

COUR DE CASSATION

Audience publique du **14 février 2018**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 211 FS-P+B

Pourvoi n° S 16-10.636

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'établissement public SNCF réseau, établissement public à caractère industriel et commercial, dont le siège est 92 avenue de France, 75648 Paris cedex 13, anciennement Réseau ferré de France (RFF),

contre l'arrêt n° RG : 14/17695 rendu le 17 décembre 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société VFLI, société par actions simplifiée, dont le siège est 6 rue d'Amsterdam, 75009 Paris,

2°/ à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, dont le siège est 57 boulevard Demorieux, CS 81915, 72019 Le Mans cedex 02,

défenderesses à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 16 janvier 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Laporte, M. Grass, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, MM. Sémériva, Cayrol, Mme Champalaune, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, MM. Gauthier, Guerlot, Mme de Cabarrus, conseillers référendaires, Mme Pénichon, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de l'EPIC SNCF réseau, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société VFLI, de la SCP Sevaux et Mathonnet, avocat de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, l'avis de Mme Pénichon, avocat général, à la suite duquel le président a demandé aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations complémentaires, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 décembre 2015, RG n° 14/17695), que la société VFLI, société de transport ferroviaire de marchandises, qui avait demandé à bénéficier de son droit d'accès au réseau ferré national et s'était vu attribuer par le gestionnaire du réseau, l'établissement public à caractère industriel et commercial Réseau ferré de France (RFF), plusieurs capacités d'infrastructure ou « sillons » au titre de l'horaire de service 2013, s'estimant victime par le passé de modifications ou suppressions tardives de sillons-jours qui lui avaient été attribués, a saisi, le 9 avril 2013, à l'instar de trois autres entreprises, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, devenue l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (l'Autorité), sur le fondement de l'article L. 2134-2 du code des transports, d'une demande de règlement de différend, aux fins, à titre principal, d'être exonérée du paiement de l'acompte de 20 % sur la redevance de réservation tant que RFF n'aurait pas remédié aux insuffisances propres au processus d'allocation, de suivi et de facturation des sillons-jours, en mettant en place un dispositif l'incitant au respect des sillons attribués et, à titre subsidiaire, qu'il soit enjoint à RFF de mettre en oeuvre un tel dispositif dans les délais les plus brefs ; que, par une décision n° 2013-019 du 1^{er} octobre 2013, l'Autorité a rejeté la demande principale de la société VFLI et a, notamment, à l'article 7 de sa décision, enjoint à RFF de mettre en place, au plus tard pour l'horaire de service 2015, un mécanisme financier l'incitant à proposer des sillons alternatifs en cas de suppression de sillons alloués initialement « fermes », et dit qu'elle

organiserait, à cette fin, une concertation à l'issue de laquelle elle fixerait un système de pénalités forfaitaires pour les cas de suppression de sillons sans solution alternative ; qu'à l'article 11 de sa décision, l'Autorité a dit qu'elle organiserait une concertation concernant la mise en place d'incitations à la non-surréservation de sillons et à la libération anticipée de capacités par les entreprises ferroviaires, à l'issue de laquelle elle fixerait ces incitations ; qu'après avoir mis en oeuvre ces procédures de concertation et avoir soumis à la consultation publique les dispositions qu'elle envisageait d'arrêter, l'Autorité, par une décision n° 2014-019 du 15 juillet 2014, a enjoint à RFF de mettre en oeuvre un système incitatif à la délivrance effective des sillons attribués « fermes », l'encourageant à ne pas les supprimer ni les modifier, système dont elle a défini, à l'article 1^{er}, les objectifs et caractéristiques, en précisant notamment le montant *a minima* des pénalités applicables à RFF, au profit des entreprises ferroviaires, en cas de suppression ou de modification importante de sillons-jours ; qu'à l'article 3 de sa décision, l'Autorité a enjoint à RFF de mettre en place un système incitatif à l'utilisation optimale, par les entreprises ferroviaires, des sillons attribués, dont elle a décrit les caractéristiques ; que l'établissement public à caractère industriel et commercial SNCF réseau, venant aux droits de RFF, a formé un recours en annulation contre ces décisions ;

Sur les premier et sixième moyens, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que SNCF réseau fait grief à l'arrêt du rejet de ses recours en annulation partielle des décisions n° 2013-019 du 1^{er} octobre 2013 et n° 2014-019 du 15 juillet 2014 alors, selon le moyen, *que la compétence réglementaire d'une autorité publique indépendante est déterminée par la loi et s'exerce dans le respect des principes et des contrôles prévus par le législateur ; que les dispositions réglementaires édictées par l'Autorité relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au Journal officiel ; qu'en décidant que l'Autorité était compétente, lorsqu'elle statue sur des différends, pour imposer directement aux opérateurs des mesures réglementaires concernant les modalités d'accès au réseau ferroviaire non soumise à l'homologation des pouvoirs publics, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports ;*

Mais attendu que le moyen, pris de la violation de l'article 2131-7 du code des transports, relatif au pouvoir réglementaire supplétif de l'Autorité, est inopérant pour critiquer les motifs par lesquels la cour d'appel a écarté le moyen de SNCF réseau qui soutenait que seul le

gestionnaire d'infrastructure était compétent, en application des articles 17 et 18 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié, relatif à l'utilisation du réseau ferré national, pour fixer les conditions d'accès aux infrastructures ferroviaires ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que SNCF réseau fait grief à l'arrêt du rejet de son recours en annulation partielle de la décision n° 2014-019 du 15 juillet 2014 alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'elle règle un différend, l'Autorité est tenue de respecter le principe du contradictoire ; qu'en affirmant au contraire que le principe du contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et que son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'Autorité dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013 et l'article 16, alinéa 2, du code de procédure civile ;

2°/ que le juge ou l'autorité administrative qui tranche un litige ne peut retenir dans sa décision des documents ou notes produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; qu'ainsi une décision qui tranche un différend ne peut se fonder que sur des pièces ayant fait l'objet d'un débat contradictoire préalable ; qu'en considérant qu'à défaut de justifier d'un grief, l'Autorité n'a pas porté atteinte au principe du contradictoire en ne communiquant aux parties qu'une synthèse qu'elle avait elle-même établie des réponses aux questionnaires qu'elle avait adressés et des contributions qu'elle avait reçues, quand la décision déferée vise expressément les pièces non communiquées parmi celles justifiant les mesures prononcées, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'Autorité dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013 et l'article 16, alinéa 2, du code de procédure civile ;

3°/ qu'en affirmant péremptoirement, pour exclure toute atteinte au principe du contradictoire, que ce principe doit être concilié avec le secret des affaires, sans établir que les réponses aux questionnaires et les contributions non communiquées étaient couvertes par le secret des affaires justifié par une décision de classement à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'Autorité dans sa version

consolidée au 1^{er} juillet 2013 et l'article 16, alinéa 2, du code de procédure civile ;

4^o/ que le respect du principe du contradictoire tient compte de l'urgence à examiner et à prononcer les mesures en cause ; qu'en affirmant, pour exclure toute atteinte au principe du contradictoire, que le principe du contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et que son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause, tout en constatant que l'Autorité ne conteste pas que les délais de règlement du différend n'ont pas été tenus, s'agissant de la décision du 15 juillet 2014, en raison de la concertation publique qu'elle avait engagée, ce dont il résultait que l'urgence ne justifiait pas de porter atteinte au principe du contradictoire, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'Autorité dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013 et l'article 16, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que le principe de la contradiction ne revêt pas un caractère absolu et que son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause, qu'il doit en outre être concilié avec le secret des affaires et qu'il appartient à la partie qui se plaint du défaut de communication de pièces de démontrer que cette absence de communication lui a fait grief, l'arrêt constate que l'Autorité a engagé, préalablement à sa décision du 15 juillet 2014, une procédure de concertation et de consultation publique afin d'élaborer le dispositif incitatif litigieux et relève que RFF a participé à l'ensemble des réunions de concertation aux cours desquelles l'Autorité a présenté aux parties une synthèse des réponses obtenues aux questionnaires remis aux opérateurs, qu'il a été informé, à chaque étape du processus, des résultats des phases antérieures et qu'il a pu faire valoir ses remarques et critiques ; qu'il ajoute que RFF, qui a reçu, comme toutes les parties, des synthèses des contributions établies par l'Autorité et qui a eu accès aux mêmes pièces du dossier que les opérateurs, ne démontre pas en quoi l'absence de communication de l'intégralité des réponses aux questionnaires des autres intervenants aurait porté atteinte à ses droits et souligne que le gestionnaire d'infrastructure n'a, au demeurant, jamais élevé aucune contestation durant la procédure de consultation à laquelle il a été étroitement associé ; qu'il relève encore que, durant la phase de consultation publique, un projet de la décision envisagée par l'Autorité, très proche de la décision finalement arrêtée, a été communiqué à l'ensemble des parties prenantes qui y ont répondu par des contributions publiées sur le site de l'Autorité, le 30 juin 2014, auxquelles RFF a pu répondre, lors de son audition du 7 juillet 2014 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui, contrairement à ce que postule la quatrième branche, n'a pas retenu que l'urgence justifiait une atteinte au principe de la contradiction, a,

à bon droit, retenu qu'aucune atteinte à ce principe n'était caractérisée ; que le moyen, qui manque en fait en sa dernière branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que SNCF réseau fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, *que l'Autorité devait se prononcer dans un délai de deux mois maximum à compter de la réception de l'ensemble des pièces utiles à l'instruction ; que l'Autorité doit se prononcer sur toutes les plaintes, adopter les mesures nécessaires afin de remédier à la situation et communiquer sa décision motivée aux parties concernées dans un délai prédéterminé et raisonnable et, en tout état de cause, dans les six semaines suivant la réception de toutes les informations utiles ; qu'en décidant que le délai prévu à l'article L. 2134-3 du code des transports n'est pas impératif, la cour d'appel a violé le texte susvisé interprété à la lumière de l'article 56, § 9, de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen ;*

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 2134-3 du code des transports, dans sa rédaction applicable à la cause, l'Autorité se prononce dans un délai de deux mois maximum à compter de la réception de l'ensemble des pièces utiles à l'instruction ; que SNCF réseau s'étant borné à soutenir, devant la cour d'appel, que l'Autorité avait méconnu ce délai en rendant sa décision le 15 juillet 2014, soit plus de neuf mois après l'adoption de la décision du 1^{er} octobre 2013, le moyen est nouveau en ce qu'il soutient que l'Autorité devait se prononcer dans un délai de deux mois maximum à compter de la réception de l'ensemble des pièces utiles à l'instruction ; que, mélangé de fait et de droit, il est, dès lors, irrecevable ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, cinquième, sixième, septième et huitième branches :

Attendu que SNCF réseau fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la compétence réglementaire d'une autorité indépendante est déterminée par la loi et s'exerce dans le respect des principes et des contrôles prévus par le législateur ; que les dispositions réglementaires édictées par l'Autorité relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au Journal officiel ; qu'en considérant que le pouvoir normatif dérivé soumis à

homologation ministérielle, prévu à l'article L. 2131-7 du code des transports reconnu à l'Autorité, ne rend pas inopérants l'existence et l'usage de son pouvoir de fixer, dans le cadre du règlement d'un différend et conformément à l'article L. 2134-2, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation, ce qui lui confère la possibilité d'édicter des normes réglementaires sans habilitation ministérielle, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports ;

2°/ que le pouvoir réglementaire dérivé reconnu à certaines autorités indépendantes ne peut s'exercer sans homologation qu'à la condition de demeurer restreint et d'être précisément défini par la loi ; qu'en considérant que le pouvoir réglementaire de l'Autorité pourrait s'exercer non seulement dans le cadre de l'article L. 2131-7 ancien du code des transports mais aussi sans homologation dans le cadre d'un règlement de différend selon des modalités définies à l'article L. 2134-2 du même code, la cour d'appel a violé l'article 21 de la Constitution ;

3°/ que le législateur ne peut conférer à une autorité publique un pouvoir réglementaire direct sans homologation nécessaire qu'à la condition que son champ d'application soit restreint et précisément défini ; qu'en considérant que l'Autorité pouvait adopter des mesures réglementaires sans homologation dans le cadre du règlement d'un différend puisque cette procédure est subordonnée à la plainte d'un opérateur et dans la mesure où les mesures prises sont soumises aux principes de nécessité et de proportionnalité dont il appartient aux juridictions d'apprécier le respect, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir la constitutionnalité d'un tel pouvoir réglementaire, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 21 de la Constitution ;

4°/ que nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction ; qu'ainsi une autorité indépendante ne peut pas condamner le gestionnaire du réseau ferroviaire à respecter une norme réglementaire qui ne préexistait pas à sa décision et qu'elle a elle-même édictée dans la même décision ; qu'en affirmant au contraire que l'article 56 de la directive 2012/34/CE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen mentionne sans ambiguïté « que l'organisme de contrôle peut enjoindre au gestionnaire de l'infrastructure de modifier une décision (...) conformément aux lignes directrices qu'il fixe lui-même (et) que c'est précisément ce que l'ARAFER a fait, s'agissant du présent litige, puisqu'elle a enjoint à SNCF Réseau d'adopter un système incitatif conforme aux lignes directrices qu'elle avait elle-même fixées, après une large consultation publique », la cour d'appel a méconnu le principe de légalité des délits et des peines en violation des articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 49 de la charte des droits

fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

5°/ que l'appréciation de la validité d'une décision de nature réglementaire relève à titre principal ou préjudiciel de la compétence des juridictions administratives ; qu'en décidant au contraire qu'il lui incombe de vérifier si les mesures prononcées, quelle que soit leur nature, s'avèrent nécessaires et proportionnées au règlement des litiges en cause, que ces mesures soient individuelles ou de portée générale, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790, ensemble le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ;

6°/ que toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ; que le Conseil constitutionnel a érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la république la protection de l'existence et de la compétence des juridictions administratives ; qu'en considérant qu'en lui confiant la compétence pour examiner les recours formés contre les décisions prises par l'Autorité en matière de règlement de différend, l'article L. 2134-3 du code des transports lui permettait de statuer sur toutes les mesures prononcées, quelle que soit leur nature, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le principe fondamental protégeant l'existence et la compétence des juridictions administratives ;

7°/ que toute personne autorisée à demander des capacités d'infrastructure ferroviaire ou tout gestionnaire d'infrastructure peut saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire ; qu'ainsi, la procédure de différend ne vise qu'à mettre un terme à une situation discriminatoire ou à réparer un préjudice subi ; qu'en considérant au contraire que la procédure de différend pouvait être utilisée par l'Autorité pour imposer, d'une manière générale et pour l'avenir, les modalités contractuelles devant lier nécessairement le gestionnaire de l'infrastructure à toutes les entreprises ferroviaires, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de la procédure de différend, a violé l'article L. 2134-2 du code des transports dans sa rédaction applicable en la cause ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient qu'aux termes mêmes de l'article L. 2134-2 du code des transports, dans sa rédaction applicable à la cause, dans le cadre du règlement d'un différend dont elle est saisie, l'Autorité peut non seulement préciser les conditions d'accès au réseau offertes par SNCF réseau mais également, lorsque cela est nécessaire, fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation

et les imposer au gestionnaire de réseau ; qu'il retient ensuite qu'il résulte des travaux parlementaires que le législateur a voulu que l'autorité de régulation puisse régler les problèmes de refus d'accès au réseau en toute indépendance, sans homologation ministérielle, au besoin en contraignant le gestionnaire de réseau à prendre une décision donnée et que cette analyse est conforme à l'article 56 de la directive 2012/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen, dont il résulte que l'organisme de contrôle peut enjoindre au gestionnaire de l'infrastructure de modifier une décision dans les secteurs qu'il énumère, conformément aux lignes directrices qu'il fixe lui-même ; qu'il retient encore que la circonstance que l'Autorité soit également titulaire d'un pouvoir normatif dérivé soumis à homologation ministérielle, prévu à l'article L. 2131-7 du code des transports, est sans incidence sur le pouvoir qu'elle détient dans le cadre de l'article L. 2134-2 du même code ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître l'étendue des pouvoirs de l'Autorité dans le cadre de la procédure de règlement des différends que la cour d'appel a retenu qu'elle avait pu, pour régler le différend dont elle était saisie, enjoindre à RFF d'adopter un système incitatif conforme aux lignes directrices qu'elle avait jugées nécessaires ;

Attendu, en deuxième lieu, que le moyen, en ce qu'il invoque, en ses deuxième et troisième branches, l'inconstitutionnalité de l'attribution à l'Autorité d'un pouvoir réglementaire, sans homologation, n'est pas recevable devant la Cour de cassation ;

Attendu, en troisième lieu, que, la décision, adoptée par l'Autorité dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article L. 2134-2 du code des transports, n'ayant pas prononcé de condamnation à l'encontre de SNCF réseau, le grief de la quatrième branche, pris de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, est sans portée ;

Et attendu, en dernier lieu, que, répondant au moyen de SNCF réseau qui soutenait que l'interprétation extensive des dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports dont se prévalaient l'Autorité et la société VFLI conduirait à méconnaître les exigences constitutionnelles relatives au dualisme juridictionnel en soumettant à l'appréciation de la cour d'appel un dispositif réglementaire, l'arrêt retient, à bon droit, que, le législateur ayant, par l'article L. 2134-3 du code des transports, confié à la cour d'appel de Paris la compétence pour examiner les recours formés contre les décisions prises par l'Autorité en matière de règlement de différend, il lui incombe, dans le cadre de ces recours, de vérifier si les mesures prononcées, qu'elles soient purement individuelles ou qu'elles aient une portée générale au-delà du cas particulier, notamment si elles concernent un contrat-type ou le document de référence du réseau, s'avèrent nécessaires et proportionnées au règlement des litiges en cause ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître les principes invoqués aux cinquième

et sixième branches que la cour d'appel, qui n'a pas retenu que la procédure de règlement de différend pouvait être utilisée par l'Autorité pour imposer, d'une manière générale, les modalités devant lier le gestionnaire à toutes les entreprises ferroviaires mais a seulement constaté que toute injonction faite au gestionnaire de réseau de modifier une clause de ces documents pouvait avoir, compte tenu du principe de non-discrimination, un effet à l'égard de tous ses partenaires, a statué comme elle a fait ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que SNCF réseau fait toujours le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o qu'en considérant que l'Autorité n'a pas fait usage de son pouvoir de sanction tout en admettant expressément que « l'Autorité a choisi d'instaurer des sanctions graduées en fonction de la gravité du manquement, les suppressions, considérées comme inacceptables, étant quatre fois plus pénalisées » ou encore d'infliger un système de pénalités à SNCF réseau, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 2134-2 et L. 2135-7 du code des transports pris dans leur rédaction applicable en la cause ;

2^o que les dispositions réglementaires édictées par l'Autorité relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au Journal officiel ; qu'en affirmant qu'il ne saurait être reproché à l'Autorité de ne pas avoir adopté les mesures critiquées par une autre procédure (que la procédure de différend), aucune hiérarchie ni ordre d'usage des procédures ne lui étant imposés, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports ;

3^o que le budget de SNCF réseau doit être établi après avis de l'Autorité, de manière à maîtriser les dettes et les coûts du gestionnaire de l'infrastructure, à garantir ses investissements et à assurer la survie du secteur ferroviaire ; qu'en affirmant, pour justifier les fortes pénalités encourues par le gestionnaire de l'infrastructure et l'absence d'égalité de celles appliquées à SNCF réseau et aux entreprises ferroviaires, « qu'ainsi que le souligne l'ARAFER dans ses observations (...) la viabilité commerciale et financière des entreprises ferroviaires peut être atteinte en cas de modifications importantes et récurrentes de sillons par SNCF

réseau », tandis que celui-ci « bénéficie de la garantie illimitée de l'État en tant que démembrements de l'EPIC d'État SNCF » quand il appartient au contraire à l'Autorité de veiller aussi à la pérennité financière du gestionnaire de l'infrastructure, la cour d'appel, qui a méconnu le principe de proportionnalité de la sanction, a violé l'article L. 2134-2 ancien du code des transports, ensemble les articles L. 2111-10, L. 2111-10-1, L. 2122-4 et L. 2133-5-1 du même code ;

Mais attendu, d'une part, que c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations que la cour d'appel a retenu qu'en prévoyant un système de pénalisation automatique dans le cadre d'une décision de règlement de différend, l'Autorité n'a pas fait usage de son pouvoir de sanction prévu par l'article L. 2135-7 du code des transports, mais a fixé les modalités d'accès au réseau, dans le cadre de ses pouvoirs de règlement des différends, en enjoignant à SNCF réseau de créer un système incitatif à la mise à disposition effective des sillons, aux conditions définies par elle ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant fait ressortir, par les motifs vainement critiqués par le quatrième moyen, que la décision de l'Autorité s'inscrivait dans le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus, par l'article L. 2134-2 du code des transports, en matière de règlement de différends, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir adopté ces mesures en recourant au pouvoir réglementaire qu'elle tient de l'article L. 2131-7 du même code ;

Et attendu, enfin, que l'Autorité n'ayant pas fait usage de son pouvoir de sanction, le moyen pris de la méconnaissance du principe de proportionnalité de la sanction est inopérant ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa dernière branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le quatrième moyen, pris en sa quatrième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne l'EPIC SNCF réseau aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à payer la somme de 3 000 euros à la société VFLI et rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze février deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour l'EPIC SNCF réseau, anciennement dénommée Réseau ferré de France (RFF)

PREMIER MOYEN DE CASSATION (compétence de l'ARAFER)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2014-019 de l'ARAFER en date du 15 juillet 2014 ;

AUX MOTIFS QUE sur la méconnaissance des compétences du gestionnaire d'infrastructure pour fixer les conditions d'accès aux infrastructures ferroviaires, SNCF Réseau expose que l'ARAFER aurait empiété sur sa compétence réglementaire. Il souligne qu'en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, il était seul compétent pour fixer les conditions d'accès aux lignes du réseau ferré national et les conditions de leur utilisation, selon les articles 17 et 18 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, au contraire de l'organisme de contrôle, qui ne disposerait d'aucune compétence pour fixer directement les conditions d'accès financières aux infrastructures ferroviaires ; que l'ARAFER et la société VFLI soutiennent que l'Autorité était saisie d'un différend par lequel la société VFLI demandait la mise en place d'un dispositif d'incitation à la fourniture des sillons fermement attribués, dont le règlement exigeait, devant l'inertie de SNCF Réseau, qu'elle fixât elle-même les modalités d'accès ou les conditions d'utilisation du réseau ; que selon l'article L. 2134-2 du code des transports : « Tout candidat, tout gestionnaire d'infrastructure ou tout exploitant d'installation de service peut saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire, et en particulier : 1° Au contenu du document de référence du réseau ; 2° A la procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires et aux décisions afférentes ; 3° Aux conditions particulières qui lui sont faites ; 4° A l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en oeuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau en application du système de tarification ferroviaire ; 5° A la surveillance exercée en matière de sécurité ferroviaire ; 6° A l'exercice du droit d'accès aux installations de service, y compris la fourniture et la mise en oeuvre de la tarification des services de base fournis dans ces installations et des prestations complémentaires ou connexes ; 7° A l'exécution des accords-cadres mentionnés aux articles L. 2122-6 et L. 2122-7 ainsi que des contrats d'utilisation de l'infrastructure ; 8° A la création de services intérieurs de transport de voyageurs effectués lors d'un service international de transport de voyageurs. La décision de l'Autorité de

régulation des activités ferroviaires, qui peut être assortie d'astreintes, précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde. Lorsque c'est nécessaire pour le règlement du différend, elle fixe, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation et prend les mesures appropriées pour corriger toute discrimination ou toute distorsion de concurrence eu égard notamment aux 1° à 8° du présent article. Sa décision est notifiée aux parties et publiée au Journal officiel, sous réserve des secrets protégés par la loi. En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès au réseau ou à son utilisation, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner, le cas échéant sous astreinte, les mesures conservatoires nécessaires. Ces mesures peuvent comporter la suspension des pratiques portant atteinte aux règles régissant l'accès au réseau concerné ou à son utilisation » : qu'il résulte des pièces du dossier que la société VFLI a saisi l'Autorité de Régulation Ferroviaire (ARAFER) le 16 avril 2013 d'une demande de règlement de différend, fondée sur les dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports. Cette entreprise demandait à être dispensée du paiement de l'acompte de réservation des sillons de 20 %, tant que, notamment, RFF n'aurait pas mis en place un dispositif incitatif au respect des sillons attribués. Elle demandait aussi, à titre subsidiaire, qu'il soit enjoint à l'établissement public de mettre en oeuvre ce dispositif dans les délais les plus brefs possibles ; qu'il n'est pas contestable que la société VFLI, s'estimant victime d'annulations indues et inopinées, par RFF, de sillons réservés, et donc d'un « préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire » a saisi légitimement l'ARAFER de demandes relatives à « la procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires », « à l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en oeuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau », sujets en partie traités dans le « contenu du document de référence du réseau » ; que ces demandes, relatives à l'accès au réseau, relèvent du coeur de la compétence de l'ARAFER, dans le cadre de ses pouvoirs de règlement des différends ; que le pouvoir octroyé à RFF, en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, pour fixer les conditions d'accès aux lignes du réseau ferré national et les conditions de leur utilisation, pour élaborer le DRR, pour instruire les demandes de sillons, et pour conclure des contrats d'accès au réseau avec les entreprises ferroviaires, ne saurait exclure la compétence de l'ARAFER pour trancher des différends, et ordonner toute mesure y afférente, à peine de la vider de toute portée ; que l'ARAFER a souligné, à juste titre, et aux termes d'une motivation que la cour approuve, dans sa décision n° 2013-019 du 1^{er} octobre 2013, qu'elle était compétente pour traiter du litige en cause, car, dans chacun de ces litiges : « Le différend porte sur les procédures de traitement des demandes de capacités d'infrastructure et les modalités de facturation et de remboursement de la redevance de réservation. Il porte donc sur des prestations d'accès au réseau ferroviaire, au sens de l'article L. 2134-2 du code des transports. Il

a été introduit par une personne autorisée à demander des capacités d'infrastructure ferroviaire, la société VFLI, qui est une entreprise ferroviaire. La société VFLI s'estime victime d'un préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire, à savoir notamment celui qui résulte des défaillances du système d'allocation des sillons de RFF et des besoins de trésorerie liés au versement d'acomptes et aux délais de traitement des dossiers par RFF. Par ailleurs, les échanges produits par la requérante montrent qu'elle a discuté à de nombreuses reprises du différend porté devant l'Autorité » ; qu'il y a donc lieu de rejeter l'exception d'incompétence soulevée par SNCF Réseau ;

ALORS QUE la compétence réglementaire d'une autorité publique indépendante est déterminée par la loi et s'exerce dans le respect des principes et des contrôles prévus par le législateur ; que les dispositions réglementaires édictées par l'ARAFER relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au journal officiel ; qu'en décidant que l'ARAFER était compétente, lorsqu'elle statue sur des différends, pour imposer directement aux opérateurs des mesures réglementaires concernant les modalités d'accès au réseau ferroviaire non soumise à l'homologation des pouvoirs publics, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (principe du contradictoire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2014-019 de l'ARAFER en date du 15 juillet 2014 ;

AUX MOTIFS QUE sur le respect du principe du contradictoire, selon SNCF Réseau, les mesures adoptées par l'ARAFER, dans le cadre de la décision du 15 juillet 2014, auraient dû faire l'objet d'un débat contradictoire, expressément rappelé à l'article 14 du règlement intérieur de l'Autorité. Or, SNCF Réseau n'aurait bénéficié que d'un délai de sept jours pour répondre aux contributions adressées par les autres acteurs, ce qui serait insuffisant pour garantir le respect du contradictoire. Par ailleurs, les contributions, apportées de février à mai 2014 aux consultations de l'Autorité, n'auraient pas été intégralement soumises au débat contradictoire, l'Autorité s'étant contentée d'élaborer des synthèses à partir de ces contributions (réponses aux questionnaires retournés à l'ARAFER, procès-verbaux des entretiens bilatéraux). Cette méconnaissance aurait préjudicié à SNCF Réseau et devrait, selon le gestionnaire de réseau, entraîner l'annulation de la décision du 15 juillet 2014 ; que l'ARAFER et la société VFLI soutiennent que le

principe du contradictoire doit s'apprécier souplement, au regard des impératifs d'efficacité pesant sur l'ARAFER pour le règlement permet la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les autorités administratives indépendantes ; que les défendeurs au recours soutiennent que la violation du principe du contradictoire s'apprécie au cas par cas, au regard de l'atteinte concrète à l'intérêt des parties. Elles soulignent, qu'en l'espèce, l'Autorité a concilié les obligations du contradictoire avec le secret des affaires, que SNCF Réseau a pu, à tout moment des deux phases de la procédure, présenter des observations sur la base des questionnaires échangés, des résultats de la concertation présentés lors des réunions et des orientations retenues par l'Autorité, largement diffusées et qu'il serait mal fondé à se plaindre du non-respect du contradictoire, alors que, contrairement à VFLI, il était capable, par l'exploitation de ses propres données, de consolider les informations fournies à l'ARAFER par l'ensemble des participants ; que le principe du contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause ; que par ailleurs, il doit être concilié avec le secret des affaires ; qu'il appartient à la partie qui se plaint du défaut de communication de pièces, de démontrer que cette absence de communication lui a fait grief, c'est-à-dire était de nature à avoir une incidence sur l'issue du litige ; qu'en l'espèce, à la suite de la décision du 1^{er} octobre 2013, l'ARAFER a engagé une procédure de concertation, puis une procédure de consultation publique, afin d'élaborer, en lien avec les acteurs du marché, le dispositif incitatif litigieux, puis, enfin, a adopté la décision du 15 juillet 2014 ; que RFF a participé à l'ensemble des réunions de concertation organisées par l'Autorité, les 13 février, 20 mars et 7 mai 2014 ; que dans le cadre de ces réunions, l'Autorité a partagé avec les parties prenantes les résultats des réponses aux questionnaires qu'elle leur avait préalablement adressés ; que c'est ainsi que, lors de la réunion de concertation du 20 mars 2014, l'ARAFER a présenté une synthèse des résultats des questionnaires envoyés le 18 février 2014 et que lors de la réunion de concertation du 7 mai 2014, elle a présenté une synthèse des résultats des questionnaires du 2 avril 2014 ; qu'à chaque étape de la concertation, les parties prenantes, et notamment RFF, étaient informées des résultats des phases antérieures ; que dans ce cadre, RFF a pu faire valoir ses remarques et critiques sur la position de l'Autorité et, en particulier dans le cadre de sa réponse au questionnaire adressé le 2 avril 2014. SNCF Réseau a adressé une présentation intitulée « dispositif envisagé en matière d'incitation sur les modifications et suppression de sillons – possibilités de mise en oeuvre identifiées par ses soins et communiquée lors de la dernière réunion de concertation, du 7 mai 2014 ; que SNCF Réseau prétend, sans en apporter le moindre début de preuve, que l'absence de communication des réponses aux questionnaires des autres intervenants lui aurait fait grief ; qu'ayant reçu, comme toutes les parties, les synthèses des contributions établies par l'Autorité et ayant eu accès aux mêmes pièces du dossier que

les autres opérateurs, SNCF Réseau ne démontre pas en quoi l'absence de communication de l'intégralité des documents réunis aurait porté concrètement atteinte à ses droits ; qu'il ne démontre pas davantage avoir été victime de déloyauté dans le déroulement de la procédure ; qu'enfin, SNCF Réseau n'a jamais élevé aucune contestation durant la procédure de consultation, à laquelle il était étroitement associé ; que durant la phase de consultation publique, qui s'est déroulée du 4 au 25 juin 2014, l'ARAFER a communiqué à l'ensemble des participants un document présentant la décision envisagée par elle ; que ce document comportait le projet de décision et a été adressé à une quinzaine d'entreprises ferroviaires, ainsi qu'à RFF et SNCF, en sa qualité de transporteur ; que tous les opérateurs, y compris RFF, ont répondu par des contributions qui ont été publiées sur le site Internet de l'ARAFER ; que par ailleurs, les représentants de RFF et de la société VFLI ont été entendus par le collège le 7 juillet 2014 ; qu'enfin, qu'il s'agisse de la procédure précédant la réunion du collège, ou de celle devant celui-ci, SNCF Réseau ne démontre pas que l'article 22 du règlement de l'ARAFER aurait été méconnu ; qu'il résulte en effet de cette disposition, qui régit les « échanges entre les parties » dans les procédures de règlement des différends que : « Les parties transmettent leurs observations et pièces à l'attention du greffe de l'Autorité dans les conditions prévues à l'article 14. Les observations en défense sont enregistrées dès leur réception par le greffe de l'Autorité et marquées d'un timbre indiquant cette date. Elles sont communiquées par le greffe à l'autre ou aux autres parties par envoi recommandé avec avis de réception ou par tout autre moyen permettant d'attester de leur date de réception. Le courrier d'envoi indique la date avant laquelle les parties doivent transmettre à l'Autorité leurs observations. Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués dans les mêmes conditions s'ils contiennent des éléments nouveaux » ; qu'avant la séance du 15 juillet 2014, lors de son audition du 7 juillet, RFF a pu répondre aux observations formulées par les entreprises ferroviaires, publiées sur le site de l'ARAFER, à la fin de la consultation publique engagée par celle-ci. SNCF Réseau ne saurait prétendre que le délai de réponse de sept jours qui lui était alloué (du 30 juin au 7 juillet) était insuffisant pour réagir aux 38 pages de contributions des parties prenantes à la consultation publique. En outre, l'Autorité elle-même a dévoilé assez tôt, dès le début du mois de juin 2014, la solution qu'elle envisageait et qui s'est avérée assez proche de la solution finalement retenue dans la décision de 2014 ; qu'enfin, il ne peut être reproché à l'Autorité de ne pas avoir usé, dans sa décision du 1^{er} octobre 2013, de l'article 19 de son règlement intérieur, prévoyant la réouverture de l'instruction « en cas d'existence d'une cause suffisamment sérieuse pour nécessiter la révocation de la clôture de l'instruction ». En effet, cette mesure, qui ne constitue qu'une simple faculté pour le collège, n'a été sollicitée par aucune partie. Par ailleurs, la décision de 2013 constitue une décision mixte, tranchant une partie du différend, et renvoyant deux points à une procédure de concertation et de consultation publique, avant qu'il soit statué au fond ; que même si ce type de procédure n'est pas formellement

prévu par le règlement intérieur de l'Autorité, SNCF Réseau ne démontre pas en quoi elle lui aurait causé des griefs, indépendamment du détournement de pouvoir qu'elle allègue et qui sera examiné plus loin ; qu'il y a donc lieu de rejeter ce moyen de nullité de la décision de l'ARAFER ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) l'ARAFER ne conteste pas que ces délais (d'instruction) n'ont pu être tenus, s'agissant de la décision du 15 juillet 2014 (...);

1°) ALORS QUE lorsqu'elle règle un différend, l'ARAFER est tenue de respecter le principe du contradictoire ; qu'en affirmant au contraire que le principe du contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et que son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'ARAFER dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013, et l'article 16 alinéa 2 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le juge ou l'autorité administrative qui tranche un litige ne peut retenir dans sa décision des documents ou notes produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; qu'ainsi une décision qui tranche un différend ne peut se fonder que sur des pièces ayant fait l'objet d'un débat contradictoire préalable ; qu'en considérant qu'à défaut de justifier d'un grief, l'ARAFER n'a pas porté atteinte au principe du contradictoire en ne communiquant aux parties qu'une synthèse qu'elle avait elle-même établie des réponses aux questionnaires qu'elle avait adressés et des contributions qu'elle avait reçues, quand la décision déférée vise expressément les pièces non communiquées parmi celles justifiant les mesures prononcées, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'ARAFER dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013, et l'article 16 alinéa 2 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QU'en affirmant péremptoirement, pour exclure toute atteinte au principe du contradictoire, que ce principe doit être concilié avec le secret des affaires, sans établir que les réponses aux questionnaires et les contributions non communiquées étaient couvertes par le secret des affaires justifié par une décision de classement à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'ARAFER dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013, et l'article 16 alinéa 2 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le respect du principe du contradictoire tient compte de l'urgence à examiner et à prononcer les mesures en cause ; qu'en affirmant pour exclure toute atteinte au principe du contradictoire que le principe du contradictoire ne revêt pas un caractère absolu et que son étendue varie en fonction des spécificités des procédures en cause, tout en constatant que l'ARAFER ne conteste pas que les délais de règlement du différend n'ont pas été tenus s'agissant de la décision du 15 juillet 2014 en raison de la concertation publique qu'elle avait engagée, ce dont il résultait que l'urgence ne justifiait pas de porter atteinte au principe du contradictoire, la cour d'appel a violé l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2134-2 du code des transports, les articles 14 à 16 du règlement intérieur de l'ARAFER dans sa version consolidée au 1^{er} juillet 2013, et l'article 16 alinéa 2 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (délai de la procédure de règlement du différend)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2014-019 de l'ARAFER en date du 15 juillet 2014,

AUX MOTIFS QUE sur les délais de règlement des différends, SNCF Réseau soutient que l'ARAFER, en rendant sa décision le 15 juillet 2014, soit plus de neuf mois après l'adoption de la décision du 1^{er} octobre 2013, sans que l'instruction n'ait été formellement rouverte, a méconnu le délai de règlement de différend, prévu à l'article L. 2134-3 du code des transports, à savoir de deux mois maximum. Elle ajoute que cette « dérive temporelle » risquerait encore de s'accroître, si l'Autorité décidait d'adapter les mesures envisagées, ainsi que l'y habilite les articles 2 et 4 ; que selon l'ARAFER et la société VFLI, le non-respect du délai de deux mois pour les règlements de différends, non prescrit à peine de nullité, ne saurait entraîner par lui-même la nullité des décisions, sauf s'il affectait irrémédiablement les droits de la défense ; qu'il résulte de l'article L. 2134-3 du code des transports, dans sa version applicable au moment des faits, que : « L'Autorité de régulation des activités ferroviaires se prononce dans un délai de deux mois maximum à compter de la réception de l'ensemble des pièces utiles à l'instruction » ; que l'ARAFER ne conteste pas que ces délais n'ont pu être tenus, s'agissant de la décision du 15 juillet 2014 ; que cependant, le délai fixé par un texte pour prendre une décision administrative n'est tenu pour contraignant que dans deux cas : lorsqu'il résulte expressément du texte, législatif ou réglementaire, que son auteur a entendu fixer une date impérative à l'administration pour agir, sous peine de nullité ; lorsque, en l'absence même de disposition impérative, l'existence du délai constitue une garantie pour les administrés ; qu'en l'espèce, il est clair que

l'article L. 2134-3 du code des transports n'a pas imposé à l'ARAFER un délai prescrit à peine de nullité de sa décision, ni à peine de dessaisissement de cette autorité ; qu'il n'apparaît pas non plus que le délai prévu par ce texte constitue en soi une garantie pour les administrés ; que dans ces conditions, le dépassement du délai fixé par l'article L. 2134-3 du code des transports ne constitue pas en soi un motif d'annulation de la décision attaquée ; que pour que le dépassement du délai entraîne l'annulation de la décision en cause, il appartient à SNCF Réseau de rapporter la preuve que le dépassement du délai aurait violé irrémédiablement ses droits de la défense, ce qu'il échoue à démontrer ; que de surcroît, il a été vu plus haut que la concertation et la consultation publique engagées par l'ARAFER n'ont eu pour objectif que la meilleure adaptation du dispositif incitatif futur aux besoins des opérateurs saisissants et du marché et se sont déroulées dans le respect du contradictoire ; qu'il y a donc lieu de rejeter ce moyen de nullité externe ;

ALORS QUE l'Autorité de régulation des activités ferroviaires devait se prononcer dans un délai de deux mois maximum à compter de la réception de l'ensemble des pièces utiles à l'instruction ; que l'Autorité doit se prononcer sur toutes les plaintes, adopter les mesures nécessaires afin de remédier à la situation et communiquer sa décision motivée aux parties concernées dans un délai prédéterminé et raisonnable et, en tout état de cause, dans les six semaines suivant la réception de toutes les informations utiles ; qu'en décidant que le délai prévu à l'article L. 2134-3 du code des transports n'est pas impératif, la cour d'appel a violé le texte susvisé interprété à la lumière de l'article 56 §9 de la directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (pouvoir réglementaire dérivé et homologation)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2014-019 de l'ARAFER en date du 15 juillet 2014 ;

AUX MOTIFS QUE sur la légalité interne de la décision SNCF Réseau prétend que l'ARAFER aurait méconnu les dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports en adoptant, par la voie du règlement de différend, des mesures d'ordre réglementaire, ayant la nature de sanctions et, enfin, disproportionnées ; que sur le grief tiré de l'adoption, par l'ARAFER, de mesures de nature réglementaire, SNCF Réseau prétend que l'ARAFER ne pourrait prononcer, au titre de la procédure de règlement de différend, que des mesures limitées à la précision des conditions techniques et financières posées par les textes en vigueur. Aucune disposition du code des transports n'autoriserait l'ARAFER à enjoindre au gestionnaire de l'infrastructure, dans

le cadre d'un règlement de différend, de réaliser une modification de la réglementation sectorielle applicable, en lui dictant les termes de cette modification. SNCF Réseau soutient que l'ARAFER ne peut user de son pouvoir réglementaire supplétif qu'en dehors de tout contentieux et dans le respect des conditions posées par l'article L. 2131-7 du code des transports. Aucune règle communautaire n'imposerait que les régulateurs nationaux disposent de compétences d'ordre réglementaire, de nature à empiéter sur celles du gestionnaire d'infrastructure. SNCF Réseau ajoute que si tel était le cas, les exigences communautaires devraient être écartées en tant qu'elles méconnaîtraient les exigences constitutionnelles encadrant la dévolution d'un pouvoir réglementaire dérivé à certains régulateurs ; que l'ARAFER répond qu'elle dispose du pouvoir de fixer les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation dans le cadre du règlement de différend ; que VFLI soutient que les décisions attaquées s'inscrivent bien dans le strict cadre des pouvoirs reconnus à l'ARAFER par l'article L. 2134-2 du code des transports en matière de règlement de différends et se fondent sur la rédaction elle-même de l'article L. 2134-2 du code des transports, ainsi que sur les débats parlementaires relatifs à cet article ; que l'article L. 2134-2 du code des transports prévoit que : « La décision de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, qui peut être assortie d'astreintes, précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde. Lorsque c'est nécessaire pour le règlement du différend, l'ARAFER fixe, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation et prend les mesures appropriées pour corriger toute discrimination ou toute distorsion de concurrence eu égard notamment aux 1° à 8° du présent article » ; qu'il faut déduire d'une lecture littérale du texte que l'ARAFER, pour le règlement du différend dont elle est saisie, peut, non seulement préciser les conditions d'accès au réseau offertes par SNCF Réseau, en corrigeant par exemple une mauvaise interprétation des textes en vigueur, mais aussi fixer les modalités d'accès et conditions d'utilisation, en imposant au gestionnaire de réseau ces conditions d'accès, dès lors qu'elles sont nécessaires pour le règlement des différends ; que ces deux pouvoirs, « préciser ou fixer » les conditions, sont prévus comme étant distincts ; que l'article L. 134-20 du code de l'énergie, qui régit la procédure de règlement des différends du CORDIS, et dont l'article précité s'inspire, les distingue nettement, en consacrant à chacun d'eux un alinéa différent : « La décision du comité, qui peut être assortie d'astreintes, est motivée et précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés. Lorsque cela est nécessaire pour le règlement du différend, le comité peut fixer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou les conditions de leur utilisation » ; que les travaux parlementaires, cités par la société VFLI, auxquels a donné lieu l'adoption de l'article L. 2134-2 du code

des transports, soulignent l'importance et l'originalité de ce pouvoir conféré à l'ARAFER : « Le deuxième paragraphe du présent article donne corps à la marge d'appréciation de l'ARAFER pour arrêter sa décision. Celle-ci peut régler le litige par tout moyen, dans le délai qu'elle fixe. En outre, elle est habilitée à substituer, et non exclusivement à annuler, sa décision à celle de l'auteur de l'acte en cause. Elle peut ainsi imposer l'adoption de nouvelles conditions financières, mesure assortie le cas échéant d'astreintes financières » (Rapport n° 1788 de M. Yannick Paternotte, au nom de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale) ; que la cour relève en outre que cette compétence n'est expressément dévolue qu'au CORDIS et à l'ARAFER ; que cette interprétation, confortée par la lettre elle-même du texte, et par les débats parlementaires, est, de plus, conforme à la directive communautaire, à la lumière de laquelle les textes nationaux doivent être lus et interprétés ; que l'article 56 de la directive n° 2012/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen prévoit l'obligation pour les États membres d'instaurer un organisme de contrôle indépendant qui peut être saisi par toute entreprise ferroviaire s'estimant victime d'un préjudice, en ce qui concerne le document de référence du réseau et ses critères, la procédure de répartition et ses résultats, le système de tarification, le niveau ou la structure des redevances d'utilisation de l'infrastructure, les dispositions en matière d'accès et enfin l'accès aux services et leur tarification. Le paragraphe 3 du point 9 de cet article dispose que : « Au cas où un recours est introduit contre un refus d'octroyer des capacités de l'infrastructure ou contre les modalités d'une proposition de capacités, l'organisme de contrôle soit confirme qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision prise par le gestionnaire de l'infrastructure, soit exige la modification de la décision incriminée conformément aux lignes directrices fixées par l'organisme de contrôle » ; qu'il est mentionné sans ambiguïté dans ce paragraphe que l'organisme de contrôle peut enjoindre au gestionnaire de l'infrastructure de modifier une décision dans les secteurs énumérés plus haut par l'article 56 de la directive, conformément aux lignes directrices qu'il fixe lui-même ; que c'est précisément ce que l'ARAFER a fait, s'agissant du présent litige, puisqu'elle a enjoint à SNCF Réseau d'adopter un système incitatif conforme aux lignes directrices qu'elle avait elle-même fixées, après une large consultation publique ; que SNCF Réseau prétend qu'à supposer ce pouvoir normatif dévolu à l'ARAFER dans le cas particulier du règlement des litiges, ce pouvoir serait inconstitutionnel. Il rappelle à ce sujet la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en vertu de laquelle l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ; que s'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel de statuer sur la constitutionnalité de dispositions légales, la cour relève néanmoins que la faculté pour l'ARAFER de fixer, dans le cadre

d'un règlement de différend, des modalités ou des conditions d'accès au réseau, n'apparaît pas contraire à la jurisprudence ainsi rappelée. En effet, le pouvoir dévolu à l'ARAFER pour le règlement des litiges est circonscrit par les dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports ; qu'il est subordonné au règlement des litiges et donc à une plainte d'un opérateur ; que par ailleurs, la décision que peut prendre l'ARAFER est limitée dans son objet, puisqu'elle n'est relative qu'aux « modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation » et porte sur les secteurs énumérés aux 1° à 8° de l'article, à savoir sur le « contenu du document de référence du réseau », la « procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires et aux décisions afférentes », les « conditions particulières qui lui sont faites » et à « l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en oeuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau en application du système de tarification ferroviaire » ; qu'enfin, les mesures prises par l'ARAFER sont soumises aux principes de nécessité et de proportionnalité dont il appartient aux juridictions d'apprécier le respect, ainsi qu'il sera vu infra ; que la circonstance que l'ARAFER soit également titulaire d'un pouvoir normatif dérivé soumis à homologation ministérielle, prévu à l'article L. 2131-7 du code des transports, ne rend pas inopérants l'existence et l'usage de son pouvoir de fixer, dans le cadre du règlement d'un différend et conformément à l'article L. 2134-2, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation ; que les travaux parlementaires précités montrent en effet que le législateur a voulu que l'autorité de régulation puisse régler les problèmes de refus d'accès au réseau en toute indépendance, sans homologation ministérielle, au besoin en contraignant le gestionnaire de réseau à prendre une décision donnée ; que l'effectivité de l'accès au réseau serait compromise si l'ARAFER ne disposait d'aucun pouvoir contraignant sur le gestionnaire de réseau ; que SNCF Réseau soutient que l'interprétation extensive des dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports dont se prévalent l'ARAFER et la société VFLI conduirait à méconnaître les exigences constitutionnelles relatives au dualisme juridictionnel en soumettant à l'appréciation de la cour d'appel de Paris un dispositif réglementaire ; que cependant, le législateur ayant, par l'article L. 2134-3 du code des transports, confié à la cour d'appel de Paris la compétence pour examiner les recours formés contre les décisions prises par l'ARAFER en matière de règlement de différend, il lui incombe de vérifier si les mesures prononcées, quelle que soit leur nature, s'avèrent nécessaires et proportionnées au règlement des litiges en cause. Ainsi, les mesures prononcées peuvent être purement individuelles, mais peuvent également avoir une portée générale, au-delà du cas particulier, notamment si elles concernent un contrat-type ou le DRR. Toute injonction faite au gestionnaire de réseau de modifier une clause de ces documents a nécessairement un effet erga omnes à l'égard de tous ses partenaires. Et il ne peut en être autrement, compte tenu du principe de non-discrimination qui exige, à peine de violer gravement le droit de la concurrence, que toutes les entreprises

ferroviaires placées dans la même situation soient traitées par le gestionnaire de réseau de la même façon ;

1°) ALORS QUE la compétence réglementaire d'une autorité indépendante est déterminée par la loi et s'exerce dans le respect des principes et des contrôles prévus par le législateur ; que les dispositions réglementaires édictées par l'ARAFER relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au journal officiel ; qu'en considérant que le pouvoir normatif dérivé soumis à homologation ministérielle, prévu à l'article L. 2131-7 du code des transports reconnu à l'ARAFER, ne rend pas inopérants l'existence et l'usage de son pouvoir de fixer, dans le cadre du règlement d'un différend et conformément à l'article L. 2134-2, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation, ce qui lui confère la possibilité d'édicter des normes réglementaires sans habilitation ministérielle, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports ;

2°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE le pouvoir réglementaire dérivé reconnu à certaines autorités indépendantes ne peut s'exercer sans homologation qu'à la condition de demeurer restreint et d'être précisément défini par la loi ; qu'en considérant que le pouvoir réglementaire de l'ARAFER qui pourrait s'exercer non seulement dans le cadre de l'article L. 2131-7 ancien du code des transports mais aussi sans homologation dans le cadre d'un règlement de différend selon des modalités définies à l'article L. 2134-2 du même code, la cour d'appel a violé l'article 21 de la Constitution ;

3°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE le législateur ne peut conférer à une autorité publique un pouvoir réglementaire direct sans homologation nécessaire qu'à la condition que son champ d'application soit restreint et précisément défini ; qu'en considérant que l'ARAFER pouvait adopter des mesures réglementaires sans homologation dans le cadre du règlement d'un différend puisque cette procédure est subordonnée à la plainte d'un opérateur et dans la mesure où les mesures prises sont soumises aux principes de nécessité et de proportionnalité dont il appartient aux juridictions d'apprécier le respect, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir la constitutionnalité d'un tel pouvoir réglementaire, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 21 de la Constitution ;

4°) ALORS QUE l'article 56 de la directive n° 2012/34/CE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen prévoit que « au cas où un recours est introduit contre un refus d'octroyer des capacités de l'infrastructure ou contre les modalités d'une proposition de capacités,

l'organisme de contrôle soit confirme qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision prise par le gestionnaire de l'infrastructure, soit exige la modification de la décision incriminée conformément aux lignes directrices fixées par l'organisme de contrôle » ; qu'il n'est pas contesté que le différend porte sur l'instauration d'un système de pénalités différencié après que les sillons aient été attribués; que dès lors, en se fondant expressément sur ce texte bien que le présent litige ne porte, ni sur un refus de SNCF Réseau d'octroyer des capacités de l'infrastructure, ni sur les modalités d'une proposition de capacités, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

5°) ALORS SUBSIDIAIREMENT QUE nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction ; qu'ainsi une autorité indépendante ne peut pas condamner le gestionnaire du réseau ferroviaire à respecter une norme réglementaire qui ne préexistait pas à sa décision et qu'elle a elle-même édictée dans la même décision ; qu'en affirmant au contraire que l'article 56 de la directive n° 2012/34/CE du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen mentionne sans ambiguïté « que l'organisme de contrôle peut enjoindre au gestionnaire de l'infrastructure de modifier une décision (...) conformément aux lignes directrices qu'il fixe lui-même (et) que c'est précisément ce que l'ARAFER a fait, s'agissant du présent litige, puisqu'elle a enjoint à SNCF Réseau d'adopter un système incitatif conforme aux lignes directrices qu'elle avait elle-même fixées, après une large consultation publique », la cour d'appel a méconnu le principe de légalité des délits et des peines en violation des articles 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que des articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

6°) ALORS QUE l'appréciation de la validité d'une décision de nature réglementaire relève à titre principal ou préjudiciel de la compétence des juridictions administratives ; qu'en décidant au contraire qu'il lui incombe de vérifier si les mesures prononcées, quelle que soit leur nature s'avèrent nécessaires et proportionnées au règlement des litiges en cause, que ces mesures soient individuelles ou de portée générale, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790, ensemble le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ;

7°) ALORS QUE toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ; que le Conseil constitutionnel a érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la république la protection de l'existence et de la compétence des juridictions administratives ; qu'en considérant qu'en lui confiant la compétence pour examiner les recours formés contre les décisions prises par l'ARAFER en matière de règlement de différend, l'article L. 2134-3 du

code des transports lui permettait de statuer sur toutes les mesures prononcées, quelle que soit leur nature, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le principe fondamental protégeant l'existence et de la compétence des juridictions administratives ;

8°) ALORS ENFIN ET EN TOUTE HYPOTHESE QUE toute personne autorisée à demander des capacités d'infrastructure ferroviaire ou tout gestionnaire d'infrastructure peut saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire ; qu'ainsi la procédure de différend ne vise qu'à mettre un terme à une situation discriminatoire ou à réparer un préjudice subi ; qu'en considérant au contraire que la procédure de différend pouvait être utilisée par l'ARAFER pour imposer, d'une manière générale et pour l'avenir, les modalités contractuelles devant lier nécessairement le gestionnaire de l'infrastructure à toutes les entreprises ferroviaires, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de la procédure de différend, a violé l'article L. 2134-2 du code des transports dans sa rédaction applicable en la cause.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (pouvoir de sanction et proportionnalité)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2014-019 de l'ARAFER en date du 15 juillet 2014 ;

AUX MOTIFS QUE sur le grief tiré de l'usage indu, par l'ARAFER, de son pouvoir de sanction, selon SNCF Réseau, le pouvoir de sanction de l'ARAFER est prévu par l'article L. 2135-7 du code des transports, l'inexécution d'une décision de règlement des différends pouvant ainsi être sanctionnée sur le fondement de cet article. Il soutient qu'il ne saurait, en revanche, résulter de ce texte la faculté, pour l'Autorité, de prévoir un système de pénalisation automatique dans le cadre d'une décision adoptée dans la procédure de règlement de différends. Cependant, ainsi que le soutiennent la société VFLI et l'ARAFER, celle-ci n'a pas fait usage de son pouvoir de sanction, mais n'a fait que fixer les modalités d'accès au réseau, en enjoignant à SNCF Réseau de créer un système incitatif à la mise à disposition effective des sillons, selon les lignes tracées par elle. La cour relève à ce propos que SNCF Réseau a d'ores et déjà prévu, dans son document de référence du réseau (DRR), un dispositif qui lui permet de retenir une partie du prix de réservation des sillons, dans le cas où l'entreprise attributaire renoncerait, au-delà des délais impartis, à l'utilisation de ces sillons, ce qui constitue d'ores et déjà une incitation financière à la restitution des sillons ; qu'il y a donc lieu de rejeter ce moyen ; que sur la

nécessité et la proportionnalité des mesures prononcées, SNCF Réseau prétend que le dispositif adopté n'était ni nécessaire, ni proportionné ; que sur la nécessité, SNCF Réseau soutient que le dispositif litigieux ne tranchait pas le différend, puisqu'il n'était pas demandé par la société VFLI, sa saisine portant seulement sur l'acompte de redevances de réservation pour l'horaire de service 2013 ; qu'il convient (cependant) de se reporter à la saisine pour noter que la société VFLI demandait non seulement à l'ARAFER de l'exonérer du paiement de l'acompte à partir de 2013, mais également d'enjoindre à SNCF Réseau de remédier aux insuffisances du dispositif actuel, dans le délai le plus bref possible, par la création d'incitations financières. Les demandes de la plaignante allaient donc bien au-delà d'une demande d'exonération. Il était, notamment, sollicité une garantie sur les sillons fermes durant tout l'horaire de service, l'obligation pour RFF de proposer des solutions alternatives en cas de suppression de sillons fermes ou à défaut de procéder à une indemnisation forfaitaire égale à quatre fois la redevance de réservation et, enfin, l'obligation, pour RFF, de fixer à J-15 le délai maximum d'annulation d'un sillon ferme, au-delà duquel la redevance de réservation doit être intégralement remboursée ainsi qu'un système de pénalités progressives en deçà de ce délai. Comme la société VFLI le souligne, le dispositif de la décision répond point par point à chacune de ces demandes. Il établit un régime clair entre les parties en présence, visant à limiter, d'une part, les pratiques de surréservation des sillons par les entreprises, d'autre part, les pratiques de modification et de suppression de sillons fermement alloués par le gestionnaire de réseau ; qu'il convient à cet égard de souligner que l'Autorité a pris soin d'exclure du périmètre du règlement du différend, deux sujets connexes, sur les sillons à l'étude et les plages travaux, qui ne faisaient pas partie des demandes de la plaignante. Ces sujets ont été traités par l'ARAFER dans le cadre de ses pouvoirs réglementaires de l'article L. 2131-7, par deux décisions, n° 2014-022 et n° 2014-023 ; que SNCF Réseau soutient également que le dispositif litigieux n'était pas nécessaire, car l'ARAFER aurait pu régler le différend en enjoignant au gestionnaire de réseau de modifier certains points précis de son document de référence du réseau sous astreinte, tout en lui laissant une marge de manoeuvre suffisante, et non en se substituant à lui ; que son inaction aurait pu ensuite être sanctionnée par la procédure de sanction ; qu'elle aurait pu également mettre en oeuvre une procédure réglementaire conforme à l'article L. 2131-7 du code des transports ; que cependant, en premier lieu, il ne saurait être reproché à l'ARAFER de ne pas avoir adopté les mesures critiquées par une autre procédure, aucune hiérarchie, ni ordre d'usage des procédures ne lui étant imposés. Il y a lieu en revanche de vérifier si les mesures adoptées pouvaient l'être dans le cadre du règlement des différends, c'est-à-dire si elles étaient nécessaires et proportionnées ; qu'en second lieu, il convient de souligner qu'ainsi que l'ARAFER le rappelle dans ses observations, le caractère nécessaire de l'adoption d'un régime incitatif résulte de ce que, malgré plusieurs demandes successives qui lui avaient été faites par l'ARAFER, SNCF Réseau n'a jamais mis en place un

tel dispositif. C'est ainsi que dans son avis relatif à l'adoption du DRR, l'ARAFER indiquait en 2011 : « l'autorité demande la mise en place d'un mécanisme transparent et homogène d'indemnisation de retard et de suppression de sillons ». Une nouvelle fois en 2012, l'Autorité relevait : « l'autorité considère que l'exercice du droit d'accès au réseau doit être assorti de dispositions incitatives, responsabilisant le gestionnaire d'infrastructures et les entreprises ferroviaires dans le sens d'un meilleur fonctionnement du système ferroviaire. Ces incitations, complémentaires aux signaux économiques donnés par la tarification, doivent ainsi encourager : le respect par le gestionnaire d'infrastructures de ses obligations pour l'allocation des capacités ; une allocation optimale du réseau en prévenant par exemple des sur réservations de sillons par les entreprises ferroviaires, une amélioration de la qualité de service, par des efforts conjoints de l'ensemble des acteurs » ; qu'enfin, dans deux avis de 2013 et 2014, l'ARAFER avait émis des avis sur le même sujet, qu'au moment du litige, le mécanisme souhaité par le régulateur n'était toujours pas mis en place ; que sur la proportionnalité, SNCF Réseau expose que « par leurs effets, les injonctions prononcées sont manifestement disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi (le règlement du différend) ». Il soutient que les taux de pénalités mis à la charge de SNCF Réseau sont beaucoup plus élevés que les taux mis à la charge des demandeurs de sillons, lorsque ceux-ci annulent leurs demandes de mise à disposition de sillons. ; que s'agissant du secteur fret, relevant du périmètre de l'incitation réciproque, SNCF Réseau a calculé qu'alors que les sillons jours supprimés ou modifiés par lui représentent trois fois moins que ceux modifiés par les demandeurs de sillons, les amendes dont il serait redevable seraient cinq fois plus élevées que celles imposées aux demandeurs de sillons ; que par ailleurs, il soutient qu'aucune expérimentation préalable n'a été mise en oeuvre, contrairement aux souhaits des opérateurs en cause et que le dispositif serait aussi faiblement incitatif pour les entreprises ferroviaires, assurées de percevoir une indemnité de la part du gestionnaire du réseau, en cas de non-respect du dispositif, au prorata du nombre de trains par kms effectivement circulés pendant l'horaire de service ; que l'ARAFER réplique que les barèmes résultent de la concertation et ont été revus à la baisse, à la suite des observations des opérateurs, et, notamment, de SNCF Réseau ; que la société VFLI soutient que le dispositif est gradué (phase transitoire, gradation des effets en fonction de la gravité du manquement) et évolutif (en fonction des contraintes de SNCF Réseau) et doit être évalué globalement, en fonction du mécanisme symétrique pesant sur les entreprises ferroviaires ; que la Cour relève que le principe de proportionnalité s'apprécie par rapport aux objectifs poursuivis, qui sont au nombre de deux : d'une part, inciter SNCF Réseau à ne pas supprimer ou modifier des sillons qu'il a attribués fermes et, d'autre part, inciter les demandeurs de sillons à restituer de manière anticipée les sillons qui ne leur sont pas nécessaires ; que ces deux objectifs répondent aux préoccupations de la société VFLI, sont adaptés au règlement du présent litige et justifiés par le régulateur ; que,

s'agissant du premier objectif, toute modification importante ou suppression d'un sillon préalablement attribué ferme est susceptible de provoquer une réorganisation du service de transport pour l'entreprise ferroviaire concernée, et par voie de conséquence, d'altérer ses relations avec ses clients finaux ; qu'ainsi que le souligne la décision de l'ARAFER du 15 juillet 2014 : « Une modification ou a fortiori une suppression d'un sillon attribué est susceptible d'entraîner des coûts importants de réorganisation, voire des pertes commerciales pour l'entreprise. Aux yeux des demandeurs, de telles situations doivent donc être limitées en nombre, anticipées le plus tôt possible, et maîtrisées en termes de conséquences, par la recherche en concertation d'alternatives horaires acceptables » ; que la cour estime que le système incitatif mis en place est proportionné à cet objectif : - L'Autorité a choisi d'instaurer des sanctions graduées en fonction de la gravité du manquement, les suppressions, considérées comme inacceptables, étant quatre fois plus pénalisées que les modifications importantes. SNCF Réseau est donc incité à proposer des solutions alternatives plutôt que d'annuler des sillons. La définition des modifications importantes, c'est-à-dire les cas dans lesquels le gestionnaire de réseau va offrir une solution alternative à l'offre initiale, permet de faire le partage avec les autres modifications qui ne donnent pas lieu à pénalités, car elles sont généralement sans impact significatif pour le demandeur. - Les conséquences pour le client final, voyageur ou chargeur, étant liées au délai de prévenance, le dispositif incitatif encourage SNCF Réseau à annuler ou modifier les sillons jours dans des délais suffisants, le préjudice que subit l'entreprise ferroviaire grandissant à mesure que la date de circulation approche. L'Autorité propose de faire varier les pénalités encourues, selon que la suppression ou la modification importante intervient plus de quatre mois avant la date prévue, entre quatre et deux mois avant la date prévue et moins de deux mois avant la date prévue, ce qui permet le calibrage du mécanisme incitatif. - Les pénalités sont calculées selon un barème kilométrique, la distance du parcours impacté étant elle-même source de coûts pour l'entreprise. Ce choix est donc adapté au préjudice subi. - Enfin, « afin d'assurer une instruction équitable par le gestionnaire de l'infrastructure dans sa recherche de solution, il est choisi de ne pas faire de distinction sur le montant des incitations entre le transport de voyageurs et le transport de marchandises » ; que la cour estime que SNCF Réseau ne démontre pas l'inadéquation ou la disproportion des mesures incitatives que l'ARAFER lui a enjoint d'adopter ; que, s'agissant du second objectif, et des pénalités applicables aux demandeurs de sillons, elles visent à encourager une utilisation efficace des capacités et à décourager les surréservations. Ces pénalités progressent à mesure que les restitutions interviennent tardivement et incitent donc à la restitution des sillons, au plus tôt afin qu'ils soient possiblement réalloués ; que l'absence d'égalité entre les pénalités encourues par SNCF Réseau et les entreprises ferroviaires est pleinement justifiée au regard de leurs obligations respectives et des conséquences différentes que suscitent les comportements respectivement pénalisés ;

qu'en effet, il appartient au gestionnaire de réseau de veiller à l'allocation optimale des capacités. Son rôle est central dans l'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire ; qu'il lui incombe donc une responsabilité sans commune mesure avec celle des entreprises ferroviaires qui désirent se développer sur le marché ; que toute modification ou annulation de sillons à son initiative a systématiquement un impact sur l'entreprise ferroviaire qui avait organisé son plan de transport sur cette capacité ferme ; qu'en revanche, la restitution tardive de sillons par une entreprise ferroviaire peut éventuellement affecter la concurrence, en privant des entreprises concurrentes de la faculté d'utiliser ces sillons ; que l'atteinte n'est donc que potentielle ; qu'enfin, ainsi que le souligne l'ARAFER dans ses observations, « les conséquences des modifications ou des abandons de sillons sont radicalement différentes pour le gestionnaire et pour les entreprises ferroviaires » ; qu'en effet, « la viabilité commerciale et financière des entreprises ferroviaires peut être atteinte en cas de modifications importantes et récurrentes de sillons par SNCF Réseau », tandis que celui-ci « bénéficie de la garantie illimitée de l'État en tant que démembrés de l'EPIC d'État SNCF » ; qu'en outre, afin que le système d'incitations financières institué soit suffisamment dissuasif, il n'est pas contraire au principe de proportionnalité ni au principe d'égalité que les pénalités encourues par le gestionnaire de réseau soient plus élevées, dans les proportions qui ont été choisies, que celles infligées aux entreprises ferroviaires. Il convient à cet égard de rappeler que SNCF Réseau a réalisé en 2014 un chiffre d'affaires de 5,917 milliards d'euros ; que SNCF Réseau ne peut davantage se plaindre qu'aucune expérimentation préalable du dispositif incitatif n'ait été mise en oeuvre, contrairement aux souhaits des opérateurs en cause ; qu'en effet, cet établissement prévoyait dès 2012 la mise en marche « à blanc », dès l'horaire de service 2015, d'un mécanisme d'indemnisation réciproque qu'il a d'ailleurs présenté lors de la réunion de concertation du 7 mai 2014 ; que SNCF Réseau ne peut non plus prétendre que la disproportion résulterait aussi de la contrainte de mise en place dès 2015, sans « marche à blanc » ; que l'expérimentation à blanc a en effet été rejetée par l'ARAFER, estimant à juste titre qu'un test sans incitations financières serait dépourvu de pertinence. En outre, la procédure de concertation, puis de consultation publique, qui a duré six mois, a garanti la prise en compte des observations des différents opérateurs, et, notamment, celles de SNCF Réseau ; que c'est ainsi, en particulier, que les barèmes retenus dans la décision du 15 juillet 2014 sont plus bas que les barèmes proposés par l'ARAFER lors de la consultation publique de juin 2014 et qu'un dispositif transitoire, aux taux encore plus bas, prenant en compte les contraintes liées au système d'information de SNCF Réseau, a été prévu par l'ARAFER ; qu'enfin, il y a lieu de souligner que la décision du 15 juillet 2014 prévoit une évolution éventuelle du dispositif, un suivi des premiers mois de fonctionnement du système incitatif devant être effectué par SNCF Réseau, qui « permettra de tirer les enseignements utiles à sa poursuite et de lever les éventuelles difficultés » ; que si SNCF Réseau soutient encore que le

dispositif serait faiblement incitatif pour les entreprises ferroviaires, assurées de percevoir de la part du gestionnaire du réseau, en cas de non-respect du dispositif, une redevance au prorata du nombre de trains par kms effectivement circulés pendant l'horaire de service, il convient de souligner que ce mécanisme a pour contrepartie un mécanisme incitatif symétrique portant sur les entreprises ferroviaires, prévoyant des pénalités en cas de restitution tardive des sillons ; que ce dispositif facilitera la réaffectation par SNCF Réseau des demandes de sillons de dernière minute ; que par ailleurs, la décision prévoit que les pénalités acquittées par les entreprises ferroviaires transportant des voyageurs seront intégralement versées au gestionnaire du réseau ; qu'il résulte de ce qui précède que la demande de SNCF Réseau tendant à l'annulation des articles 1 et 2 de la décision du 15 juillet 2014 est rejetée ; qu'il n'y a pas davantage lieu à annulation de l'article 5, qui n'est que la conséquence des articles 1 et 2 ; qu'enfin, SNCF Réseau ne démontre pas que l'injonction qui lui est faite, à l'article 8 de la décision du 15 juillet 2014, d'établir un suivi des effets des incitations mises en place en application des articles 1 à 4 et de publier annuellement un certain nombre de données, dans le « rapport sur l'efficacité du processus d'allocation des capacités sur le réseau ferré national », lui impose des charges financières excessives et disproportionnées ;

1°) ALORS QU'en considérant que l'ARAFER n'a pas fait usage de son pouvoir de sanction tout en admettant expressément que « l'Autorité a choisi d'instaurer des sanctions graduées en fonction de la gravité du manquement, les suppressions, considérées comme inacceptables, étant quatre fois plus pénalisées » ou encore d'infliger un système de pénalités à SNCF Réseau, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 2134-2 et L. 2135-7 du code des transports pris dans leur rédaction applicable en la cause ;

2°) ALORS QUE les dispositions réglementaires édictées par l'ARAFER relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au journal officiel ; qu'en affirmant qu'il ne saurait être reproché à l'ARAFER de ne pas avoir adopté les mesures critiquées par une autre procédure (que la procédure de différend), aucune hiérarchie ni ordre d'usage des procédures ne lui étant imposés, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports ;

3°) ALORS QUE le budget de SNCF RESEAU doit être établi après avis de l'ARAFER, de manière à maîtriser les dettes et les coûts du gestionnaire de l'infrastructure, à garantir ses investissements et à assurer la survie du secteur ferroviaire ; qu'en affirmant pour justifier les fortes pénalités

encourues par le gestionnaire de l'infrastructure et l'absence d'égalité de celles appliquées à SNCF Réseau et aux entreprises ferroviaires, « qu'ainsi que le souligne l'ARAFER dans ses observations (...) la viabilité commerciale et financière des entreprises ferroviaires peut être atteinte en cas de modifications importantes et récurrentes de sillons par SNCF Réseau », tandis que celui-ci « bénéficie de la garantie illimitée de l'État en tant que démembrements de l'EPIC d'État SNCF » quand il appartient au contraire à l'ARAFER de veiller aussi à la pérennité financière du gestionnaire de l'infrastructure, la cour d'appel qui a méconnu le principe de proportionnalité de la sanction, a violé l'article L. 2134-2 ancien du code des transports, ensemble les articles L. 2111-10, L. 2111-10-1, L. 2122-4 et L. 2133-5-1 du même code.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours exercé par SNCF Réseau à l'encontre de la décision n° 2013-019 de l'ARAFER en date du 1^{er} octobre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE sur la méconnaissance des compétences du gestionnaire d'infrastructure pour fixer les conditions d'accès aux infrastructures ferroviaires, SNCF Réseau expose que l'ARAFER aurait empiété sur sa compétence réglementaire. Il souligne qu'en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, il était seul compétent pour fixer les conditions d'accès aux lignes du réseau ferré national et les conditions de leur utilisation, selon les articles 17 et 18 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, au contraire de l'organisme de contrôle, qui ne disposerait d'aucune compétence pour fixer directement les conditions d'accès financières aux infrastructures ferroviaires ; que l'ARAFER et la société VFLI soutiennent que l'Autorité était saisie d'un différend par lequel la société VFLI demandait la mise en place d'un dispositif d'incitation à la fourniture des sillons fermement attribués, dont le règlement exigeait, devant l'inertie de SNCF Réseau, qu'elle fixât elle-même les modalités d'accès ou les conditions d'utilisation du réseau ; que selon l'article L. 2134-2 du code des transports : « Tout candidat, tout gestionnaire d'infrastructure ou tout exploitant d'installation de service peut saisir l'Autorité de régulation des activités ferroviaires dès lors qu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice liés à l'accès au réseau ferroviaire, et en particulier : 1° Au contenu du document de référence du réseau ; 2° A la procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires et aux décisions afférentes ; 3° Aux conditions particulières qui lui sont faites ; 4° A l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en oeuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau en application du système de tarification ferroviaire ; 5° A la surveillance exercée en matière de sécurité ferroviaire ;

6° A l'exercice du droit d'accès aux installations de service, y compris la fourniture et la mise en oeuvre de la tarification des services de base fournis dans ces installations et des prestations complémentaires ou connexes ; 7° A l'exécution des accords-cadres mentionnés aux articles L. 2122-6 et L. 2122-7 ainsi que des contrats d'utilisation de l'infrastructure ; 8° A la création de services intérieurs de transport de voyageurs effectués lors d'un service international de transport de voyageurs. La décision de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, qui peut être assortie d'astreintes, précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans le délai qu'elle accorde. Lorsque c'est nécessaire pour le règlement du différend, elle fixe, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités d'accès au réseau et ses conditions d'utilisation et prend les mesures appropriées pour corriger toute discrimination ou toute distorsion de concurrence eu égard notamment aux 1° à 8° du présent article. Sa décision est notifiée aux parties et publiée au Journal officiel, sous réserve des secrets protégés par la loi. En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès au réseau ou à son utilisation, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner, le cas échéant sous astreinte, les mesures conservatoires nécessaires. Ces mesures peuvent comporter la suspension des pratiques portant atteinte aux règles régissant l'accès au réseau concerné ou à son utilisation » : qu'il résulte des pièces du dossier que la société VFLI a saisi l'Autorité de Régulation Ferroviaire (ARAFER) le 16 avril 2013 d'une demande de règlement de différend, fondée sur les dispositions de l'article L. 2134-2 du code des transports. Cette entreprise demandait à être dispensée du paiement de l'acompte de réservation des sillons de 20 %, tant que, notamment, RFF n'aurait pas mis en place un dispositif incitatif au respect des sillons attribués. Elle demandait aussi, à titre subsidiaire, qu'il soit enjoint à l'établissement public de mettre en oeuvre ce dispositif dans les délais les plus brefs possibles ; qu'il n'est pas contestable que la société VFLI, s'estimant victime d'annulations indues et inopinées, par RFF, de sillons réservés, et donc d'un « préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire » a saisi légitimement l'ARAFER de demandes relatives à « la procédure de répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires », « à l'exercice du droit d'accès au réseau et à la mise en oeuvre des redevances d'infrastructure à acquitter pour l'utilisation du réseau », sujets en partie traités dans le « contenu du document de référence du réseau » ; que ces demandes, relatives à l'accès au réseau, relèvent du coeur de la compétence de l'ARAFER, dans le cadre de ses pouvoirs de règlement des différends ; que le pouvoir octroyé à RFF, en sa qualité de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, pour fixer les conditions d'accès aux lignes du réseau ferré national et les conditions de leur utilisation, pour élaborer le DRR, pour instruire les demandes de sillons, et pour conclure des contrats d'accès au réseau avec les entreprises ferroviaires, ne saurait exclure la compétence de l'ARAFER pour trancher des différends, et ordonner toute mesure y afférente, à peine de la vider de toute portée ; que l'ARAFER a

souligné, à juste titre, et aux termes d'une motivation que la cour approuve, dans sa décision n° 2013-019 du 1^{er} octobre 2013, qu'elle était compétente pour traiter du litige en cause, car, dans chacun de ces litiges : « Le différend porte sur les procédures de traitement des demandes de capacités d'infrastructure et les modalités de facturation et de remboursement de la redevance de réservation. Il porte donc sur des prestations d'accès au réseau ferroviaire, au sens de l'article L. 2134-2 du code des transports. Il a été introduit par une personne autorisée à demander des capacités d'infrastructure ferroviaire, la société VFLI, qui est une entreprise ferroviaire. La société VFLI s'estime victime d'un préjudice lié à l'accès au réseau ferroviaire, à savoir notamment celui qui résulte des défaillances du système d'allocation des sillons de RFF et des besoins de trésorerie liés au versement d'acomptes et aux délais de traitement des dossiers par RFF. Par ailleurs, les échanges produits par la requérante montrent qu'elle a discuté à de nombreuses reprises du différend porté devant l'Autorité » ; qu'il y a donc lieu de rejeter l'exception d'incompétence soulevée par SNCF Réseau ;

ALORS QUE la compétence réglementaire d'une autorité publique indépendante est déterminée par la loi et s'exerce dans le respect des principes et des contrôles prévus par le législateur ; que les dispositions réglementaires édictées par l'ARAFER relatives aux conditions de raccordement au réseau ferroviaire, aux conditions techniques et administratives d'accès au réseau et de son utilisation, aux conditions d'accès aux services présentant un caractère de facilités essentielles et leurs conditions d'utilisation et aux règles d'imputation comptable sont soumises à l'homologation du ministre chargé des transports et publiées au journal officiel ; qu'en décidant que l'ARAFER était compétente, lorsqu'elle statue sur des différends, pour imposer directement aux opérateurs des mesures réglementaires concernant les modalités d'accès au réseau ferroviaire non soumise à l'homologation des pouvoirs publics, la cour d'appel a violé l'article L. 2131-7 ancien du code des transports.