à l'élaboration d'une tarification conforme aux règles européennes et nationales, reflétant le coût directement imputable et comprenant des majorations tarifaires soutenables pour les opérateurs. Il en résulte que la négociation entre le gestionnaire de l'infrastructure et une entreprise ferroviaire ne pourra concerner que le niveau des majorations tarifaires, en conformité avec les principes fixés au paragraphe 3 de l'article 31⁶ et au paragraphe 1 de l'article 32⁷ de la directive 2012/34/UE selon lequel tout opérateur doit au moins s'acquitter du coût directement imputable pour accéder au réseau.
6. En second lieu, le processus de tarification négociée est potentiellement ouvert à l'ensemble des entreprises ferroviaires, sans toutefois que cette circonstance puisse conduire à imposer au gestionnaire d'infrastructure de négocier les tarifs avec tous les opérateurs, dès lors que seule une différence objective de situation est susceptible de justifier la mise en œuvre d'une telle tarification.
7. À des fins de transparence, dès lors que le gestionnaire d'infrastructure systématise des critères d'analyse pour évaluer les demandes d'entrée en négociation formulées par les entreprises ferroviaires, il doit en faire la publicité dans le document de référence du réseau. Chacun des critères ainsi établis doit être objectif, transparent et non discriminatoire. Toutefois, par construction, ces critères n'ont pas vocation à être exhaustifs dans la mesure où, notamment, les situations à venir donnant lieu à négociation entre le gestionnaire et les entreprises ferroviaires ne peuvent pas toutes être anticipées.

⁵ Voir, en ce sens, avis n° 2020-016 du 6 février 2020 relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour les horaires de service 2021 à 2023, point 199.

⁶ Le paragraphe 3 de l'article 31 de la directive 2012/34/UE, relatif aux principes de tarification, prévoit que « (...) les redevances perçues pour l'ensemble des prestations minimales et pour l'accès à l'infrastructure reliant les installations de service sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire ».

⁷ L'alinéa 1 du paragraphe 1 de l'article 32 de la directive 2012/34/UE prévoit, comme exception aux principes de tarification posés à l'article 31, qu'« [u]n État membre peut, afin de procéder au recouvrement total des coûts encourus par le gestionnaire de l'infrastructure et si le marché s'y prête, percevoir des majorations sur la base de principes efficaces, transparents et non discriminatoires, tout en garantissant une compétitivité optimale des segments du marché ferroviaire ». L'alinéa 2, paragraphe 1 de l'article 32 de la directive 2012/34/UE dispose que « [l]e niveau des redevances n'exclut cependant pas l'utilisation des infrastructures par des segments de marché qui peuvent au moins acquitter le coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire, plus un taux de rentabilité si le marché s'y prête » ; voir, en ce sens, avis n° 2020-016 du 6 février 2020 relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour les horaires de service 2021 à 2023, point 201.

8. Dans le cas où la négociation ne doit effectivement être menée, de manière bilatérale, qu'avec un certain nombre d'entreprises ferroviaires, la restriction de leur nombre sera objectivement justifiée par le gestionnaire d'infrastructure, au regard de la situation dans laquelle se trouvent les entreprises ferroviaires qui souhaitent négocier, en se fondant, le cas échéant, sur l'application des critères que le gestionnaire d'infrastructure aura préalablement définis et publiés .
9. S'agissant de la charge de la preuve, elle incombe aux saisissantes. À défaut d'éléments probants justifiant la mise en œuvre d'une tarification négociée dont est saisie l'Autorité, celle-ci n'aura d'autre choix que de rendre un avis défavorable. En cas de différends entre le gestionnaire d'infrastructure et une entreprise ferroviaire qui souhaite négocier le niveau des redevances d'utilisation de l'infrastructure, l'Autorité pourra être saisie sur le fondement de l'article L. 1263-2 du code des transports.
10. Enfin, dans le cas où l'Autorité ne s'oppose pas à la mise en œuvre de la tarification négociée, il conviendra que le gestionnaire d'infrastructure concerné, pour des raisons de transparence, publie les tarifs négociés dans son document de référence du réseau.

Question 1

Avez-vous des commentaires concernant la publication de la tarification négociée dans le document de référence du réseau du gestionnaire d'infrastructure ?

Seule une différence objective de situation est susceptible de justifier la mise en œuvre d'une tarification négociée. Il est donc indispensable que les critères soient objectifs, transparents et non discriminatoires. C'est pourquoi, une publication de ces critères dans le DRR apparaît opportune.

Il est également nécessaire que l'ensemble des éléments essentiels à la mise en œuvre de la procédure soient publiés et opposables.

S'agissant des questions de publication dans le DRR, l'AFRA distingue donc :

- Les éléments qui devraient être publiés dans le DRR à destination des potentiels demandeurs d'un tarif négocié (principe et critères d'entrée en négociation, procédure applicable dès la demande du candidat, critères et méthodologie définis par le GI pour fixer le tarif négocié)
- Les éléments qui devraient être publiés dans le DRR une fois qu'un tarif a été négocié et que la réduction est applicable (méthodologie retenue pour l'estimation du tarif négocié, taux de réduction retenu).

Actuellement (dans le DRR 2023M), les dispositions relatives à la tarification négociés figurent au point 5.7.5.2. « Tarification différenciée pour un nouvel entrant » et dans l'annexe 5.1.3. « Principes de la tarification différenciée ».

Dans un souci de lisibilité, l'AFRA recommande que ces dispositions soient harmonisées et que l'ensemble des principes généraux figurent dans le document principal ainsi que le(s) cas d'ouverture identifié(s) soit à ce jour le cas particulier de la tarification différenciée pour un nouvel entrant. Dans l'annexe pourraient se trouver les éléments d'espèce publiés à la suite d'une négociation et de la validation d'un tarif négocié.

L'AFRA identifie ainsi les 4 principaux éléments suivants qui méritent publication :

- La publication des critères identifiés permettant de caractériser une « différence objective de situation » pour apprécier la demande d'entrée en négociation

Seule une différence objective de situation est susceptible de justifier la mise en œuvre d'une tarification négociée. Il est donc indispensable que les critères soient objectifs, transparents et non discriminatoires. C'est pourquoi, une publication de ces critères dans le DRR apparaît opportune dès lors qu'ils sont systématisés par le GI.

Aujourd'hui, la seule tarification différenciée expressément prévue par le DRR concerne une tarification différenciée pour un nouvel entrant. Cependant, l'AFRA comprend qu'il ne s'agit que d'un cas d'application identifié du dispositif prévu par l'article 56 de la directive 2012/34/UE et par l'article L2133-2 du code des transports mais qu'il pourrait en exister d'autres. Ainsi un opérateur, même non nouvel entrant, pourrait se trouver dans une situation objectivement différente qui justifie une tarification différenciée.⁸

Comme le relève l'Autorité, toutes les situations ne peuvent pas être anticipées. Il est donc essentiel que les critères soient donnés à titre indicatifs/illustratifs avec une mention expresse que d'autres critères peuvent être examinés selon les situations pouvant donner lieu à négociation.

C'est le sens de la mention suivante qui figure actuellement dans le DRR et qui **doit être maintenue** :

« Nota : SNCF Réseau est par ailleurs ouverte à étudier l'application de ce dispositif dans d'autres situations, toujours dans le cadre de l'application de l'article L.2133-2 du code des transports, selon les mêmes modalités adaptées à la situation des opérateurs. »

- La publication des modalités de présentation de la demande par le candidat auprès du GI

Ces modalités doivent être publiées afin de guider le candidat dans sa démarche, lui garantir un examen effectif de sa demande et normaliser dans la mesure du possible la procédure dans l'intérêt commun du candidat et du GI.

L'AFRA s'interroge sur la mesure dans laquelle l'ART est susceptible d'exercer un contrôle sur l'appréciation par le GI de la demande de l'opérateur d'entrer en négociation.

En l'état des dispositions actuellement prévues, il semble que l'intervention de l'ART n'est prévue qu'une fois que le GI a l'intention d'entrer en négociation et donc après cette première analyse. Certes l'ART peut être saisie, a posteriori, dans le cadre d'une demande de règlement de différend, en cas de refus du GI. **Cependant, selon l'AFRA, il serait utile que l'ART puisse être associée le plus en amont possible et donc dès la demande d'entrée en négociation par l'opérateur. L'Autorité pourrait ainsi apporter utilement son éclairage sur l'analyse.**

Selon l'AFRA, cette proposition a d'autant plus de sens que l'appréciation de la « différence objective de situation » sert à la fois à apprécier le bien-fondé de la demande d'entrée en négociation mais également, dans un deuxième temps, à apprécier si l'écart entre le tarif régulé et le tarif négocié est dûment justifié. L'analyse étant naturellement plus approfondie pour apprécier le tarif à appliquer.

⁸ L'annexe précise d'ailleurs que « La tarification différenciée permet alors d'adapter cette majoration tarifaire à la situation particulière du candidat, **notamment pour un nouvel entrant** sur le Réseau Ferré National. » Cette mention confirme que d'autres cas d'application sont envisageables.

- La méthodologie de l'analyse qui conduira le cas échéant à fixer un tarif différencié (a priori) et la méthodologie qui a effectivement conduit à fixer un tarif différencié (a posteriori)

On peut ici distinguer :

- la publication d'ordre général (a priori).

Afin de mener une négociation contradictoire, le candidat doit pouvoir s'appuyer sur une architecture générale. Ainsi, si le GI a systématisé des critères d'analyse, ils doivent impérativement être publiés, sans pour autant constituer une contrainte disproportionnée pour les parties pour leur permettre de mener leur négociation en apportant tout élément utile. Un équilibre doit être trouvé pour les dispositions générales. Le DRR pourrait également faire expressément référence à la jurisprudence de l'ART sur le sujet.

- la publication de la méthodologie effectivement appliquée en cas de réduction (a posteriori)

Dans [l'annexe 5.3.1](#) du projet de DRR 2023, figure un paragraphe intitulé « Méthodologie d'estimation de réduction de RM » dont le contenu est bref et très général, suivi enfin par le taux de réduction de la RM qui a été négocié.

Si le taux de réduction de RM est publié en toute transparence, le contenu relatif à la méthodologie, reste très général et succinct.

Actuellement, le DRR ne détaille absolument pas ni la méthode ni les critères que le GI prend en compte pour soutenir son analyse. Cela permet d'éviter tout risque de dévoiler des éléments confidentiels protégés par le secret des affaires, ce que l'AFRA salue.

Pour autant, un autre équilibre doit être trouvé afin que la méthodologie d'analyse, qui aboutit à l'estimation du niveau des tarifs négociés, puisse être comprise par les tiers d'une part mais également guider les candidats ultérieurs. L'AFRA relève que la décision de l'ART est susceptible de remplir ce rôle, encore faut-il qu'elle rende une décision, ce qui n'est pas obligatoire actuellement puisqu'il est prévu que l'absence d'opposition de l'ART vaut accord.

Enfin, puisque parmi les tiers, seule l'Autorité est susceptible d'apprécier finement le bien-fondé de la réduction, **il est impératif qu'elle soit effectivement associée aux négociations et destinataire de l'ensemble des échanges.**

Or, selon les dispositions de l'article L2133-2 du code des transports, les obligations pesant sur le GI se limitent à informer l'ART de son intention de négocier d'une part et transmettre les tarifs négociés à l'ART d'autre part.

Il apparaît donc utile d'apporter des compléments afin de **garantir que la négociation ait bien lieu sous l'égide de l'ART** conformément d'ailleurs à ce qui est prévu par le §6 de l'article 56 de la directive 2012/34/UE.

- La publication du tarif négocié/ du taux de réduction

L'AFRA n'a pas d'observations particulière à formuler sur la publication du taux de réduction.

1.3. Le dispositif de tarification négociée constitue un levier supplémentaire pour favoriser le développement de la concurrence et l'utilisation effective et optimale de l'infrastructure ferroviaire

11. L'Autorité considère que le dispositif de tarification négociée constitue un levier supplémentaire pour favoriser à la fois le développement de la concurrence et une utilisation effective et optimale de l'infrastructure, telle que préconisée par l'article 26 de la directive 2012/34/UE précitée, et ce, dans la perspective d'un accroissement du nombre de circulations et, partant, d'un surcroît de recettes pour le gestionnaire d'infrastructure à court, moyen et long termes⁹. Un tel dispositif peut ainsi contribuer au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national, dans ses dimensions techniques, économiques et financières, et à favoriser le développement du mode ferroviaire.
12. Dans ce contexte, la tarification négociée constitue un instrument pouvant être utilisé de façon temporaire et limitée pour mieux remplir les objectifs de la directive dans des cas spécifiques, dont celui lié à l'arrivée de nouveaux entrants – *mais pas exclusivement* –, avec un impact positif pour (i) l'entreprise ferroviaire en bénéficiant, (ii) le gestionnaire d'infrastructure, (iii) le système de transport ferroviaire national et, *in fine*, (iv) les usagers.

1.4. Tirant les enseignements de l'instruction des avis traitant de la tarification négociée, l'Autorité estime nécessaire d'établir les présentes lignes directrices

13. L'Autorité s'est prononcée à trois reprises sur le dispositif de tarification négociée s'agissant du réseau ferré national :
 - le 7 septembre 2016, préalablement à l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire domestique de voyageurs, l'Autorité a donné son accord à une proposition de tarifs négociés entre SNCF Réseau et SNCF Mobilités concernant la redevance de réservation¹⁰ de la section de la ligne à grande vitesse Atlantique située entre Courtalain et Monts pour l'horaire de service 2017, mais s'y est opposée pour les horaires de service de 2018 à 2020¹¹ ;
 - le 6 février 2020, l'Autorité s'est prononcée sur le principe même de la tarification négociée, sa mise en œuvre et l'étendue de son contrôle, dans le cadre de son avis conforme relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour les horaires de service 2021 à 2023¹² ;
 - enfin, le 17 mai 2022, l'Autorité a donné son accord à l'application de la redevance de marché négociée entre SNCF Réseau et Trenitalia France applicable aux nouveaux services de transport ferroviaire sur les axes Paris-Lyon et Paris-Lyon-Modane jusqu'à la fin de l'horaire de service 2023 et s'y est opposée pour la période du 10 décembre 2023 au 17 décembre 2024¹³.
14. Dans le silence des textes et à la lumière des différents avis rendus par l'Autorité traitant de la tarification négociée, les présentes lignes directrices ont pour objet d'apporter des éléments de précisions relatifs aux modalités concrètes de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 2133-2

⁹ Voir, en ce sens, l'avis n° 2022-036 du 17 mai 2022 relatif à la redevance de marché négociée entre SNCF Réseau et Trenitalia France pour accompagner le lancement de l'offre grande vitesse entre Paris et Lyon et entre Paris et Modane *via* Lyon, point 4.

¹⁰ Ancienne redevance de marché.

¹¹ Avis n° 2016-168 du 7 septembre 2016 relatif à la redevance de réservation négociée entre SNCF Réseau et SNCF Mobilités sur la section de la ligne à grande vitesse Atlantique située entre Courtalain et Monts.

¹² Avis n° 2020-016 du 6 février 2020 relatif à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national pour les horaires de service 2021 à 2023.

¹³ Avis n° 2022-036 du 17 mai 2022 relatif à la redevance de marché négociée entre SNCF Réseau et Trenitalia France pour accompagner le lancement de l'offre grande vitesse entre Paris et Lyon et entre Paris et Modane *via* Lyon.

du code des transports. Il s'agit notamment (i) de préciser les éléments que doit comporter la saisine de l'Autorité afin de démontrer l'existence d'une différence objective de situation, susceptible de justifier, sur le réseau ferré national, l'application de redevances d'utilisation de l'infrastructure négociées entre le gestionnaire d'infrastructure et un candidat, et, partant, de s'assurer, notamment, du respect du principe de non-discrimination, (ii) de clarifier les délais dans lesquels l'Autorité doit être saisie et (iii) de formuler certaines recommandations portant sur le déroulement du processus de négociation.

L'OFFICE DE L'AUTORITÉ SE CONCENTRE PRINCIPALEMENT SUR LA DÉMONSTRATION DE L'ABSENCE DE CARACTÈRE DISCRIMINATOIRE DES TARIFS NÉGOCIÉS

15. Comme cela est mentionné *infra*, la tarification négociée ne doit pas conduire à instaurer un traitement discriminatoire entre les entreprises ferroviaires qui utilisent des capacités de l'infrastructure. En ce sens, la tarification négociée doit nécessairement être fondée sur une différence temporaire et objective de situation entre deux entreprises ferroviaires sur un même segment du marché aval des services de transport.
16. Sous réserve de son objectivation, cette différence de situation est notamment susceptible d'exister transitoirement lors du passage d'une situation de monopole historique d'une entreprise ferroviaire sur le marché aval des services de transport de voyageurs à une situation de concurrence sur ce marché, singulièrement lorsque l'accès à l'infrastructure ferroviaire est marqué, comme dans le cas des services domestiques de transport ferroviaire de voyageurs à grande vitesse, par la combinaison d'un niveau élevé des redevances d'utilisation et d'une structure tarifaire fondée sur le sillon-kilomètre. Cette combinaison de facteurs génère en effet des coûts fixes importants pour les entreprises ferroviaires à chaque train additionnel, quel que soit le taux de remplissage de ce dernier, obérant ainsi la montée en charge de l'activité. De manière plus précise et non-exhaustive, cette différence de situation peut notamment résulter de ce que, durant la phase transitoire de montée en charge des services de transport ferroviaire d'un opérateur ferroviaire nouvel entrant :
 - la demande peut évoluer progressivement, indépendamment des caractéristiques intrinsèques des différents services ferroviaires ;
 - le nouvel entrant ne dispose pas encore d'une taille critique suffisante lui permettant de bénéficier des économies d'échelle ou d'envergure requises pour le développement de son activité ;
 - il peut exister des surcoûts liés à des barrières techniques (par exemple, la mise en place des systèmes embarqués de contrôle-commande et de signalisation domestiques pour les circulations sur lignes à grandes vitesses) ; et/ou
 - l'opérateur historique bénéficie d'avantages immatériels en termes à la fois de réputation, de marque et d'image
17. Ainsi, le gestionnaire d'infrastructure et l'entreprise ferroviaire qui s'entendent sur un niveau de tarification négociée doivent démontrer, par tout moyen approprié, que la différence de traitement tarifaire proposée sur un ou plusieurs segments de marché par rapport aux barèmes des prestations minimales est temporairement justifiée.
18. La démonstration, par les parties, de la justification de l'application temporaire d'une tarification négociée doit reposer sur des analyses, fondées sur des données justifiées, qui permettent de mettre en évidence le fait que l'entreprise ferroviaire, susceptible de se voir appliquer la tarification négociée,

(i) ne se trouve pas dans des conditions normales de fonctionnement sur le ou les segments de marché sur lesquels elle opère ou souhaite opérer et (ii) que cette situation est bien temporaire, pour des raisons qui sont hors de son contrôle.

19. Les analyses constituant des éléments de démonstration peuvent, notamment, correspondre aux éléments suivants :

- la mise en évidence de surcoûts temporaires, spécifiquement supportés par l'entreprise ferroviaire susceptible de se voir appliquer la tarification négociée, qu'elle ne peut éviter pour exploiter des services sur le ou les segments de marché sur lesquels elle opère ou souhaite opérer et qui sont disproportionnés par rapport à son volume d'activité. Il s'agit, par exemple, de surcoûts liés à l'équipement des matériels roulants en sous-systèmes domestiques de contrôle-commande et de signalisation embarqués pour un nouvel entrant qui souhaiterait opérer des services à grande vitesse sur des lignes non équipées du système européen de gestion du trafic, l'ERTMS ;
- la démonstration que la demande exprimée vis-à-vis de l'entreprise ferroviaire, susceptible de se voir appliquer la tarification négociée, se situe temporairement en deçà de son niveau normal pour le ou les segments de marché sur lesquels l'entreprise ferroviaire opère ou est susceptible d'opérer. Il s'agit, par exemple, de la situation dans laquelle une entreprise ferroviaire nouvelle entrante est confrontée à une montée en puissance progressive (ou « *ramp-up* ») de la demande par rapport au niveau cible de cette demande ;
- la démonstration de l'absence de viabilité économique temporaire pour l'entreprise ferroviaire, susceptible de se voir appliquer la tarification négociée, alors qu'en régime normal de fonctionnement sur le ou les segments de marché sur lesquels elle opère ou est susceptible d'opérer, cette viabilité économique est assurée.

Question 2

Avez-vous des observations et/ou suggestions à formuler concernant les éléments de démonstration à apporter pour justifier une différence objective de situation sur un ou plusieurs segments de marché ?

L'AFRA comprend que ce critère sert en premier lieu à apprécier la demande d'entrée en négociation puis à apprécier si l'écart entre le tarif négocié et le tarif régulé est justifié. L'intensité de l'examen n'est pas le même, il est approfondi lors de la phase d'analyse.

Comme mentionné à la question n°1, il importe que les conditions soient suffisamment ouvertes pour tenir compte de la diversité de situation pouvant justifier une tarification différenciée.

La proposition appelle les observations suivantes :

- *Ne pas se trouver dans des conditions normales de fonctionnement sur le segment de marché* : cette proposition semble ok, la notion de « conditions normales » laissant la place à appréciation selon les situations.
- *Se trouver dans une situation temporaire, pour des raisons qui sont hors de son contrôle* : le sens de la mention « pour des raisons qui sont hors de son contrôle » ne doit pas pouvoir être

interprété de façon trop restrictive et doit pouvoir prendre en compte, sans les contraindre, les différentes stratégies et business model. Ainsi par exemple substituer ou introduire une notion d'*appréciation* « *raisonnable* » pourrait être opportune.

S'agissant des exemples d'éléments de démonstration pour les analyses, la proposition de l'ART semble acceptable.

Actuellement, SNCF Réseau ne détaille absolument pas ni la méthode ni les critères qu'elle prend en compte pour soutenir son analyse. Afin de mener la phase d'analyse dans les meilleures conditions possibles et de permettre notamment au candidat de participer activement et donc utilement à la négociation, il faudrait a minima que la méthodologie d'analyse soit connue et éventuellement prévoir un process de restitution à l'EF. Cette phase contradictoire permettrait de garantir un juste tarif conformément à l'esprit du dispositif prévu.

L'AFRA rappelle que la confidentialité des données est primordiale et doit être garantie. Il convient de trouver un juste équilibre entre les éléments analysés de façon contradictoire et le respect du secret des affaires. L'intervention de l'Autorité comme tiers de confiance pourrait s'avérer indispensable. L'AFRA propose qu'elle soit expressément prévue.

LA SAISINE DE L'AUTORITÉ DOIT INTERVENIR AU MOINS DEUX MOIS AVANT LE DÉBUT DE L'APPLICATION DES TARIFS NÉGOCIÉS

20. L'Autorité détenant le pouvoir de s'opposer aux tarifs négociés dans un délai de deux mois suivant sa saisine, le principe de sécurité juridique, impliquant la non-rétroactivité des tarifs, impose que l'avis de l'Autorité soit obtenu avant le début de l'horaire de service concerné ou, à tout le moins, avant la date de la première application prévue des tarifs négociés.
21. En tout état de cause, les tarifs négociés faisant l'objet d'un avis favorable de l'Autorité ne pourront s'appliquer que pour l'avenir.
22. Par ailleurs, l'Autorité ne pouvant être saisie que de réductions se rapportant à des tarifs rendus exécutoires par son avis conforme, cela signifie en pratique que, pour une année N donnée, elle ne peut être saisie qu'après que les tarifs pour l'horaire de service de l'année N soient devenus exécutoires.
23. À défaut, l'Autorité n'aura d'autre choix que de rendre un avis défavorable s'agissant de la période pour laquelle les tarifs du document de référence du réseau ne sont pas devenus exécutoires.
24. Enfin, les entreprises ferroviaires et le gestionnaire d'infrastructure sont invités, dans la mesure du possible, à faire correspondre leurs années tarifaires aux horaires de services tels que définis dans le document de référence du réseau.

Question 3

Avez-vous des observations à formuler concernant la mise en œuvre opérationnelle du calendrier de saisine décrit ci-dessus ?

Il ressort de ces éléments que l'ART doit être saisie au plus tard 2 mois avant le début de l'HDS (ou 2 mois avant la date de la première application prévue des tarifs négociés).

Le DRR prévoit que le client adresse sa demande de tarification différenciée à SNCF Réseau 6 mois avant le début de l'exploitation de début de service envisagée par le client. Ce calendrier laisse donc une période de négociation de 4 mois.

Selon l'AFRA, le fait d'associer étroitement l'ART dès la demande du client présenterait également un avantage en termes de calendrier, pour anticiper la préparation de l'avis de l'ART.

S'agissant de la procédure, il est prévu que ce soit uniquement le GI qui informe l'ART de son intention d'entrer en négociation puis qui la saisisse du tarif négocié.

Puisque le demandeur initial à la négociation du tarif est l'opérateur, **l'AFRA se demande s'il ne pourrait pas être prévu une information de l'ART par l'opérateur parallèlement à la demande au GI.** Cela permettrait non seulement que l'Autorité puisse apporter son éclairage sur l'appréciation des critères d'entrée en négociation (cf. question 1) mais également d'assurer une préparation sereine de son avis.

Puisque « l'absence d'opposition dans le délai de 2 mois à compter de la réception des tarifs négociés vaut accord », il est d'autant plus important de s'assurer que l'ART a pu disposer du temps nécessaire pour instruire le dossier.

Par ailleurs, l'AFRA s'interroge sur la possibilité de former une demande initiale parallèlement à la demande de licence (et donc souhaite s'assurer que ça ne soit pas un prérequis). En effet, il pourrait être intéressant pour une entreprise de disposer d'une vision sur l'éventuelle taux de réduction afin d'intégrer ce paramètre dans le plan d'entreprise à présenter dans le cadre de cette autre procédure.

L'AUTORITÉ RECOMMANDE D'ÊTRE TENUE RÉGULIÈREMENT INFORMÉE DE L'ÉVOLUTION DES NÉGOCIATIONS RELATIVES À LA TARIFICATION NÉGOCIÉE ET À LEUR CONTENU

25. Dans la mesure où la directive 2012/34/UE précitée prévoit que les négociations doivent être conduites « *sous l'égide de l'organisme de contrôle* »¹⁴, l'Autorité considère qu'aux fins de s'assurer du respect des principes d'équité et de non-discrimination, il importe qu'elle ne soit pas seulement informée de l'intention de SNCF Réseau de négocier le niveau des redevances avec un opérateur et, par la suite, saisie d'un projet de tarification négociée, mais qu'elle soit tenue régulièrement informée de l'évolution de ces négociations.

¹⁴ Article 32, paragraphe 1, de la directive 2012/34/UE précitée.

26. Concrètement, cela implique une information régulière de l'Autorité par SNCF Réseau portant sur le calendrier et le contenu des négociations, pouvant être transmise par tout moyen, le cas échéant par la communication à l'Autorité des comptes-rendus de réunions, des courriers échangés entre le gestionnaire d'infrastructure et l'entreprise ferroviaire, ou par tout autre document poursuivant la même finalité.
27. Ces éléments permettront à l'Autorité d'éclairer la teneur des débats, en particulier s'agissant des principes de non-discrimination et d'équité, afin de prémunir au mieux les saisissantes de tout refus ultérieur¹⁵.
28. Par ailleurs, dans le cas où l'Autorité ne se sera pas opposée à l'application des tarifs négociés, dont elle aura été saisie, elle indique que postérieurement, elle effectuera un suivi permettant de réaliser la comparaison entre les hypothèses prévisionnelles sur lesquelles elle aura fondé son absence d'opposition et les données réelles relatives à l'exploitation effective des services concernés.
29. Ce suivi, qui ne pourra emporter remise en cause des tarifs négociés rendus exécutoires, sera réalisé dans le cadre de sa mission de concourir au bon fonctionnement du système de transport ferroviaire national, à des fins d'accroître sa compréhension de la dynamique des segments du marché aval des services de transport ferroviaire de voyageurs.

Question 4

Quelles sont vos observations concernant les informations devant être communiquées à l'Autorité au cours de la période de négociation, ainsi que sur les éventuelles difficultés concernant la communication de ces informations ?

Pour les raisons mentionnées précédemment, selon l'AFRA il est important que l'ART soit étroitement associée, le plus en amont possible et que le maximum d'informations puissent lui être transmises. En effet, elle doit être en mesure de mener une analyse contradictoire.

Dans la mesure où le saisissant est le GI, c'est sur lui que repose l'information de l'ART. Cependant, l'AFRA estime que ces échanges doivent être réalisés au contradictoire du demandeur initial principal intéressé (sous réserve du contenu des éventuelles informations confidentielles). Une information directe de la part du demandeur pourrait également être prévue.

Enfin, compte tenu de la sensibilité des informations demandées, le respect de la confidentialité est au cœur des préoccupations des membres de l'AFRA. Ainsi, prévoir un dispositif de data room et désigner limitativement les personnes ayant accès aux données pourraient être des mesures à mettre en place et prévoir dans la procédure.

¹⁵ Avis n° 2022-036 du 17 mai 2022, précité, points 23 à 25.

Question 5

Y a-t-il des étapes clés où il serait plus pertinent que le régulateur intervienne ? Et si oui de quelle manière ?

Lors de l'examen de la demande d'entrée en négociation.

Lors de la période de négociation, notamment comme tiers de confiance si des informations particulièrement confidentielles sont susceptibles de fonder l'analyse.

Question 6

Quelle appréciation portez-vous sur la réalisation du suivi envisagé par l'Autorité permettant de réaliser la comparaison entre les hypothèses prévisionnelles sur lesquelles elle aura fondé son absence d'opposition et les données réelles relatives à l'exploitation effective des services concernés ?

L'AFRA s'interroge sur cette proposition pour les raisons suivantes :

Tout d'abord, l'AFRA rappelle que dans un souci de « sécurité juridique » afin de donner la visibilité nécessaire, le tarif doit être irrévocable une fois fixé, même en cas d'écart avec les projections qui l'ont fondé.

Le projet de DRR 2023 prévoit que « Après analyse (...), SNCF Réseau proposera un niveau de tarification différenciée pour une période transitoire (2 ans + 1 année selon réexamen) ».

L'AFRA s'interroge sur la portée de cette précision :

- D'ordre pratique car le tarif pour 2024 n'est pas encore exécutoire ?
- Volonté de limiter la période et de soumettre une éventuelle prolongation à nouvel examen ?

Dans la première hypothèse, le suivi envisagé est susceptible d'introduire un biais selon le calendrier de la demande compte tenu du caractère triennal de la tarification.

Par ailleurs, selon la compréhension de l'AFRA, le dispositif de tarification négocié repose sur une appréciation au cas par cas de chaque situation, aussi, l'intérêt d'un tel suivi n'est pas nécessairement évident.