



Assistance technique pour la réalisation d'une étude juridique et technique concernant la réalisation de services transfrontaliers à l'intérieur de l'Eurorégion Nouvelle Aquitaine - Euskadi - Navarra

RAPPORT 1

Etat de l'art sur les OSP internationales et leurs liens avec d'autres OSP préexistantes.



AKITANIA-EUSKADI-EUROESKUALDEA
EUROREGION AQUITANIA EUSKADI
EUROREGION AQUITAINE EUSKADI

RÉGION
NOUVELLE-
AQUITAINE



Nafarroako Gobernua
Gobierno de Navarra

Interreg
POCTEFA



Sommaire

1. Définition de l'OSP et aspects applicables du règlement 1370.....	5 -
1.1 LE TRANSPORT INTERNATIONAL FERROVIAIRE	5 -
1.2. LES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC	6 -
1.3. LES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC AU NIVEAU TRANSFRONTALIER.....	8 -
1.4. LE REGIME DES OSP EN FRANCE	10 -
1.4.1. Répartition des compétences et législation applicable.....	10 -
1.4.2. Détermination des OSP	12 -
1.4.3. Attribution de l'OSP	12 -
1.5. LE REGIME DES OSP EN ESPAGNE	16 -
1.5.1. Répartition des compétences et législation applicable.....	16 -
1.5.2. Détermination des OSP	21 -
1.5.3. Attribution de l'OSP	22 -
2. Les OSP internationales. Modèles	24 -
2.1. OBSERVATIONS GENERALES	24 -
2.2. LE MODELE DE DOUBLE CONTRAT (OU MODELE FRANÇAIS)	25 -
2.2.1. Description du modèle.....	25 -
2.2.2. Aspects clés et éventuels obstacles	28 -

2.2.3. Exploitation en commun	31 -
2.3. LE MODELE DE CONTRAT UNIQUE	36 -
2.3.1. Description du modèle.....	36 -
2.3.2. Aspects clés et éventuels obstacles	38 -
3. La coexistence de l'OSP avec d'autres OSP provenant de domaines et de services commerciaux différents	40 -
3.1. LA REGLEMENTATION DE L'UNION EUROPEENNE.....	40 -
3.2. L'EQUILIBRE ECONOMIQUE DANS LE CADRE REGLEMENTAIRE ET LA PRATIQUE FRANÇAISE	43 -
3.3. L'EQUILIBRE ECONOMIQUE DANS LE CADRE REGLEMENTAIRE ET LA PRATIQUE ESPAGNOLE	46 -
3.4. L'EQUILIBRE ECONOMIQUE ET LA DESSERTE SAINT-SEBASTIEN - BAYONNE.....	47 -

1. Définition de l'OSP et aspects applicables du règlement 1370

1.1 Le transport international ferroviaire

La Directive 2012/34/UE¹, modifiée par la Directive 2016/2370², définit le concept de service international de transport de voyageurs :

«service international de transport de voyageurs», un service de transport de voyageurs dans le cadre duquel le train franchit au moins une fois une frontière d'un État membre et dont l'objet principal est le transport de voyageurs entre des gares situées dans des États membres différents; le train peut être assemblé et/ou divisé, et les différentes parties le constituant peuvent avoir des provenances et des destinations différentes, à condition que tous les wagons franchissent au moins une frontière;

Le transport international ferroviaire entre deux États membres ou plus de l'Union européenne est libéralisé. Toute entreprise ferroviaire ayant obtenu les titres habilitants pour ce faire (licence d'entreprise ferroviaire et certificats de sécurité) peut assurer des services transfrontaliers entre la France et l'Espagne, soit pour le transport de voyageurs soit pour le transport de marchandises.

Le marché des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer de l'Union a été ouvert à la concurrence en 2010. Dès lors, diverses opérations de services internationaux de longue distance sont apparues.

¹ Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, JO L 343 du 14.12.2012, p. 32.

² Directive (UE) 2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire, JO L 352, 23.12.2016, p. 1.

Par ailleurs, certains États membres ont ouvert à la concurrence leurs services nationaux de transport de voyageurs, soit par l'instauration de droits de libre accès, soit par appel d'offres pour l'attribution de contrats de service public, ou les deux.

Mais ce n'est le cas ni de la France ni de l'Espagne. Dans les deux États, l'opérateur historique conserve le droit exclusif pour la fourniture de services nationaux de transport de voyageurs sur le réseau ferré d'intérêt général.

Outre l'opérateur historique public national, il existe en Espagne d'autres opérateurs qui exploitent des infrastructures et des services au niveau régional/urbain en régime de monopole. C'est le cas d'Euskotren.

1.2. Les obligations de service public

Le droit de l'Union européenne a établi un régime juridique pour l'imposition des obligations de service public dans le domaine du transport de voyageurs par chemin de fer. Ce régime juridique est constitué principalement par le règlement 1370/2007³, modifié par le règlement 2016/2338⁴, dans le cadre du pilier « marché » du quatrième paquet ferroviaire.

L'article 1.1. du règlement CE 1370/2007 en définit l'objet :

« 1. Le présent règlement a pour objet de définir comment, dans le respect des règles du droit communautaire, les autorités compétentes peuvent intervenir dans le domaine des transports publics de voyageurs pour garantir la fourniture de services d'intérêt général qui soient notamment plus nombreux, plus sûrs, de meilleure qualité ou meilleur marché que ceux que le simple jeu du marché aurait permis de fournir. »

³ Règlement (CE) N° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, JO L 315 du 3.12.2007, p. 1.

⁴ Règlement (UE) 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, JO L 354, 23.12.2016.

À cette fin, le présent règlement définit les conditions dans lesquelles les autorités compétentes, lorsqu'elles imposent des obligations de service public ou qu'elles en confient l'exécution à une entreprise, octroient une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de l'exécution d'obligations de service public. »

Le règlement CE 1370/2007 établit un régime fondé sur les prémisses suivantes :

1° Les autorités compétentes de chaque État membre peuvent définir les objectifs d'intérêt général dans le domaine du transport de voyageurs par chemin de fer.

2° Afin de rendre effectifs les objectifs d'intérêt général, les autorités compétentes peuvent imposer des obligations contractuelles à certaines entreprises ferroviaires pour la fourniture de services considérés de service public. Ces obligations sont appelées « obligations de service public ».

3° L'identification de l'entreprise ferroviaire chargée de la fourniture des services soumis à des obligations de service public peut être faite par voie de mise en concurrence entre les entreprises disposant des titres habilitants correspondants, ou par une attribution directe à des entreprises ferroviaires. L'attribution directe est appelée à diminuer en vertu de la modification du règlement CE 1370/2007 dans le cadre du 4^e. paquet ferroviaire.

4° Les autorités compétentes peuvent octroyer une compensation en contrepartie des coûts supportés par les obligations de service public, soit en accordant des droits exclusifs pour la fourniture du service soit par des paiements, soit par le truchement des deux instruments en même temps.

5° Lorsque les autorités compétentes décident d'octroyer un droit exclusif en contrepartie de la réalisation d'un service soumis à des obligations de service public, la directive de l'Union européenne prévoit des instruments destinés à protéger le droit exclusif contre des opérations d'autres entreprises ferroviaires, notamment quand il s'agit d'opérations internationales.

Ainsi, il incombe à l'organisme de contrôle indépendant d'analyser si un service offert par un tiers est de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public. Du

fait de son importance, nous transcrivons l'article 11 de la Directive 2012/34 établissant le régime applicable. Nous renvoyons au point 1.3 du livrable une analyse détaillée de ce point étant donné son importance.

Le régime juridique applicable dans les États membres en matière d'obligations de service public est celui repris dans le règlement CE 1370/2007 (qui, en matière de règlement, s'applique aux États et ne requiert pas de transposition) et dans les clauses ad hoc définissant les autorités compétentes, le régime d'attribution, etc., toujours en vertu du règlement 1370/2007.

1.3. Les obligations de service public au niveau transfrontalier

Il est intéressant de noter que l'article 1.2 du règlement CE 1370/2007 dit expressément que ce règlement s'applique à l'exploitation nationale et internationale de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer :

« 2. Le présent règlement s'applique à l'exploitation nationale et internationale de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et autres modes ferroviaires et par route, à l'exception des services qui sont essentiellement exploités pour leur intérêt historique ou leur vocation touristiques. Les États membres peuvent appliquer le présent règlement au transport public de voyageurs par voie navigable et, sans préjudice du règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime) par voie maritime nationale. »

De plus, à la suite de la modification du règlement CE 1370/2007 par le règlement UE 2016/2338, les règles de l'Union européenne clarifient que les obligations de service public peuvent concerner des services publics de transport au niveau transfrontalier, y compris ceux qui couvrent des besoins de transport au niveau local et régional (art. 1.2) :

« Sous réserve de l'accord des autorités compétentes des États membres sur le territoire desquels les services sont fournis, les obligations de service public peuvent concerner des services publics de transport au niveau transfrontalier, y compris ceux qui couvrent des besoins de transport au niveau local et régional. »

La disposition va au-delà et précise que les obligations de service public au niveau transfrontalier sont imposées « sous réserve de l'accord des autorités compétentes des États membres sur le territoire duquel les services sont fournis ».

Toutefois, la législation de l'Union européenne ne mentionne pas ultérieurement le régime des obligations de service public transfrontalier.

Il est absolument exclu que les institutions de l'Union européenne définissent leurs propres obligations de service public dans le domaine ferroviaire et les soumissionnent afin de conclure un contrat de prestation avec une entreprise ferroviaire. Le règlement CE 1370/2008 établit clairement que cette compétence incombe aux autorités compétentes des États membres.

Par conséquent, la collaboration entre les autorités compétentes de chaque État membre impliqué dans une obligation de service public international s'avère essentielle.

Le régime de collaboration entre les autorités compétentes de chaque État membre fait l'objet du présent rapport. Il est possible de distinguer deux modèles de collaboration.

Un premier modèle qui pourrait s'appeler « modèle français » dans la mesure où il régit actuellement en France pour la gestion des OSP internationales, se caractérise par le fait qu'il est construit à partir d'une convention de collaboration entre les États définissant le partage des responsabilités et, ensuite, chaque État membre impose, de manière parallèle, les obligations OSP à une entreprise ferroviaire nationale. Il existe donc deux contrats d'obligations de service public, un de chaque côté de la frontière. Le système se termine par la conclusion d'un accord privé de collaboration entre les entreprises ferroviaires, conformément aux conditions imposées par les États membres à chaque entreprise ferroviaire dans les contrats d'obligations de service public.

Un second modèle qui pourrait s'appeler « modèle UE » se caractérise par le fait de passer un contrat avec une seule entreprise ferroviaire pour la fourniture des services faisant l'objet d'obligations de service public. Les États membres passent à cet effet une convention fixant les conditions de fourniture des services (y compris la compensation pour l'entreprise ferroviaire), ainsi que la procédure d'attribution du contrat.

1.4. Le régime des OSP en France

1.4.1. Répartition des compétences et législation applicable

Le code des transports, publié le 3 novembre 2010 répartit les compétences en matière d'obligations de service public entre l'État et les régions.

L'État est compétent en matière d'organisation des services de transport ferroviaire de personnes d'intérêt national :

« L'état veille à l'organisation des services de transport ferroviaire de personnes d'intérêt national ». (art. L2121-1).

En revanche, les régions sont compétentes en matière d'organisation des services de transport ferroviaire de personnes d'intérêt régional :

« La région est chargée, en tant qu'autorité organisatrice des transports collectifs d'intérêt régional, de l'organisation :

1° Des services ferroviaires régionaux de personnes, qui sont les services ferroviaires de personnes, effectués sur le réseau ferré national, à l'exception des services d'intérêt national et des services internationaux ;

2° Des services routiers effectués en substitution de ces services ferroviaires.

Dans le respect des compétences des départements, des communes et de leurs groupements et dans celui de la cohérence et de l'unicité du système ferroviaire dont l'Etat est le garant, la région définit, dans son ressort territorial, le contenu du service public de transport régional de personnes, notamment les dessertes, la tarification, la qualité du service et l'information de l'usager, en tenant compte de la planification régionale des infrastructures de transport au sens de la section 1 du chapitre III du titre Ier du livre II de la première partie du présent code.

La région définit la politique tarifaire des services d'intérêt régional en vue d'obtenir la meilleure utilisation sur le plan économique et social du système de transport. Les tarifs sociaux nationaux s'appliquent aux services régionaux de personnes.

Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. » (art. L2121-3).

Par conséquent, il incombe aux régions de définir le contenu des obligations de service public, notamment les dessertes, la tarification, la qualité du service et l'information de l'utilisateur.

Bien que l'article L2121-3 du code des transports exclut la compétence des régions dans le cas de services internationaux, l'article L2121-7 fixe le régime concret d'organisation de services transfrontaliers :

« La région peut conclure une convention avec une autorité organisatrice de transport d'une région limitrophe d'un Etat voisin pour l'organisation de services ferroviaires régionaux transfrontaliers de personnes, dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales et les traités en vigueur. A défaut d'autorité organisatrice de transport dans la région limitrophe de l'Etat voisin, la région peut demander à SNCF Mobilités de conclure une convention avec le transporteur compétent de l'Etat voisin pour l'organisation de tels services.

La région peut adhérer à un groupement européen de coopération territoriale ayant notamment pour objet l'organisation de services ferroviaires régionaux transfrontaliers de personnes, dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales et les traités en vigueur.

Par dérogation au premier alinéa de l'article L. 2121-4, une convention passée entre un groupement européen de coopération territoriale et SNCF Mobilités fixe les conditions d'exploitation et de financement des services ferroviaires régionaux transfrontaliers de personnes organisés par le groupement pour leur part réalisée sur le territoire national. »

Ainsi, il est prévu d'établir aussi bien une coordination entre une région française et l'autorité compétente d'un État voisin (dans le cas de services transfrontaliers de la région Grand Est, la relation est établie avec l'autorité nationale du Luxembourg), qu'une coordination entre la SNCF et l'entreprise ferroviaire de l'État limitrophe et la participation d'une autorité comme l'Eurorégion.

Par conséquent, l'imposition d'obligations de service public au niveau transfrontalier relève de la compétence de la région Nouvelle-Aquitaine, tout en respectant le régime prévu dans le règlement 1370/2007.

Dans le cadre des compétences de la région Nouvelle-Aquitaine, la fourniture de services soumis à des obligations de service public relève du règlement 1370/2007, mais aussi du code des transports, en particulier l'article L2121.

Le code des transports exige que la création d'une nouvelle desserte ou d'un nouveau point d'arrêt soit soumis pour avis aux départements et aux communes concernés (art. L2121-5) :

« Toute création ou suppression de la desserte d'un itinéraire par un service régional de personnes ou de la desserte d'un point d'arrêt par un service régional de personnes est soumise pour avis aux départements et aux communes concernés. »

1.4.2. Détermination des OSP

La détermination des services soumis à des obligations de service public d'intérêt national relève de la compétence de la région sur avis des départements et des communes concernés.

1.4.3. Attribution de l'OSP

Le règlement 1370/2007, modifié par le règlement 2016/2338, dans le cadre du pilier « marché » du quatrième paquet ferroviaire, introduit l'obligation de procéder à une mise en concurrence pour l'attribution des contrats de service public :

« Toute autorité compétente qui recourt à un tiers autre qu'un opérateur interne attribue les contrats de service public par voie de mise en concurrence. » (art. 5.3).

Le règlement prévoit la date du 25 décembre 2023 pour l'entrée en vigueur complète de l'obligation de mise en concurrence des contrats OSP, mais en même temps, l'article 8 envisage la possibilité jusqu'à cette date, d'attribuer des contrats d'une durée maximale de dix ans :

« La durée des contrats attribués conformément à l'article 5, paragraphe 6, entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023 ne dépasse pas dix ans. »

Il convient de préciser qu'avant même le 3 décembre 2019 il est possible d'attribuer des contrats qui peuvent se poursuivre jusqu'à quinze ans, selon le régime général du règlement 1370/2007.

En France, le code des transports prévoit que les régions passent une convention avec la SNCF pour des services d'intérêt régional fixant les conditions d'exploitation et de financement de ces services :

« Une convention passée entre chaque région et SNCF Mobilités fixe les conditions d'exploitation et de financement des services ferroviaires relevant de la compétence régionale.

Le contenu de la convention et les modalités de règlement des litiges entre les régions et SNCF Mobilités sont précisés par décret en Conseil d'Etat. »

Le Décret n° 2016-327 du 17 mars 2016 relatif à l'organisation du transport ferroviaire de voyageurs et portant diverses dispositions relatives à la gestion financière et comptable de SNCF Mobilités ordonne le contenu de la convention entre l'autorité régionale et l'entreprise ferroviaire :

« La convention entre l'autorité organisatrice régionale et SNCF Mobilités prévue à l'article L. 2121-4 du code des transports et la convention entre le Syndicat des transports d'Ile-de-France et SNCF Mobilités prévue à l'article R. 1241-23 du même code définissent leur durée respective ainsi que :

1° La consistance et la nature des services d'intérêt régional demandés par l'autorité organisatrice régionale à SNCF Mobilités ainsi que la décomposition par ligne de ces

services et, en particulier, les conditions dans lesquelles SNCF Mobilités recourt, à la demande de l'autorité organisatrice régionale, à la faculté prévue au dernier alinéa de l'article 3 du décret du 10 février 2015 susvisé;

2° La consistance du parc de matériel roulant affecté aux services d'intérêt régional conventionnés ;

3° Les conditions techniques, économiques et commerciales dans lesquelles SNCF Mobilités délivre les services d'intérêt régional conventionnés ;

4° La politique tarifaire applicable aux services d'intérêt régional conventionnés décidée par l'autorité organisatrice régionale ainsi que ses modalités de mise en œuvre, notamment le délai dans lequel l'autorité organisatrice régionale informe SNCF Mobilités des évolutions qu'elle envisage d'apporter à la tarification et, le cas échéant, le calendrier annuel des modifications tarifaires ;

5° Les objectifs de niveau de service, de qualité et de productivité, ainsi que les indicateurs destinés à apprécier la qualité du service, demandés par l'autorité organisatrice régionale ou proposés par SNCF Mobilités ;

6° Les modalités de concertation lors de modifications de dessertes affectant de façon significative les services d'intérêt national assurés par SNCF Mobilités ou les services d'intérêt régional conventionnés ;

7° Les relations financières entre l'autorité organisatrice régionale et SNCF Mobilités, en particulier les contributions financières dues au titre de l'exécution des services d'intérêt régional conventionnés et calculées conformément aux dispositions de l'article 6 du règlement (CE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 susvisé ;

8° Les modalités d'utilisation des données relatives aux services d'intérêt régional conventionnés ;

9° Les modalités de suivi, de contrôle et d'évaluation des missions confiées par l'autorité organisatrice régionale à SNCF Mobilités ;

10° Des clauses de bonus-malus et de pénalités ;

11° A titre indicatif, un programme des opérations d'investissement relatives aux services d'intérêt régional, avec l'indication de leur nature, de leur montant prévisionnel et de la part de financement incombant à chacune des parties. La convention peut également porter sur le financement des installations fixes et du matériel roulant utilisés pour les services d'intérêt régional qu'elle définit, dans les conditions prévues par les dispositions du règlement (CE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 susvisé. »

La région Nouvelle-Aquitaine étant titulaire de la compétence, les autorités régionales peuvent procéder directement à l'attribution de l'autorisation à la SNCF, sans mise en concurrence pendant la période précédant celle établie pour l'entrée en vigueur de l'obligation de mise en concurrence prévue dans le règlement 1370/2007. La législation en vigueur ne permet pas l'attribution directe à une autre entreprise ferroviaire.

Toutefois, la réforme du régime d'attribution des contrats OSP est imminente. Le gouvernement français a l'intention d'accélérer la libéralisation des services ferroviaires régionaux permettant aux régions d'attribuer ces contrats par mise en concurrence. De plus, il a été annoncé que les procédures de mise en concurrence ne doivent pas forcément réunir tous les services d'une région et peuvent avoir pour objet certains d'entre eux. Ce qui pourrait être le cas du service transfrontalier Saint-Sébastien-Bayonne.

Le code des transports reprend expressément les éventuels régimes concernant le matériel roulant :

« Une convention passée entre chaque région et SNCF Mobilités fixe les conditions d'exploitation et de financement des services ferroviaires relevant de la compétence régionale.

Le contenu de la convention et les modalités de règlement des litiges entre les régions et SNCF Mobilités sont précisés par décret en Conseil d'Etat. » (art. 2121-4-1).

Ainsi, il est envisagé que le matériel roulant ne soit pas la propriété de l'entreprise ferroviaire effectuant le service mais de la région qui lui a passé un contrat, la région cédant l'exploitation à l'entreprise pendant la durée du contrat.

1.5. Le régime des OSP en Espagne

1.5.1. Répartition des compétences et législation applicable

La compétence en matière d'OSP dans le secteur ferroviaire relève principalement de l'État, bien que les communautés autonomes puissent participer à la définition et au financement des obligations.

Le point de départ est l'attribution des compétences à l'État en matière de transport ferroviaire par des véhicules circulant sur le réseau ferroviaire d'intérêt général ⁵.

Par conséquent, l'imposition des obligations de service public relève de la compétence de l'État, tout en respectant le régime visé par le règlement 1370/2007.

Toutefois, alors que les communautés autonomes jouissent des compétences qui lui sont attribuées par leurs statuts d'autonomie en matière de transport ferroviaire, en particulier dans le milieu urbain et suburbain, les communautés autonomes ont des compétences en matière d'OSP dans le secteur ferroviaire, comme c'est le cas de la Catalogne.

Dans le cadre des compétences de l'État, la fourniture de services soumis aux obligations de service public en Espagne est soumise, outre ce qui est prévu dans le règlement 1370/2007, à ce qui est prévu dans la loi 38/2015 du 29 septembre du secteur ferroviaire (ci-après LSF), en particulier l'article 59 :

« Article 59. Services de transport ferroviaire soumis à des obligations de service public.

⁵ Voir l'article 4 LSF sur le concept de réseau ferroviaire d'intérêt général.

1. Le Conseil des ministres, sur la base d'un rapport de la Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques, peut déclarer d'office ou à la requête des communautés autonomes ou des entités locales concernées, que la fourniture de certains services de transport ferroviaire relevant de la compétence de l'État sur les lignes ou sur les sections composant le réseau ferré d'intérêt général est soumise à des obligations de service public. La déclaration se produit lorsque l'offre de services de transport de voyageurs que les opérateurs réaliseraient, même en considérant exclusivement leur propre intérêt commercial et sans recevoir aucune compensation, s'avère insuffisante ou ne s'adapte pas aux conditions de fréquence, de qualité ou de prix nécessaires pour garantir la communication entre différentes localités du territoire espagnol.

Dans sa déclaration, le Conseil des ministres doit se baser sur des critères d'efficacité globale et de durabilité, ainsi que sur l'existence de moyens de transport alternatifs et des coûts et des bénéfices découlant de leur utilisation face au transport ferroviaire.

Les services soumis à des obligations de service public sont fournis en exclusivité, à moins que l'accord du Conseil des ministres convienne d'un autre régime de prestation.

La déclaration d'obligations de service public à la demande des communautés autonomes ou des entités locales est subordonnée au fait que celles-ci doivent assumer leur financement.

2. Pour la prestation de services ferroviaires soumis à des obligations de service public, les entreprises ferroviaires doivent être en possession d'une autorisation délivrée par le ministère de l'Équipement d'Espagne, sur la base d'un rapport favorable du ministère de l'Économie et de la Compétitivité d'Espagne et du ministère des Finances et de la Fonction publique d'Espagne et avec l'accord préalable de la Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques, par le truchement d'une procédure de mise en concurrence en respectant les principes de publicité, de transparence et de non-discrimination.

Toutefois, l'autorisation peut faire l'objet d'une attribution directe, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à la législation communautaire, lorsque la valeur annuelle de la prestation du service est estimée à moins d'un million d'euros.

Dans le cas d'une attribution directe, l'autorisation doit comporter la nécessité, au moyen de mécanismes appropriés, de respecter les principes d'efficience et de bonne gouvernance d'entreprise.

Les motifs de la décision de convenir d'une attribution directe de l'autorisation doivent être justifiés expressément.

Les autorisations déterminent les droits et les obligations des entreprises prestataires de services, parmi lesquelles doivent figurer celles destinées à garantir la continuité des services, et établissent, le cas échéant, les compensations auxquelles elles peuvent prétendre au titre de l'exploitation des services dans les conditions établies par les obligations de service public et calculées conformément au règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

3. Un décret du ministre de l'Équipement d'Espagne, sur la base d'un rapport de la Commission nationale des marchés et de la concurrence, du ministère de l'Économie et de la Compétitivité d'Espagne et du ministère des Finances et de la Fonction publique d'Espagne et avec l'accord préalable de la Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques, développe les procédures d'autorisation de prestations de services de transport ferroviaire soumis à des obligations de service public, celles de leur octroi, les droits et les obligations des entreprises ferroviaires pendant la période de validité des autorisations et les causes de la modification et de leur retrait, compte tenu du règlement (CE) 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

4. Les conditions pour la prestation de services issues de la procédure de mise en concurrence peuvent être modifiées uniquement dans les limites prévues dans l'autorisation.

Sans préjudice de ce qui précède, le ministère de l'Équipement d'Espagne, après avoir entendu l'entreprise prestataire du service, peut modifier les conditions pour tenir compte d'éventuels changements de circonstances prises en compte au moment de l'attribution de l'autorisation, relatifs à l'augmentation ou à la baisse de la demande de trafics, conformément à ce qui est établi réglementairement. Lorsque les modifications ont un impact économique sur l'exploitation du service, le montant de la compensation doit être actualisé.

5. En vue de financer le coût du service, le ministère de l'Équipement d'Espagne peut conclure des conventions avec les communautés autonomes et les entités locales. Il peut y être arrêté ce qui suit :

a) Les services qui sont subventionnés conformément à celle-ci.

b) Les caractéristiques de la prestation.

c) L'administration ou les administrations publiques effectuant le paiement des subventions.

6. Le ministère de l'Équipement d'Espagne communique au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire les autorisations qu'il octroie en vertu de cet article.

7. Est exclue de l'attribution de capacités de l'infrastructure pour réaliser des services de transport de voyageurs par chemin de fer, une entreprise dont l'itinéraire coïncide en tout ou partie avec un service soumis aux obligations de service public, lorsque le ministère de l'Équipement d'Espagne, soit d'office soit à la demande du gestionnaire de l'infrastructure ou de l'entreprise prestataire de service public, décide sur la base d'un rapport de la Commission nationale des marchés et de la concurrence, que l'attribution de capacités compromet l'équilibre économique des conditions établies pour la

prestation du service public, sa rentabilité ou répercute sensiblement sur la compensation de son financement sur fonds public.

Avant de prendre une décision, le ministère de l'Équipement d'Espagne entend toutes les parties intéressées.

Dans le cas de services commerciaux correspondant à des trafics internationaux, la fonction précédente revient à la Commission nationale des marchés et de la concurrence conformément à la réglementation communautaire.

En tout cas, le ministère de l'Équipement d'Espagne porte à la connaissance de la Commission nationale des marchés et de la concurrence toute restriction à l'attribution de capacité adoptée en application de ce paragraphe.

Jusqu'à présent, le développement réglementaire prévu à l'article 59 LSF n'a pas encore été adopté.

Étant donné que les compétences en matière d'obligations OSP dans le transport ferroviaire correspondent à l'État et non à la Communauté autonome d'Euskadi, il ne peut être considéré que cette communauté autonome mette en œuvre dans ce sens des actions de coopération transfrontalière dans le cadre de l'Eurorégion. C'est ce qui est prévu dans le Traité de Bayonne du 10 mars 1995 signé entre le Royaume d'Espagne et la République française, relatif à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales⁶ :

« Article 3.

Dans le cadre du présent traité, les entités territoriales de part et d'autre de la frontière peuvent mettre en œuvre des actions de coopération transfrontalière lorsque l'objet de cette coopération relève, en vertu du droit national des parties

⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-5148

contractantes, du domaine de compétence de l'une et de l'autre entité territoriale et lorsqu'il existe entre elles un intérêt commun ».

1.5.2. Détermination des OSP

La compétence de la détermination des services soumis à des obligations de service public sur le RFIG appartient à l'État (à l'exception des compétences de la Catalogne), conformément à l'article 59 LSF.

La déclaration qu'un service ferroviaire soit soumis à des obligations de service public émane du Conseil des ministres, sur la base d'un rapport de la Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques (art. 59.1 LSF).

La LSF prévoit que les communautés autonomes et les collectivités locales participent à la détermination des services ferroviaires soumis à des OSP. Ainsi, la déclaration du Conseil des ministres peut se faire à la demande des communautés autonomes et des collectivités locales (art. 59.1 LSF).

Toutefois, « [l]a déclaration d'obligation de service public à la requête des Communautés autonomes ou des collectivités locales est subordonnée au fait que celles-ci doivent assumer leur financement » (art. 59.1 LSF).

En vue de financer le coût du service, le ministère de l'Équipement d'Espagne peut conclure des conventions avec les communautés autonomes et les entités locales. Ces conventions peuvent convenir : a) des services qui sont subventionnés conformément à celle-ci ; b) des caractéristiques de la prestation et c) de l'administration ou des administrations publiques qui vont remettre le montant des subventions. » (art. 59.5 LSF).

Dans le cas d'un service ferroviaire soumis à une OSP transfrontalière entre la France et l'Espagne, circulant sur le RFIG, la déclaration de cette OSP est de la compétence du Conseil des ministres. La Communauté autonome d'Euskadi peut demander une déclaration d'OSP par le truchement d'une convention ad hoc, pour autant que le contenu de l'OSP soit fixé et qu'elle en assure le financement. Quoi qu'il en soit, une communauté autonome n'a pas le pouvoir

d'imposer à l'État une déclaration d'OSP, ni son contenu ni même lorsqu'elle assume son financement.

1.5.3. Attribution de l'OSP

Le règlement 1370/2007, modifié par le règlement 2016/2338, dans le cadre du pilier « marché » du quatrième paquet ferroviaire, introduit l'obligation de procéder à une mise en concurrence pour l'attribution des contrats de service public :

« Toute autorité compétente qui recourt à un tiers autre qu'un opérateur interne attribue les contrats de service public par voie de mise en concurrence. » (art. 5.3).

Le règlement prévoit la date du 25 décembre 2023 pour l'entrée en vigueur de l'obligation de mise en concurrence des contrats OSP, mais en même temps, l'article 8 envisage la possibilité jusqu'à cette date, d'attribuer des contrats d'une durée maximale de dix ans :

« La durée des contrats attribués conformément à l'article 5, paragraphe 6, entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023 ne dépasse pas dix ans. »

Il convient de préciser qu'avant même le 3 décembre 2019 il est possible d'attribuer des contrats qui peuvent se poursuivre jusqu'à quinze ans, selon le régime général du règlement 1370/2007.

En Espagne, la LSF prévoit dans la huitième disposition transitoire, un régime transitoire selon lequel l'autorité compétente peut attribuer directement, sans mise en concurrence, l'autorisation nécessaire pour la prestation de services ferroviaires soumis aux obligations de service public :

« Huitième disposition transitoire. Attribution directe de l'autorisation pour la prestation de services ferroviaires soumis aux obligations de service public.

Dans le respect de la législation de l'Union européenne, jusqu'à l'ouverture complète au marché du transport de voyageurs par chemin de fer et dans la mesure où elle ne porte pas atteinte pas à cette législation, l'autorisation pour la prestation de services ferroviaires

soumis aux obligations de service public fait l'objet d'une attribution directe lorsque la valeur annuelle de la prestation du service est estimée à moins d'un million d'euros, lorsqu'il n'existe pas une diversité d'offres de services sur le marché ferroviaire suffisante pour procéder à une mise en concurrence ou lorsqu'elle porte sur des services à forte densité et en raison du volume de trafic élevé dans des régions métropolitaines très peuplées. »

L'État étant le titulaire de cette compétence, les autorités nationales peuvent procéder directement à l'attribution de l'autorisation, sans mis en concurrence, pendant la période précédant celle établie pour l'entrée en vigueur de l'obligation de mise en concurrence prévue dans le règlement 1370/2007.

Par conséquent, les autorités nationales sont en mesure d'exclure la mise en concurrence au moins jusque dans les années 2030 et il semblerait que le ministère de l'Équipement d'Espagne ait l'intention d'utiliser au maximum ce délai. En effet, le ministère a annoncé publiquement son intention de passer avec RENFE Operadora un marché pour la prestation de services OSP sur tout le territoire national (à l'exception de la Catalogne) pour une période de 10 à 15 ans, durant l'année 2018.

L'attribution de contrats pour la prestation de services soumis à des obligations de service public en Espagne revêt la forme d'une autorisation qui est octroyée par le ministère de l'Équipement, sur la base d'un rapport favorable du ministère de l'Économie et de la Compétitivité d'Espagne et du ministère des Finances et de la Fonction publique d'Espagne et avec l'accord préalable de la Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques, (art. 59.2 LSF).

L'attribution, soit par attribution directe, soit par mise en concurrence, appartient au ministère de l'Équipement d'Espagne. La participation des communautés autonomes n'est pas prévue pour cette attribution, ni l'attribution de la part d'un organisme avec la participation d'autorités de plusieurs États (Eurorégion ou similaire).

2. Les OSP internationales. Modèles

2.1. Observations générales

Il n'existe pas une manière unique de mettre en œuvre un contrat d'obligations de service public transfrontalières. Étant donné que le règlement 1370/2007 n'indique pas la façon de le faire, il y a lieu d'appliquer la législation de chacun des États concernés par le service.

Dans le cas de la France et de l'Espagne, on peut distinguer deux modèles différents qui pourraient être viables, en misant sur le premier modèle.

Il faut d'une part coordonner les deux contrats entre les autorités compétentes de chaque État, avec l'accord international préalable entre ces autorités pour établir les conditions de la prestation de service. Bien qu'il s'agisse de deux contrats différents, probablement avec des entreprises ferroviaires différentes, l'exploitation est présentée au public comme un service unique, avec des horaires parfaitement coordonnés et des prix uniques, ce qui implique, une fois que les contrats d'OSP sont attribués, que les entreprises ferroviaires sont tenues par ceux-ci de conclure un accord d'exploitation en commun du service.

Ce modèle est celui utilisé en France pour l'exploitation des OSP internationales, en soulignant le cas des services entre la France et le Luxembourg pour le volume de clients transportés. C'est le modèle que le ministère de l'Équipement d'Espagne préfère, car il ne nécessite pas l'adoption d'une législation spécifique à cet effet. C'est donc le modèle le plus facile à mettre en œuvre et celui que nous recommandons.

Par ailleurs, il convient de conclure un contrat OSP de manière coordonnée entre les autorités compétentes de chaque côté de la frontière, par exemple, à travers l'Eurorégion. Ainsi, le contrat qui peut être conclu avec une ou plusieurs entreprises, définit les conditions d'exploitation.

2.2. Le modèle de double contrat (ou modèle français)

2.2.1. Description du modèle

Une première option pour l'articulation des OSP transfrontalières consiste à coordonner chaque contrat OSP souscrit par chacune des administrations compétentes avec l'entreprise ferroviaire correspondante.

Les administrations coordonneraient la prestation du service transfrontalier par le truchement d'une convention et chacune d'elles conclurait ensuite un contrat avec les entreprises ferroviaires pour la prestation de service sur son territoire. Il existerait donc deux contrats OSP, un pour chaque administration avec l'entreprise ferroviaire correspondante.

Rappelons que l'article 1.2 du règlement 1370/2007, prévoit déjà les OSP transfrontalières mais « Sous réserve de l'accord des autorités compétentes des États membres sur le territoire duquel les services sont fournis, les obligations de service public peuvent concerner des services publics de transport au niveau transfrontalier, y compris ceux qui couvrent des besoins de transport au niveau local et régional. »

C'est le modèle que la France utilise depuis des décennies, par exemple pour l'exploitation des services ferroviaires internationaux reliant les villes frontalières avec le Luxembourg. Ce service transfrontalier est celui qui connaît le plus grand volume de voyageurs parmi les services internationaux soumis à des OSP au sein de l'Union européenne.

Ce modèle est pris pour l'élaboration des conventions/contrats suivants :

- Conventions entre les administrations publiques compétentes : y sont déterminés les engagements de chaque administration concernant la qualité des services à fournir, les contributions publiques nécessaires, etc.
- Deux contrats OSP de chaque administration avec l'entreprise ferroviaire correspondante
- Accord entre les entreprises ferroviaires avec OSP pour la coordination des services.

Ce qui est illustré au tableau ci-après :

TRANSFRONTALIER GRAND-EST – LUXEMBOURG

CADRE LÉGAL – SCHÉMA CONTRACTUEL



Figure 1. Modèle OSP entre la France et le Luxembourg- Source: Élaboration propre

Ce modèle est d'une complexité évidente en termes d'élaboration et de suivi. Toutefois, il présente l'avantage d'être souple, en ce sens où chaque administration peut déterminer l'identité de l'opérateur OSP en toute indépendance, soit par attribution directe, soit par mise en concurrence. Ce qui n'affecte ni la coordination entre les administrations (niveau 1) ni la coordination entre les entreprises ferroviaires (niveau 3).

Ce modèle semblerait être celui qui véhiculera la collaboration entre les autorités françaises et les autorités espagnoles, non seulement parce qu'il est utilisé en France, mais parce qu'il semble que le ministère de l'Équipement d'Espagne le préfère aussi.

2.2.1.1. Convention France/Espagne

Le point de départ est une convention entre les autorités compétentes de chaque côté de la frontière. Du côté français, l'autorité compétente est l'autorité régionale bien qu'avec la participation de l'autorité nationale quand il s'agit d'un accord international. Du côté espagnol, l'autorité compétente est l'autorité nationale, bien qu'à l'avenir il est possible que les compétences en matière de réglementation ferroviaire soient transférées à la Communauté autonome d'Euskadi. Dans le cadre du transfert, il conviendrait de définir clairement la répartition des compétences dans le cas de services internationaux. Il semble difficile que l'État renonce à participer à ce type de conventions, mais il semble raisonnable que la communauté autonome y participe si elle assure le financement pour la compensation de l'OSP.

Cette convention définit les services soumis à l'OSP, les conditions de prestation du service (y compris les conditions tarifaires), la qualité du service, etc.

2.2.1.2. Contrats OSP

Chaque administration compétente doit conclure un contrat d'entreprises ferroviaires pour l'imposition de l'OSP.

En France, c'est la région qui conclut le contrat. En France, il est de coutume de passer un contrat pour une OSP internationale avec l'entreprise chargée de l'ensemble des OSP dans la région. Il n'a pas été passé de contrat spécifique pour l'OSP internationale. Bien que jusqu'à présent ces contrats ont été attribués directement à la SNCF, il est prévisible que dans les prochaines années des appels d'offres soient lancés pour ces contrats, c'est pourquoi d'autres

entreprises ferroviaires françaises ou d'autres États membres pourront y participer et se voir attribuer ces contrats, soit pour l'ensemble des OSP régionales, soit pour une OSP internationale détachée de l'ensemble des OSP régionales, à la volonté de l'autorité régionale.

Actuellement, en Espagne une attribution directe par les autorités nationales (Huitième disposition transitoire LSF) est uniquement prévue. Quand le moment de la libéralisation sera venu, l'attribution devra se faire par une mise en concurrence. Il n'est pas à exclure la possibilité que la Communauté autonome d'Euskadi assume les compétences en matière ferroviaire (comme la Catalogne) et adopte sa propre réglementation sur les OSP. Dans ce cadre et conformément au règlement 1370/2007, la Communauté autonome d'Euskadi pourra définir ses propres OSP, pourra décider si les OSP sont gérées dans un seul contrat par une seule entreprise ferroviaire, si les OSP internationales sont attribuées séparément des OSP nationales, etc.

2.2.1.3. Accords de coopération entre des entreprises ferroviaires

Les entreprises ferroviaires chargées de la prestation du service OSP international sont tenues par les contrats OSP qui les lient de conclure des accords de collaboration avec l'entreprise ferroviaire adjudicataire de l'autre côté de la frontière. Les conditions du contrat sont établies au préalable dans les contrats OSP.

Les accords de coopération reflètent les conditions imposées par les autorités compétentes. Ces accords incluent un Accord de coopération, un Accord de répartition de recettes et des Accords pour l'acceptation réciproque de conducteurs et de personnel d'intervention.

2.2.2. Aspects clés et éventuels obstacles

2.2.2.1. Administrations compétentes

L'application du modèle de double contrat ou modèle français exige une volonté de collaboration entre les administrations compétentes de chaque côté de la frontière.

Du côté français, l'autorité compétente est l'autorité régionale et sous la supervision de l'État dans le cas des services transfrontaliers, comme dans le cas de la convention Grand Est avec le Duché de Luxembourg.

Du côté espagnol, l'autorité compétente est l'État. La déclaration d'une OSP appartient au Conseil des ministres, bien que la Communauté autonome d'Euskadi et les collectivités locales peuvent demander la déclaration d'OSP d'un service frontalier, pourvu qu'elles soient disposées à assurer le financement de la compensation, comme le prévoit l'article 59 LSF.

Si le Conseil des ministres ne souhaite pas déclarer un service transfrontalier comme une OSP, la Communauté autonome d'Euskadi ne dispose actuellement d'aucun instrument lui permettant de réaliser elle-même cette déclaration, de conclure la convention pertinente avec les administrations françaises compétentes, ni de financer directement la compensation de l'entreprise ferroviaire.

Le point de départ est la conclusion d'une convention entre les administrations compétentes fixant le contenu des OSP de chaque côté de la frontière et la coopération ultérieure pour la constitution d'un service unique.

2.2.2.2. Attribution des contrats

Après la conclusion de la convention internationale entre les administrations, l'étape suivante consiste à attribuer les contrats OSP pertinents de chaque côté de la frontière, conformément au régime juridique national.

En France, en vertu du code des transports en vigueur, il n'existe que l'attribution directe à la SNCF. L'attribution directe à une autre entreprise ferroviaire n'est pas prévue, ni la procédure par appel d'offres.

Toutefois, le gouvernement français a confirmé sa volonté de modifier le régime en vigueur en introduisant dans les plus brefs délais, avant la date requise par les directives communautaires, la procédure par appel d'offres pour l'attribution des services.

C'est, par exemple, l'une des recommandations du Rapport Spinetta⁷ :

« Recommandation 19 : Ouvrir à la concurrence les services de transports d'intérêt régional, à partir de 2023, selon les modalités prévues par le règlement européen sur les obligations de service public ; jusqu'à 2023, l'attribution directe à la SNCF demeurera la règle, les régions pouvant, par exception, attribuer une partie des services à un nouvel entrant en procédant par appel d'offres. »

En Espagne, l'attribution revient au ministère de l'Équipement, conformément à l'article 59 et à la huitième disposition transitoire LSF. Actuellement, cette attribution est faite par une attribution directe car la LSF n'exige pas pour l'instant d'appel d'offres.

En Espagne, la huitième disposition transitoire de la LSF prévoit un régime transitoire selon lequel l'autorité compétente peut attribuer directement, sans appel d'offres, l'autorisation nécessaire pour la prestation de services ferroviaires soumis à des obligations de service public. Cette disposition ne prévoit pas une prérogative illimitée d'attribution directe. Au contraire, elle définit une liste fermée d'hypothèses pour une attribution directe : 1) lorsque la valeur annuelle de la prestation de service est estimée à moins d'un million d'euros ; 2) lorsqu'il n'existe pas une diversité d'offres de services sur le marché ferroviaire suffisante pour procéder à une mise en concurrence ; 3) lorsqu'elle porte sur des services à forte densité et en raison du volume de trafic élevé dans des régions métropolitaines très peuplées.

Il est entendu qu'actuellement il n'existe pas en Espagne une pluralité d'offres de services sur le marché ferroviaire suffisante pour se présenter à un appel d'offres. Cependant, ce fait devrait peut-être être remis en question.

Donc, en principe le ministère de l'Équipement d'Espagne peut attribuer directement un contrat OSP transfrontalier. On notera que la huitième disposition transitoire ne prévoit pas l'identité de l'entreprise ferroviaire qui peut bénéficier de cette attribution directe. Il pourrait s'agir de

⁷ L'avenir du Transport ferroviaire, Rapport au Premier Ministre, 15 février 2018. https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2018.02.15_Rapport-Avenir-du-transport-ferroviaire.pdf

RENFE Operadora qui, jusqu'à présent, a bénéficié de cette attribution. Cependant, rien n'empêche que l'attribution se fasse en faveur d'une autre entreprise dûment habilitée.

Un élément clé est le domaine de l'attribution. Jusqu'à présent, une seule entreprise ferroviaire bénéficie de l'attribution de tous les services OSP octroyés par le ministère de l'Équipement d'Espagne. Tous les services de banlieue sont conclus dans le cadre d'un seul contrat OSP.

Il est possible d'inclure le service OSP transfrontalier dans le cadre du contrat du ministère de l'Équipement d'Espagne qui définit l'ensemble des services OSP de banlieue. C'est en fait le modèle qui est utilisé en France. Le contrat de chaque autorité régionale avec la SNCF inclut le service OSP transfrontalier.

Toutefois, il peut s'avérer que le service OSP transfrontalier fasse l'objet d'un contrat spécifique, différent et distinct du contrat général d'OSP nationales. Ce contrat pourrait être attribué à l'opérateur traditionnel ou à une autre entreprise ferroviaire dûment habilitée.

2.2.3. Exploitation en commun

Il peut être envisagé que l'attribution du service OSP international au niveau espagnol, ne s'attribue pas à une seule entreprise mais à un consortium composé de plus d'une entreprise. Par exemple, l'attribution pourrait se faire conjointement à la RENFE et à EUSKOTREN. Cependant, cette option présente des obstacles légaux importants.

En premier lieu, il semble compliqué qu'une attribution déjà faite en faveur de RENFE Operadora puisse être révisée pour inclure une autre entreprise ferroviaire. Jusqu'à présent, les attributions de services OSP ont toujours été faites en faveur de RENFE Operadora. Le ministère de l'Équipement est en train de considérer une nouvelle attribution à RENFE Operadora, cette fois sur une période assez longue (entre 10 et 15 ans). Si ce point est confirmé, il ne sera pas facile de modifier un contrat en vigueur et d'inclure comme adjudicataire à une seconde entreprise ferroviaire.

En second lieu, le contrat entre RENFE Operadora et le ministère de l'Équipement pour l'exploitation des services OSP a traditionnellement interdit la sous-traitance. À titre d'exemple, le contrat entre l'Administration centrale (*Administración General del Estado*) et l'entreprise

publique RENFE-Operadora pour la prestation des services publics de transport de voyageurs par chemin de fer de « banlieue », « régionaux » et « à écartement métrique », relevant de la compétence de l'Administration centrale, soumis à des obligations de service public sur la période 2013 - 2015, incluait la clause suivante :

« Quinzièmement. - Sous-traitance. Il est strictement interdit de sous-traiter en tout ou en partie la prestation des services de transport ferroviaire objet du présent contrat. »

Par conséquent et tant que cette clause existe dans le contrat OSP entre le ministère de l'Équipement et la RENFE, il ne pourrait être possible que la RENFE sous-traite avec EUSKOTREN une partie des services de l'OSP internationale attribuée à la RENFE.

En troisième lieu, une nouvelle OSP internationale pour le trajet Saint-Sébastien - Frontière - Bayonne, autre que les services OSP nationaux existant jusqu'à présent, pourrait faire l'objet d'une attribution spécifique et en commun à la RENFE et à EUSKOTREN. Dans la législation sectorielle, rien ne semble interdire cette option. Par ailleurs, l'exploitation en commun pourrait réduire le risque de déclarer un engagement de l'équilibre économique de l'opération de la RENFE, étant donné que la RENFE exploiterait les deux services.

Toutefois, cette attribution présente des risques importants de non-respect de la loi relative à la défense de la concurrence.

L'article 1 de la loi n° 15/2007 du 3 juillet 2007 relative à la défense de la concurrence (LDC) interdit des accords collusoires entre entreprises :

« Article 1. Comportements collusoires.

1. Est interdit tout accord, décision ou recommandation collective, ou toute pratique concertée ou délibéré parallèle, visant à produire ou pouvant produire l'effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence en tout ou en partie du marché national et, en particulier, ceux consistant en :

- a) *La fixation, que ce soit directement ou indirectement, de tarifs ou d'autres conditions commerciales ou de service.*
 - b) *La limitation ou le contrôle de la production, la distribution, le développement technique ou les investissements.*
 - c) *Le partage du marché ou des sources d'approvisionnement.*
 - d) *L'application de conditions inégales dans les relations commerciales ou de service, pour des prestations équivalentes plaçant certains concurrents dans une situation défavorable par rapport à d'autres concurrents.*
 - e) *La subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires qui, du fait de leur nature ou selon les usages du commerce, n'ont pas de rapport avec l'objet de tels contrats.*
2. *Sont considérés comme nuls de plein droit les accords, les décisions et les recommandations qui, étant interdits en application du paragraphe 1, ne sont pas couverts par les dérogations prévues par la présente loi.*
3. *L'interdiction du paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords, aux décisions, aux recommandations et aux pratiques contribuant à améliorer la production ou la commercialisation et la distribution de biens et de services ou à promouvoir le progrès technique ou économique, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cette fin, pour autant :*
- a) *qu'ils permettent aux consommateurs ou aux utilisateurs de participer de manière équitable au produit qui en résulte.*
 - b) *qu'ils n'imposent pas aux entreprises de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et*
 - c) *qu'ils ne donnent pas aux entreprises participantes la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou des services en cause. »*

L'exploitation en commun d'un service ferroviaire par deux entreprises ferroviaires qui sont concurrentes peut être considérée comme un accord collusoire de partage du marché et elle est donc contraire à l'article 1 de la LDC.

Ces accords sont légaux, comme prévu à l'article 1.3 de la LDC, s'ils visent à améliorer la production ou la commercialisation et la distribution des services. Au-delà, cette amélioration doit s'étendre aux utilisateurs, doit se limiter au strict nécessaire et ne doit pas éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché.

Les consortiums entre deux entreprises ferroviaires d'États différents pour la prestation de services transfrontaliers sont habituels et sont généralement admis par les autorités de défense de la concurrence. Bien que ces accords soient des accords collusoires réduisant la concurrence potentielle, il semble clair qu'ils sont nécessaires pour la prestation des services transfrontaliers et qu'ils tendent donc à une amélioration de la production. C'est le cas des accords comme ceux liant la RENFE et la SNCF pour la prestation de services transfrontaliers grande vitesse. Ce serait aussi le cas d'accords entre un opérateur espagnol et un autre français pour la prestation de services transfrontaliers comme celui de Saint-Sébastien - Bayonne ou similaire (ou ceux existant entre la France et le Luxembourg).

Ainsi, la participation d'un opérateur espagnol et d'un opérateur français pour l'exploitation d'une OSP internationale entre Saint-Sébastien et Bayonne ne semble pas présenter de problèmes du point de vue du droit de la concurrence.

Il n'est pas nécessaire d'étendre automatiquement cette conclusion aux services nationaux (ou au segment espagnol d'un service international). La collaboration entre deux entreprises pour fournir un service OSP national (ou le segment national d'un service OSP transfrontalier) est un accord collusoire qui restreint la concurrence.

L'accord collusoire serait licite s'il est indispensable pour l'amélioration de la production d'un service, comme c'est le cas des consortiums internationaux. Cette conclusion doit être démontrée objectivement. Cependant, il ne semble pas facile de démontrer objectivement la nécessité que deux entreprises ferroviaires espagnoles participent à l'exploitation du service OSP international sur le segment espagnol.

Ainsi, il pourrait s'avérer que la CNMC (Commission nationale des marchés et de la concurrence) ouvre une procédure, soit d'office, soit à la suite d'une plainte déposée par un tiers et déclare l'accord illicite, pouvant même jusqu'à imposer des sanctions pour l'accord collusoire.

Une défense potentielle d'un accord de collaboration entre la RENFE et EUSKOTREN résiderait dans le fait que les services ferroviaires soumis à des OSP seraient des services soumis à des droits exclusifs et qu'ils sont attribués directement par l'administration. Il n'existe pas de concurrence sur ce marché, ni de concurrence sur le marché, ni de concurrence pour le marché (pour l'instant). On peut donc considérer que l'accord ne restreint pas une concurrence qui n'existe pas, ni même potentiellement.

Une concurrence potentielle pourrait être possible au moment de l'ouverture à la concurrence des services OSP. Afin d'éviter le risque qu'un consortium RENFE/EUSKOTREN soit considéré comme un limiteur de la concurrence potentielle, le consortium devrait se limiter à l'exploitation de services OSP et devrait se borner à la période d'exploitation de l'OSP internationale et pas au-delà de l'ouverture à la mise en concurrence des services OSP.

Un obstacle ultérieur du point de vue du droit de la concurrence est créé par le fait qu'EUSKOTREN exploite déjà un service (Lasarte-Hendaye) pratiquement en parallèle à la desserte de la C-1 Cercanías de la RENFE entre Saint-Sébastien et Irun. Ce service passe par une infrastructure différente, mais avec des arrêts qui sont souvent dans les mêmes localités. Il convient de signaler que les deux services se font concurrence. La collaboration entre la RENFE et EUSKOTREN pour l'exploitation du service transfrontalier pourrait avoir des effets, non seulement sur la concurrence potentielle pour le marché dans une hypothétique mise en concurrence future du service OSP international, mais aussi sur la concurrence en place entre la RENFE et EUSKOTREN. Il s'agit, ceci est vrai, d'une concurrence sui generis, car les concurrents ne sont pas totalement libres de fixer les conditions de prestation du service (par exemple, du prix) justement parce qu'il s'agit de services OSP.

En conclusion, bien que l'attribution conjointe à deux opérateurs d'un contrat OSP n'ait aucun précédent en Espagne, il faudrait adapter cette attribution au cadre sectoriel en vigueur. Cependant, l'attribution conjointe restreindrait la concurrence potentielle entre la RENFE et

EUSKOTREN sur de futurs appels d'offres et surtout la concurrence actuelle sur la route Saint-Sébastien - Hendaye.

2.3. Le modèle de contrat unique

2.3.1. Description du modèle

Une deuxième option pour l'articulation des OSP transfrontalières consiste à veiller à la coordination entre les administrations compétentes pour attribuer ensuite un seul contrat OSP avec une seule entreprise ferroviaire (ou un consortium d'entreprises ferroviaires).

Les administrations, par le truchement d'une convention, pourraient coordonner la prestation du service transfrontalier et conclure ensuite conjointement un seul contrat avec une entreprise ferroviaire pour la prestation du service sur leur territoire. De cette façon il n'existerait qu'un seul contrat OSP.

Ce modèle ne s'est jamais produit en France ni en Espagne car, traditionnellement, il a été préféré que chaque administration passe un contrat avec l'entreprise ferroviaire nationale, même pour les OSP transfrontalières.

Ce modèle passe par l'élaboration des conventions/contrats suivants :

- Conventions entre les administrations publiques compétentes : y sont déterminés les engagements de chaque administration concernant la qualité des services à fournir, les contributions publiques nécessaires, etc.
- Contrat unique OSP des administrations avec l'entreprise ferroviaire.

Ce qui est illustré au tableau ci-après :

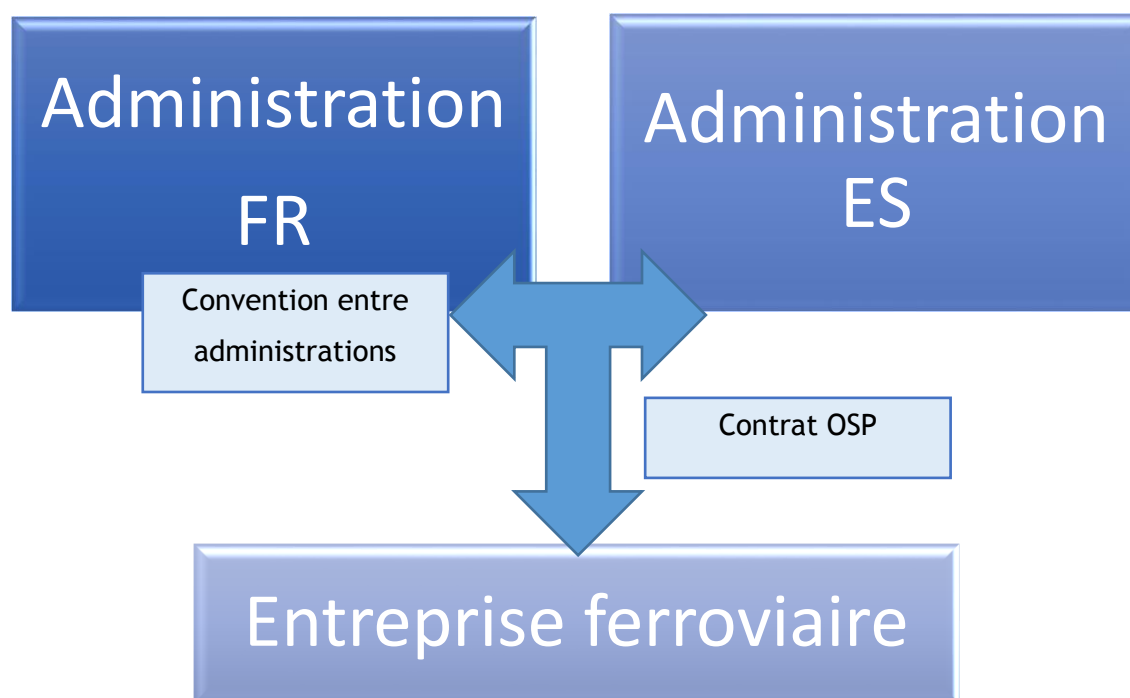


Figure 2. Modèle du contrat OSP unique- Source: Élaboration propre

2.3.1.1. Convention France/Espagne

Le point de départ est une convention entre les autorités compétentes de chaque côté de la frontière. Du côté français, l'autorité compétente est l'autorité régionale bien qu'avec la participation de l'autorité nationale quand il s'agit d'un accord international. Du côté espagnol, l'autorité compétente est l'autorité nationale, bien qu'à l'avenir il est possible que les compétences en matière de réglementation ferroviaire soient transférées à la Communauté autonome d'Euskadi. Dans le cadre du transfert, il conviendrait de définir clairement la répartition des compétences dans le cas de services internationaux. Il semble difficile que l'État renonce à participer à ce type de conventions, mais il semble raisonnable que la communauté autonome y participe si elle assure le financement pour la compensation de l'OSP.

Cette convention doit définir les services soumis à l'OSP, les conditions de prestation du service, la procédure d'attribution du contrat et les conditions de financement de l'OSP.

2.3.1.2. Contrat OSP

Les administrations compétentes doivent attribuer un seul contrat OSP avec une entreprise ferroviaire.

Un élément clé est la configuration de la possibilité que l'attribution du contrat se fasse d'une manière coordonnée par les administrations contractantes. Ainsi, chaque administration pourrait déléguer un organisme commun ou une entité comme l'Eurorégion.

Cependant, cette délégation doit disposer d'un soutien juridique qui, à l'heure actuelle, n'existe ni en France ni en Espagne. C'est la raison pour laquelle le modèle de contrat unique est difficilement applicable à l'heure actuelle.

2.3.2. Aspects clés et éventuels obstacles

2.3.2.1. Administrations compétentes

L'application du modèle d'un contrat unique exige une volonté de collaboration entre les administrations compétentes de chaque côté de la frontière.

Du côté français, l'autorité compétente est l'autorité régionale, en collaboration avec l'État, comme dans le cas de la collaboration entre la région Grand Est et le Duché de Luxembourg.

Du côté espagnol, l'autorité compétente est l'État. La déclaration d'une OSP en revient au Conseil des ministres, bien que la Communauté autonome d'Euskadi et les collectivités locales peuvent demander la déclaration d'OSP d'un service transfrontalier, pourvu qu'elles soient disposées à assurer le financement de la compensation, comme le prévoit l'article 59 LSF.

Si le Conseil des ministres ne souhaite pas déclarer un service transfrontalier comme une OSP, la Communauté autonome d'Euskadi ne dispose actuellement d'aucun instrument lui permettant de réaliser elle-même cette déclaration, de conclure la convention pertinente avec

les administrations françaises compétentes, ni de financer directement la compensation de l'entreprise ferroviaire.

Le point de départ est la conclusion d'une convention entre les administrations compétentes fixant le contenu des OSP et convenant de la procédure d'attribution du contrat unique.

2.3.2.2. Attribution du contrat

Après la conclusion de la convention internationale entre les administrations, l'étape suivante est l'attribution du contrat OSP.

Le règlement 1370/2007, modifié par le quatrième paquet ferroviaire, prévoit l'attribution directe dans des cas exceptionnels.

L'attribution peut aussi se faire à l'issue d'une procédure d'appel d'offres. Mais il serait alors nécessaire de déterminer la loi applicable (la loi française ou la loi espagnole) et un cahier des charges établissant les critères d'attribution du contrat.

3. La coexistence de l'OSP avec d'autres OSP provenant de domaines et de services commerciaux différents

3.1. La réglementation de l'Union européenne

Comme cela a déjà été indiqué tout au long de ce document, l'un des principaux obstacles auxquels se heurte la déclaration d'une OSP internationale est l'impact potentiel sur les services préexistants, en particulier sur les services soumis à des obligations OSP. L'impact serait similaire sur les deux modèles étudiés (double contrat ou contrat unique), cette analyse sera donc la même pour les deux modèles.

Au cas où les autorités compétentes octroient un droit exclusif pour la prestation d'un service soumis à des obligations de service public, la réglementation de l'Union européenne prévoit des instruments pour protéger ce droit exclusif contre des opérations d'autres entreprises ferroviaires, notamment quand il s'agit d'opérations internationales.

Ainsi, il appartient à l'organisme de contrôle indépendant d'analyser si un service offert par un tiers est de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public. Du fait de son importance, nous transcrivons l'article 11 de la Directive 2012/34 stipulant le régime applicable :

« Limitation du droit d'accès et du droit de prendre et de déposer des voyageurs

- 1. Les États membres peuvent limiter le droit d'accès visé à l'article 10 sur les services entre un lieu de départ et une destination qui font l'objet d'un ou de plusieurs contrats de service public conformes au droit de l'Union. Une telle limitation ne peut avoir pour effet de restreindre le droit de prendre des voyageurs dans une gare située sur le trajet d'un service international et de les déposer dans une autre, y compris dans des gares situées dans un même État membre, sauf dans les cas où l'exercice de ce droit compromettrait l'équilibre économique d'un contrat de service public.*

2. *C'est à l'organisme ou aux organismes de contrôle compétents visés à l'article 55 qu'il incombe de déterminer une éventuelle atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public en se fondant sur une analyse économique objective et sur la base de critères prédéterminés, après une demande :*

- a) de l'autorité ou des autorités compétentes qui ont attribué le contrat de service public;*
- b) de toute autre autorité compétente concernée qui aurait le droit de limiter l'accès en vertu du présent article ;*
- c) du gestionnaire de l'infrastructure ;*
- d) de l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public.*

Les autorités compétentes et les entreprises ferroviaires assurant les services publics fournissent à l'organisme de contrôle ou aux organismes de contrôle compétents les informations raisonnablement nécessaires à la prise d'une décision. Dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande, l'organisme de contrôle compétent examine les informations fournies par ces parties et, le cas échéant, sollicite toute information utile à toutes les parties concernées et lance des consultations avec celles-ci. L'organisme de contrôle consulte toutes les parties concernées s'il y a lieu et les informe de sa décision motivée dans un délai prédéterminé et raisonnable, et en tout état de cause dans un délai de six semaines à compter de la réception de toutes les informations pertinentes.

3. *L'organisme de contrôle motive sa décision et précise le délai et les conditions dans lesquels les entités suivantes peuvent demander le réexamen de la décision :*

- a) l'autorité ou les autorités compétentes concernées ;*
- b) le gestionnaire de l'infrastructure ;*
- c) l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public ;*
- d) l'entreprise ferroviaire demandant l'accès.*

4. Sur la base de l'expérience acquise par les organismes de contrôle, les autorités compétentes et les entreprises ferroviaires, ainsi que sur la base des activités du réseau visé à l'article 57, paragraphe 1, la Commission adopte, au plus tard le 16 décembre 2016, des mesures détaillant la procédure à suivre et les critères à respecter pour l'application des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article. Ces actes d'exécution sont adoptés selon la procédure d'examen visée à l'article 62, paragraphe 3.

5. Les États membres peuvent également limiter le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans des gares situées dans un même État membre sur le trajet d'un service international de transport de voyageurs lorsqu'un droit exclusif de transport de voyageurs entre ces gares a été accordé au titre d'un contrat de concession attribué avant le 4 décembre 2007 selon une procédure de mise en concurrence équitable et conformément aux principes pertinents du droit de l'Union. Cette limitation peut être maintenue pour la durée initiale du contrat ou une durée de quinze ans, la période la plus courte étant retenue.

6. Les États membres veillent à ce que les décisions visées aux paragraphes 1, 2, 3 et 5 soient soumises à un contrôle juridictionnel. »

Conformément à la directive 2012/34/CE, la Commission a adopté en 2014 le règlement d'exécution n° 869/2014⁸, ainsi que les instructions pour que les organismes de contrôle nationaux réalisent le test de l'équilibre économique. Particulièrement significatif à cet égard est l'article 14 qui définit les critères à prendre en considération pour réaliser ce test :

« Critères d'évaluation relatifs au test de l'équilibre économique

Lors du processus d'évaluation, l'organisme de contrôle prend notamment en considération les critères suivants :

⁸ Règlement d'exécution (UE) n° 869/2014 de la Commission du 11 août 2014, relatif à de nouveaux services de transport ferroviaire de voyageurs, JO L 239, 12.8.2014, p. 1.

- a) *l'impact sur l'incidence financière nette des services exploités en vertu du contrat de service public pour la durée du contrat;*
- b) *les possibles réactions concurrentielles de l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public;*
- c) *les possibles économies de coûts à réaliser par l'entreprise ferroviaire qui exécute le contrat de service public (en termes, par exemple, de non-remplacement de matériel roulant arrivant en fin de vie ou de personnel dont le contrat arrive à échéance) ainsi que les possibles avantages pour l'entreprise ferroviaire découlant du nouveau service proposé (par exemple l'attraction de voyageurs empruntant des services internationaux qui pourraient être intéressés par une correspondance avec un service régional dans le cadre du contrat de service public);*
- d) *la possibilité de limiter la portée du contrat de service public, notamment lorsqu'il arrive à échéance au moment de l'évaluation;*
- e) *les incidences sur les performances et la qualité des services ferroviaires;*
- f) *les incidences sur la planification de l'horaire des services ferroviaires;*
- g) *les incidences sur les investissements dans le matériel roulant par les entreprises ferroviaires ou les autorités compétentes, le cas échéant. »*

Le régime juridique applicable dans les États membres en matière d'obligations de service public est celui repris dans le règlement CE 1370/2007 (qui s'applique, en matière de règlement, directement aux États et ne requiert pas de transposition) et dans les dispositions nationales ad hoc définissant les autorités compétentes, le régime d'attribution, etc., toujours en vertu du règlement 1370/2007.

3.2. L'équilibre économique dans le cadre réglementaire et la pratique française

La législation française, suivant la ligne prévue par la législation communautaire, envisage la possibilité d'exclure l'attribution de capacités de l'infrastructure pour réaliser des services de transport international de voyageurs par chemin de fer, à une entreprise dont l'itinéraire

coïncide en tout ou en partie avec un service soumis à des obligations de service public. Ces dispositions figurent dans les articles 5 et suivants du Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs :

« Si l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières a estimé que la desserte intérieure envisagée serait de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public, l'autorité organisatrice, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité, peut refuser, accorder, modifier ou accorder sous certaines conditions le droit d'accès au réseau ferroviaire, dans la mesure de ce qui est nécessaire pour compenser les incidences de la desserte intérieure envisagée sur l'équilibre économique du contrat de service public.

L'autorité organisatrice peut également, si l'Autorité a estimé que la desserte intérieure envisagée serait de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public, proposer au candidat à l'exploitation du nouveau service de conclure une convention prévoyant le versement par celui-ci d'une contribution financière venant compenser, dans les limites strictement nécessaires, les incidences sur cet équilibre de cette desserte. Les modalités de calcul de cette contribution sont déterminées sur une base objective, transparente et non discriminatoire. L'autorité organisatrice communique le projet de convention à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières et informe de cette communication le candidat à l'exploitation du nouveau service. » (art. 5).

C'est-à-dire que l'administration indépendante française (l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières,) peut refuser la prestation d'un service ferroviaire si son itinéraire coïncide avec celui d'un service soumis à une OSP et si le nouveau service compromet l'équilibre économique.

L'ARAFER a déjà adopté des critères d'évaluation si un nouveau service ferroviaire international compromet l'équilibre économique d'un contrat d'OSP dans la Décision n° 2013-004 du 27 février

2013 portant sur les services de transport international de voyageurs comportant des dessertes intérieures⁹. Les critères sont les suivants :

« Article 43 En premier lieu, l'Autorité se livre à une analyse critique des données fournies par les trois parties prenantes, en particulier des prévisions de trafic et de chiffre d'affaires. Elle se réserve la possibilité de retenir pour la suite de l'analyse des valeurs différentes de celles présentées, en intégrant des corrections qu'elle juge pertinentes.

Article 44 En second lieu, l'Autorité effectue une analyse économique, à partir des données recueillies, selon les critères suivants : a) Dispositions prévues par le contrat de service public relatives à son équilibre économique ; b) Pertes de recettes et coûts supplémentaires éventuels, à court et moyen termes ; c) Bénéfices éventuels, à court et moyen termes ; d) Evolution de la rentabilité des services exploités par le titulaire du contrat de service public. L'Autorité détermine si, d'après son analyse, l'équilibre économique du contrat de service public est compromis. »

En effet, l'ARAFER a déjà pris une décision relative à l'impact sur l'équilibre économique d'un contrat OSP. Le 8 octobre 2013, elle adoptait l'Avis n° 2013-022 du 8 octobre 2013 relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur¹⁰, tout en excluant que le service international de l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan et Marseille porte atteinte à l'équilibre économique du contrat de service liant la région et la SNCF. L'ARAFER concluait que :

« II.25 Il en résulte que les pertes de recettes pour le TER seraient inférieures à 130 k€ par an. Ces pertes représenteraient ainsi au maximum environ 0,15 % des recettes

⁹ http://www.arafer.fr/wp-content/uploads/2014/05/20130227_2013-004_Decision_Cabotage_Pub.pdf

¹⁰ http://arafer.fr/wp-content/uploads/2014/05/20131008_2013-022_Avis_Thello-ImpactEcoPACA_Pub.pdf

globales du contrat de service public de la région. Elles resteraient très inférieures aux aléas habituellement rencontrés par les parties dans la gestion d'un tel contrat. »

En outre, l'ARAFER constatait que :

« II.27 En augmentant la fréquence des trains entre Marseille et Nice, et en particulier en étendant d'une heure l'amplitude horaire au départ de Nice le soir, Thello renforcera l'attractivité du mode ferroviaire pour les voyageurs, avec un effet positif sur la fréquentation de l'ensemble des trains régionaux. »

L'ARAFER concluait donc que le nouveau service transfrontalier ne porterait pas atteinte à l'équilibre économique du contrat de la SNCF :

« II.35 Dans l'hypothèse la plus défavorable retenue par l'Autorité, l'impact pour l'exploitant du contrat de service public peut être évalué à environ 30 k€ (25% d'une perte de recettes de 130 k€). Ce montant est négligeable par rapport au résultat du contrat tel qu'il apparaît dans la comptabilité analytique de la SNCF. »

En tout état de cause, le lancement d'un service soumis à une OSP entre la France et l'Espagne est soumis au test de l'équilibre économique des services OSP préexistants entre l'Espagne et la France qui coïncident en tout ou en partie avec son itinéraire.

3.3. L'équilibre économique dans le cadre réglementaire et la pratique espagnole

La législation espagnole, suivant la ligne prévue par la législation communautaire, envisage la possibilité d'exclure l'attribution de capacités de l'infrastructure pour réaliser des services de transport international de voyageurs par chemin de fer, à une entreprise dont l'itinéraire coïncide en tout ou en partie avec un service soumis à des obligations de service public (art. 59.7 LSF). C'est-à-dire que l'administration espagnole peut refuser la prestation d'un service ferroviaire lorsque son itinéraire coïncide avec celui d'un service soumis à une OSP.

Au cas où le nouveau service en question serait un service national, la décision en reviendra au ministère de l'Équipement d'Espagne, d'office ou à la demande du gestionnaire de

l'infrastructure ferroviaire ou de l'entreprise prestataire du service public, sur la base d'un rapport de la Commission nationale des marchés et de la concurrence.

La décision doit se fonder sur le fait que la prestation du service « compromet l'équilibre économique des conditions établies pour la prestation du service public, sa rentabilité ou répercute sensiblement sur la compensation de son financement sur fonds publics. » (art. 59.7 LSF).

Cependant, lorsque le service en question est un service international, la décision sur l'impact sur l'équilibre économique incombe à la Commission nationale des marchés et de la concurrence, comme l'exige la Directive 2012/34/UE et comme il est énoncé à l'article 59.7 LSF et à l'article 11.1.9 de la loi 3/2013, portant création de la CNMC, qui attribue à cet organisme les fonctions suivantes :

«9. Déterminer, à la requête des organes compétents ou des parties intéressées, du fait de l'attribution de capacités pour réaliser des services internationaux de transport de voyageurs par chemin de fer coïncidant en tout ou en partie, si l'équilibre économique des conditions établies pour la prestation d'un service de transport soumis à des obligations de service public est compromis. »

En conclusion, le lancement d'un service soumis à une OSP entre la France et l'Espagne est soumis au test de l'équilibre économique des services OSP préexistants entre l'Espagne et la France qui coïncident en tout ou en partie sur son itinéraire.

3.4. L'équilibre économique et la desserte Saint-Sébastien - Bayonne

L'exploitation du service suburbain Saint-Sébastien - Bayonne avec des arrêts fréquents sur son trajet coïncide sur une bonne partie de celui-ci avec des services soumis à des OSP tant d'un côté comme de l'autre de la frontière, d'où le risque de voir que le service soit exclu dans la mesure où il pourrait compromettre l'équilibre économique du service OPS préexistant. En France, la région Nouvelle-Aquitaine a un contrat avec la SNCF pour l'exploitation d'une desserte entre Hendaye et Bordeaux en passant par Bayonne et justement la ligne commence à Irun.

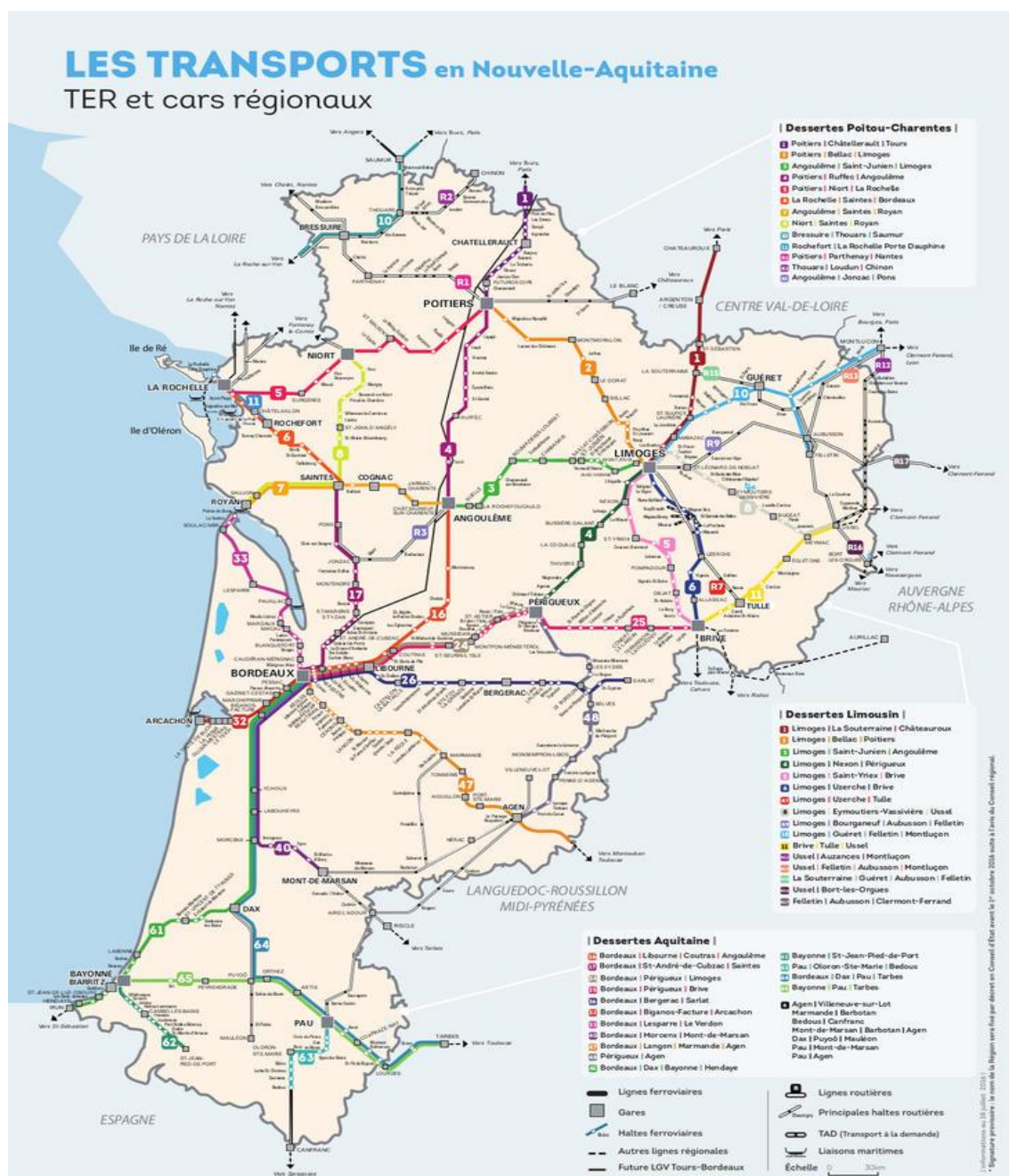


Figure 3. TER et lignes régionales de la Nouvelle-Aquitaine- Source: SNCF Réseau

Cette desserte s'inscrit dans le cadre de l'ensemble des services TER conventionnés par la région

Nouvelle-Aquitaine avec la SNCF, incluant les dessertes indiquées sur le plan ci-dessus.

L_1 Etat de l'art sur les OSP internationales et leurs liens avec d'autres
OSP préexistantes. GECT/2018

18-mai.-18

En Espagne, RENFE Operadora exploite un service OSP dont le trajet coïncide avec la desserte Saint-Sébastien - Bayonne. La ligne C-1 de Cercanías Saint-Sébastien part de la gare de Brinkola au sud jusqu'à Saint-Sébastien et de Saint-Sébastien à Irun au nord. De Saint-Sébastien à Irun il y a un total de neuf gares (y compris celles de Saint-Sébastien et d'Irun).

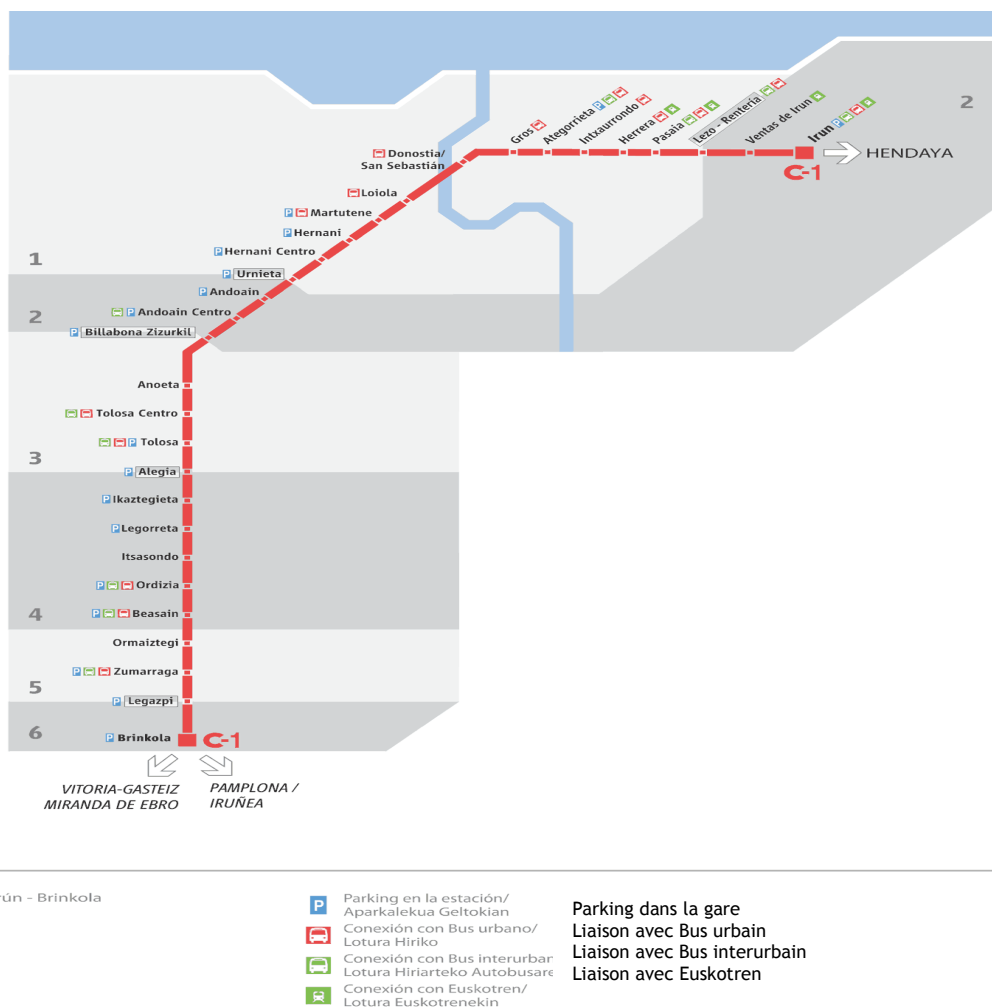


Figure 4. Ligne C-1 du noyau de San Sebastián- Source: RENFE Operadora

Cette desserte est comprise dans l'ensemble des services de banlieue soumis à des obligations de service public de la part du ministère de l'Équipement d'Espagne. Pour l'ensemble de ces

services, RENFE Operadora reçoit une compensation du ministère de l'Équipement d'un montant de 356,9 millions d'euros par an¹¹.

Il est à craindre qu'un service transfrontalier entre Saint-Sébastien et Bayonne porte atteinte à l'équilibre économique des services OSP préexistants qui coïncident partiellement sur son itinéraire, tant d'un côté comme de l'autre de la frontière.

Le précédent de l'Avis de l'ARAFER en 2013 relatif au service Thello entre Milan et Marseille indique que l'ARAFER exclut une atteinte à l'équilibre si la perte de recettes pour le contrat OSP préexistant est négligeable (0,15% des recettes globales du contrat).

Si la CNMC espagnole suit le même critère, l'atteinte à l'équilibre économique serait probablement aussi exclue du contrat de RENFE-Operadora avec le ministère de l'Équipement, étant donné qu'il s'agit d'un contrat de portée nationale, où la desserte de la ligne C-1 de Saint-Sébastien représente un très faible pourcentage des recettes globales du service.

Concrètement, la compensation pour l'OSP du noyau périurbain de Saint-Sébastien s'élève au total à 12,56 millions d'euros sur un total de 356,9 millions d'euros du contrat OSP de banlieue en 2016 (soit 3,5% du total), ou dans une perspective plus large, 2% des paiements annuels de 356,9 millions d'euros du contrat de l'État avec la RENFE pour les services OSP.

Toutefois, il est possible que la CNMC adopte une approche différente, comme l'atteinte à cette route concrète préexistante et, dans ce cas-là, l'atteinte serait beaucoup plus importante.

Quoi qu'il en soit, il est possible que le lancement du service soit bloqué en application de la réglementation européenne et nationale, qui permet aux autorités nationales de refuser l'accès à l'infrastructure ferroviaire pour des services transfrontaliers constituant une menace pour l'équilibre économique des services OSP préexistants.

¹¹ Observatorio del Ferrocarril 2016

Afin d'éviter cette opposition, il est nécessaire de coordonner le nouveau service OSP avec les services préexistants.

Dans le cadre du modèle de double contrat OSP, il y a lieu d'étendre les contrats OSP préexistants de chaque côté de la frontière afin d'y inclure la prestation d'un nouveau service OSP. Chaque contrat national inclurait la prestation du service OSP transfrontalier sur le territoire de l'État concerné.

C'est le modèle qui existe en France jusqu'à ce jour. La SNCF fournit tous les services OSP dans la région Grand Est, y compris aussi le contrat OSP pour le service transfrontalier avec le Luxembourg. Ainsi, le contrat OSP Aquitaine avec la SNCF pourrait être étendu pour inclure ce service.

En Espagne, le service transfrontalier pourrait être inclus dans le contrat de l'État avec RENFE-Operadora, en prenant compte du coût supplémentaire pour la prestation du nouveau service.

La coordination peut prendre une autre forme. Le service transfrontalier peut être séparé de l'ensemble des services préexistants et chaque Administration compétente attribue le service indépendamment des services préexistants, mais en coordination avec ceux-ci. Cette coordination peut se faire de différentes manières : 1) en intégrant dans le contrat transfrontalier les services préexistants, par exemple l'ensemble de la ligne C-1 de Saint-Sébastien ; 2) en précisant dans le contrat préexistant que l'exploitation d'un service coïncidant est prévue, que le droit d'opposition à celui-ci n'est pas envisagé et que le coût supplémentaire que la prestation du nouveau service peut représenter soit compensé.