

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

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la décision n° 08-SO-01 du 8 janvier 2008 enregistrée sous le numéro 08/0005 F par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises ;

Vu la lettre du 19 octobre 2009, enregistrée sous le numéro 09/0112 F par laquelle la société Euro Cargo Rail a saisi l'Autorité de la concurrence d'une plainte relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur ferroviaire ;

Vu la décision du 3 décembre 2009 procédant à la jonction des affaires enregistrées sous les numéros 08/0005 F et 09/0112 F ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu l'avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires du 23 mars 2011 ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 10-DSA-112 du 18 juin 2010, n° 10-DSA-114 à n° 10-DSA-117 du 18 juin 2010, n° 10-DSADEC-14 et n° 10-DSADEC-15 du 8 juillet 2010, n° 10-DSADEC-20 à n° 10-DSADEC-23 du 20 octobre 2010, n° 10-DSADEC-24 à n° 10-DSADEC-26 du 2 novembre 2010, n° 10-DSA-232 du 2 novembre 2010, n° 11-DSADEC-02 et n° 11-DSADEC-03 du 26 janvier 2011, n° 11-DSADEC-08 à n° 11-DSADEC-10 du 10 mai 2011, n° 11-DSA-163 du 10 mai 2011, n° 11-DSADEC-14 du 18 mai 2011, n° 11-DSA-181 du 23 mai 2011, n° 11-DSADEC-15 à n° 11-DSADEC-17 du 30 mai 2011, n° 11-DSADEC-18 et n° 11-DSADEC-19 du 16 juin 2011, n° 11-DSADEC-20 à n° 11-DSADEC-22 du 22 juin 2011, n° 12-DSA-43 à n° 12-DSA-51 du 26 janvier 2012, n° 12-DSA-55 du 6 février 2012, n° 12-DSA-87 et n° 12-DSA-88 du 21 février 2012, n° 12-DSA-216 du 22 juin 2012, n° 12-DSADEC-02 du 26 juin 2012, n° 12-DSADEC-03 du 5 juillet 2012 ;

Vu les décisions de déclassement n° 11-DECR-13 du 11 juillet 2011, n° 11-DECR-14 à n° 11-DECR-18 du 6 juillet 2011, n° 11-DEC-21 du 12 juillet 2011, n° 11-DEC-22 du 13 juillet 2011, n° 12-DECR-03 du 21 février 2012, n° 12-DEC-16 du 22 mars 2012 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés Ermewa Ferroviaire, Euro Cargo Rail, la SNCF, et le commissaire du Gouvernement ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, le représentant du ministère des transports et les représentants des sociétés Ermewa

Ferroviaire, Euro Cargo Rail et de la SNCF entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 7 septembre 2012 ;

Vu les notes en délibéré déposées par les sociétés Euro Cargo Rail le 17 septembre 2012 et la SNCF le 25 septembre 2012 ;

Adopte la décision suivante :

Sommaire

SOMMAIRE.....	3
I. Constatations	6
A. La procédure	6
B. Le secteur du transport ferroviaire de marchandises	6
1. Description du secteur	6
2. La réglementation applicable	7
a) La réglementation européenne	7
b) La réglementation française	8
C. Les entreprises du secteur.....	9
1. Les entreprises ferroviaires.....	9
a) L'opérateur historique : la SNCF	9
b) Les autres entreprises ferroviaires.....	12
2. Les chargeurs.....	13
D. Les pratiques relevées.....	14
1. L'utilisation d'informations confidentielles en possession de la SNCF	14
2. L'accès aux cours de marchandises de la SNCF	17
a) La répartition des cours entre RFF et la SNCF	17
b) L'inscription des cours de marchandises de la SNCF dans le document de référence du réseau (DRR)	18
c) Les difficultés des entreprises ferroviaires concurrentes pour accéder aux cours de marchandises	21
d) Les principes de tarification applicables à l'utilisation des cours de marchandises	23
3. La surréservation et la non-restitution de sillons.....	26
a) La politique de surréservation de la SNCF	26
b) Le coût de la surréservation et la politique de restitution	27
c) Les difficultés d'accès aux sillons pour les entreprises ferroviaires concurrentes.....	29
d) Les mesures prises par RFF	30
4. L'indisponibilité de wagons de type « EX »	31
a) Le parc de wagons EX.....	31
b) La réservation du parc de wagons EX par la SNCF.....	31
c) L'absence d'utilisation effective du parc de wagons EX	33
5. Les prix pratiqués par la SNCF pour ses prestations de transport ferroviaire de marchandises par train massif.....	38

6. Le recrutement du personnel formé pour Veolia Cargo	43
7. Les contrats groupant des services de train massif et de wagon isolé	45
8. Les contrats groupant l'occupation de terrains embranchés appartenant à la SNCF avec des services ferroviaires	47
9. Les conditions tarifaires appliquées à VFLI pour les cours de marchandises. 48	
10. Les conditions tarifaires appliquées pour la cour de marchandises de Mitry-Mory	49
11. La location de locomotives à Naviland Cargo.....	50
12. La location de wagons par France Wagons (devenu Ermewa Ferroviaire)... 52	
E. Les griefs notifiés	54
II. Discussion.....	56
A. Sur l'application du droit de l'Union.....	56
1. Les principes applicables.....	56
2. Appréciation en l'espèce	57
B. Sur la saisine de l'ARAF	58
C. Les marchés pertinents et la position de la SNCF sur ces marchés.....	59
1. Les principes applicables.....	59
2. Appréciation en l'espèce	59
a) Le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.....	59
b) Sur les marchés des cours de marchandises	65
D. Sur le bien-fondé des griefs	67
1. L'utilisation d'informations confidentielles (grief n° 2)	67
a) Principes applicables	67
b) Appréciation de l'Autorité	68
2. La publication tardive et incomplète de la liste des cours de marchandises (grief n° 4)	71
3. L'indisponibilité de capacités ferroviaires	75
a) La surréservation de sillons ferroviaires (grief n° 3).....	76
b) L'indisponibilité de wagons de type « EX » (grief n° 8)	81
4. La mise en œuvre de prix d'éviction (grief n° 10)	86
a) Les principes applicables aux pratiques d'éviction fondées sur les prix.....	86
b) Appréciation en l'espèce	89
c) Conclusion sur le grief n° 10.....	99
5. Sur les autres griefs	99
a) La facturation de l'accès aux cours de marchandises (grief n° 5).....	99

b) Le recrutement de personnel formé pour Veolia Cargo par la SNCF (grief n° 1)	100
c) Le maintien des contrats liant les conventions d'occupation des terrains embranchés aux services ferroviaires (grief n° 12)	101
d) Les pratiques de vente de services réalisés par train massif et par wagon isolé (grief n° 11).....	102
e) Les autres pratiques tarifaires reprochées à la SNCF.....	103
E. Sur l'imputabilité des griefs établis	106
F. Sur les suites à donner	107
1. Sur la sanction (griefs n°2, 3, 4 et 8)	107
a) Sur la valeur des ventes	108
b) Sur la détermination du montant de base	109
c) Sur la prise en compte des circonstances propres à la SNCF.....	115
2. Sur l'injonction (grief n° 10)	121
3. Sur l'obligation de publication	124
DÉCISION	128

I. Constatations

A. LA PROCÉDURE

1. Par décision n° 08-SO-01 en date du 8 janvier 2008, enregistrée sous le numéro 08/0005 F, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises.
2. Des opérations de visite et saisie ont eu lieu le 20 novembre 2008 dans les locaux de la Société nationale des chemins de fer français (ci-après « SNCF ») et des sociétés Voies Ferrées Locales et Industrielles (ci-après « VFLI »), France Wagons (devenue Ermewa Ferroviaire), Société de Gérance de Wagons de grande capacité (ci-après « SGW ») et Compagnie de Transport de Céréales (ci-après « CTC »).
3. Le 19 octobre 2009, la société Euro Cargo Rail (ci-après « ECR ») a saisi l'Autorité de la concurrence d'une plainte relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur ferroviaire. Cette saisine a été enregistrée sous le numéro 09/0112 F.
4. Les deux affaires ont été jointes par une décision en date du 3 décembre 2009.
5. Les saisines ont été communiquées à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ci-après « l'ARAF ») le 27 janvier 2011, qui a transmis un avis à l'Autorité le 23 mars 2011.
6. Une notification des griefs a été adressée le 2 août 2011 à la SNCF et à la société France Wagons (devenue Ermewa Ferroviaire), ainsi qu'à ECR. A la suite des observations des parties, un rapport leur a été adressé le 29 mars 2012.
7. Une séance s'est tenue devant l'Autorité le 7 septembre 2012.
8. Lors de cette séance, la SNCF a remis à la présidente de séance un nouveau document qui a été versé au dossier. ECR a formulé des observations sur ce document par une note en délibéré en date du 17 septembre 2012, sur laquelle la SNCF a formulé des observations par une autre note en délibéré en date du 25 septembre 2012.

B. LE SECTEUR DU TRANSPORT FERROVIAIRE DE MARCHANDISES

1. DESCRIPTION DU SECTEUR

9. Le transport ferroviaire de marchandises, également appelé « fret ferroviaire », comprend plusieurs activités :
 - le transport massifié de point à point, régulier ou irrégulier (également appelé « train massif ») ;
 - la messagerie ferroviaire (également appelée « transport par wagon isolé ») ;
 - les autoroutes ferroviaires ;

- le transport combiné de marchandises, associant au moins un autre mode de transport avec le transport ferroviaire.
10. Le fret ferroviaire représente 10 % des marchandises transportées en France.
 11. Ce secteur est en déclin depuis plusieurs années, pour plusieurs raisons identifiées dans le rapport d'information n° 55 du Sénat en date du 20 octobre 2010, « *Avenir du fret ferroviaire : comment sortir de l'impasse ?* », dit « *rapport Grignon* », telles que la faiblesse des grands ports maritimes français, le déficit d'investissement dans les infrastructures ferroviaires ou encore les spécificités statutaires de la SNCF.
 12. En dépit de ce déclin, il existe une demande sociale en faveur du transport ferroviaire de marchandises dès lors qu'il produit moins d'externalités négatives que d'autres types de transport, notamment en termes environnementaux, et peut produire des externalités positives, notamment en matière d'aménagement du territoire.

2. LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE

a) La réglementation européenne

13. Sous l'impulsion de l'Union européenne, le secteur du transport ferroviaire s'ouvre à la concurrence. L'objectif de cette réforme est de revitaliser le transport ferroviaire dans son ensemble et, en particulier, de rendre les entreprises ferroviaires plus compétitives.
14. La directive n° 91/440/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires (JOCE L 237 du 24 août 1991, p. 25), ainsi que les deux directives qui l'ont complétée, ont posé les premiers jalons de cette libéralisation sur le territoire de l'Union européenne. Cette directive a été modifiée et complétée par l'adoption successive de directives et de règlements européens regroupés en trois « paquets ferroviaires » en 2001, 2004 et 2007.
15. Les principaux textes qui régissent le secteur sont, actuellement :
 - la directive n° 91/440/CEE modifiée, précitée ;
 - la directive n° 95/18/CE du Conseil, du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires (JOCE L 143 du 27 juin 1995, p. 70–74), modifiée ;
 - la directive n° 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité (JOCE L 75 du 15 mars 2001, p. 29–46), modifiée.
16. Cette réglementation sectorielle spécifique a posé le cadre général de la libéralisation du secteur, structuré par quatre principes centraux que les États membres doivent respecter :
 - l'indépendance de gestion des entreprises ferroviaires à l'égard des États membres ;
 - la séparation de la gestion de l'infrastructure ferroviaire et de l'exploitation des services de transport des entreprises ferroviaires ;
 - l'assainissement de la structure financière des entreprises ferroviaires ;
 - la garantie de droits d'accès aux réseaux ferroviaires des États membres pour les entreprises ferroviaires détentrices d'une licence conformément à la législation communautaire applicable.

17. Aux termes de cette réglementation, l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de marchandises devait être effective, au plus tard, le 1^{er} janvier 2006 pour les services internationaux à l'intérieur de l'Union européenne, et le 1^{er} janvier 2007 pour les services purement nationaux (article 10 de la directive n° 91/440/CEE modifiée, précitée).

b) La réglementation française

Les textes

18. En France, le transport ferroviaire est organisé par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, dite « LOTI » (JORF du 31 décembre 1982, p. 4004).
19. Cette loi a été modifiée et complétée à plusieurs reprises, notamment pour être mise en conformité avec les textes européens cités plus haut. Elle a ainsi été modifiée par :
- la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire (JORF du 15 février 1997, p. 2592), qui a séparé les activités de gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire pour les confier à Réseau ferré de France (RFF) de celles de transporteur ferroviaire exercées par la SNCF ;
 - la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports (JORF du 6 janvier 2006, p. 217), qui a créé l'Établissement public de sécurité ferroviaire (EPSF), chargé de délivrer les autorisations requises pour l'exercice des activités ferroviaires et d'en assurer le suivi et le contrôle ;
 - la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (JORF du 9 décembre 2009, p. 21226), dite « ORTF », qui a instauré l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), chargée de concourir au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire.
20. L'ensemble de ces textes a été codifié dans le code des transports.
21. Ce cadre législatif est complété par des décrets et, en particulier, par le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national (JORF du 8 mars 2003, p. 4063), modifié, en dernier lieu, par le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire (JORF du 22 janvier 2012, p. 1291).
22. En France, l'ouverture à la concurrence des services nationaux de transport ferroviaire de marchandises a eu lieu le 31 mars 2006.

L'exercice de l'activité d'entreprise ferroviaire

23. Pour circuler sur le réseau ferroviaire français, les entreprises doivent être titulaires d'une licence d'entreprise ferroviaire, d'une part, et d'un certificat de sécurité, d'autre part. De plus, elles doivent, au cas par cas, se voir autorisées à accéder au réseau ferroviaire en obtenant des sillons. Enfin, leur activité est contrôlée par une autorité de régulation.
24. Les licences d'entreprise ferroviaire sont délivrées, en France, par le ministre en charge des transports, au regard de conditions relatives à la capacité professionnelle, à la capacité financière, à l'honorabilité et à la couverture des risques de l'entreprise demanderesse.

25. Les certificats de sécurité sont, quant à eux, délivrés par l'EPSF, qui vérifie, notamment, que l'entreprise demanderesse maîtrise la sécurité de son exploitation sur les lignes qu'elle parcourt, avec les matériels qu'elle y utilise. L'accès au réseau est enfin subordonné, pour chaque opération de transport ferroviaire, à l'obtention d'un sillon, c'est-à-dire la capacité d'infrastructure requise pour faire circuler un train donné d'un point à un autre à un moment donné.
26. La gestion du réseau ferroviaire appartient à RFF, qui est donc gestionnaire d'infrastructure (ci-après « GI ») et attribue, sans discrimination, les sillons aux entreprises ferroviaires qui formulent des demandes en ce sens.
27. L'activité des acteurs du secteur ferroviaire est surveillée et contrôlée par l'ARAF, qui a été créée le 1^{er} janvier 2010, succédant ainsi à la Mission de contrôle des activités ferroviaires (MCAF). Elle veille, en particulier, à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entraient pas le développement de la concurrence. Elle assure une mission générale d'observation des conditions d'accès au réseau ferroviaire et peut, à ce titre, après avoir procédé à toute consultation qu'elle estime utile des acteurs du secteur des transports ferroviaires, formuler et publier toute recommandation. Elle veille à ce que l'accès aux capacités d'infrastructure sur le réseau et aux différentes prestations associées soit accordé de manière équitable et non discriminatoire.

C. LES ENTREPRISES DU SECTEUR

1. LES ENTREPRISES FERROVIAIRES

a) L'opérateur historique : la SNCF

28. Entreprise ferroviaire historique en France, la SNCF est un établissement public industriel et commercial (EPIC) national. Elle a pour objet l'exploitation de services de transport ferroviaire, ainsi que certaines missions de gestion de l'infrastructure ferroviaire dont elle a la propriété.
29. La SNCF est également gestionnaire d'infrastructure déléguée (ci-après « GID ») et réalise, en cette qualité, la gestion du trafic et des circulations sur le réseau ferré national ainsi que le fonctionnement et l'entretien des installations techniques et de sécurité de ce réseau pour le compte et selon les objectifs et principes de gestion définis par Réseau ferré de France qui la rémunère à cet effet.
30. L'activité de GID était exercée par la direction dite « IEX », intégrée à la branche Infra de la SNCF. Le 1^{er} janvier 2010, à la suite de l'adoption de la loi ORTF, cette activité a été transférée à la Direction de la Circulation Ferroviaire (ci-après « DCF »), qui appartient à la SNCF mais jouit de garanties renforcées d'indépendance concernant, notamment, son directeur, son personnel, ses missions et son budget.
31. La SNCF est, en outre, habilitée à exercer des activités qui se rattachent directement ou indirectement à son domaine d'activité principal. A cet effet, elle peut créer des filiales ou prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire du sien.
32. Ainsi, la SNCF exerce plusieurs activités liées au transport ferroviaire comme la location de matériel roulant (locomotives et wagons), les services d'entretien et de maintenance du

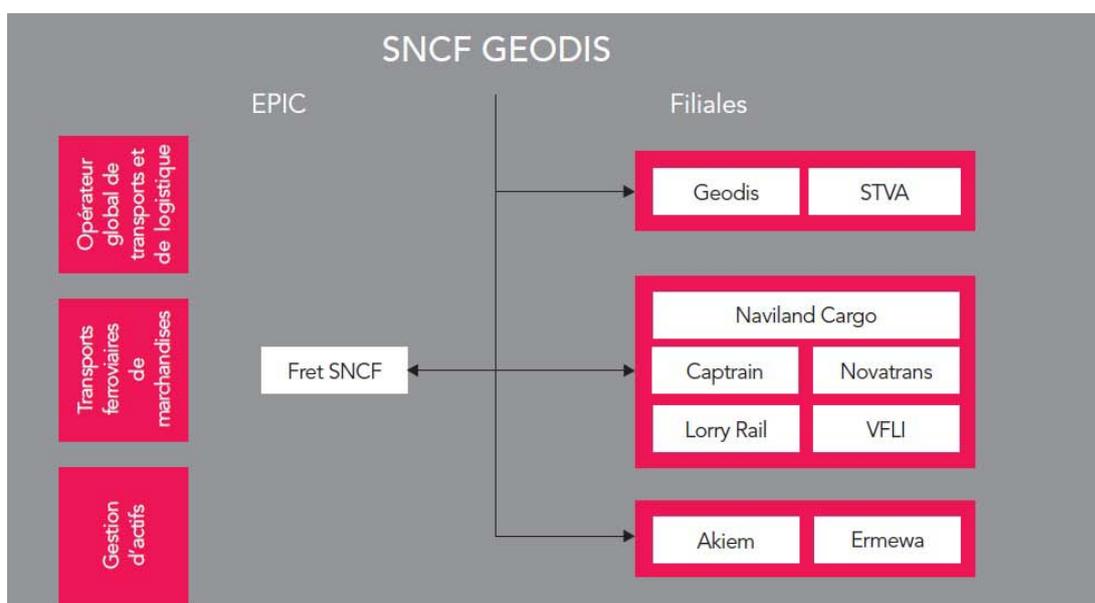
matériel roulant et la fourniture de combustible dans ses stations-service. A cet égard, elle est donc également à la tête d'un groupe de sociétés via sa holding financière SNCF Participations.

33. Le groupe SNCF se présente en cinq branches d'activités correspondant, chacune, à une division de l'EPIC SNCF, d'une part, et à des sociétés dont la SNCF détient tout ou partie du capital via SNCF Participations, d'autre part :

- la branche SNCF Infra ;
- la branche SNCF Proximités ;
- la branche SNCF Voyages ;
- la branche SNCF Geodis ;
- la branche Gares & Connexions.

34. Dans la présente affaire sont en cause, d'une part, la branche SNCF Infra, de laquelle relève la DCF qui assure la gestion, l'exploitation et la maintenance de la partie du réseau ferré dévolue à la SNCF, notamment, dans le cadre de la convention qui lie la SNCF à RFF en tant que GID et, d'autre part, la branche SNCF Geodis (anciennement dénommée branche Fret), qui regroupe les activités de transport de marchandises et de logistique du groupe SNCF.

35. Le schéma exposé ci-dessous, qui est issu du rapport annuel de la SNCF pour l'année 2011, précise la structure de la branche Geodis de la SNCF :



36. Cette branche d'activité se compose d'une partie de l'EPIC SNCF en lui-même, la division Fret SNCF qui est l'opérateur historique de fret ferroviaire en France, et de filiales de l'EPIC SNCF dont il détient l'intégralité du capital, directement ou indirectement, par le biais de la holding SNCF Participations.

37. Sont présentées ci-dessous les filiales de la branche Geodis évoquées dans les pratiques discutées dans la présente décision.

Akiem

38. Créée en 2008 afin de valoriser certains actifs de Fret SNCF, Akiem est spécialisée dans la location de locomotives. Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 62,5 millions d'euros en 2010.

Ermewa Ferroviaire (anciennement France Wagons)

39. France Wagons a été créée en 1993 afin de gérer, modifier et moderniser le parc commercial de wagons de la SNCF qui lui en a transféré la propriété. Elle a pour fonction de valoriser ce matériel.
40. Le périmètre de cette société a fortement évolué depuis sa création, en termes de rationalisation de ses actifs, son parc de wagons étant passé de 82 500 wagons en 1993 à 38 000 environ en 2010. En dépit de ce transfert capitalistique des wagons, Fret SNCF a continué d'utiliser l'ensemble des wagons du parc de France wagons sous forme de location jusqu'en 2004, date à laquelle Fret SNCF a cessé d'en louer une partie.
41. L'une des particularités de France Wagons est de posséder un parc généraliste, cas fréquent pour un opérateur historique. Ainsi, elle disposait à sa création de sept catégories de wagons. Elle possédait par ailleurs 22 wagons de type EX, utilisés pour le transport de granulats, dont la gestion était confiée à une société tierce, la Société de Gérance de Wagons de grande capacité (ci-après « SGW »).
42. A la suite du rachat d'Ermewa (groupe historiquement spécialisé dans la gestion de wagons-containers) en janvier 2010 par TLP, le pôle gestionnaire d'actifs de la branche SNCF Geodis a été réorganisé. Ermewa Ferroviaire (anciennement Ermewa France) a été absorbée par France Wagons le 31 décembre 2010. France Wagons a, par ailleurs, pris la dénomination sociale de « Emerwa Ferroviaire » le 1^{er} janvier 2011.
43. Depuis l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de marchandises, Ermewa Ferroviaire loue ses wagons à la SNCF ainsi qu'à d'autres entreprises ferroviaires et chargeurs en France et à l'étranger. Elle dispose de trois modes de gestion à cet effet :
- la location directe pour la SNCF (environ 20 000 wagons) et pour certains tiers (environ 4 000 wagons) ;
 - l'utilisation de pools gérés par des sociétés tierces spécialisées qui mutualisent l'accès aux wagons (SGW, CTC, Transucre, Transpul) ;
 - le mandat à des sociétés tierces sans utilisation de pools (SGW, Transengrais).
44. Ermewa Ferroviaire a réalisé un chiffre d'affaires de 202 millions d'euros en 2010.

Naviland Cargo

45. Naviland Cargo est une société issue de la restructuration de la Compagnie Nouvelle de Conteneurs (ci-après « CNC»). Son capital est détenu à 99,96 % par TLP.
46. Naviland Cargo exploite et commercialise des services de transport combiné, principalement liés à l'interconnexion avec le transport maritime. A cette fin, elle gère des terminaux de transport combiné. Bien qu'elle ne soit pas une entreprise ferroviaire au sens de la réglementation, elle exploite pour son propre compte depuis 2007 des activités de traction sous la licence de la SNCF. A cet effet, la SNCF lui loue un parc de locomotives. Elle lui détache également une partie de son personnel.
47. Elle a réalisé un chiffre d'affaires de 95 millions d'euros en 2010.

La Société de Gérance de Wagon de grande capacité (SGW)

48. La Société de Gérance de Wagon de grande capacité a été créée en 1941. Il s'agit d'une société d'exploitation qui loue des wagons utilisés pour le transport de marchandises pondéreuses, tels que des granulats, du sable ou du sel, ou encore les produits combustibles, sidérurgiques ou les matériaux de construction. Elle se présente ainsi comme le spécialiste français du wagon destiné au transport de vrac solide industriel (minerais, combustibles, produits de carrière, etc.).
49. Elle n'est pas propriétaire de son parc de wagons, ces derniers lui étant uniquement confiés sous mandat de gestion par différents propriétaires ou loueurs, comme Ermewa Ferroviaire, Sogewag, Pont à Mousson, VTG, EDF, SCRC, Tranord et Touax. Elle est gestionnaire du pool Transvrac par l'entremise duquel elle est le principal loueur de wagons de type EX en France.
50. Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 2,5 millions d'euros en 2010.

Voies Ferrées Locales et Industrielles (VFLI)

51. Créée en 1998 pour exploiter les embranchements terminaux, Voies Ferrées Locales et Industrielles (ci-après « VFLI ») emploie environ 860 personnes. Elle a obtenu sa licence d'entreprise ferroviaire le 8 août 2006.
52. VFLI s'est initialement positionnée comme sous-traitant de Fret SNCF. A partir de janvier 2008, elle a commencé à agir comme une entreprise ferroviaire à part entière en entrant en relation directe avec les chargeurs et en gérant ses propres trafics.
53. VFLI a réalisé un chiffre d'affaires de 113,8 millions d'euros en 2011.

b) Les autres entreprises ferroviaires

54. Les principales entreprises ferroviaires proposant des services de fret ferroviaire en France en dehors de la SNCF ou de ses filiales sont les suivantes.

CFL Cargo

55. CFL Cargo est née le 17 octobre 2006 de la fusion des transports internes d'ArcelorMittal avec les Chemins de Fer Luxembourgeois. A l'image de SNCB Logistics, CFL Cargo réalise en France uniquement des trafics internationaux, axés principalement sur la Lorraine.
56. Le chiffre d'affaires global de CFL Cargo était de 94 millions d'euros en 2010.

Colas Rail (anciennement Sécorail)

57. Colas Rail (anciennement Sécorail) est une filiale du groupe Colas, leader mondial de la construction de routes, lui-même détenu à 96,5 % par le groupe Bouygues. Colas Rail est entreprise ferroviaire depuis le 1^{er} janvier 2007 au travers de son Agence Fret. Colas Rail transporte des granulats des carrières du groupe Colas vers ses centrales d'enrobages et offre également ses services à des chargeurs tiers.
58. Colas Rail a réalisé un chiffre d'affaires global de 397,8 millions d'euros en 2010, dont environ 10 millions concernent son activité de transport ferroviaire.

Euro Cargo Rail (ECR)

59. Créée en 2005, Euro Cargo Rail (ci-après « ECR ») est une filiale de DB Schenker Rail, opérateur de fret ferroviaire au Royaume-Uni, qui depuis novembre 2007 appartient à l'opérateur historique allemand Deutsche Bahn.
60. Active sur le marché français depuis octobre 2005, ECR est une entreprise ferroviaire à vocation généraliste, qui opère des trains de marchandises conventionnels et de transport combiné. Elle est, à l'heure actuelle, le principal concurrent de la SNCF dans le secteur du fret ferroviaire.
61. Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 109,5 millions d'euros en 2010.

Europorte France (anciennement Europorte 2)

62. Europorte France (anciennement Europorte 2) est une filiale d'Eurotunnel. Elle dispose d'une licence d'entreprise ferroviaire depuis 2004.
63. Europorte 2 était initialement spécialisée dans le transport de marchandises transmanche.
64. En novembre 2009, elle a repris les activités de transport de marchandises en France du groupe Veolia par le rachat des filiales Veolia Cargo France, Socorail, Veolia Cargo Link et CFTA Cargo. Elle est ainsi devenue le deuxième concurrent le plus important de la SNCF sur cette activité. Veolia Cargo opérait en tant qu'entreprise ferroviaire sur le marché français depuis juin 2005.
65. Europorte France a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 28 millions d'euros en 2009 et de 98 millions d'euros en 2010.

SNCB Logistics (anciennement B Cargo)

66. A la suite d'une réorganisation de la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB), sa division B Cargo a été cédée le 1^{er} février 2011 à la société SNCB, qui est chargée de la traction ferroviaire pour l'ensemble des filiales commerciales de la SNCB actives dans l'activité du transport de marchandises.
67. En France, SNCB Logistics réalise uniquement des trafics internationaux. SNCB Logistics a réalisé un chiffre d'affaires global de 296,1 millions d'euros en 2010.

2. LES CHARGEURS

68. Les chargeurs sont les clients finaux des entreprises ferroviaires, qui assurent pour eux des services de transport ferroviaire de marchandises.
69. Les chargeurs faisant appel à des services de transport ferroviaire de marchandises dits « conventionnels » (par opposition aux services de transport combiné de marchandises) soit disposent d'un accès à des installations terminales embranchées (« ITE »), c'est-à-dire reliées au réseau ferré national, leur permettant d'accueillir les trains et les décharger dans leurs locaux, soit acheminent les marchandises par camions vers leurs sites de production depuis l'ITE appartenant à RFF ou à la SNCF.
70. Les clients ayant un volume très important de marchandises à faire transporter utilisent le plus souvent les services de train massif, c'est-à-dire uniquement composés de leurs propres marchandises (par opposition aux services de wagons isolés).

71. Les principaux chargeurs sont les industriels de la chimie, de la sidérurgie, du secteur automobile, les carrières et les fabricants de produits de grande consommation.

D. LES PRATIQUES RELEVÉES

1. L'UTILISATION D'INFORMATIONS CONFIDENTIELLES EN POSSESSION DE LA SNCF

72. Compte tenu des procédures mises en place pour permettre aux entreprises ferroviaires de demander l'accès au réseau ferré national, certaines informations stratégiques et confidentielles, dont l'utilisation est uniquement réservée à la SNCF en sa qualité de GID pour le compte de RFF, sont transmises à la branche Infra de la SNCF par les entreprises ferroviaires de deux manières.
73. Les entreprises ferroviaires sont, en premier lieu, dans l'obligation de communiquer aux services de la branche Infra de la SNCF, dans le cadre de leurs demandes de sillons, des informations commerciales stratégiques qui permettent d'identifier les marchés de fret concernés. Ces demandes contiennent de nombreuses informations commercialement sensibles, propres au trafic prévu sur le sillon demandé (type de locomotive, poids et longueur du train, nombre d'unités qui composent le train, provenance et destination du train). Elles sont parfois complétées par des observations qui permettent de déterminer l'identité du client concerné ou le trafic concerné (saisine n° 09/112 F cotes 2 552 à 2 557). La demande de sillon, qui précise la provenance et la destination du trafic en cause, est également un élément qui, à lui seul, permet de déterminer, dans de nombreux cas, le client démarché par l'entreprise ferroviaire concurrente.
74. Les entreprises ferroviaires communiquent, en second lieu, des informations commercialement sensibles aux services de la branche Infra de la SNCF, dans le cadre de leurs demandes de visites de sites techniques. Lorsqu'une entreprise ferroviaire souhaite utiliser de tels sites pour les besoins d'un nouveau client, elle doit contrôler *in situ* les connexions et les infrastructures qui relient la ligne principale aux installations du client. Elle doit en pratique adresser une demande écrite de visite de la gare au guichet unique GID de la branche Infra de la SNCF. Cette demande comporte de nombreuses informations relatives à la nature du trafic envisagé, aux services proposés et à l'identité du client, ainsi que sur la date de première exploitation des sites en question (saisine n° 09/112 F cotes 2 558 à 2 603).
75. L'ensemble de ces informations est recueilli par la SNCF en sa qualité de GID à l'occasion de l'attribution des sillons ou des visites de sites, pour accomplir sa mission de gestionnaire d'infrastructure délégué pour le compte de RFF. Elles sont donc, par leur nature même, confidentielles.
76. Les dispositions qui encadrent l'activité de GID font en effet peser sur la SNCF une obligation de confidentialité. Ainsi, le IV de l'article 3 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national, précité, prévoit que :

« Dans le cadre des missions qui lui sont confiées par l'article L. 2111-9 du code des transports, la Société nationale des chemins de fer français prend les mesures nécessaires pour garantir l'absence de discrimination dans la gestion de l'accès aux infrastructures de services et aux prestations qui y sont fournies. A ce titre, elle respecte la confidentialité des informations à caractère industriel ou commercial qui lui sont communiquées par les entreprises ferroviaires qui souhaitent y accéder. De même, ces entreprises respectent la

confidentialité des informations de même nature qui leur sont, le cas échéant, communiquées par la Société nationale des chemins de fer français ».

77. Par ailleurs, l'article 1^{er} du décret n° 2011-891 du 26 juillet 2011 relatif au service gestionnaire du trafic et des circulations et portant diverses dispositions en matière ferroviaire (JORF du 28 juillet 2011, p. 12885) liste les informations détenues par le service gestionnaire du trafic et des circulations dont ce service est tenu, en application de l'article L. 2123-7 du code des transports, de préserver la confidentialité.
78. Dans ce contexte particulier, il ressort des pièces du dossier que la branche Fret de la SNCF, agissant en sa qualité d'entreprise ferroviaire, a eu accès à de telles informations confidentielles, en connaissant leur caractère confidentiel au titre de la réglementation précitée. Ces informations ont ensuite circulé au sein de cette branche d'activité et, pour certaines d'entre elles, ont été utilisées pour modifier sa politique commerciale sur certains trafics.
79. En premier lieu, la branche Fret de la SNCF a disposé des informations confidentielles suivantes :
 - l'information qu'une entreprise ferroviaire concurrente va faire la visite technique d'un site (cotes 35 997 et 35 998, 38 880, 38 890 à 38 891, 38 907 et 38 908, 38 913 et 38 914, et 38 824 et 38 825), ou a effectué une telle visite (cotes 38 826 et 38 827, 38 869, 38 904 et 38 905, 38 906, 38 826 et 38 827). Ces remontées d'informations comprennent des éléments sur le client visé, les sillons demandés, le type de marchandises transportées, les fréquences des rotations envisagées et les plans de transport envisagés (type de traction, de la longueur et du tonnage des trains prévus) ;
 - des listes de visites de sites techniques prévues pour des entreprises ferroviaires concurrentes (cotes 38 871 à 38 873, 38 889 et 38 893, 38 899 et 38 900, 38 902 et 38 903). Certaines listes précisent l'identité des clients démarchés ;
 - des comptes-rendus de visite de sites techniques par les concurrents, qui ont été rédigés par la branche Infra de la SNCF en sa qualité de GID (cote 38 874 à 38 879), par RFF (cotes 38 896 à 38 898). Ces documents comprennent des informations confidentielles dévoilant la stratégie commerciale du concurrent, en précisant, notamment, les demandes de sillons effectuées et le plan de transport détaillé qui est envisagé ;
 - des formulaires de demandes de visite de sites techniques, qui indiquent, entre autres, les sites à desservir et l'identité des clients pour chaque site (cotes 38 881 à 38 889) ;
 - des formulaires de demandes de sillons, en attente de traitement par le GID (cotes 18 954 et 18 955, 38 870, 38 901, et 39 589 à 39 592) ;
 - des listes de sillons attribués aux concurrents (cotes 39 089 à 39 105) ;
 - le fait qu'un concurrent est sur le point de mettre en exploitation un site technique en précisant le nombre de trains prévus annuellement, leur destination et le client associé (cote 38 760) ;
 - des informations confidentielles sur les investissements futurs de l'Infra et leurs conséquences sur la disponibilité à venir des sillons concernés (cotes 38 915 à 38 917).

80. En deuxième lieu, il ressort des pièces du dossier que les cadres de la branche Fret qui ont retransmis au sein de cette branche ces informations confidentielles avaient connaissance soit que ces informations provenaient de l'activité de GID de la SNCF, soit qu'elles revêtaient un caractère confidentiel et n'avaient pas à être utilisées dans un cadre commercial.
81. Premièrement, l'origine GID de ces informations est confirmée pour de nombreuses pièces :
- le compte-rendu de la visite du site de Vitry-le-François a été fait par le cadre de SNCF qui a pris part à cette dernière « *en tant que représentant de l'Infra* » (cotes 38 826 et 38 827). L'information se rapportant à la visite de la gare de Fère en Tardenois a été transmise oralement par un cadre du pôle sécurité de Reims (cote 38 905) ;
 - les comptes-rendus des visites de site de Bazière, de Saint-Gaudens et de Montréjeau sont des documents à en-tête de la branche *Infra* de la SNCF, « *Délégation régionale infrastructure, Pôle sécurité système régional* » (cotes 38 876 et 38 878) ;
 - les formulaires de demandes de visites de ECR de sites techniques, saisis dans les locaux de la SNCF, étaient adressés au « *GID Guichet Unique* » (cotes 38 886, 38 888 et 38 889) ;
 - la source de l'information concernant la mise en exploitation par ECR du trafic Souillac/Saint-Gaudens est identifiée « *source GID* » (cote 38 901). De plus celle du site Lerouville par Veolia et CFL Cargo est donnée sous couvert d'une « *Information confidentielle de l'Infra* » (cotes 38 760 et 39 088) ;
 - sur l'organisation de la visite du site COOPERL pour ECR, un courrier électronique d'un cadre de l'Infra confirme qu'il est la source de cette information transmise à la branche Fret (cote 38 907) ;
 - s'agissant du courrier électronique récapitulant les investissements dans les infrastructures dans la zone de Toulouse, si son origine est anonymisée, il est manifeste qu'il provient d'un agent du GID dès lors que ce dernier définit lui-même son rôle dans les termes suivants : « *RFF nous confie les études techniques* » (cotes 38 915 à 38 917) ;
 - s'agissant de la visite de la gare de Bullay Grenier par B Cargo, la directrice adjointe de l'agence commerciale Grand-Ouest Chimie de l'antenne Fret de Lille indique que cette entreprise « *s'est manifestée auprès de SNCF Infra représentant RFF pour la visite* » (cote 17 730).
82. Deuxièmement, l'attitude et la façon dont sont présentées certaines de ces informations par les cadres de la branche Fret qui les ont fait circuler montrent leur connaissance de ce caractère confidentiel :
- « *Information confidentielle issue de l'Infra* » (cotes 38 760 et 39 088) ;
 - « *les demandes de sillons adressées par EWSI à RFF se sont retrouvées sur mon bureau* » et « *de nouvelles informations se sont égarées (source : gare de Caffiers)* » (cote 39 589) ;
 - « *j'ai appris fortuitement de l'Infra* » (cote 38 908) ;
 - « *Merci de ne pas citer les sources de ce document, il m'a été transmis à titre personnel* » (cotes 38 915 à 38 917) ;

- « Cette visite de site est dans notre responsabilité de GID et la convention de gestion nous rémunère pour cela. Par contre, je trouve maladroit d'aborder le sujet avec le client, qui va s'empresser d'en parler à ECR, qui pourra par la suite accuser l'infra de connivence avec le Fret au sein de "la SNCF" en prenant bien soin d'aviser RFF (Ce ne serait pas la première fois, ils l'ont déjà fait sur Rennes). Je te rappelle que l'infra Ex a un devoir d'impartialité et de confidentialité et que je me suis engagé auprès de RFF pour que cela soit respecté sur la région » (cote 38 907).

83. En troisième lieu, ces informations confidentielles ont circulé au sein des équipes commerciales de la branche Fret de la SNCF, notamment entre cadres au niveau régional. Elles sont, par ailleurs, systématiquement remontées au niveau de la direction nationale de cette branche de la SNCF, notamment du directeur commercial national pour le secteur « agriculture et produits de carrière », dont la messagerie électronique a été saisie lors des opérations de visite et saisie. Certaines pièces montrent également que des informations sont remontées jusqu'au directeur financier de la branche Fret à l'époque des faits (cotes 38 760 et 39 088) ou du directeur général adjoint de la SNCF en charge de l'activité de transport de marchandises (cotes 38 904 et 39 089).
84. Surtout, il ressort des pièces du dossier que, dans de nombreux cas, la communication de ces informations a conduit la SNCF à adapter sa stratégie commerciale sur les trafics visés par ses concurrents dont les intentions étaient révélées par ces informations. Cette adaptation du positionnement stratégique et commercial de la SNCF vis-à-vis des clients contestés a pris plusieurs formes :
- questionnement sur les positions stratégiques déjà adoptées ou en cours de négociations (cote 38 824) ;
 - analyse des informations confidentielles pour écarter la crédibilité des intentions dévoilées d'un concurrent (cotes 38 826) ;
 - prise de contact immédiate avec certains clients pour mieux définir leurs besoins (cote 38 826), ce « qu'ils attendent exactement » de la SNCF (cote 38 901) ou discuter des prix et des raisons pour lesquelles le client veut changer d'opérateur (cotes 38 913 à 38 914) ;
 - remise à plat de la stratégie commerciale sur certaines zones géographiques et pour certains types de marchandises (cote 38 904) ;
 - reconstruction du plan de transport d'un concurrent sur la base des informations fournies afin d'en « tirer avantage » et de formuler des offres commerciales agressives et ciblées sur certains trafics (cotes 39 589 à 39 592).
85. Au vu des pièces du dossier, la branche Fret de la SNCF a eu accès à ces informations confidentielles du mois d'avril 2006 (cotes 39 589 à 39 592) au mois de septembre 2008 (cotes 38 824 et 38 825).

2. L'ACCÈS AUX COURS DE MARCHANDISES DE LA SNCF

a) La répartition des cours entre RFF et la SNCF

86. Jusqu'à la création de RFF en 1997, le réseau ferroviaire appartenait à l'État et était géré par la SNCF. Après cette date, l'ensemble du réseau a été apporté en pleine propriété à RFF à l'exception de biens identifiés demeurant gérés par la SNCF, comme certaines cours

de marchandises. La réglementation prévoyait dès 1997 la répartition de ce patrimoine ferroviaire entre RFF et la SNCF, mais cette répartition n'a été effective qu'avec la publication de l'arrêté ministériel du 27 novembre 2006.

87. Il en résulte que les cours de marchandises, qui sont des terrains adaptés et reliés au réseau permettant de charger et décharger les marchandises entre le rail et la route, peuvent appartenir à RFF ou à la SNCF. La SNCF a conservé la propriété des cours dont elle pouvait avoir l'utilité pour son activité d'entreprise ferroviaire. Elle est ainsi, à la fois, propriétaire, utilisateur et gestionnaire de ces infrastructures en ce qui concerne leur accès pour les entreprises ferroviaires qui en auraient besoin pour leur activité de transporteur.

b) L'inscription des cours de marchandises de la SNCF dans le document de référence du réseau (DRR)

88. Il ressort des pièces du dossier que la SNCF a, dans un premier temps, retardé la publication au sein du document de référence du réseau (DRR) de la liste de ses cours de marchandises. En effet, les premières prises de position de la direction de la SNCF font état, dès la fin de l'année 2006, d'importantes réticences vis-à-vis de cette publication, notamment de la part de sa branche Fret.
89. Cette position initiale, qui a causé un retard dans la publication de la liste de ses cours de marchandises, est notamment illustrée par deux documents saisis dans les locaux de la SNCF. D'une part, des notes manuscrites saisis dans les locaux de la direction audit et risques attestent que « *au départ on ne veut pas donner la liste des "gares marchandises" »* (cote 14 569). D'autre part, dans un courrier électronique datant du mois de février 2007, est exprimée la position suivante : « *Pour [CS], suite à la réunion de concertation préalable au COMEX, notre position Fret est très claire, et a été retenue par S : il est hors de question de publier une liste de cours marchandises (vraisemblablement occupées par des activités commerciales, donc non disponibles – principe de répartition retenu en 1997) »* (cote 39 219).
90. Ces documents montrent que le refus initial de publication était délibéré de la part de la SNCF, dès lors que l'accès aux cours de marchandises avait été identifié comme un avantage concurrentiel dont la SNCF voulait continuer de jouir au détriment des autres entreprises ferroviaires (cotes 14 569 et 39 219). Un document de la direction de la stratégie en date du 1^{er} décembre 2006 résume ces considérations : « *Plus généralement, Fret SNCF s'inquiète des conséquences de cette tendance générale à réduire le champ de la compétition entre entreprises ferroviaires au seul maillon de la traction ferroviaire. La publication d'un catalogue des prix pour l'accès et l'utilisation des cours marchandises ramène ces dernières au simple rang de commodités, retirant ainsi à la SNCF un facteur de différenciation et diminuant la valeur ajoutée à son offre. Fret SNCF pose très concrètement la question de la capacité et de la volonté de l'entreprise à défendre la conservation des attributs lui permettant de faire une offre différenciée et compétitive. »*
91. Ce n'est qu'en avril 2007, face à l'insistance de RFF et de la MCAF, que la SNCF a communiqué la liste de ses cours de marchandises pour les inclure dans le DRR (cotes 15669, 34 071 et 34 072, et 39 317). L'inscription de la liste des cours de marchandises de la SNCF n'a été constatée dans le DRR qu'à partir de l'année 2009.
92. Néanmoins, si la SNCF a communiqué la liste de ses cours de marchandises, elle n'a pas donné suite aux autres demandes de RFF et de la MCAF, qui portaient sur la nécessité de diffuser des conditions d'accès et de tarification transparentes et documentées pour ces infrastructures, conditions qui auraient permis aux autres entreprises ferroviaires

d'exploiter utilement une telle liste. La liste des cours de marchandises n'est donc accompagnée d'aucun élément précis s'agissant des conditions d'accès et de tarification, renvoyant à un examen au cas par cas de chaque demande d'accès à traiter par le guichet unique de la SNCF. Cette position a été prise par le comité exécutif de la SNCF, malgré les nouvelles demandes de RFF et de la MCAF de publier « *des conditions d'utilisation et une tarification les plus précises possibles, éventuellement par catégorie de gares* » (cote 15 231).

93. Il en résulte que, selon une note de stratégie de la direction audit et risques saisie dans les locaux de la SNCF, « *ne figurent au DRR que les principes d'accès aux gares marchandises, pour une analyse au cas par cas* » dans le but de « *volontairement limit[er] l'accès à différents types d'installations* » (cote 15 649) et qu'« *en définitive cette liste des cours fret n'est pas lisible et compréhensible pour les autres entreprises ferroviaires qui la jugent donc inexploitable dans sa forme actuelle* » (cote 15 670).
94. Le caractère délibéré de ce refus de publication des principes détaillés des conditions d'accès, d'utilisation et de tarification des cours de marchandises est expliqué par ce même document, du 29 avril 2008, de la façon suivante :

« L'Activité Fret s'est surtout employée à restreindre l'accès des autres entreprises ferroviaires aux "terminaux marchandises" dont elle est gestionnaire (1/2) (...) »

• La SNCF n'a que très tardivement et partiellement répondu aux exigences de RFF et de la MCAF

- RFF et MCAF ont instamment demandé à la SNCF dès 2005 d'inclure dans le DRR non seulement une liste la plus exhaustive possible des cours marchandises, mais aussi des conditions d'utilisation et une tarification les plus précises possibles, éventuellement par catégories de gares.

- En réponse à cette demande, à l'automne 2006, la SNCF a simplement proposé d'indiquer dans le Document de Référence du Réseau (DRR) que son guichet unique instruirait, au cas par cas, les demandes des entreprises ferroviaires concernant l'accès aux cours Fret et proposerait des modalités de mise à disposition de ses installations, en fonction de leur configuration et de leur disponibilité effective.

- Devant l'insistance de RFF et de la MCAF, Fret SNCF a dû se résoudre en 2007 à inclure dans le DRR du service annuel suivant, la liste des cours fret accessibles aux entreprises ferroviaires (annexe 7.3. du DRR).

- La liste fournie par la SNCF se borne cependant à énumérer par département et par ville les sites existants sans aucune description des modalités d'accès (ex. : horaires d'ouverture, consistance des installations, éventuelles restrictions...) et sans aucune publication de tarifs (...).

L'Activité Fret s'est surtout employée à restreindre l'accès des autres entreprises ferroviaires aux "terminaux marchandises" dont elle est gestionnaire (2/2)

• Contraintes de soumettre au Guichet Unique de Nancy leurs demandes d'accès aux cours fret pour examen au cas par cas, les entreprises ferroviaires expriment une forte méfiance vis-à-vis de la SNCF, qu'elles soupçonnent de vouloir exploiter sa position dominante de façon abusive

- Les entreprises ferroviaires qui souhaitent utiliser une cour Fret sont dans l'obligation de consulter le Guichet Unique pour en connaître l'accessibilité, car aucune information n'est donnée sur les conditions d'utilisation et les tarifs :

- *La liste des cours fret fournie à RFF et consultable par les entreprises ferroviaires a été établie par FR/DFJ-CFI-INPA et reprend en fait l'ensemble des "lots dits CM4" ; c'est-à-dire l'ensemble des installations affectées comptablement à Fret SNCF au terme du partage réalisé avec RFF (à l'exception des lots anciennement gérés par l'activité SERNAM).*

- *Les lots CM4, qui figurent ainsi sur cette liste, peuvent être déjà concédés ou non à un client de Fret SNCF, et équipés ou non de voies. Pour certaines voies, dont l'Activité Fret n'a plus l'usage, des travaux de remise pourraient également s'avérer nécessaires.*

- *En définitive cette liste des cours fret n'est pas lisible et compréhensible pour les autres entreprises ferroviaires qui la jugent donc inexploitable dans sa forme actuelle.*

- ***Concentrant son énergie sur les moyens de restreindre l'accès à ses cours fret, la SNCF ne s'est pas préparée à répondre concrètement aux demandes des entreprises ferroviaires, à prévenir le risque d'abus et à saisir les opportunités de marché***

- *Sur proposition du comité de transposition, le COMEX a pris la décision le 1/12/06 d'informer RFF que les entreprises ferroviaires devaient systématiquement consulter le Guichet Unique pour connaître les modalités d'utilisation des cours fret (voies+terrains) et les conditions tarifaires.*

- *Cependant la SNCF n'a pas veillé à définir, pour elle-même et à destination des autres entreprises ferroviaires, les règles contractuelles et de tarification pour l'utilisation des cours fret; le Guichet Unique n'a donc pas été en capacité de renseigner les entreprises ferroviaires et d'instruire correctement les dossiers (...) » (cotes 15 669 et 15 670).*

95. Le caractère incomplet de cette publication, s'agissant des conditions d'utilisation et de tarification des cours de marchandises, est constaté si l'on examine le contenu des différents DRR pour les années 2006 à 2012.
96. Pour les années 2006, 2007 et 2008, les DRR ne contiennent pas de liste de cours de marchandises ni, *a fortiori*, de conditions d'accès ou de critères de tarification pour leur utilisation (cotes 28 186 à 29 001).
97. Le DRR pour l'année 2009 contient dans son annexe 7.3 une liste de cours de marchandises distinguant celles appartenant à RFF et à la SNCF (cotes 29 245 à 29 264). La liste est établie par département puis par localité, mais cette annexe ne contient aucune indication sur les conditions d'accès ou les principes de tarification afférents. L'annexe 11 de ce DRR, dédiée aux conditions de fourniture de prestations par la SNCF, contient une fiche spécifique sur l'« *utilisation des cours fret de la SNCF en vue d'assurer du trafic ferroviaire* ». Elle précise que : « *Cette prestation a pour objet d'autoriser une Entreprise Ferroviaire à accéder à une cour FRET de la SNCF pour réaliser des opérations logistiques connexes à un transport ferroviaire.(...) L'accès aux cours FRET de la SNCF, ainsi que leur utilisation, donnent lieu à la perception par la SNCF de redevances dont le montant, compte tenu de la diversité des situations rencontrées, reste déterminée au cas par cas selon les conditions techniques définies par la Convention d'Utilisation* » (cotes 29 342 à 29 345).
98. Pour l'année 2010, la liste de cours de marchandises dans le DRR reste inchangée et l'appendice 6 de l'annexe 9 du DRR relatif à l'utilisation des cours de marchandises de la SNCF reprend en substance les termes de l'annexe 11 du DRR pour l'année 2009 en confirmant une tarification au cas par cas. La seule modification dans cette version du DRR est l'article 5.3.2 du DRR qui recense désormais l'ensemble des équipements ferroviaires dont l'accès est géré par la SNCF, parmi lesquels figurent les cours de

marchandises. Sans donner de principes de tarification transparents et concrets, cet article se contente de prévoir que l'accès à ces équipements « est régi par le décret n° 2003-194 précité (il donne lieu au versement d'une rémunération au coût directement imputable à l'exploitation du service considéré) et par les dispositions définies dans les conditions de fourniture de prestations de la SNCF, objet de l'annexe 9 [précité] ».

99. Pour l'année 2011, la situation relevée dans le DRR 2010 est restée inchangée en substance, l'annexe 9 ne dédiant qu'un nouveau paragraphe aux cours de marchandises qui prévoit : « L'accès aux cours et voies marchandises de la SNCF, ainsi que leur utilisation, donnent lieu à la perception d'une rémunération par la SNCF dont le montant, compte tenu de la diversité des situations rencontrées, reste déterminé au cas par cas selon les conditions techniques définies par la convention d'utilisation. Ces rémunérations peuvent, suivant les cas, prendre en compte, les éléments suivants : étude et la préparation de la prestation, maintenance des installations, utilisation des installations, accès au site » (cotes 30 517 et 30 518).
100. Pour l'année 2012, le DRR introduit un changement significatif puisque les notions de coût directement imputable à l'exploitation du service et de coût du service disparaissent pour les équipements dont l'accès est géré par la SNCF. Ainsi, l'article 5.7 du DRR intitulé « Accès et services fournis par la SNCF » renvoie désormais à l'Offre de Référence de la SNCF, qui reprend le paragraphe sur les critères de tarification issus de la version 2011, en y ajoutant un cinquième élément s'agissant de la co-activité dans une même cour de marchandises.

c) Les difficultés des entreprises ferroviaires concurrentes pour accéder aux cours de marchandises

101. Il ressort des pièces du dossier que les entreprises ferroviaires concurrentes ont rencontré des difficultés pour accéder aux cours de marchandises de la SNCF.
102. En premier lieu, s'agissant des conditions d'accès aux cours de marchandises prévues dans le DRR, les entreprises ferroviaires concurrentes considèrent que les différentes versions de ce document ne sont pas assez complètes pour leur permettre de répondre à la demande de leurs clients. A titre d'exemple, Colas Rail déclare :
- « Le DRR indique si la voie/cour appartient à la SNCF ou à RFF mais il n'est pas assez complet et pas toujours à jour. Il ne précise pas non plus la catégorie de la voie afin de savoir si cette voie est capable de supporter le poids de nos trains. Je ne peux me renseigner qu'une fois que j'ai la commande du client, mais dans ce cas il est difficile de fixer nos prix lorsque nous ne connaissons pas les conditions d'accès aux voies. Dans le cas contraire, si nous contactons Fret en amont pour connaître les caractéristiques des voies, nous risquons de perdre le client » (cote 22 655).
103. En deuxième lieu, la SNCF constate elle-même que ses concurrents éprouvent de grandes difficultés pour accéder à ses cours, en raison de son comportement. Ainsi, une note de la direction audit et risques à l'attention du Président de la SNCF datée du 30 avril 2008 résume cette situation : « Les principales difficultés pour Fret SNCF, portent aujourd'hui sur la mise à disposition des cours fret aux autres entreprises ferroviaires. La liste des cours fret fournie à RFF par la SNCF (et annexée en 2008 au DRR) est insuffisamment connue des équipes SNCF et est jugée difficile d'emploi par les entreprises ferroviaires : cette liste se borne à énumérer par département et par ville les sites existants, sans description des modalités d'accès et publication des tarifs. Fret SNCF ne parvient pas à conclure les conventions d'utilisation des cours avec les entreprises ferroviaires. Sur les 9

sites identifiés faisant déjà l'objet d'une utilisation effective par d'autres entreprises ferroviaires, aucun n'a fait l'objet pour le moment d'une convention signée : en l'absence de règles de tarification claires, publiques et opposables, les entreprises ferroviaires contestent systématiquement le niveau de prix proposé (jugé opaque et discriminatoire) » (cotes 39 940 à 39 941).

104. Ceci ressort, en particulier, de la première demande d'accès à une cour de marchandises de la SNCF, la cour de Melun, qui a été formulée par Colas Rail (anciennement Sécorail) au début de l'année 2007. Si la SNCF a accordé à Colas Rail l'accès à cette cour, elle lui a néanmoins créé d'importantes difficultés, aussi bien en termes techniques, notamment en raison de l'absence d'entretien de certaines voies (cote 22 656), qu'en termes de tarification.
105. Les tarifs pour l'utilisation de cette cour ont évolué au cours des négociations en partant d'une somme de 3 400 euros par séquence d'utilisation (cotes 22 655, 39 148 et 14 302) jusqu'à décroître progressivement par paliers : 2 134 euros, puis 1 280 euros, puis 800 euros, pour enfin atteindre 500 euros par train (cotes 34 503 et 34 504). Des documents saisis à la SNCF rapportent qu'en l'absence de principes de tarification préétablis et transparents, le personnel commercial en charge de la négociation « *a eu la tentation de proposer un prix excessif* » (cote 14 463), ainsi que le souligne le chargé de mission nouveaux entrants de Fret SNCF. Par ailleurs, le prix proposé pour l'utilisation de cette cour, en particulier les premières propositions tarifaires, était, selon les propos mêmes de certains cadres de la SNCF : « *astronomique* » (note d'un directeur de projet de la direction stratégie ; cote 13 208) ou encore « *un pricing dissuasif* » (présentation de la direction de la stratégie ; cote 14 402).
106. Il ressort ainsi des pièces du dossier que la SNCF avait conscience du prix particulièrement élevé qu'elle demandait à Colas Rail, ce qu'elle a corrigé par la suite. Cet exemple s'inscrit plus généralement dans une « *attitude interne de SNCF de vouloir faire payer le prix fort aux NE [nouveaux entrants]* » (cote 13 201), ainsi que le rappelle un cadre logistique de la SNCF, et de « *ne pas vouloir se faire prendre* » des trafics en renchérissant les coûts des concurrents (cote 14 467), ce qui est la position de Fret SNCF.
107. Colas Rail a aussi décrit l'impact qu'ont eu ces difficultés, tant techniques que tarifaires, sur son activité au départ et à destination de cette cour :

« Il faut comprendre qu'à l'époque il n'existait pas d'annexe dans le DRR permettant à COLAS RAIL d'avoir une idée, même imprécise, de l'attribution des voies et cours de gare. De plus, une visite technique du site avait eu lieu précédemment, comme l'impose la procédure. Cette visite a été organisée par le personnel de la SNCF qui était donc au courant de la venue de COLAS RAIL. Cependant, personne n'avait signalé à COLAS RAIL que la gare était FRET SNCF et non RFF. (...) Après une visite du site, COLAS RAIL a réalisé qu'elle ne pourrait livrer des trains que de 19 wagons au lieu des 22 prévus pour le calcul de l'offre initiale. Le contrat avec le client expéditeur est basé sur un prix à la tonne. COLAS RAIL s'était engagé à expédier des trains de 22 wagons avec 1360 tonnes de charge nette minimum. Dans ce cas précis, la limitation est de la responsabilité de l'entreprise ferroviaire (COLAS RAIL). Il est donc impossible de modifier le prix ou d'arrêter cette destination. De nombreuses interventions ont été effectuées auprès de la Direction de FRET SNCF durant l'été pour que les travaux soient réalisés. (...) Après d'autres nombreuses démarches, [la SNCF] a fini par annoncer à COLAS RAIL qu'il n'avait pas de budget pour effectuer les travaux, car FRET SNCF ne réalisait pas de trafic » (cote 23 878).

108. En troisième lieu, si les entreprises ferroviaires nouvelles entrantes ont pu utiliser des cours de marchandises de la SNCF, l'attitude de cette dernière, s'agissant de leur tarification, a engendré d'importantes difficultés pour elles. En raison des tarifs proposés, toutes ont eu des difficultés dans la signature des contrats d'utilisation.
109. En ce sens, un document de la direction audit et risques recense les installations de Fret SNCF utilisées en l'absence de contrat, ceux-ci n'ayant généralement été signés qu'entre mai et juin 2008 (cotes 39 947, 39 956 et 39 957). Ces retards dans la contractualisation ont eu pour origine le désaccord sur les prix demandés par la SNCF, comme l'atteste un document saisi : « *Les entreprises ferroviaires contestent la tarification de Fret SNCF, qu'elles jugent opaque et discriminatoire. Ex : l'annonce par Fret SNCF d'une tarification dissuasive pour l'accès de COLAS RAIL à la cour fret de Melun a bloqué les discussions sans empêcher pour autant l'accès de l'EF aux installations* » (cote 39 951). Ils ont, par conséquent, causé une incertitude pour les autres entreprises s'agissant des prix qui leur seraient appliqués et qu'ils devaient prendre en compte pour formuler des offres commerciales.
110. Un document de la direction des affaires réglementaires (DAR) de la SNCF, intitulé « *Contexte concurrentiel du transport de fret : procédures et risques juridiques* » et remis le 29 avril 2008 au président directeur général de Géodis, résume les termes de cette opposition avec les autres entreprises ferroviaires :
- « *Les EF contestent la tarification de Fret SNCF, qu'elles jugent opaque et discriminatoire. Ex : l'annonce par Fret SNCF d'une tarification dissuasive pour l'accès de COLAS RAIL à la cour fret de Melun a bloqué les discussions sans empêcher pour autant l'accès de l'EF aux installations ;*
 - *En l'absence de règles de tarification claires, publiques et opposables établies par la SNCF, les EF contestent systématiquement le niveau de prix proposé*
 - *La réaction des EF est d'autant plus forte qu'elles contestent sur le fond le principe même de gestion par la SNCF d'une partie du domaine public ferroviaire dont elle est affectataire* » (cote 2 329).

d) Les principes de tarification applicables à l'utilisation des cours de marchandises

Le droit sectoriel applicable

111. La réglementation sectorielle applicable au moment de la mise en œuvre des pratiques était la directive n° 2001/14 et le décret n° 2003-194 précités, ainsi que les DRR.
112. L'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/14 précitée dispose que « *les entreprises ferroviaires peuvent prétendre, sur une base non discriminatoire, à l'ensemble des prestations minimales ainsi qu'à l'accès par le réseau aux infrastructures de services décrits à l'annexe II* ».
113. L'annexe II de cette directive prévoit que l'accès aux infrastructures de services et les services fournis comprennent, notamment, les terminaux de marchandises.
114. S'agissant des principes de tarification, l'article 7, paragraphe 1, de la directive n° 2001/14 précitée, prévoit que « *les redevances perçues pour l'ensemble des prestations minimales et l'accès par le réseau aux infrastructures de services, sont égales au coût directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire* ».
115. L'article 3 du décret n° 2003-194 précité, qui transpose la directive n° 2001/14, disposait dans sa version applicable en l'espèce, à savoir celle antérieure au décret n° 2012-70 du

20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire (JORF du 22 janvier 2012 p. 1291) publié après l'envoi de la notification de griefs), que :

« I.- Le droit d'accès au réseau ferré national comprend pour toute entreprise ferroviaire mentionnée à l'article 2 le droit aux prestations minimales suivantes : le traitement de ses demandes de capacités d'infrastructure, le droit d'utiliser les capacités qui lui sont attribuées, l'utilisation des branchements et aiguilles du réseau, la signalisation, la régulation, la gestion des circulations, la communication et la fourniture d'informations concernant la circulation des trains ainsi que toute autre information nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exploitation du service pour lequel les capacités lui ont été attribuées.

Le droit d'accès au réseau ferré comporte également le droit d'accès aux équipements suivants : les installations de traction électrique, y compris les installations de transport et de distribution de l'électricité de traction, les infrastructures d'approvisionnement en combustible, les gares de voyageurs comprenant leurs bâtiments et les autres infrastructures, les terminaux de marchandises, les gares de triage, les gares de formation, les gares de remisage, les centres d'entretien et les autres infrastructures techniques.

(...)

III.- L'accès par le réseau aux prestations minimales mentionnées au premier alinéa du I donne lieu au versement de redevances d'infrastructure dans les conditions prévues par le décret n° 97-446 du 5 mai 1997 susvisé.

L'accès par le réseau aux équipements de service mentionnés au second alinéa du I donne lieu au versement d'une rémunération égale au coût directement imputable à l'exploitation du service considéré ».

116. Tel que modifié par le décret n° 2012-70 précité, l'article 3 du décret n° 2003-194 précité dispose désormais que :

« (...) III.- L'usage des infrastructures de services accessibles par le réseau ferré national est régi par les dispositions du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire ».

117. L'article 3 du décret n° 2012-70 précité dispose quant à lui que :

« La fourniture des prestations régulées donne lieu à la perception d'une redevance liée au coût de la prestation calculé d'après le degré d'utilisation réel. Le montant de chaque redevance peut être modulé, en tenant compte de la situation de la concurrence et dans des conditions transparentes et non discriminatoires, pour tenir compte, selon la prestation régulée :

a) Du type de convoi, notamment de sa capacité d'emport ou de sa longueur ;

b) Du type de service de transport qu'assure le convoi ;

c) Du nombre de voyageurs susceptibles de bénéficier de la prestation ;

d) De la période horaire d'utilisation ;

e) Du délai entre la demande et la date prévue de fourniture de la prestation ;

f) De la quantité de marchandises exprimée en unités de transport intermodal ou en tonnes ».

La grille tarifaire de la SNCF

118. La SNCF a constitué une grille de tarification pour l'utilisation des cours de marchandises par les entreprises ferroviaires à la suite de la demande de Sécorail d'accéder à la cour de Melun.
119. La mise en place de cette grille a été précédée par une réflexion interne à la SNCF portant, notamment, sur la question de savoir si les cours de marchandises constituent ou non des facilités essentielles, sur les coûts à prendre en compte au regard de la directive n° 2001/14 et du décret n° 2003-194 précités et sur la distinction entre les cours de marchandises et les services associés.
120. Un document de la direction de la stratégie de la SNCF en date du 1^{er} décembre 2006 intitulé « *Les services aux autres entreprises ferroviaires sur le RFN. Cas des gares marchandises et des centres d'entretien* » analyse ainsi la question de la tarification des cours de marchandises :
- « Pour les services fournis par la SNCF sur ces “équipements de services”, l'article 3 III du décret évoque une rémunération “égale au coût du service lorsque celui-ci est rendu par un fournisseur en situation de monopole”. Même en position dominante, la SNCF n'est pas en monopole ; la SNCF peut donc facturer son coût complet, avec une marge “raisonnable”.*
- Pour l'accès à ces “équipements de services”, le même article 3 III évoque “une rémunération égale au coût directement imputable”. Cette notion est souvent traduite par coût marginal ce qui, en l'occurrence, paraîtrait contradictoire avec un autre impératif pour la tarification, le caractère non discriminatoire : facturer l'accès aux nouvelles entreprises ferroviaires au coût marginal serait discriminatoire vis-à-vis de Fret et des transporteurs SNCF, qui supportent un coût d'accès complet.*
- Aussi il est proposé que lorsqu'elle facture le seul accès aux “infrastructures de services” (ici les gares marchandises), la SNCF le fasse au coût complet, intégrant le coût de possession de ces infrastructures » (cote 15 232).*
121. Les critères finalement appliqués aux entreprises ferroviaires dans les contrats qui ont suivi le contrat d'accès à la cour de Melun sont les suivants (procès-verbal d'audition de MM. Y..., Z..., A... et B... en date du 4 juin 2010, cote 34 073) :
- « - La préparation du dossier (étude, plan de prévention, visite préalable)*
 - Les coûts de maintenance (préventive avec un coût au mètre carré, un coût d'utilisation et d'usure de la cour et des forfaits de maintenance régulière)*
 - L'emprise foncière. Nous nous sommes basés sur la Côte Callan*
 - Taxes*
 - Provision pour risque ».*
122. La SNCF a ensuite établi des grilles de tarification pour plusieurs cours utilisées par ses concurrents :
- Le Boulou pour Veolia (cote 13 252) ;
 - Mézy pour Sécorail (cotes 36278 et 36 283) ;
 - Melun pour Sécorail (cote 36 280) ;
 - Nice Saint-Roch pour ECR (cote 36 285).

123. Les tableaux de facturation pour les différentes entreprises ferroviaires se composent des cinq critères suivants :
- l'instruction du dossier ;
 - la préparation de la prestation ;
 - la maintenance des installations ;
 - l'utilisation des installations, comprenant le temps d'utilisation des voies ferrées, le temps d'utilisation de la cour par rapport à la valeur vénale de référence (cote Callon) et les impôts et taxes ;
 - l'accès au site.
124. L'entreprise ferroviaire doit ainsi verser des frais d'instruction du dossier et de préparation de la prestation. Ces frais sont indépendants du nombre de trains opérés.
125. L'entreprise ferroviaire doit, en outre, contribuer aux frais de la maintenance et d'utilisation des installations, ainsi que d'accès au site. Ces frais sont fixés en fonction du nombre de trains opérés et du coefficient d'utilisation de la cour.
126. Ainsi, la SNCF considère qu'il y a 520 séquences annuelles possibles d'utilisation d'une cour, ce qui correspond à deux trains par jour ouvrable. Une fois calculé le coût de maintenance et le coût d'utilisation, le montant obtenu est divisé par 520 et multiplié par le nombre de trains opérés. Le résultat obtenu est multiplié par le coefficient d'utilisation de la cour (100 % si l'entreprise ferroviaire est la seule utilisatrice de la cour, inférieur à 100 % lorsqu'elles sont plusieurs entreprises ferroviaires).
127. Enfin, un taux de 15 % est appliqué pour les charges générales, ainsi qu'un taux de 15 % au titre de provisions sur risques (Grille d'évaluation des coûts d'utilisation d'une installation Fret, cote 13 252).

3. LA SURRÉSERVATION ET LA NON-RESTITUTION DE SILLONS

128. Les sillons sont les capacités d'infrastructure requises pour faire circuler un train donné d'un point à un autre dans un créneau horaire précis. Leur attribution, sur demande des entreprises ferroviaires, est effectuée par RFF en sa qualité de GI. Leur capacité est contrainte en nombres et en tracés, un seul train pouvant circuler sur un sillon pour se rendre d'un point à un autre du réseau. Il est donc fréquent que RFF refuse des demandes d'attribution de sillons lorsque ceux-ci sont indisponibles. Cette indisponibilité est généralement causée par deux motifs : la réservation préalable du sillon par un autre opérateur ou des travaux à effectuer sur les voies en cause.
129. Dans sa plainte, ECR estime que la SNCF, au titre de son activité de fret ferroviaire, réserve un nombre de sillons plus important que ce dont elle a besoin. Elle ne restituerait pas, par la suite, les sillons réservés dont elle n'a pas effectivement l'utilité. Ce comportement priverait les autres entreprises ferroviaires des sillons qui leur seraient nécessaires, alors qu'ils ne sont pas utilisés.

a) La politique de surréservation de la SNCF

130. La politique de réservation des sillons est propre à chaque entreprise ferroviaire en fonction de l'organisation de son plan de transport et des rotations de rames qu'elle envisage ou pour lesquelles elle s'est engagée vis-à-vis de ses clients. La surréservation de

sillons ferroviaires est une pratique courante, mise en œuvre par l'ensemble des entreprises ferroviaires, qui leur permet d'anticiper les aléas inhérents à l'activité de transport ferroviaire et d'assurer la continuité de leur plan de transport.

131. Sur la base des informations fournies par la SNCF, les taux de sillons effectivement utilisés, c'est-à-dire circulés, par rapport à ceux réservés, sont les suivants (cote 44 118) :

Année	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Taux de sillon circulés/réservés	78,27 %	78,19 %	75,80 %	82,06 %	77,38 %	74,14 %

132. Pour expliquer ces taux, la SNCF a donné les explications suivantes : « *En 2009, le rapport des kilomètres circulés sur les kilomètres réservés a été de 79 %. Ce ratio s'explique, d'une part, par la nécessité qu'ont toutes les entreprises ferroviaires de réserver plus de sillons pour pallier les risques de réponses négatives ainsi que les aléas de production (les grèves, accidents, incidents caténaire) et les aléas de travaux RFF. L'appréciation de ces risques est faite sur la base de l'expérience de l'année précédente. D'autre part, l'absence d'utilisation de la totalité des sillons réservés s'explique par la perte de certains marchés en cours d'année. L'objectif 2010 est un ratio d'utilisation de 80 %. A fin mars, le rapport des kilomètres circulés sur les kilomètres réservés était de 78 %* » (cote 34 170).

133. Au vu de l'ensemble des éléments du dossier, il ressort que, sur des périodes plus courtes, ce taux peut être plus bas, montrant une forte propension de la SNCF à la surréservation. Par exemple, en mars 2008, le taux d'utilisation des sillons réservés en 2007 était évalué par les services de la SNCF à 69 % de la réservation initiale, avant restitution de certains sillons (cotes 39 859 et 39 860). Un document de la direction financière de Fret SNCF montre également que, pour les trois premiers mois de l'année 2008, le taux d'utilisation des sillons réservés rapportés aux kilomètres circulés était, de façon effective après restitution de sillons, de 69 %, alors qu'il était estimé budgétairement pour l'ensemble de cette année à 80 % (cote 38 919).

134. Ce taux d'utilisation effective des sillons réservés montre qu'un nombre substantiel de sillons ne sont pas utilisés par la SNCF. En effet, ce taux doit être mis en relation avec les volumes de sillons réservés par la SNCF pour le fret : 157 millions de kilomètres de sillons réservés en 2006, 149 en 2007 et 142 en 2008 (cote 42 912). Les proportions indiquées plus haut appliquées à ces chiffres montrent que la SNCF a réservé, sans les utiliser, 34,11 millions de kilomètres de sillons en 2006, 32,46 millions en 2007 et 34,36 millions en 2008.

135. Ces chiffres sont, en valeur absolue, sans commune mesure avec les réservations effectuées par les autres entreprises ferroviaires actives dans le fret qui représentaient, toutes ensemble, moins de 3 % des réservations de sillons en France en 2009, toutes utilisations confondues.

b) Le coût de la surréservation et la politique de restitution

136. Si la surréservation de sillons est courante, les entreprises ferroviaires restituent, en principe, les sillons réservés dès lors qu'elles n'en ont plus l'utilité, en particulier à la suite de la perte d'un client ou d'un trafic au profit d'une autre entreprise ferroviaire. La restitution est fortement encouragée du fait du coût que représentent les sillons non utilisés.

137. Dans le cas de la SNCF, la pratique de surréservation de sillons a généré des charges financières importantes, dans la mesure où une grande partie des sillons réservés et non utilisés n'était pas restituée. La SNCF a en effet dû acquitter à RFF pour l'occupation de ces sillons non-utilisés des redevances et péages substantiels, d'autant plus que le montant de ces droits d'utilisation a doublé entre 2003 et 2008.
138. Des documents saisis dans les locaux de la SNCF montrent que la réservation de sillons non-utilisés et non-restitués à RFF lui a coûté, du 1^{er} janvier 2008 au 31 août 2008, 21,3 millions d'euros, soit, selon les propres calculs de la SNCF par projection linéaire, 32 millions d'euros pour l'année 2008 (cote 39 272 et 39 273). Cette politique de surréservation de la SNCF est donc pour elle, particulièrement coûteuse.
139. Pour minimiser ces coûts, il ressort des pièces du dossier que la SNCF a formalisé une politique générale de restitution des sillons non utilisés (dite « *dé-réservation* ») à compter de novembre 2007, à la suite d'une réunion de son directoire, justifiée par les besoins de maîtrise de ce poste de coûts qui était devenu conséquent compte tenu de l'augmentation continue du niveau des péages de RFF (cotes 38 762 et 39 875 à 39 881). Elle a, notamment, conduit ponctuellement à des libérations massives de sillons réservés et non-utilisés.
140. Néanmoins, après cette date, cette politique de restitution a tardé à s'appliquer en l'absence de consignes claires et immédiates diffusées au personnel opérationnel. Elle n'a donc pas immédiatement été suivie d'effets, compte tenu de la « *frilosité opérationnelle concernant la restitution de sillons* » en particulier au cours de l'année 2008 (cote 38 919).
141. En effet, dans des courriers électroniques saisis dans les locaux de la SNCF et datant du mois de janvier 2008, le directeur du pôle « agriculture et produits de carrière » initie la discussion suivante et reçoit la réponse exposée ci-après :
- « (...) *des sujets sillons et restitution ECR qui coince (ex Pontivy) et où il semble que nous soyons parfois des enfants de chœur (...)* ».
- « (...) *Sur la restitution des sillons, j'ai beaucoup à dire et attention, nous ne sommes pas toujours purs et notamment dans le cas des sillons fac (...)* » (cotes 39 107, et 38 920 et 38 921).
142. En novembre 2008, ce même cadre-dirigeant de la SNCF s'interroge sur le rôle et les capacités de son unité à réduire ses dépenses en sillons et les modalités techniques de mise en œuvre à cet effet, plus d'un an après la réunion du directoire mentionnée plus haut :
- « *Dans les coûts "éludables" nous avons le niveau de restitution des sillons non-consommés. [directeur financier de Fret SNCF] estime la mauvaise qualité du job sur ce point à 20 millions d'euros... Quelle est le rôle du PA là dedans, dit autrement nous sommes les premiers informés a priori que notre commande est annulée et ne requiert plus de sillons ? Comment on convertit l'info vers les entités en charge du sujet ? Je ne nous imagine pas blanc comme neige* » (cote 38 849).
143. Aucune politique systématique de restitution de sillons n'a été organisée avant novembre 2007. Cette politique a donc été laissée à la gestion au cas par cas des opérationnels en charge des trafics que la SNCF opérait. Cette situation a perduré, de façon générale et en l'absence de consignes précises, au moins jusqu'à la fin de l'année 2008.

c) Les difficultés d'accès aux sillons pour les entreprises ferroviaires concurrentes

144. La politique de réservation de sillons de la SNCF semble particulièrement active pour certains trafics, en particulier quand elle connaît l'intérêt d'un concurrent pour un trafic donné, ainsi que le montre le courrier électronique d'un agent de Fret SNCF :

« Comme suite à nos échanges sur le sujet, je vous confirme qu'ECR aurait un RV sur Laragne le 20-3 et étudierait un acheminement via Grenoble. Conclusion il est vraiment urgent de faire une demande de sillon via [Mme X] si cela n'a pas déjà été lancé » (cote 38 975).

145. Il ressort des pièces du dossier que la réservation et l'utilisation de sillons par la SNCF ont parfois été utilisées pour empêcher des concurrents d'avoir accès à certains sillons qui étaient pertinents pour eux. Ce fut ainsi le cas à la suite de la perte d'un trafic des carrières de Luché au profit d'ECR, la SNCF ayant volontairement réparti le trafic qu'elle avait conservé pour ce client sur plusieurs plages horaires en alternance (soit plusieurs sillons) pour prouver l'utilisation de chacune, comme le montre le courrier électronique reproduit ci-dessous :

« D'autre part ECR aurait signifié son intérêt de récupérer le ou les sillons de soirées. Sans faire d'obstruction, nous ne sommes pas payés pour favoriser ce type de demande. Je suggère que d'ores et déjà nous utilisions tous les sillons (en alternance d'un jour sur l'autre) » (cote 38 981).

146. Dans ces conditions, des entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF ont connu des difficultés d'accès à certains sillons en raison des surréservations de sillons par la SNCF.

147. Ainsi, lorsqu'ECR a voulu réserver en 2006 des sillons pour effectuer certaines prestations dans le cadre d'un contrat conclu avec le groupe Basaltes (exploitation de la Carrière de Vignats) débutant en janvier 2007, ses demandes ont été rejetées au motif que les sillons étaient déjà réservés par la SNCF. Or, ces sillons ne pouvaient pas l'être dès lors que le seul chargeur utilisant ce tracé était le groupe Basaltes qui avait choisi de confier l'intégralité du transport de ses marchandises pour ce trafic à ECR. Ce dernier n'a, cependant, pas pu obtenir les sillons les plus pertinents et a dû accepter un compromis l'obligeant à utiliser la ligne de nuit, ce qui a engendré des coûts supplémentaires, notamment, en raison de l'utilisation de camions pour effectuer la liaison finale avec le client (saisine n° 09/112 F, cotes 666 à 724).

148. Les difficultés d'accès aux sillons ont été plus prononcées encore dans le cas des voies uniques à trafic restreint (ci-après « VUTR »). Les difficultés ont rendu nécessaire à de multiples reprises l'intervention de RFF, pour forcer la restitution de sillons non-utilisés.

149. En raison de la vétusté de ces voies, le nombre de trains qui peuvent y circuler est limité, en général, à quatre par jour (saisine n° 09/112 F, cotes 725 à 830). Or, la SNCF a, par le passé, réservé l'ensemble des sillons disponibles sur ces voies, indépendamment d'une utilisation effective de ceux-ci, privant ainsi ses concurrents de toute capacité de transport.

150. Le représentant d'Europorte a ainsi déclaré :

« Nous avons rencontré des difficultés liées aux VU et VUTR :

Lorsque RFF nous attribue un sillon, celui-ci ne tient pas compte des VU ou VUTR nous permettant d'accéder par exemple à l'usine de notre client. Les autorisations pour circuler sur ces voies dépendent de personnels SNCF qui peuvent refuser cet accès pour des questions de circulations (le nombre de circulations par jour est limité).

Par exemple, en 2006 dans les Vosges (Neufchateau-Gironcourt) avec notre client OI, un chef de gare nous a refusé un accès à une verrerie alors que nous disposions du sillon sous prétexte que Fret SNCF circulait déjà sur ces voies et que celles-ci étaient saturées. Cette situation s'est résolue grâce à une intervention de Veolia auprès de RFF.

Sur le marché des céréales nous avons également eu des problèmes avec notre client Saipol à Nogent : nous devions passer sur une VUTR dont les passages par jour sont limités du fait de contraintes de sécurité et d'armement. Ainsi si SNCF a réservé le nombre de passages maximum sur ces voies, une autre EF ne peut donc pas circuler. Les voies uniques avaient une capacité de 4 à 8 trajets, or RFF nous a indiqué qu'il n'y avait plus de capacités résiduelles. Ce qui nous a étonnés au vu des statistiques de nos trafics des dernières années qui ne montraient que des circulations de 5 à 8 trains par mois. Nous sommes intervenus auprès de RFF et la situation a été débloquée.

Mais il est difficile de faire la part des choses entre la désorganisation des services SNCF et une véritable volonté de nuisance » (cotes 23 775 et 23 776).

151. Cette déclaration est d'ailleurs confirmée, en ce qui concerne le client Saipol, par un courrier électronique du 18 septembre 2008 saisi dans les locaux d'Ermewa Ferroviare, qui fait état de la réservation par la SNCF de tous les sillons à destination du site de ce client (cotes 21 174 et 21 175).
152. De même, en mai 2008, ECR avait été sélectionné par le client Lafarge pour opérer un trafic entre son site de Moulins Neufs et la plate-forme Eurovia sur Corquilleroy et Auxy, correspondant à trois ou quatre trains par semaine pendant quatorze semaines. Ce trafic devait emprunter une VUTR située entre Montargis et Corquilleroy et Auxy - un sillon avec un départ entre 14h30 et 15h00 en gare de Montargis, une arrivée entre 17h00 et 17h30 en gare d'Auxy, un départ à 21h00 d'Auxy et une arrivée à 23h00 à Montargis. Ce sillon a été refusé à ECR, la capacité étant réservée par la SNCF notamment pour un usage hypothétique visant le transport de céréales. Or, selon les indications d'Eurovia, ce sillon n'était pas utilisé par la SNCF, cette dernière utilisant un sillon du matin pour accéder à la plateforme d'Auxy qui ne recevait, par ailleurs, pas de train l'après-midi (saisine n° 09/112 F cotes 831 à 833).
153. ECR a également formulé une demande pour avoir accès à la VUTR desservant Estrées Saint-Denis, demande qui lui a été refusée au motif que les sillons étaient réservés par la SNCF. Sur cette demande transmise à RFF, les échanges entre cadres de la SNCF constatent la surréservation et l'existence de marges de manœuvre, et la SNCF écrit :
« Reste que la pression de RFF reste acceptable et que nous n'apportons pas d'autres réponses que nous utilisons les sillons pour pallier nos aléas. Ca ne va pas tenir longtemps » (cote 38 839).

d) Les mesures prises par RFF

154. Confrontée à des pénuries manifestes de certains sillons et à des pratiques de surréservation massives de certaines entreprises ferroviaires sans restitutions subséquentes, RFF a décidé de réagir et a mis en place deux procédures nouvelles.
155. En premier lieu, RFF a mis en place une procédure de retrait de sillons attribués avec préavis lorsqu'ils sont utilisés, sans justification, à moins de 75 % de leur capacité. C'est ainsi que RFF a informé la SNCF, le 4 février 2009, qu'en raison d'une sous-utilisation de 50 sillons, ces sillons lui seraient retirés pour être rendus disponibles aux autres entreprises ferroviaires. Ce retrait se fondait sur le point 4.6 du Document de référence du

Réseau ferré national dans sa version 2009 concernant les « sillons mal utilisés, et qui entravent l'octroi de sillons à d'autres EF » (cotes 30 693 à 30 696).

156. Interrogée sur l'efficacité de cette procédure, RFF a déclaré : « Cette procédure a été mise en œuvre mais est maintenant derrière nous. Fret SNCF a compris qu'elle n'a plus d'intérêt à conserver les sillons qu'elle n'utilise pas et annule à présent les sillons dont elle n'a pas besoin » (cote 23 911).
157. En second lieu, pour limiter les difficultés liées à la restitution de sillons sur les VUTR, RFF a mis en place une procédure spécifique dite de « sillons catalogue », dans l'hypothèse où plusieurs entreprises ferroviaires demanderaient des sillons identiques en vue de leur réponse à un même appel d'offres. Au lieu de les attribuer immédiatement, RFF met ces sillons en « réserve » pour les attribuer à l'entreprise ferroviaire qui remportera le trafic (cote 23 910).

4. L'INDISPONIBILITE DE WAGONS DE TYPE « EX »

158. Les wagons de type « EX » (EX 80, EX 90 et EX 100) (ci-après « wagons EX ») sont des wagons à trois trémies à déchargement axial contrôlé d'une capacité de 58 à 60 m³ environ et pouvant transporter une charge utile maximale de 63 à 67,5 tonnes. Il s'agit de wagons spécialisés pour le transport de granulats. Leurs spécificités les rendent particulièrement adaptés pour livrer les produits de carrière et les centrales à béton ou à bitume.

a) Le parc de wagons EX

159. En 2006, au moment de l'ouverture du secteur du fret ferroviaire à la concurrence, le seul loueur de ce type de wagons en France était la société SGW, qui appartient au groupe SNCF. En effet, tous les propriétaires ou détenteurs de wagons EX (les sociétés VTG, Ermewa, Sogewag, France Wagons, Tranord, SCRC et Roy) les lui avaient confiés pour être gérés au sein du « pool » de wagons Transvrac.
160. Au 1^{er} novembre 2006, SGW gérait pour le compte de leur propriétaire au sein du « pool » Transvrac 2375 wagons EX (cote 6 832). Ce chiffre est confirmé par un document du 12 juillet 2005, saisi dans les locaux de la SNCF, relatif aux wagons aptes à transporter des granulats. Ce document confirme également que, à cette date, la gestion technique et commerciale de l'ensemble des wagons EX disponibles en France était confiée à SGW (cotes 9 864 et 35 905).
161. Le nombre de wagons EX gérés par SGW au sein du « pool » Transvrac a diminué de 150 unités au début de l'année 2007, en raison du retrait de ce pool des wagons des sociétés Roy et Nacco (cotes 25 341 et 25 342, et 38 997).

b) La réservation du parc de wagons EX par la SNCF

162. Il ressort des pièces du dossier que la SNCF, par le biais de sa branche Fret, a disposé au moment de l'ouverture du secteur à la concurrence de l'exclusivité d'utilisation du parc de wagons EX géré par SGW, dans la mesure où elle le réservait dans son intégralité. Eu égard au mode de fonctionnement de SGW, les prévisions d'utilité et les réservations de wagons s'effectuaient à l'époque des faits pour six mois. Des ajustements devaient, néanmoins, être effectués « au fur et à mesure » donnant lieu, le cas échéant, à des libérations de wagons (cote 25 342).

163. La seule exception à cette exclusivité est, pour des raisons historiques, la location directe de wagons, non pas à d'autres entreprises ferroviaires, mais à trois chargeurs pour leurs besoins internes. Ces locations concernent moins d'une centaine de wagons EX aux chargeurs suivants : Malet, Arvel et Calcia (cote 21 361).
164. ECR (à l'époque des faits EWS) a été la première entreprise ferroviaire à contacter SGW en vue de lui louer des wagons EX. Sa première demande a été formulée le 13 mars 2006, des contacts préliminaires ayant eu lieu dès novembre 2005. Elle concernait la location d'une quarantaine de wagons EX à compter du 1^{er} mai 2006 et d'une soixantaine de wagons à compter du 1^{er} septembre 2006, afin d'exécuter les commandes de chargeurs qu'elle avait reçues (cotes 39 214 et 39 215).
165. Le refus de location a été formalisé par SGW le 23 novembre 2006 (cote 33 486) à la suite d'un courrier d'ECR du 6 novembre 2006 (cotes 6 823 et 6 824). Ce refus de location fait suite à la confirmation auprès de la SNCF de ses besoins effectifs en location de wagons EX, qui étaient, selon cette dernière, supérieurs à 2 200 wagons (cotes 22 055 et 33 487).
166. Entre les mois de mai 2006 et octobre 2007, SGW a systématiquement refusé de louer des wagons EX à d'autres entreprises ferroviaires que la SNCF, au motif que l'ensemble de son parc de wagons EX était utilisé par la SNCF, ainsi que les représentants de SGW l'ont déclaré lors de l'instruction. Ils évoquent, par ailleurs, une pénurie de wagons EX pour le deuxième semestre de l'année 2006, en raison de modifications à apporter, pour des raisons de sécurité, sur les mains montoires de 400 wagons EX (cotes 25 334 à 25 347, 25 373 à 25 390, et 25 407).
167. Le 22 novembre 2007, ECR a relancé SGW pour la location de wagons EX (cote 22 052). Cette nouvelle demande a donné lieu à une réunion entre SGW et ECR pour évaluer ses besoins en wagons EX (cote 33 481) et a abouti à la location des 44 premiers wagons à ECR à compter du 1^{er} mars 2008.
168. S'agissant de Colas Rail, il ressort des pièces du dossier que sa première demande de location de wagons EX date du mois de février 2007 (cotes 22 037, et 38 746 à 38 748).
169. Le 12 mars 2007, cette demande a, dans un premier temps, été refusée par SGW dans les termes suivants : « *Il se trouve que la SGW n'est malheureusement pas en mesure de vous faire une offre de location dans l'immédiat, la totalité de nos wagons de cette catégorie étant actuellement louée* » (cote 21 379). SGW a finalement accepté de louer deux rames de wagons EX à Colas Rail, à la suite d'une longue négociation avec certains cadres de Fret SNCF et non de SGW. Les comptes-rendus que font ces cadres des discussions finales avec le Président de Colas Rail montrent le contexte particulier de cette location concernant un trafic que la SNCF ne comptait plus effectuer et en échange d'un engagement de ne pas faire construire de rames EX, ce qui aurait diminué la valeur des actifs de la SNCF :
- « *J'ai vu D... longuement hier. (...) Prêt à ne pas construire si nous lui louons des wagons. J'ai ouvert le débat et D... prend contact avec Alain E... pour lui louer 2 rames dès octobre* » (cote 38 735) ;
 - « *Vu D... : attaque Colas via CCM (lance un AO tellement fermé que bon) ... / Fourniture de wagons si stop développement de 8 rames en sus* » (cotes 39 109 et 39 110) ;
 - « *location par SGW de 2 rames à Colas Rail (suite à décision de Fret de ne plus desservir CCM à Anor)* » (cote 10 111).

170. La mise à disposition exclusive du parc de wagons EX de SGW à la SNCF a donc cessé en octobre 2007 avec la location à Colas Rail (anciennement Secorail) de rames de wagons EX, soit 44 wagons (cotes 38 996 à 38 998). SGW a, par la suite, loué deux rames à ECR en mars 2008 pour atteindre un nombre total de 170 wagons loués en mai 2009. VFLI a, elle aussi, reçu en location 96 wagons EX en juin 2008 (cotes 25 342 et 25 343, 34 159 et 38 997).
171. Confrontés à cette indisponibilité de wagons EX en raison de la réservation de l'ensemble du parc par la SNCF, tant ECR que Colas Rail ont dû avoir recours à des solutions alternatives pour assurer leurs prestations de transport de granulats. Ces deux concurrents de la SNCF ont recouru soit à des wagons moins performants qui ont dû être adaptés, soit à des wagons importés non prévus initialement pour le transport de granulats, soit à des wagons EX fabriqués pour eux, mais qui n'ont été pour partie disponibles et uniquement pour l'un d'entre eux, au mieux, qu'en fin d'année 2007 et n'ont été effectivement opérationnels que dans le courant de l'année 2008.
172. Néanmoins, ils ont eu accès, dès le début de l'année 2007, à des wagons EX dans des quantités limitées en raison du retrait du « pool » Transvrac des sociétés Roy et Nacco. Ces solutions alternatives n'ont toutefois pas pu être opérationnelles immédiatement (cotes 22 657 et 24 494).
173. Le président et le directeur de Colas Rail ont exprimé leurs points de vue sur cette situation lors d'un entretien avec un représentant de la Direction audit et risques de la SNCF qui en a rendu compte de la façon suivante :
- « La stratégie de location de wagons à SGW par la SNCF a privé Colas Rail de la possibilité de louer des wagons pour réaliser des prestations. Le parc de wagons détenus par SGW est de 2700 wagons, dont 110 loués par Roy. L'intégralité du parc a été louée par la SNCF. Colas a dû attendre septembre 2007, soit 1 an, pour obtenir 2 rames de SGW. Le montant de la location de wagons pour la SNCF est estimé à 26 M€, et le PDG de Colas Rail a de sérieux doutes sur l'utilisation effective de ces wagons. Une location qui aurait donc été faite par la SNCF pour assécher le marché et pénaliser Colas Rail »* (cote 14 403).

c) L'absence d'utilisation effective du parc de wagons EX

174. Il ressort des pièces du dossier que le nombre de wagons ou rames EX effectivement utilisés par la SNCF était substantiellement inférieur au nombre de wagons ou rames EX effectivement disponibles à l'époque des faits que la SNCF réservait pour son usage exclusif.
175. En effet, conformément aux données chiffrées communiquées par la SNCF (cote 25 407), le nombre de wagons EX (ou de rames représentant 22 wagons) facturés à la SNCF et donc que cette dernière a effectivement utilisés était, pour la période comprise entre juillet 2006 et décembre 2007, le suivant (cette présentation est basée sur la facturation effective mois par mois de SGW à la SNCF afin de prendre en compte la saisonnalité de l'activité de transport de granulats) :

		Janvier	Février	Mars	Avril	Mai	Juin	Juillet	Aout	Septembre	Octobre	Novembre	Décembre
2006	Wagons EX utilisés							1712	1456	1750	1746	1643	1317
	Equivalent en rames							78	67	80	80	75	59
2007	Wagons EX utilisés	1505	1520	1478	1548	1796	1589	1687	1713	1475	1746	1724	926
	Equivalent en rames	69	70	68	70	82	73	77	78	68	80	79	43

176. Le nombre total de wagons EX était de 2375 au 1^{er} novembre 2006, tous gérés par SGW par le biais du pool Transvrac.

177. Néanmoins, certains de ces wagons ne peuvent pas être recensés comme disponibles pour les autres entreprises ferroviaires pour les raisons suivantes, qui tiennent en grande partie aux aléas conventionnels ou exceptionnels liés à l'activité de location de wagons :

- mise à disposition historique de wagons pour les besoins internes de trois chargeurs (Calcia , Malet et Arvel) ;
- retrait du « *pool* » Transvrac des wagons EX des sociétés Roy et Nacco au 1^{er} janvier 2007 ;
- maintenance classique des wagons effectuée par SGW, qui correspond à un taux d'indisponibilité maximum de 6 % du parc (cote 25 337) ;
- mise à disposition de wagons EX de réserve à titre gratuit par SGW pour assurer la continuité du service dans le cadre de son obligation « *full service* » (cote 42775) ;
- indisponibilité de 400 wagons EX pour cause de réparation extraordinaire, en raison d'un accident de personnes en juillet 2006 qui a entraîné le remplacement des mains montaires sur ces wagons. Ces réparations se sont échelonnées d'août 2006 à mars 2007 (cotes 25 363 et 25 364).

178. Ainsi, il convient de défalquer les wagons indisponibles afférents à chaque facteur listé plus haut pour obtenir le nombre de wagons EX effectivement disponibles sur la période comprise entre les mois de juillet 2006 et décembre 2007. Dans l'hypothèse où des moyennes mensuelles sont appliquées pour prendre en compte un de ces cinq facteurs, ces moyennes ont été calculées par l'Autorité en surestimant les chiffres présents au dossier afin d'obtenir un nombre minorant de wagons (ou de rames) EX effectivement disponibles mensuellement en France.

179. Doivent donc être défalqués du nombre de wagons théoriquement disponibles :

- une estimation de 100 wagons EX loués directement à Malet, Arvel et Calcia (chiffre effectif dans les documents de SGW de 68 wagons sur la période des faits jusqu'au mois d'octobre 2007) ;

- à compter du 1^{er} janvier 2007, 150 wagons en raison du retrait des sociétés Roy et Nacco du « *pool* » Transvrac (cotes 25341 et 25342 et 38 997) ;
- 150 wagons EX (6 % du parc disponible) au titre de l'estimation maximaliste de maintenance conventionnelle des wagons EX par SGW (cote 25 337) ;
- 120 wagons EX au titre de la mise à disposition gratuite « *full service* » pour pallier les aléas d'utilisation à court terme causés par des pannes sur des wagons (cote 42 775) ;
- 100 wagons EX par mois, sur la période comprise entre les mois d'août 2006 et décembre 2006, réduits à 80 wagons EX, sur la période comprise entre les mois de janvier 2007 et mars 2007, pour refléter l'indisponibilité des 400 wagons EX pour lesquels il a fallu remplacer les mains montoires non conformes. Il ressort en effet des pièces du dossier que la majeure partie des wagons a été réparée dès le deuxième semestre de l'année 2006 (cote 25 390).

180. Sur la base de cette méthodologie, qui surestime volontairement les indisponibilités effectives de wagons, le nombre de wagons (ou rames) EX effectivement disponibles mois par mois sur la période comprise entre les mois de juillet 2006 et décembre 2007 est le suivant :

		Janvier	Février	Mars	Avril	Mai	Juin	Juillet	Aout	Septembre	Octobre	Novembre	Décembre
2006	Wagons EX effectivement disponibles							1925	1905	1905	1905	1905	1905
	Equivalent en rames							88	87	87	87	87	87
2007	Wagons EX effectivement disponibles	1775	1775	1775	1855	1855	1855	1855	1855	1855	1843	1843	1843
	Equivalent en rames	81	81	81	85	85	85	85	85	85	84	84	84

181. Il ressort du tableau qui suit qu'il existait systématiquement, sur la période considérée, un différentiel entre le nombre de wagons utilisés par la SNCF et celui des wagons effectivement disponibles.

		janvier	février	Mars	Avril	Mai	Juin	Juillet	Aout	Septembre	Octobre	Novembre	Décembre
2006	Wagons EX effectivement utilisés (équivalent en rames)							1712 (78)	1456 (67)	1750 (80)	1746 (80)	1643 (75)	1317 (59)
	Wagons EX effectivement disponibles (équivalent en rames)							1925 (88)	1905 (87)	1905 (87)	1905 (87)	1905 (87)	1905 (87)
	Différentiel minimum constaté par rapport aux wagons utilisés (en rames)							-213 (-10)	-449 (-20)	-155 (-7)	-159 (-7)	-262 (-12)	-588 (-28)
2007	Wagons EX effectivement utilisés (équivalent en rames)	1505 (69)	1520 (70)	1478 (68)	1548 (70)	1796 (82)	1589 (73)	1687 (77)	1713 (78)	1475 (68)	1746 (81)	1724 (79)	926 (43)
	Wagons EX effectivement disponibles	1775 (81)	1775 (81)	1775 (81)	1855 (85)	1855 (85)	1855 (85)	1855 (85)	1855 (85)	1855 (85)	1843 (84)	1843 (84)	1843 (84)
	Différentiel minimum constaté par rapport aux wagons utilisés (en rames)	-270 (-12)	-255 (-11)	-297 (-13)	-307 (-15)	-59 (-3)	-266 (-12)	-168 (-8)	-142 (-7)	-380 (-17)	-87 (-4)	-119 (-5)	-917 (-41)

182. Sur la base de ce qui précède, il est ainsi constaté que la SNCF a utilisé un nombre nettement moins important de wagons EX que ce qu'elle avait réservé, laissant ainsi une partie du parc inexploité. Ce comportement a empêché d'autres entreprises ferroviaires d'utiliser une partie du parc de wagons dont elles avaient besoin pour offrir leurs services.

183. Un courrier électronique d'un rapporteur de la Cour des comptes montre que l'absence d'utilisation totale du parc de wagons EX par la SNCF, après la date d'ouverture du secteur du fret ferroviaire à la concurrence, s'explique par une diminution des volumes de granulats transportés par la SNCF. En effet, par une question posée à la SNCF, il souligne le caractère paradoxal d'une baisse du volume d'activité pertinent rapporté au nombre de

wagons spécialisés dans le transport de granulats que la SNCF prétend employer : « en 2004 vous avez pu transporter un volume 10 % plus important qu'en 2006 avec le même nombre de wagons et (...) donc à productivité équivalente, vous auriez pu remettre sur le marché 10 % des wagons cette année, d'autant que vous payez désormais les wagons à la durée d'utilisation » (cote 9 941).

184. La SNCF avait connaissance du caractère stratégique des wagons EX pour le développement des concurrents, qui ne pouvaient se positionner de façon crédible sur le marché sans ces wagons. C'est dans ce cadre que la SNCF s'est interrogée, d'une part, sur la réalité de son utilisation de l'ensemble du parc de wagons EX français (cote 38 748) et, d'autre part, sur la nécessité de justifier l'utilisation de ces wagons, en particulier dans un courrier électronique, saisi dans les locaux de la SNCF :

« Bonjour à tous,

*Je reviens vers vous afin de vous proposer une réunion relative à la problématique **Wagons**. Sur la forme cette réunion fait suite au comité granulats du 3 avril qui nous avait permis d'introduire dans le cadre de nos discussions la partie wagons avec la participation (...) de la SGW.*

*Sur le fond, la question du **matériel roulant** est l'élément principal qui fait qu'aujourd'hui nos concurrents ne sont pas prêts (momentanément) à nous concurrencer partout puisqu'ils attendent des wagons. Comme l'avait indiqué (...), tout au long de l'année la SGW reçoit énormément de demandes de wagons par les autres EF. Continuellement elle répond que le parc est utilisé par les bons soins de la SNCF.*

Les outils que nous avons mis en place depuis novembre 2006 entre l'ensemble des agences, l'UA et la SGW (tableaux de prévisions des besoins glissants de rames de wagons) nous permettent de tenir les prévisions en les réactualisant avec une vision à environ 3 mois (réactualisation par lot de 12 semaines).

Actuellement nous retombons dans une période de tension du parc. J'attends les chiffres de (...) incessamment sous peu. Je vous les communique dès que j'en ai connaissance.

Ensuite la grosse période critique débutera en octobre. Période à laquelle l'activité devient moins forte. Nous devons justifier l'utilisation des rames. Idéalement via le lissage des trafics sur cette période et par de nouveaux trafics. D'autres pistes sont à étudier pour l'utilisation des rames en période basse par la SNCF pour l'infra par exemple dans le cadre de ballastage.

Si nous ne réussissons pas à justifier en terme de prévisions l'utilisation des rames d'EX et si nous ne pouvons pas ensuite prouver l'utilisation des rames dont nous avons prévu l'utilisation, ce sera difficile de continuer à utiliser le parc de wagons EX SGW comme unique utilisateur » (cotes 39 586 à 39 588).

185. La connaissance des besoins des concurrents en wagons EX, ainsi que la nécessité de justifier au plus vite les besoins en wagons EX de la SNCF couvrant l'intégralité du parc détenu par SGW, ressortent également d'une présentation effectuée lors d'une réunion en juin 2007, dont le support a été saisi dans les locaux de la SNCF :

« *Justification des besoins de wagons EX*

Le recensement des besoins wagons réalisé avec l'ensemble des agences a pour but de nous permettre de définir avec anticipation et avec le plus de précisions possibles le besoin de wagons pour chaque bassin carrier en fonction des trafics existants et des trafics à venir, dans un contexte où les nouveaux opérateurs sont en quête de wagons. Si nous

n'avons plus usage de l'ensemble du parc disponible, SGW devra les louer à nos concurrents... » (cote 39 581).

186. Une autre pièce du dossier évoque à la fois la stratégie de la SNCF pour retarder la pénétration de concurrents sur les trafics de granulats et les limites de cette stratégie. Dans un courrier électronique envoyé par le responsable du pôle « *agriculture et produits de carrière* » de la branche Fret de la SNCF, on peut lire en effet :

« Les exemples où Fret a cherché à empêcher les concurrents d'entrer sur le marché par l'abstraction d'une offre wagons a juste conduit à la construction de wagons neufs comme dans les granulats, ce qui fait que nos wagons vont chômer. Donc vas y pour coter sans problèmes » (cote 39 112).

187. Il ressort également d'autres pièces du dossier que des cadres de la SNCF ont été alertés dès 2006 sur le risque que représentait la rétention de wagons EX par la SNCF s'ils n'étaient pas utilisés effectivement, au regard des règles de concurrence (cotes 6 437 et 6 438). Des notes manuscrites du directeur financier de Fret SNCF montrent qu'il avait connaissance de ce risque (cote 9 571).

188. Enfin, l'absence de disponibilité de wagons affichée par SGW en réponse à la demande de wagons EX de Colas Rail de février 2007 a permis à la SNCF de retenir pour partie un trafic en produits de carrières jusqu'à ce qu'elle décide de le juger non pertinent. Au surplus, pour ce trafic, la SNCF a été en mesure d'appliquer des conditions commerciales indépendantes de toute pression concurrentielle exercée par ses concurrents. Le directeur commercial de Fret SNCF a ainsi pu renseigner le directeur de Fret SNCF sur l'opportunité de conserver ce trafic dans les termes suivants :

« Tous nos wagons sont occupés par nos trafics présents ou à venir (exemple du très gros chantier de l'A19). Nous n'en n'avons donc pas de disponible à louer. Ce besoin découle probablement des difficultés que Sécorail a pour garantir des rotations en 24h sur la région parisienne comme promis

Leurs clients, y compris internes, sont donc revenus vers nous pour rediscuter de la possibilité de poursuivre certains trafics ; ce que j'accepterai pour autant que cela se fasse dans de bonnes conditions techniques (durée suffisamment longue) et économique (dernier prix maintenus) ; c'est une raison supplémentaire pour ne pas fournir de wagons car nous allons devoir tendre encore plus leur utilisation » (cote 38 746).

5. LES PRIX PRATIQUES PAR LA SNCF POUR SES PRESTATIONS DE TRANSPORT FERROVIAIRE DE MARCHANDISES PAR TRAIN MASSIF

189. Dans sa saisine, ECR a révélé une pratique de prix bas qui pourrait être constitutive, selon elle, de prix prédateurs, mise en œuvre par la SNCF sur certains trafics. Ce serait en particulier le cas pour six trafics qui ont été attribués à la suite d'appels d'offres lancés en 2009 par des chargeurs (Novacarb, Saint-Gobain Pont-à-Mousson, Solvay [2 trafics], Spilec, et Thèvenin et Ducros).

190. Indépendamment de ces six appels d'offres identifiés par ECR, il ressort des pièces du dossier que l'activité de transport de marchandises de la SNCF réalise des pertes de façon récurrente depuis au moins l'année 2003, ainsi que le montre le rapport Grignon, précité. Ce rapport explicite cette situation déficitaire en rapportant ces chiffres et en les commentant :

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Chiffre d'affaires (en milliard d'euros)	1,8	1,8	1,7	1,7	1,7	1,6	1,25
Résultat opérationnel courant (en millions d'euros)	-400	-300	-150	-180	-180	-280	-463

Source : SNCF (cote 36 806).

« a) Le déficit récurrent de l'activité de Fret SNCF

Depuis 2003, Fret SNCF a consommé 3 milliards d'euros de liquidités. En effet, depuis cette date, l'activité fret génère entre 350 et 464 millions d'euros de pertes ce qui a conduit à deux recapitalisations par l'État. Hors Fret SNCF, la marge opérationnelle récurrente de la branche SNCF-Geodis, l'une des cinq branches de la SNCF, ne serait pas déficitaire de 49 millions d'euros pour l'exercice 2009 mais positive (318 millions d'euros) » (cote 36 804).

191. Le tableau suivant, fourni par la SNCF, montre les résultats détaillés de Fret SNCF de 2005 à 2010 (cote 36 751). Les pertes réalisées par la SNCF sont, de plus, confirmées par des documents internes (cote 10 696) et par les trois plans de restructuration visant cette activité qui se sont succédés afin d'en améliorer la rentabilité et de la ramener à l'équilibre : 2003-2006, 2006-2008 et 2009-2011 (cotes 36 937 à 36 941). Bien que les effectifs de la SNCF aient été significativement réduits dans le cadre de ces trois phases de restructuration (cotes 36 944 et 36 945), ces réductions n'ont pas permis d'obtenir les résultats souhaités en matière de redressement des comptes de la SNCF.

(en M€)	2005	2006	2007	2008	2009	Cumul
	CRC	CRC	CRC	IFRS	IFRS	juin 2010 IFRS
Chiffre d'affaires	1 972,1	1 913,7	1 933,6	1 798,2	1 454,8	684,1
dont Produits du trafic	1 732,7	1 713,1	1 716,1	1 585,1	1 259,7	587,1
Charges de personnel ¹	-578,8	-574,9	-542,0	-613,3	-807,1	-353,5
Péages ²	-191,0	-213,2	-228,4	-227,9	-176,0	-87,9
Maintenance (matériel roulant, inst. fixes et informatique)	-230,6	-219,9	-193,0	-199,7	-192,4	-73,9
Location de matériel et d'engins	-136,1	-135,6	-136,0	-155,5	-164,3	-101,8
Dont locations et redevances wagons (charges)	nd	nd	-127,4	-148,4	-137,5	-74,8
Energie de traction	-121,4	-142,4	-170,2	-105,5	-116,0	-51,1
Sous traitance Rail & Route, interconnexion et affermage	nd	nd	-134,9	-114,5	-105,1	-50,2
Redevance entreprise	-41,9	-41,5	-36,3	-35,3	-35,1	-15,3
Impôts et taxes	-84,5	-80,4	-71,9	-72,3	-25,8	-14,9
Autres charges	-738,5	-637,9	-530,4	-438,8	-200,2	-97,3
Dont facturation interne "Traction trains, conduite et logistique"	-343,8	-328,5	-380,0	-292,4	-13,2	-5,5
Dotation aux amortissements provisions, cessions ³	24,1	-657,0	-50,4	-100,7	-380,7	-123,2
Résultat financier	-69,2	-75,8	-54,1	-81,0	-81,5	-46,6
Résultat net	-195,8	-864,9	-213,9	-346,1	-829,1	-331,7

Nd : non disponible

192. La SNCF identifie trois catégories de raisons qui expliquent les pertes afférentes à son activité de transport de marchandises :

- les causes affectant l'ensemble du secteur, comme l'augmentation des péages dus à RFF ;
- les causes conjoncturelles, comme le report vers la route d'une importante partie de son activité de wagon isolé du fait de la crise économique (cote 36 753) ;
- les causes structurelles, dues aux surcoûts propres à son ancien statut d'opérateur historique, que les autres entreprises ferroviaires ne supportent pas.

193. Ces dernières causes comprennent notamment les coûts de la main-d'œuvre employée par la SNCF, dont les conditions d'emploi, contrairement aux autres entreprises ferroviaires, sont définies par le décret n° 99-1161 du 29 décembre 1999 relatif à la durée du travail du personnel de la Société nationale des chemins de fer français (JORF du 30 décembre 1999, p. 19 821) (cotes 36 946 à 36 950). Selon les déclarations de la SNCF, cette contrainte entraînerait un surcoût d'environ 30 % en sa défaveur par rapport aux autres entreprises ferroviaires (cote 34 097).

194. Il ressort, par ailleurs, de pièces du dossier, préparées par la SNCF dans le cadre de la préparation du plan de restructuration 2007-2009, que l'activité fret de la SNCF est déficitaire, de façon globale, tant sur le marché du transport par wagon isolé que sur celui du train massif, et ce pour la plupart des pôles d'activité qui regroupent ses clients par catégorie de marchandises transportées (cotes 8 066 et 8 077, 10 045, 10 059, 10 698, 18 689, 18 714).

195. Si une grande partie des pertes de la SNCF provient de son activité réalisée par wagon isolé (cote 36 805), son activité de transport par train massif, pour laquelle elle est en concurrence effective avec d'autres entreprises ferroviaires, engendre également d'importantes pertes. Cette situation est confirmée par les déclarations du directeur financier de la Branche Transport et Logistique de SNCF Geodis (cote 34 117), ainsi que par le tableau communiqué par la SNCF qui porte sur les résultats de la branche Fret (cote 36 755). Il ressort de ce tableau que pour les années 2007 et 2008 environ un tiers des pertes est engendré par le train massif, les deux autres tiers étant attribuables au wagon isolé. Pour l'année 2009, les pertes tendent à se répartir de façon égale entre le train massif et le wagon isolé :

En M€	2007			2008			2009		
	TM	WI	Total	TM	WI	Total	TM	WI	Total
Total produits affectables aux flux	975,04	729,31	1704,34	996,62	591,95	1588,57	916,33	338,01	1254,34
Charges de convoi ⁴	-671,16	-371,44	-1042,60	-731,78	-341,12	-1072,89	-648,6	-194,19	-842,79
Charges de desserte ⁵	-143,69	-227,05	-370,74	-155,20	-165,25	-320,44	-227,68	-206,12	-433,8
Charges de Triage ⁶	-19,32	-101,62	-120,94	-21,54	-94,01	-115,55	-15,07	-43,06	-58,13
Total Charges de production	-834,17	-700,11	-1534,28	-908,51	-600,37	-1508,88	-891,35	-443,37	-1334,72
Total charges de support et de structure	-204,97	-199,45	-404,42	-202,54	-216,08	-418,62	-254,85	-128,32	-383,17
Résultat courant (1)	-64,11	-170,25	-234,35	-114,44	-224,50	-338,94	-229,87	-233,68	-463,55

(1) En 2009 : Résultat Opérationnel Courant (ROC)

196. Les tableaux suivants présentent l'évolution des seuls résultats de l'activité par train massif de la SNCF pour la période couvrant les années 2007, 2008 et 2009 (cotes 36 756 et 36 757) :

En M€	TM							Total TM
	Agri / pds de carrières	Automobiles	Combiné	Express	Sidérurgie	Chimie	Grande consommation	
Total Produits affectables aux flux	342,60	76,50	176,97	17,57	196,16	126,42	33,88	976,04
Charges convoi	-239,98	-50,09	-137,71	-13,49	-124,10	-74,65	-28,74	-671,18
Charges de desserte	-51,98	-12,58	-26,39	-0,21	-22,01	-14,48	-5,32	-143,69
Charges de Triage	-5,18	-1,81	-1,78	-0,15	-5,51	-2,50	-2,09	-19,32
Total Charges de production	-307,15	-84,48	-185,88	-13,85	-161,62	-91,63	-36,15	-834,17
Total Charges de support et structure	-82,62	-16,49	-42,16	-2,41	-34,93	-22,62	8,04	-264,97
RESULTAT COURANT FRET 2007	-47,16	-1,48	-28,07	1,30	9,63	12,17	-10,50	-64,11

En M€	TM					Total TM
	Agri / pds de carrières	Automobiles / Grande consommation	Chimie	Combiné / Express	Sidérurgie	
Total Produits affectables aux flux	352,43	61,40	156,57	231,30	194,92	996,62
Charges de convoi	-252,59	-53,88	-98,01	-194,93	-132,38	-731,78
Charges Dessertes	-72,21	-8,16	-21,85	-26,62	-24,38	-155,20
Charges Triage	-5,84	-3,38	-3,66	-1,64	7,24	-21,54
Total Charges de production	-330,84	-65,39	-123,51	-225,19	-163,99	-908,51
Total Charges de support et structure	-66,60	-17,48	-30,77	-32,99	-54,70	-202,54
RESULTAT COURANT FRET 2008	-44,60	-21,47	2,28	-26,89	-23,77	-114,44

En M€	TM					Total TM
	Agri / pds de carrières	Automobiles / Grande consommation	Chimie	Combiné / Express	Sidérurgie	
Total Produits affectables aux flux	311,04	84,06	183,36	162,13	145,73	916,33
Charges de convoi	-216,40	-84,10	-81,85	-149,31	-107,54	-648,60
Charges Dessertes	-8,54	-24,06	-34,73	-47,45	-31,73	-227,68
Charges Triage	-4,05	-3,82	-2,87	-6,92	-3,81	-15,07
Total Charges de production	-310,09	-111,81	-123,06	-197,72	-142,88	-891,35
Total Charges de support et structure	-99,36	-24,95	-53,12	-41,01	-38,41	-254,85
RESULTAT OPERATIONNEL COURANT 2009	-98,39	-52,72	1,19	-46,60	-33,35	-229,87

197. La SNCF distingue, dans ces tableaux, le chiffre d'affaires réalisé par chacun de ses pôles d'activité et les charges y afférentes. Parmi les charges, elle opère une distinction entre les charges de production et les charges de support et de structure. Il ressort de ces tableaux que la SNCF couvre, dans la majorité des cas, ses coûts de production. En revanche, elle ne couvre pas, de façon générale, la somme de ses coûts de production et de ceux de support et de structure.
198. Il ressort, par ailleurs, de pièces du dossier émanant de la SNCF que, dès 2007, les entreprises ferroviaires nouvelles entrantes sur le marché ont pu pratiquer des prix plus bas, compte tenu de leurs coûts de production ferroviaire inférieurs, que ceux antérieurement pratiqués par la SNCF. La SNCF constate des écarts de prix en faveur des entreprises ferroviaires nouvelles entrantes d'environ 20 % en moyenne, et compris entre 10 % et 36 % selon les appels d'offres (cote 8 905 à 8911). Dans ce même document, la SNCF évoque, en particulier, des écarts de prix moyens, de 14 % et de 23 %, par rapport à ses propres propositions, en faveur respectivement de Veolia Cargo (devenu Europorte) et de ECR. Ces écarts de prix sont confirmés dans des documents postérieurs, dont le dernier est daté du mois d'avril 2008 (cotes 10 124, et 10 403 à 10 406).
199. Ces écarts de coûts avec les entreprises ferroviaires nouvelles entrantes ont conduit la SNCF à adopter une stratégie de baisse des prix pour les trafics les plus rentables prioritairement visés par ses concurrents. Ainsi, dans une note stratégique, datée du mois de juillet 2007 et saisie dans les locaux de la SNCF, celle-ci explique la baisse de chiffre d'affaires constatée à la suite de l'ouverture à la concurrence par « *la baisse de nos prix de 10 à 35 %, afin que nos prix soient alignés sur ceux de la concurrence* » (cote 8 905).
200. D'une part, il est constaté que certains contrats, comme celui des Carrières du Boulonnais pour lequel la SNCF pratiquait traditionnellement des prix inférieurs à ses coûts de revient, ont fait l'objet d'augmentations seulement marginales lors de leurs renégociations, ne

permettant vraisemblablement pas à la SNCF de couvrir ses coûts (cotes 36 578 et 36 579, et 39 797).

201. D'autre part, la SNCF a délibérément, pour certains trafics et clients donnés, décidé de pratiquer des prix qui étaient déconnectés de ses coûts de revient afin de conserver ces trafics sans considération de rentabilité. Un courrier électronique du 15 décembre 2006 de l'ancien directeur commercial de Fret SNCF indique en ce sens que :

« Je reviens sur la question des contrats tri annuels qui seraient malgré tout en perte. (cf. notre discussion d'hier) (...) Dans 3 cas et pour des raisons défensives, nous avons vendu aux prix du marché sans considération de rentabilité pour empêcher l'implantation hégémonique de nos concurrents (Basaltes sur Voutré Neuillé, Ineos sur Fos Italie, et Eurorail sur Epinal Espagne)... nous avons toujours amélioré la marge sans pour autant pouvoir garantir qu'elle était positive. Cette action s'est inscrite dans notre volonté de limiter AU MAXIMUM la pénétration des nouveaux entrants » (cote 38 749).

202. Il ressort, en outre, d'un document de chiffrage financier que certains trafics parmi les plus importants engendraient d'importantes pertes dont la SNCF avait spécifiquement connaissance : *« Notre étude s'est limitée aux contrats pluriannuels dont le chiffre d'affaires cumulé est supérieur à 6,5 M€, représentant 90 % du chiffre d'affaires de l'ensemble des contrats pluriannuels. Au vu de cette première étude 3 contrats sont déficitaires : Lafarge Granulats pour -0,1 M€ ; OI / BSN pour -2,3 M€ (contrat stratégique d'après le PA à conserver malgré les coûts de production élevés) ; Total pour -0,6 M€ »* (cote 38 800).

203. De plus, il ressort des pièces du dossier que, pour former ses prix pour certains appels d'offres, la SNCF a utilisé des estimations de coûts qui étaient erronées et manifestement sous-évaluées, alors même que la hiérarchie de la branche Fret avait été alertée sur ces erreurs. Ces sous-estimations pouvaient concerner tous les postes de coûts traditionnellement impliqués dans l'activité de transporteur ferroviaire. Elles concernent, néanmoins, principalement les possibilités de mutualisation de certains trafics avec d'autres, qui sont souvent théoriques ou très hypothétiques, ainsi que l'exclusion de certains coûts que la SNCF doit nécessairement supporter comme les jours *« d'improductivité »* du matériel roulant.

204. Ces sous-estimations ressortent de courriers électroniques envoyés par des analystes *« coûts »* de la SNCF en charge de la financiarisation des flux, qui rapportent à leur hiérarchie, et plus largement au sein de la branche Fret vers les membres de la direction (cotes 39 109 et 39 110, et 39 140 et 39 141), les éléments sous-estimés et erronés selon eux (cotes 38858, 38999 à 39000, 39008 et 39029).

205. De même, les échanges au sein de la SNCF, entre Fret SNCF et la filiale VFLI, à propos d'un client (flux de sable pour OI – BSN Sable Puy-Guillaume) pour lequel toutes deux se positionnaient en concurrence l'une par rapport à l'autre, illustrent certaines manipulations de Fret SNCF pour faire artificiellement baisser ses prix de façon déconnectée de ses coûts de production. Ces échanges font apparaître des sous-estimations de Fret SNCF en termes de kilomètres parcourus et de consommation de carburants (cotes 39 427, 39 428 et 39 440), de traction (cotes 39 036 et 39 442 à 39 444), ainsi que l'absence de prise en compte des effets de seuil, des heures d'improductivité et d'augmentation réaliste du prix des sillons (cotes 39 036 et 39 037). Il en résulte une offre finale de Fret SNCF au client particulièrement basse, à laquelle VFLI est dans l'incapacité de répliquer et qu'elle considère comme *« déloyale »* (cotes 19 395 et 39 436). Cette offre a suscité les réactions suivantes de la part des cadres de VFLI :

- « *la rentabilité de chaque trafic Fret repose sur la mutualisation avec d'autres, et les effets de seuil ne sont jamais supportés par personne... toujours la même chanson, toujours le même résultat à la fin...* » (cotes 39 435 et 39 436) ;
- « *l'analyse de (...) se confirme: le Fret fera tout pour garder la pâte. Impossible de lutter.(...)* » (cote 39 435) ;
- « *Écœurée. On ne peut pas lutter face à de telles inepties. Il faudra un jour qu'on m'explique comment fret dégage toujours des marges de 12 %, 13 %, 14 %... sur chacun des trafics où nous demandons une approche groupe* » (cote 39 435).

206. Confrontée à une situation similaire pour conserver un trafic opéré en co-gestion avec Trenitalia, la SNCF a choisi de sacrifier une partie très importante de sa marge en revenant sur une augmentation de tarif proposée de 19 500 euros pour maintenir ce tarif à son niveau antérieur (cote 39 047) dans le but d'empêcher ECR de prendre le trafic. Le directeur du pôle « agriculture et produits de carrières » écrit en ce sens dans un courrier électronique : « *Au vu du nombre de trains (4 d'ici la fin du mois de décembre), et au vu de l'enjeu de ne pas laisser rentrer ECR sur Sète (pour moins de 20 k€) via ce trafic, je souscris à l'idée de maintenir l'offre à 15 250 € jusqu'au 31/12/2008. Nous avons d'autres enjeux sur Sète* » (cote 39 047).
207. Des prises de position de la SNCF dans le même sens ressortent également des pièces du dossier s'agissant du client Simagir en 2008 (cote 39 030) et Eurovia pour le trafic Luché dans la région d'Orléans (cotes 39 025 et 39 026) pour contrer respectivement la pénétration d'ECR et de Colas Rail.

6. LE RECRUTEMENT DU PERSONNEL FORMÉ POUR VEOLIA CARGO

208. Onze agents sous contrat avec CFTA Cargo (devenue Veolia Cargo, puis Europorte) ont suivi une formation de conducteur de train dispensée par l'Unité de Formation Traction (ci-après « UFT ») de Rennes de la SNCF en 2005 et 2006. En mai 2006, dix de ces onze agents ne se sont pas présentés à l'examen final sanctionnant cette formation (cote 25 536). Neuf de ces agents ont, par la suite, été recrutés par la SNCF et ont passé l'examen de conducteur pour le compte de cette dernière (cote 36 736).
209. Le président d'Europorte et ancien dirigeant de Veolia Cargo a déclaré que : « *En 2006, notre première promotion de conducteurs en formation à l'UFT de la SNCF à Rennes a été débauchée sur leur lieu de formation juste avant qu'ils passent leur examen final. La clause de dédit n'entrait en vigueur qu'à l'issue de la formation. A cette époque nous ne disposions que de 6 conducteurs et devons débiter un trafic 3 semaines après donc les conséquences de ce débauchage ont été très graves* » (cote 23 781).
210. Selon le chef de la division formation, réglementation et management de la sécurité de la direction Traction de la SNCF, à l'époque des faits : « *Les 11 stagiaires de la promotion ont postulé pour la SNCF. 9 personnes sur 11 ont en effet été recrutées par la SNCF à la suite de la formation théorique. Il y avait à l'époque une forte demande de conducteurs à la SNCF. Ils ont donc postulé à ces postes par processus classique de recrutement. Les Etablissements Traction de la SNCF les ont recrutés après la formation théorique. Ils sont revenus à la Traction pour compléter leur formation initiale (théorique voyageurs + pratique) à la demande des établissements SNCF qui les avaient recrutés. Le contrat avec Veolia était une convention de formation, mais sans clause particulière de dédit formation. C'est à la suite de cet incident que Veolia a retiré la seconde session de formation. La SNCF a eu son agrément pour ses six premiers centres de formation en octobre 2005.*

Eurotunnel a obtenu son agrément pour un centre de formation simultanément au nôtre » (cote 25 414).

211. Pour le directeur général exécutif de la SNCF à l'époque des faits, *« il n'y a eu aucun débauchage de ces personnels. En réalité, Veolia s'était mal préparée sur le terrain social (pas de politique sociale, pas d'accord d'entreprise, pas de statut, ...). C'est uniquement face aux incertitudes sociales que ces agents ont décidé de ne pas donner suite aux offres de Veolia et de répondre à celles de la SNCF. Veolia en a d'ailleurs tiré les conséquences en mettant par la suite en place une véritable politique sociale. Je précise que nous recrutons environ 800 agents de conduite par an et que parallèlement environ 400/500 agents SNCF partent à la retraite. Ces personnels en retraite de la SNCF ont une cinquantaine d'années et peuvent continuer à travailler en cumulant leur retraite et une rémunération. Veolia a tiré profit de cette possibilité en recrutant des agents SNCF en retraite. Cette anecdote de 9 agents de conduite ne l'a donc en rien retardé ni constitué un quelconque surcoût » (cote 37 224).*
212. Le seul stagiaire de cette formation à s'être présenté à l'examen et à avoir été recruté par Veolia Cargo a déclaré : *« Il n'y a jamais eu de démarchage de la part des formateurs ou des syndicats de la SNCF » (cote 36 737).* Lors de son audition par les services d'instruction, il a en particulier déclaré que les deux formateurs de l'UFT *« se sont toujours souciés de nous former au mieux, sans jamais nous vanter les avantages de la SNCF. Ils ont toujours eu le souci de nous former du mieux possible. (...) les formateurs n'ont jamais vanté la SNCF. Nous avons simplement su que la SNCF recrutait » (cote 36 738).*
213. Ce même stagiaire a, de plus, expliqué que c'est l'image de stabilité de l'opérateur historique et des emplois qu'il offrait, comparée aux incertitudes et aux difficultés ressenties par ces agents au sein de la nouvelle entreprise ferroviaire Veolia Cargo, qui aurait incité la majeure partie de la première promotion formée par la SNCF à postuler pour un emploi auprès de cette dernière :
- « A l'époque, nous ne connaissions pas les différences de conditions sociales ; nous pensions surtout que c'était plus structuré et mieux organisé. Pour la plupart nous avons déjà postulé à la SNCF comme conducteurs de trains. La personnalité du chef d'agence Veolia n'a également pas joué en faveur de Veolia car il n'a pas su rassurer les jeunes agents qui recherchaient un certain cadre au sein de l'entreprise » (cote 36 737).*
- « A la SNCF nous savions qu'il y avait des conditions de travail fixées, alors que chez Veolia c'était beaucoup plus flou » (cote 36 738).*
214. Il a également déclaré qu'*«il était connu de tous que la SNCF recherchait des conducteurs » (cote 36 735)* et que *« chez Veolia, cela ne se passait pas très bien pendant la formation » (cote 36 737).*
215. S'agissant de l'existence d'une clause de dédit dans les contrats liant les stagiaires en formation avec Veolia, le même stagiaire finalement recruté par Veolia a précisé : *« Il y avait une clause de dédit formation qui stipulait que nous devions à Veolia un certain nombre d'années de travail, étant donné le coût de la formation. Je ne sais pas comment nous nous sommes dit qu'en ne passant pas l'examen nous n'entrerions pas dans ce cas de dédit formation. Je ne peux vous dire quand cette clause débutait entre l'embauche ou la fin de la formation. A partir d'octobre 2005, nous avons 6 mois de période d'essai. Puis, lorsque nous étions à Rennes, Veolia nous a fait signer à nouveau un document stipulant que nous étions pour 6 mois encore en période d'essai. Nous n'avons pas compris cette démarche alors que nous avons déjà effectué 6 mois d'essai. Les agents Veolia étaient*

donc encore en période d'essai à l'échéance de la formation qui devait s'achever début juin avec le passage de l'examen » (cote 36 738).

216. S'agissant du processus de recrutement des stagiaires de Veolia, ce même stagiaire a déclaré que *« les agents ont passé des tests à la SNCF en parallèle de la formation dans plusieurs régions en France. Je pense que la SNCF (UFT) s'est rendu compte que nous allions sûrement aller voir auprès d'autres entreprises que Veolia. Chez Veolia, cela ne se passait pas très bien pendant la formation. Je pense que les cadres de Veolia ont été très étonnés lorsqu'ils ont appris que j'étais le seul à passer l'examen. Je ne sais pas comment s'est passé le recrutement de ces futurs conducteurs pas la SNCF. Ils ont envoyé des CV et des lettres de motivation, puis le recrutement s'est effectué, mais je n'en sais pas plus »* (cote 36 737). Par ailleurs, il a indiqué que, selon les informations à sa disposition, les conditions de recrutement et de formation de ses collègues ont été classiques : *« ils ont poursuivi la formation "conducteur voyageur" à Rennes avec les conditions d'indemnisation classiques de la SNCF. Puis lors de leur embauche, ils ont été recrutés comme conducteur, sans autre distinction ou avantage particulier »* (cote 36 738).
217. Certains formateurs ont transmis des demandes de recrutement auprès des services compétents au sein de la SNCF. Les notes prises entre le 8 et le 12 juin 2006 par le directeur général exécutif de la SNCF montrent que, d'une part, tant les formateurs que leur encadrement avaient conscience des *« démêlés »* des stagiaires *« avec leur encadrement »* et de leur volonté de rejoindre la SNCF et, d'autre part, qu'au moins un responsable de formation de l'UFT a transmis des demandes d'embauche, qui ont été traitées, en réponse à des dossiers de candidature des stagiaires (cote 3 699).
218. Enfin, comme la SNCF, Veolia a disposé, à partir du mois de février 2006, de l'agrément du ministère des transports pour former elle-même son personnel de conduite. Elle a mis en place un centre de formation de conducteurs de trains aux alentours de cette date. Sa première promotion de conducteurs de train pour ses propres besoins a été diplômée au mois de décembre 2006 (cote 19 894).

7. LES CONTRATS GROUPANT DES SERVICES DE TRAIN MASSIF ET DE WAGON ISOLE

219. Dans sa saisine, ECR estime que la SNCF l'empêche d'accéder à certains chargeurs en les menaçant de ne pas leur fournir des services de transport de marchandises par wagons isolés s'ils ne lui confient pas également leur transport par train massif.
220. La SNCF est, en France, le seul prestataire de services de transport ferroviaire de marchandises par wagons isolés. Elle a conclu avec certains chargeurs des contrats-cadres prévoyant, à la fois, la fourniture de services de transport par trains massifs et par wagons isolés. La SNCF a confirmé l'existence de tels contrats, qui ont été conclus afin de répondre à leurs besoins spécifiques. En 2009, cette situation concernait onze clients, représentant un chiffre d'affaires total, train massif et wagon isolé, de 272,1 millions d'euros (cotes 39 795, 38 710 et 38 711). C'est en particulier le cas pour l'entreprise Arcelor, active dans l'industrie sidérurgique, et pour Arkema, active dans l'industrie chimique.
221. S'agissant d'Arcelor, cette entreprise a conclu avec la SNCF au moins un contrat-cadre pour la période couvrant les années 2009 à 2013 concernant la plupart de ses besoins de transport par trains massifs ou wagons isolés (cotes 24 409 à 24 424). Pour le reste de ses besoins concernant des zones géographiques précises, elle faisait appel aux services d'ECR et de CFL (cote 39 671).

222. Le contrat-cadre entre la SNCF et Arcelor a été conclu à la suite d'un appel d'offres que cette dernière a lancé en 2008 pour le transport de minerais. Lors de cet appel d'offres, tant Veolia qu'ECR ont été contactées mais n'ont pas été retenues pour les raisons qu'Arcelor a précisées lors d'une audition :

« Veolia n'était pas capable d'assumer les tonnages à transporter. ECR n'a pas souhaité s'engager sur les pénalités de retard que nous exigeons. Nous avons donc signé avec la SNCF. En tout cas, nous n'avons pas subi de pressions de la part de la SNCF » (cote 39 671).

223. S'agissant des conditions dans lesquelles se sont déroulées les négociations de l'accord-cadre avec la SNCF, Arcelor a, par ailleurs, déclaré :

« Pour ce qui est des offres couplées, nous avons un contrat cadre avec la SNCF qui englobe aussi bien le train massif que les wagons isolés. Ce contrat cadre a été signé à la demande de ArcelorMittal en juin 2008, lorsque la priorité du groupe était de sécuriser l'approvisionnement et la fourniture des achats. Nous avons donc souhaité consolider nos rapports avec la SNCF car il est un partenaire stable et fiable. La SNCF n'a jamais menacé ArcelorMittal d'une augmentation des tarifs du wagon isolé si un trafic par train entier passait à la concurrence. (...) Lorsque ECR n'a pas été retenu lorsque nous cherchions à renégocier notre contrat pour le minerai en 2008, c'est parce qu'ils ne souhaitaient pas contracter avec nos conditions commerciales comprenant des indemnités de retards. La SNCF n'a pas exercé des menaces sur nous » (cotes 39 672). Arcelor a, par ailleurs, déclaré de façon plus générale que *« la SNCF n'a jamais fait pression sur ArcelorMittal lorsqu'elle risquait de contracter avec un concurrent »* (cotes 39 672 et 39 673).

224. S'agissant d'Arkema, cette entreprise utilise exclusivement les services de la SNCF, par l'intermédiaire de Fret SCNF, pour faire transporter les produits chimiques qu'elle produit, que ce soit par trains massifs (pour ses trafics entre sites de production) ou par wagons isolés (pour livrer ses clients).

225. Il ressort des pièces du dossier que la SNCF et Arkema sont liées par un contrat-cadre commercial pluriannuel pour le transport des marchandises de cette dernière depuis au moins le 27 décembre 2007 (cotes 24 562 à 24 642). Dans le cadre de la conclusion de ce contrat, Arkema a déclaré, d'une part, qu'elle a mis en concurrence les différents opérateurs du secteur et opté, de son propre fait, pour un tel contrat-cadre global et, d'autre part, qu'elle n'a subi aucune pression ni *« chantage »* de la part de la SNCF au cours des négociations (cotes 24 003 et 24 004).

226. Arkema a ainsi décrit la chronologie des faits qui l'ont conduite à retenir la SNCF :

« En 2006 nous avons consulté les concurrents de Fret SNCF.

ECR et Veolia ont donc été consultés pour deux flux massifs entre Marseille et nos usines de Saint Avold et/ou de Chauny, des trains massifs dans la région Lyonnaise-Alpes et des trains complets de soude qui vont de Marseille ou de Jarrie à destination de Chauny, de Chantenay ou des papetiers du Sud-ouest.

Ce n'était pas un appel d'offres au sens strict mais plutôt une mise en concurrence avec des négociations.

Une fois obtenues les premières offres d'ECR, Veolia et la SNCF, nous avons poursuivi les négociations avec Veolia et la SNCF puis seulement avec la SNCF de façon globale : train massif et wagons isolés. Nous avons souhaité cette négociation groupée pour obtenir de meilleurs tarifs, notamment en WI. Nous avons également souhaité un contrat pluriannuel

(3 ans éventuellement prorogeables à 5 ans) afin d'aligner ces durées avec [celles] de nos clients avec lesquels nous sommes liés sur plusieurs années. Nous pouvons résilier ce contrat au bout de trois ans sans conditions autres que le respect d'un préavis et sans pénalités de sortie. Nous avons finalement accepté que le contrat soit prorogé pour une durée totale de 5 ans. Avant 2007 nous travaillions sur des contrats annuels, ce qui ne nous donnait pas une visibilité de long terme vis-à-vis de nos clients. (...)

Les offres ECR étaient de 15 à 30 % moins chères que celles de la SNCF selon les trafics mais ne couvraient pas le wagon isolé. Sur le flux massifié dans les Alpes, Les négociations avec Veolia ont été très poussées (horaires, visites de sites...) et Veolia nous a proposé des tarifs 30 % moins chers que ceux de la SNCF.

Au final, nous avons souhaité garder tous nos flux avec la SNCF car elle disposait d'une offre de WI » (cotes 24 003 et 24 004).

8. LES CONTRATS GROUPANT L'OCCUPATION DE TERRAINS EMBRANCHÉS APPARTENANT À LA SNCF AVEC DES SERVICES FERROVIAIRES

227. Dans sa saisine, ECR soutient que la SNCF commet un abus de position dominante en contraignant les chargeurs à recourir à ses services de transport de marchandises pour conserver l'usage des terrains embranchés lui appartenant, en les menaçant de ne pas reconduire leur convention d'occupation.
228. Un terrain est dit « embranché » dès lors qu'il est desservi par le réseau ferré national. La SNCF est propriétaire de nombreux terrains embranchés qu'elle met à la disposition des chargeurs en concluant avec eux des conventions d'occupation de longue durée (ci-après « CCO »). Les chargeurs investissent et construisent sur ces terrains pour les besoins de leur activité industrielle.
229. Il ressort des pièces du dossier que les conventions d'occupation de longue durée de la SNCF comportent historiquement une clause de garantie de trafic fret à son profit. Ces clauses stipulent généralement que la mise à disposition des terrains embranchés au profit des chargeurs est subordonnée à l'engagement du chargeur de confier à la SNCF tout ou partie de ses besoins en transport de marchandises engendrés depuis le site embranché. Le non-respect de cette clause est une cause de résolution du CCO (cotes 6 308, 6 309, 39 230 39 231, 39 232).
230. L'existence de ces clauses de garantie de trafic est confirmée par la SNCF qui, dans sa réponse au questionnaire envoyé par les rapporteurs concernant les terrains embranchés mis à disposition à des chargeurs, affirme (cote 30 723) notamment :
- « Certaines conventions anciennes toujours en cours peuvent contenir une garantie de trafic avec Fret SNCF. Toutefois, cette garantie de trafic n'est plus demandée par Fret SNCF, de telle sorte que cette ancienne disposition n'a plus de portée. Au fur et à mesure des renouvellements ou si le client dénonce la convention, de nouvelles conventions sont négociées sans garantie de trafic » (cote 34 154).*
231. Le directeur financier de la branche Transport et Logistique de SNCF Geodis a précisé lors d'une audition que :
- « Les contrats sont parfois très vieux voire introuvables. Nous avons corrigé cette pratique depuis l'ouverture à la concurrence. Nous avons différencié nos revenus issus du trafic de ceux issus de notre activité locative. Par exemple, Holcim à Batignolles loue notre terrain alors qu'il n'est pas notre client ferroviaire.*

Dans un environnement de monopole, ces clauses de garantie de trafic, s'expliquaient car le cœur de notre activité était la traction et tout le reste (dont les CCO) des prestations annexes dans le cadre d'un paquet global. Certaines prestations n'étaient pas ou très peu rémunérées lorsque nous étions en monopole (par exemple les stationnements de wagons). La garantie de trafic visait surtout à s'assurer qu'il existait un trafic correspondant aux moyens humains et matériels mis en place. Lorsque la concurrence est arrivée, toutes ces prestations ont été différenciées et tarifées dans un objectif de revalorisation.

La Direction de Fret SNCF s'est systématiquement opposée à toute pratique qui pourrait viser à lier les CCO au trafic. Cela ne sert qu'à crispier le client et représente une vision de très court terme. Cela n'a aucune efficacité. La vision de la SNCF et a fortiori de la Branche SNCF GEODIS est de servir les grands comptes que nous accompagnons à une échelle nationale, européenne ou internationale et pour d'autres prestations logistiques ou d'autres modes de transports. (...)

S'agissant de l'hypothèse de sécurisation d'un trafic en insérant des clauses de sortie lourdes dans les contrats, cela n'a jamais été notre politique. Je n'ai aucun exemple en tête. Si localement il y a eu la tentation d'inclure cette condition dans les négociations, en tout cas, il n'y a pas eu à ma connaissance de contrat signé liant ces deux activités.

En revanche, beaucoup de clients qui sont passés à la concurrence ont toujours des CCO avec la SNCF. Nous n'avons pas signé d'avenant particulier pour ces contrats.

Par exemple, Vallourec a basculé chez nos concurrents en 2009 tout en gardant, je pense, une CCO avec nous » (cote 34 113).

232. A la suite de l'ouverture à la concurrence en 2006, des discussions ont eu lieu sur le caractère anticoncurrentiel de ce type de clauses au regard de la nouvelle situation concurrentielle (cotes 39 229, 39 246 à 39 248, et 39 896 à 39 905).
233. Les interrogations qui entouraient la problématique des clauses de garanties de trafic ont abouti, d'une part, à l'élaboration de documents de formation à l'intention du personnel commercial sur les difficultés que ces clauses étaient susceptibles de poser par rapport aux règles de concurrence (cotes 41 244 à 41 297) et, d'autre part, à un nouveau modèle de contrat type de CCO expurgé de cette clause à partir de janvier 2010 (cotes 34 644 à 34 667).
234. Enfin, la SNCF a fourni une liste de quinze chargeurs ayant confié leurs besoins de transport de marchandises à un autre opérateur ferroviaire que la SNCF, et pour lesquels les CCO n'ont pas été remises en cause (cote 35 195).

9. LES CONDITIONS TARIFAIRES APPLIQUÉES À VFLI POUR LES COURS DE MARCHANDISES

235. Les pièces du dossier laissent apparaître l'existence de possibles irrégularités de facturation de la SNCF à l'égard de VFLI, concernant l'accès et l'utilisation de certaines des cours de marchandises. Ces irrégularités pourraient causer une différence de traitement avec les autres entreprises ferroviaires.
236. La SNCF a conclu avec VFLI un contrat cadre le 1^{er} juin 2008 (cotes 31 198 à 31 204) et deux contrats spécifiques pour l'utilisation des cours de Caffiers (cotes 38 227 à 38 238) et de la gare de Pont Cardinet Paris XVII, respectivement le 15 décembre 2009 et le 23 décembre 2009 (cotes 38 223 à 38 224).

237. Dans ce cadre, des retards d'envoi et de règlement des factures par VFLI sont constatés (cotes 38 220, 38 221, 38 225, 38 238, 38 246, 38 255 à 38 259).
238. C'est en particulier le cas pour la cour de Poix de Picardie, utilisée par VFLI depuis le 1^{er} juillet 2010 et pour laquelle VFLI n'a reçu de la SNCF une facture que le 24 octobre 2011 pour la période d'utilisation comprise entre le 16 août 2010 et le 30 août 2011 (cotes 42 914 à 42 920). Cette facture a, par la suite, été acquittée par VFLI. C'est également le cas pour la cour de Saint Louis Aygalades utilisée par VFLI depuis le 15 mai 2009. L'utilisation de cette cour pour la période comprise entre janvier 2010 et décembre 2010 a été facturée à VFLI en novembre 2010, mais son utilisation pour la période comprise entre mai 2009 et décembre 2009 n'a fait l'objet d'une facturation par la SNCF qu'à compter du 6 octobre 2011 (cotes 42 925 à 42 927). VFLI s'est acquittée de cette facture dès réception.
239. Si la SNCF ne conteste pas ces retards de facturation et de paiement, elle a essayé d'y remédier en relançant VFLI à plusieurs reprises pour formaliser les conditions tarifaires d'utilisation des CM4 par cette dernière. Cela est confirmé par les responsables de la gestion des CM4 au sein de la SNCF qui ont indiqué que : « *VFLI ne payait pas dans certains cas et nous ne voulions pas que cela dure* » (cote 34 180).

10. LES CONDITIONS TARIFAIRES APPLIQUÉES POUR LA COUR DE MARCHANDISES DE MITRY-MORY

240. Il ressort des pièces du dossier que le comportement de la SNCF concernant la cour de marchandises de Mitry-Mory a été susceptible d'octroyer un avantage tarifaire à VFLI, qui appartient au groupe SNCF, par rapport aux autres entreprises ferroviaires, notamment ECR qui utilise également cette cour.
241. Contrairement aux autres cours de marchandises appartenant à la SNCF, la cour de marchandises de Mitry-Mory appartenait à SNCF Participations depuis 2007 et ce jusqu'au 12 décembre 2011, date à laquelle elle a été cédée à la société civile immobilière « *La Ruelle* » contrôlée par la société Carrières du Boulonnais (cotes 42 541 à 42 543). En conséquence, elle n'était pas référencée dans le DRR.
242. SNCF Participations a loué ces terrains à Fret SNCF à partir du 9 janvier 2007 jusqu'à la cession de la cour aux Carrières du Boulonnais (cote 35 210). Le loyer annuel initial fixé dans ce contrat de bail était de 160 000 euros. Il a été, par la suite, revu en fonction d'une clause d'indexation stipulée à l'article 17 de ce contrat : de 182 957, 55 euros pour l'année 2009 et de 175 461,21 euros pour l'année 2010 (cotes 35 073 et 35 074).
243. Fret SNCF étant habilité contractuellement à sous-louer cette infrastructure, VFLI a accédé à ces terrains à partir de juillet 2008 pour desservir son client Carrières du Boulonnais. ECR a, par ailleurs, demandé et obtenu l'accès à cette cour de marchandises à partir de septembre 2009, date à laquelle elle est devenue le prestataire de transport ferroviaire pour les Carrières du Boulonnais.
244. La sous-location de cette cour à VFLI a fait l'objet d'un contrat en décembre 2009, qui fixe, notamment dans son article 3, les conditions tarifaires d'utilisation de cette cour (cotes 38 215 à 38 219). Le prix facturé à VFLI était basé sur le loyer acquitté par Fret SNCF à SNCF Participations, dont le montant était réparti entre Fret SNCF et VFLI au prorata du nombre respectif de trains accédant à la cour. Par ailleurs, la SNCF et VFLI avaient lié l'accès à la cour à des prestations de déchargement effectuées par la société

Mascitti, qui étaient facturées à VFLI 690 euros HT par train, soit 825,24 euros TTC (cotes 35 247 et 35 248).

245. VFLI a reçu deux factures concernant l'utilisation de la cour de Mitry-Mory pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2008 et le 31 décembre 2009, respectivement le 17 mars 2009 et le 25 mai 2009 (cotes 38 220 et 38 221).
246. En revanche, pour la période couvrant la dernière période d'utilisation de la cour de Mitry-Mory par VFLI (avril 2009 à août 2009), la SNCF a envoyé une facture tardivement à VFLI, le 6 août 2010, afin de régulariser le paiement de l'utilisation de cette cour pour cette période.
247. De plus, en vue d'utiliser la cour de marchandises de Mitry-Mory pour ses trafics effectués pour les Carrières du Boulonnais, ECR a signé le 1^{er} octobre 2009 avec la SNCF un contrat, initialement pour une durée de trois ans (cotes 35 257 à 35 264).
248. En ce qui concerne la facturation de ECR pour cette cour, la SNCF proposait initialement de facturer des prestations logistiques (accès aux voies et déchargement) de 22 965 euros par mois pour un total de 208 trains par an, sur la base de quatre trains par semaine (cotes 35 149 à 35 151). En raison d'une baisse de trafic de Fret SNCF sur le site, cette somme a été portée à 27 077 euros dès le 9 septembre 2009. Le taux réel d'utilisation de la cour de marchandises ayant varié au cours du temps (cotes 42 526 à 42 543, et 42 633 à 42 635), ECR s'est effectivement acquittée d'un loyer de 27 077 euros par mois en 2009 et de 29 683 euros par mois en 2010 pour utiliser cette cour. Ces sommes, acquittées par ECR, comprennent les frais de déchargement directement facturés par la SNCF, qui ne sont pas relatifs à la seule utilisation de la cour.
249. Enfin, le loyer de Fret SNCF payé à SNCF Participations était de 54 704 euros par trimestre en 2009 et de 52 462 euros par trimestre en 2010 (cotes 35 121 à 35 126).

11. LA LOCATION DE LOCOMOTIVES À NAVILAND CARGO

250. Il ressort des pièces du dossier que Naviland Cargo, filiale de la SNCF, pourrait s'être vue accorder par Fret SNCF des conditions de location préférentielles pour des locomotives, conditions qui pourraient constituer une différence de traitement par rapport aux autres entreprises ferroviaires qui louent à Akiem des locomotives au prix du marché.
251. Naviland Cargo est une filiale de la SNCF active en tant qu'opérateur de transport combiné de marchandises. A sa création, Naviland Cargo ne tractait pas ses trains par ses propres moyens, mais faisait appel à la branche Fret de la SNCF. Cette situation a évolué depuis le mois d'octobre 2007, date à laquelle la SNCF a doté Naviland Cargo de ses propres ressources en matériel et en personnel, lui permettant de gérer de façon autonome son plan de transport. La SNCF a mis à disposition de Naviland Cargo des personnels de conduite par la SNCF, ainsi que des locomotives qu'elle opère sous le certificat de sécurité de la SNCF.
252. Cette évolution dans le modèle économique de Naviland Cargo s'explique par l'entrée d'un nouveau concurrent, Rail Link (initialement détenu par Veolia), sur le marché français de transport combiné de marchandises. Elle visait à permettre à Naviland Cargo de réduire ses coûts de production en matière de traction (cotes 38 809, 38 814 à 38 816 et 39 143). Selon la présentation que la SNCF fait elle-même de cette évolution et du positionnement stratégique de Naviland Cargo sur ce marché, cette dernière est, sinon une entreprise ferroviaire au sens strict de la réglementation, à tout le moins une « *quasi*

entreprise ferroviaire » opérant sous le certificat de la SNCF pour la traction de ses propres trains ou des trains d'entreprises tierces actives dans le secteur du transport combiné (cotes 5 386 et 5 387, 34 122 et 34 123, et 39 787).

253. Naviland Cargo est liée à la SNCF par un contrat-cadre du 1^{er} octobre 2007 qui encadre son activité de traction effectuée « *en lieu et place de la SNCF* » sous le certificat d'entreprise ferroviaire de cette dernière. A cet effet, la SNCF met à disposition de Naviland Cargo, des moyens humains et matériels, dont la « *fourniture d'engins moteurs* » prévue à l'article 4, paragraphe 3 du contrat-cadre et comprenant des locomotives.
254. Dans ce cadre, Fret SNCF a contracté en 2007 avec Naviland Cargo, afin de lui louer 17 locomotives BB22200 au prix de 26 833 euros par engin et par mois (cote 26 364), puis en 2009, pour lui louer deux locomotives 60 000 au prix de 17 167 euros par engin et par mois (cotes 26 333 à 26 337), ainsi qu'une locomotive 63500 (remplacée par la suite par une locomotive 69000) au prix de 17 917 euros par mois (cotes 26 341 à 26 348). Il ressort, par ailleurs, de certains documents fournis par la SNCF que ces prix de location pratiqués à l'égard de Naviland Cargo l'ont été selon un barème dit « *interne* » (cotes 31 464 et 31 466).
255. Par ailleurs, Akiem, qui depuis 2009 est la filiale de la SNCF en charge de la location de locomotives dont la SNCF détient la propriété, loue des locomotives BB27000 à VFLI, également filiale de la SNCF (cotes 26 513 à 26 544), à Fret SNCF (cotes 26 546 à 26 554) et à ECR (cotes 26 593 à 26 601) à un prix qui oscille dans une fourchette comprise entre 26 000 et 27 000 euros en fonction des modalités spécifiques de location.
256. S'agissant du prix auquel les locomotives sont généralement louées, ECR a précisé que : « *Le prix de marché d'une locomotive bi-courant (type 22000 et 27000) est de 360 K€ (prix annoncé par Akiem, filiale SNCF) et de 420 K€ pour une tri-courant (type 37000) (prix annoncés par Akiem, filiale SNCF, en décembre 2009). Ces prix sont confirmés sur le marché européen puisque Angel Trains loue des locomotives tricourant (type 37000 et BR 186) pour 450 à 500 K€* » (cote 25 586).
257. Cette différence de traitement portant sur la maintenance est justifiée, poste de dépense par poste de dépense, ainsi que le prix de location des locomotives BB22200 dans une note de la SNCF :

« Les engins sont loués à la valeur de renouvellement, faisant ainsi porter à NAVILAND Cargo le coût de location de locomotives neuves, en écart significatif par rapport à la valeur réelle du parc : locomotives BB 22 200 âgées de 27 ans, parc de Y 8000 et BB 63 500 à la limite de l'épuisement. (...)

Pour tenir compte de l'écart entre des engins neufs (type BB 27 000) et des BB 22 200 de 27 ans d'âge, il a été décidé de ne pas intégrer les effets d'une modernisation à mi-vie.(...)

Les frais de gestion administrative de Fret SNCF pour ce parc de 20 engins (16 locomotives BB 22 200 et 4 engins moteurs de desserte) sont considérés comme nuls. De la même façon, aucune marge pour risque ou aléas n'est appliquée : le contrat cadre de sous-traitance prévoit une rémunération globale.

La **taxe professionnelle** est supportée par NAVILAND Cargo.

Les **frais de logistique**, facturés annuellement par T, et imputés de façon linéaire par engin, sont retenus à la valeur proposée (2 105 € par mois, soit 25 260 € par an) (...)

Maintenance

Les charges de maintenance ont été fixées en fonction des charges de maintenance constatées par série (tableau des coûts unitaires moyens par série 2006), augmentées d'un montant forfaitaire :

Pour les BB 22 200, il est de 90 400 € par an. Pour le parc de 16 locomotives, on retient la valeur de 105 000 € par an, soit + 16 %.

A laquelle s'ajoutent 15 000 € par an, pour les prestations de dépannage (camionnette mobile d'intervention) et de hot line.

Pour les BB 63 500, il est de 3 774 € par mois. Pour les 2 engins loués au Havre, on retient la valeur de 4 000 € par mois, soit + 6 % ;

Pour les EM Y 8000, il est de 3 469 € par mois. Pour les 2 engins loués au Havre, on retient la valeur de 3 800 € par mois, soit + 9,5 % » (cote 39 147).

258. La même analyse ressort des déclarations du directeur financier de la branche Transport et Logistique de SNCF Geodis qui explique les raisons pour lesquelles Fret SNCF loue des locomotives à Naviland Cargo en dessous du prix pratiqué pour les autres entreprises ferroviaires.

« Pour les locomotives, il ne s'agit pas à proprement parler d'une location mais d'une mise à disposition dans le cadre du certificat de sécurité. Il s'agit des locomotives BB 22200 qui ne peuvent pas être louées sur le marché car ce sont de vieilles machines qui sont souvent en panne et qui devraient être ferrillées. Naviland ne passe pas par Akiem car Akiem ne peut pas louer ce type de locomotives trop vieilles. Le tarif de location n'est pas élevé (environ 15.000 euros au lieu de 25.000), mais ne pourrait pas l'être beaucoup plus étant donné l'état des machines. D'ailleurs, Naviland doit prendre plus de machines pour compenser le fait qu'elles tombent plus souvent en panne. Naviland qui s'était organisée avec ce type de machines (formation des agents de conduite) n'a ensuite pas souhaité réorganiser son schéma de production autour de nouvelles locomotives » (cotes 34 123).

12. LA LOCATION DE WAGONS PAR FRANCE WAGONS (DEVENU ERMEWA FERROVIAIRE)

259. Il ressort des pièces du dossier que France wagons (devenu Ermewa Ferroviaire) loue les wagons dont elle a la charge à la SNCF suivant des conditions tarifaires différentes de celles appliquées à ses autres clients. Cette différence de traitement a été susceptible de conduire France wagons à favoriser la SNCF au détriment des autres entreprises ferroviaires.
260. Depuis sa création et jusqu'en 2004, l'ensemble de son parc de wagons a été mis à la disposition de Fret SNCF. France Wagons a été créée en 1993 afin de réorganiser l'activité wagons de la SNCF en valorisant ces actifs dans la perspective de la modernisation d'une flotte vieillissante (cote 40 709). Elle loue des wagons dans onze pays européens, aussi bien à des clients industriels qu'à des entreprises ferroviaires, mais le groupe SNCF demeure, à l'heure actuelle, son principal client.
261. Plusieurs documents internes de la SNCF évoquent une différence de tarification entre les loyers appliqués à Fret SNCF et ceux appliqués à des tiers. La Direction Audit et Risques de la SNCF a réalisé en 2008 un audit interne sur l'activité de France Wagons. Un tableau contenu dans ce document de référence montre ces différences (cote 36 367) :

« Moyenne des loyers France Wagons par catégorie de clients

<u>Loyer moyen / jour (€)</u>	<u>2006</u>	<u>2007</u>	<u>2008</u>
<i>Location à Fret SNCF</i>	<i>5,84</i>	<i>6,12</i>	<i>6,42</i>
<i>Produits de pools et de mandats</i>	<i>10,75</i>	<i>10,77</i>	<i>12,21</i>
<i>Location tiers (Groupe+Externes+GID)</i>	<i>16,31</i>	<i>15,81</i>	<i>16,02</i> »

262. Selon les explications de la SNCF, dans un souci de neutralité comptable de l'EPIC SNCF, ces wagons ont été initialement transférés à France Wagons à leur valeur nette comptable, n'entraînant pas le transfert de l'endettement propre à cette activité qui est resté à la charge de la SNCF (cotes 40 716 et 40 717). Ce plan d'amortissement budgétaire court ainsi jusqu'à la fin de l'année 2012 et explique le différentiel de prix pour la location de wagons à Fret SNCF.

263. Par ailleurs, Fret SNCF a commencé à restituer une partie importante du parc de wagons mis à sa disposition dès l'année 2004 afin que celui-ci soit modernisé et que France Wagons puisse répondre à la demande d'autres clients que Fret SNCF. Cette situation a entraîné une remontée progressive du prix des locations de Fret SNCF facturé par France Wagons, et ce malgré le fait que l'amortissement de la dette prévue jusqu'en 2012 n'ait pas encore été achevé.

264. Il ressort également des notes manuscrites de l'ancien directeur financier de la branche Fret de la SNCF qu'une telle différence de tarification par rapport au prix du marché était connue et quantifiée par les services concernés de la SNCF (cote 9 649).

265. Interrogé sur ces notes lors d'une audition par les rapporteurs, l'ancien directeur financier de la branche Fret a indiqué que :

« Ce document qui date d'août 2007 est une revue de gestion du pôle wagon et notamment de France Wagons et met en avant la problématique de la faiblesse des loyers pratiqués par France Wagons par rapport aux prix de marché. Cette situation remontait à 2004, date du transfert du parc de wagons de Fret SNCF à France Wagons. Avec [...] nous avons demandé à ce que les tarifs augmentent progressivement et annuellement afin de rentabiliser les actifs de la branche. Notre raisonnement était celui d'une valorisation du patrimoine sans lien avec les activités de transport. La différence entre les loyers de France Wagons et le prix de marché était significative. On est passé d'un loyer inférieur à 10 euros /jour à un loyer d'environ 20 euros /jour en l'espace de trois ans.

Ce délai n'était pas dû à un processus interne à la SNCF mais était nécessaire pour faire accepter progressivement cette augmentation significative par les chargeurs. Aujourd'hui, et depuis fin 2009, Fret paye le prix du marché pour tous les wagons » (cote 34 100).

266. Il ressort des pièces du dossier que les prix pratiqués à l'égard de Fret SNCF pour les wagons mis à sa disposition ont progressivement augmenté à partir de 2004 (cotes 9 946 et 16 457). En particulier, l'ancien président directeur général de France Wagons a indiqué que :

« Pour les clients hors SNCF, nous pratiquons les mêmes tarifs selon les modalités indiquées précédemment.

Pour ce qui est de Fret SNCF, j'ai moi même constaté cet écart à mon arrivée et je me suis efforcé de remettre à niveau ces prix afin que tous les clients de France Wagons soient traités de la même façon.

Avant 2004, France Wagons faisait une facturation globale à Fret SNCF incluant la maintenance curative. Un nouveau contrat avec Fret a été signé en 2004.

En 2004, même avec le nouveau contrat cadre signé avec la SNCF, les prix étaient en dessous de ceux du marché. Entre 2004 et 2008 ces mêmes prix ont continué à être appliqués.

Mon discours n'a porté auprès des actionnaires que courant 2007 pour une mise en place en 2008 pour un rétablissement des loyers à un niveau objectif en 2010-2011. Nous avons commencé à mettre en œuvre ces nouveaux tarifs en 2008. La progression des tarifs pour Fret SNCF a augmenté continuellement depuis 2008. Le rétablissement des tarifs se fait par séries et par un échelonnement sur trois ans. A fin 2010, le niveau de prix payé par Fret SNCF sera le même que celui payé par nos autres clients.

Mes interlocuteurs étaient la direction de Fret SNCF. A l'époque, en 2007, j'ai évalué le manque à gagner pour France Wagons à 100 millions d'euros environ. Il a été difficile de les persuader de devoir changer ces tarifs » (cote 24 466).

E. LES GRIEFS NOTIFIÉS

267. Par lettre en date du 28 juillet 2011, la rapporteure générale a notifié treize griefs, reproduits ci-dessous :

« Il est retenu et imputé deux griefs à l'encontre de l'EPIC SNCF :

- 1. Une pratique d'abus de position dominante de la SNCF sur le marché de la délivrance de formation diplômante de conducteur de train constituée par la transmission par l'encadrement de son Unité de formation des candidatures et l'initiation d'un recrutement parallèle à cette formation en mai 2006 ayant entraîné la désorganisation de son concurrent et retardé son expansion sur le marché des services ferroviaires offerts aux chargeurs ;*
- 2. Une pratique d'abus de position dominante de la SNCF en tant que GID sur le marché de l'accès à l'infrastructure consistant en la transmission d'informations confidentielles à sa branche Fret entre avril 2006 et septembre 2008.*

Il est retenu dix griefs à l'encontre de Fret SNCF, imputés à l'EPIC SNCF :

- 3. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché de l'accès à l'infrastructure consistant en une surréservation de capacités et une non-restitution des sillons qu'elle n'utilise pas aux fins de limiter l'accès de ses concurrents à cette ressource pendant la période allant de janvier 2006 à février 2009.*
- 4. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF, pendant la période allant du 31 mars 2006 à nos jours, sur le marché des cours de marchandises dites CM4 consistant en une publication tardive et incomplète des cours de marchandises dans le DRR ;*
- 5. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché des cours de marchandises dites CM4, pendant la période allant du 31 mars 2006 à nos jours, consistant en une pratique tarifaire dissuasive, non transparente et contraire à la Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification*

de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité et au décret en Conseil d'État n° 2003-194 du 07 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national ;

- 6. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché des cours de marchandises dites CM4, pendant la période allant du 14 juin 2008 à nos jours, consistant en une discrimination tarifaire ayant pour objet et pour effet de favoriser sa filiale VFLI face aux nouveaux entrants ;*
- 7. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur la cour de Mitry-Mory, pendant la période allant du 14 juin 2008 à nos jours, consistant en une discrimination tarifaire entre sa filiale VFLI et ECR ;*
- 8. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF consistant à surréserver des wagons de type EX spécialisés dans le transport de granulats pendant une période allant de mai 2006 à février 2008, afin de limiter l'accès de ses concurrents à cette ressource et de retarder ainsi leur entrée sur le marché des services ferroviaires offerts aux chargeurs ;*
- 9. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF, consistant en la location de locomotives à sa filiale Naviland Cargo à des prix en dessous des prix de marché, pendant la période allant du mois octobre 2007 à nos jours, ayant pour effet de favoriser cette dernière face aux autres entreprises ferroviaires et opérateurs de transport combiné de marchandises ;*
- 10. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché des services ferroviaires de train massif consistant en la mise en œuvre des prix d'éviction ne couvrant pas ses coûts totaux et ayant pour effet de fausser le jeu de la concurrence par d'autres moyens que la concurrence par les mérites, pendant la période allant du 31 mars 2006 à nos jours ;*
- 11. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché du wagon isolé consistant en la signature d'accords-cadre liant la vente des services de wagon isolé à ceux de train massif, pendant la période allant de 2007 à fin 2010, ayant pour effet de verrouiller une partie du marché du train massif ouvert aux nouvelles entreprises ferroviaires ;*
- 12. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF sur le marché des terrains embranchés consistant en le maintien des contrats liant les conventions d'occupation aux services ferroviaires, pendant la période allant du 31 mars 2006 à nos jours, et ayant pour effet de dissuader les chargeurs de changer de prestataire ferroviaire ;*

Il est retenu un grief à l'encontre de France Wagons, imputé à France Wagons et à l'EPIC SNCF :

- 13. Une pratique d'abus de position dominante de Fret SNCF au travers de la filiale de la SNCF France Wagons active sur le marché de la location de wagons, consistant en l'application des prix discriminatoires pendant la période allant du 31 mars 2006 au 31 décembre 2010, ayant pour effet de favoriser Fret SNCF par rapport aux autres entreprises ferroviaires.*

Toutes les pratiques relevées sont prohibées par les articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce ».

II. Discussion

268. Seront successivement examinés ci-après :

- l'application du droit de l'Union ;
- la saisine de l'ARAF ;
- la définition des marchés pertinents et la position de la SNCF sur ces marchés ;
- le bien-fondé des griefs notifiés ;
- les suites à donner.

A. SUR L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION

1. LES PRINCIPES APPLICABLES

269. L'article 102 TFUE dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».
270. Se fondant sur la jurisprudence constante de l'Union, et à la lumière de la communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité [devenus les articles 101 et 102 du TFUE] (JOUE C 101, du 27 avril 2004, p. 81), l'Autorité considère avec constance que trois éléments doivent être réunis pour que des pratiques soient susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits ou les services en cause, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.
271. S'agissant du deuxième élément la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 31 janvier 2012, France Télécom (arrêt n° 10-25.772, 10-25.775 et 10-25.882, p. 6), que les termes « *susceptibles d'affecter* » énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE « *supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire* ».
272. Il ressort en particulier de la jurisprudence que les abus de position dominante commis sur le territoire d'un seul État membre sont susceptibles, dans certains cas, d'affecter le commerce entre États membres.
273. La Cour de justice a ainsi jugé que, lorsque le détenteur d'une position dominante barre l'accès de concurrents au marché, il est indifférent que ce comportement n'ait lieu que sur le territoire d'un seul État membre, dans la mesure où il est susceptible d'avoir des

répercussions sur les courants commerciaux au sein du marché intérieur (arrêt du 9 novembre 1981, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 103).

274. La Commission européenne a, quant à elle, indiqué dans les lignes directrices précitées que, « *lorsqu'une entreprise qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté* » (point 93).
275. S'agissant du troisième élément, à savoir le caractère sensible de cette possible affectation des échanges entre États membres, l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier précité a rappelé que « *le caractère sensible de l'affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce intracommunautaire résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause* » (p. 6).
276. Les lignes directrices de la Commission européenne précitées indiquent notamment que, lors de cette appréciation, « *il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce* » (point 96).

2. APPRÉCIATION EN L'ESPÈCE

277. En premier lieu, il convient de constater qu'il existe des échanges entre États membres portant sur les services de fret ferroviaire. En effet, cette activité internationale a fait l'objet du premier jeu de mesures européennes d'ouverture à la concurrence, applicables au plus tard 1^{er} janvier 2006. Elles ont permis à toute entreprise ferroviaire établie dans l'Union d'effectuer librement des trafics entre deux ou plusieurs États membres.
278. En second lieu, les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter sensiblement ces échanges, eu égard aux éléments qui suivent.
279. Tout d'abord, elles ont été commises par la SNCF, opérateur historique de fret ferroviaire en France. Cette entreprise, qui a une position prééminente dans le secteur ferroviaire en France, est également active dans d'autres États membres.
280. Ensuite, ces pratiques ont une dimension nationale, ayant été mises en œuvre sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif sur l'ensemble du territoire français (voir les paragraphes 293 et suivants ci-dessous).
281. C'est en particulier le cas pour les pratiques relatives à la politique de surréservation de sillons (grief n° 3), à la publication des cours de marchandises (grief n° 4), à l'indisponibilité en wagons EX pour le transport de granulats (grief n° 8) et aux prix de la SNCF pratiqués auprès des chargeurs (grief n° 10).
282. En outre, ces pratiques sont toutes susceptibles d'avoir un effet sensible sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, compte tenu du fait que la SNCF y dispose d'une part de marché très importante au niveau national, de l'ordre d'au moins 70 %.
283. Enfin, en raison de leurs effets potentiels, les pratiques en cause sont susceptibles de renforcer sensiblement le cloisonnement du secteur français du fret ferroviaire, en

empêchant ou en entravant l'entrée et le développement d'autres entreprises sur le marché national, et au premier chef d'entreprises originaires d'autres États membres. A cet égard, il convient de relever que le premier concurrent de la SNCF dans le secteur du fret ferroviaire est ECR, qui appartient à l'opérateur allemand Deutsche Bahn. De plus, de nombreux chargeurs, clients des entreprises ferroviaires, sont actifs dans d'autres États membres, comme Arkema ou Arcelor Mittal.

284. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Elles doivent, par conséquent, être analysées au regard des règles de concurrence tant internes que de l'Union, point qui n'est du reste pas contesté par la SNCF.

B. SUR LA SAISINE DE L'ARAF

285. La SNCF soutient que l'Autorité n'aurait pas rempli ses obligations légales en saisissant de façon irrégulière l'ARAF des pratiques qu'elle poursuit en l'espèce.

286. L'article L. 2135-13 du code des transports prévoit que : « *L'Autorité de la concurrence communique à [l'ARAF] toute saisine entrant dans le champ des compétences de celle-ci* ».

287. L'article R. 463-9 du code de commerce prévoit par ailleurs que : « *Le rapporteur général [de l'Autorité] communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe 4-6 du présent livre toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier* ».

288. L'obligation faite à l'Autorité de communiquer une saisine à l'autorité administrative sectorielle compétente n'impose pas de solliciter l'avis de cette dernière dès ladite saisine. De plus, le fait de joindre à cette communication l'éventuelle notification des griefs intervenue à la suite de la saisine de l'Autorité est laissé à la discrétion de cette dernière.

289. Ainsi, s'agissant de la communication d'une saisine à l'Autorité à la Commission bancaire, la Cour de cassation a précisé que, puisque « *l'article 16 du décret du 29 décembre 1986 [devenu l'article R. 463-9 du code de commerce] ne précise pas le moment auquel la saisine doit être communiquée à l'autorité administrative concernée, n'impose pas que l'avis de cette dernière soit sollicité dès le stade de la saisine du Conseil et qu'il suffit que cette disposition soit mise en œuvre dans des conditions compatibles avec le respect du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil, la cour d'appel, qui observe que le Conseil a estimé, en l'espèce, qu'il convenait de transmettre outre l'acte de la saisine dont il avait pris l'initiative, la notification des griefs, document propre à favoriser l'émission d'un avis éclairé par cette autorité, et qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits de la défense en procédant à cette formalité le 27 novembre 1998 dès lors que celle-ci a été accomplie avant la notification du rapport, a statué à bon droit* » (arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2004, n° 01-17896 et 02-10066).

290. En l'espèce, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 2135-13 du code des transports, l'Autorité a transmis à l'ARAF, par courrier en date du 27 janvier 2011, sa décision de saisine d'office n° 08-SO-01 du 8 janvier 2008 portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, ainsi que la saisine d'ECR du

19 octobre 2009 concernant une plainte relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur ferroviaire.

291. En réponse, l'ARAF a rendu l'avis n° 2011-005 du 23 mars 2011, qui a été versé au dossier et sur lequel les parties ont pu présenter des observations dans le cadre de la procédure contradictoire ouverte à la suite de l'envoi de la notification des griefs.
292. Il convient donc d'écarter l'argument tiré de l'irrégularité de la saisine de l'ARAF.

C. LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DE LA SNCF SUR CES MARCHÉS

1. LES PRINCIPES APPLICABLES

293. L'analyse des pratiques en cause au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce nécessite, au préalable, de définir les marchés pertinents et de déterminer la position de la SNCF sur ces différents marchés.
294. Dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause, la Commission européenne a rappelé que le marché de produits « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* » (JOCE C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, point 7).
295. Suivant la même approche, l'Autorité a rappelé, dans sa décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, que « *se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les acheteurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* » (paragraphe 187).
296. Le marché géographique, quant à lui, comprend « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* » (communication n° 97/C 372/03 précitée, point 8).

2. APPRÉCIATION EN L'ESPÈCE

297. L'examen portera en l'espèce sur le train massif, puis sur les cours de marchandises, concernés par les pratiques.

a) Le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif

Le marché de produits

298. Si, dans le secteur des transports, la Commission européenne privilégie une approche de point de départ à point de destination, tous modes de transport confondus, elle choisit parfois de considérer le marché du transport ferroviaire dans son ensemble (décision n° 94/210/CE du 29 mars 1994 relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE, IV/33.941 - HOV-SVZ/MCN, points 115 à 139), ainsi que l'y autorise la

jurisprudence de l'Union (arrêt du Tribunal du 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn/Commission*, T-229/94, Rec. p. II-1689, point 56).

299. A cet égard, le Tribunal, dans son arrêt *Deutsche Bahn/Commission* précité, a précisé que, « pour être considéré comme constituant l'objet d'un marché suffisamment distinct, le service ou le bien en cause doit pouvoir être individualisé par des caractéristiques particulières le différenciant d'autres services ou biens au point qu'il soit peu interchangeable avec eux et ne subisse leur concurrence que d'une manière peu sensible (voir les arrêts de la Cour du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, Rec. p. 803, points 39 et 40, et du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, Rec. p. 207, points 11 et 12, et l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1991, *Hilti/Commission*, T-30/89, Rec. p. II-1439, point 64). Dans ce cadre, le degré d'interchangeabilité entre produits doit être évalué en fonction des caractéristiques objectives de ceux-ci, ainsi qu'en fonction de la structure de la demande, de l'offre sur le marché et des conditions de concurrence (voir l'arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 37, et l'arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755, point 63).

(...)

*Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence, un sous-marché qui a des caractéristiques spécifiques du point de vue de la demande et de l'offre et qui offre des produits occupant une place indispensable et non interchangeable dans le marché plus général duquel il fait partie doit être considéré comme un marché de produit distinct (voir l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1991, *RTE/Commission*, T-69/89, Rec. p. II-485, points 61 et 62) » (points 54 et 56).*

300. Il convient donc d'examiner si le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif présente des caractéristiques telles qu'il est à considérer ou non comme un marché de produit distinct du marché plus large du transport ferroviaire.

Sur la distinction entre transport ferroviaire de marchandises par train massif et par wagon isolé

301. La Commission européenne, dans sa décision du 6 novembre 2007, *Deutsche Bahn/EWS* (COMP/M.4746), autorisant le rachat d'EWS par la Deutsche Bahn, a distingué le marché des services de transport massifié de marchandises (train massif) du marché de lotissement (wagon isolé) (points 19 et suivants).

302. Du point de vue de l'offre, la Commission européenne a relevé que les services de train massif et ceux de wagon isolé requièrent des capacités de production différentes. Elle a également constaté que les nouveaux entrants ne proposent que des services de train massif, les opérateurs historiques étant les seuls à proposer des services de wagon isolé.

303. Du point de vue de la demande, la Commission européenne a observé des différences, et notamment, une plus grande substituabilité des services de wagons isolés avec la route.

304. La question de la définition exacte du marché est néanmoins restée ouverte.

305. En l'espèce, il convient d'examiner si l'existence d'un marché distinct des services de train massif se confirme.

306. Du point de vue de l'offre, l'Autorité relève que les services de train massif et de wagon isolé présentent des caractéristiques différentes. Les services de train massif acheminent directement les marchandises de leur point de départ à leur point de destination. Les services de wagon isolé consistent, quant à eux, à constituer un train à partir de wagons

individuels ou de groupes de wagons d'origines différentes, ce qui implique des prestations complémentaires d'acheminement, de manœuvre, de tri et d'assemblage des wagons dans des gares de triage. Ainsi, à la différence des services de train massif, les services de wagon isolé concernent plusieurs clients à la fois et impliquent plusieurs ruptures de charge.

307. Les services de train massif et de wagon isolé se différencient également par le volume de marchandises transportées et la régularité des envois. Dans le cadre des services de train massif, un train entier se compose de vingt wagons environ pour une quantité totale transportée de 1 000 tonnes de marchandises environ pour un chargeur donné. Dans le cadre des services de wagon isolé, un train transporte 20 à 50 tonnes de marchandises pour un chargeur.
308. Les services de train massif et de wagon isolé se différencient encore par leur coût. Les services de wagon isolé nécessitent de disposer et d'entretenir un réseau de gares de triage et de dessertes terminales, ou du moins de pouvoir y accéder. En outre, un service de wagon isolé emprunte successivement un train de ramassage, un ou plusieurs trains inter-triages et un train de distribution jusqu'au client destinataire. Ces différentes étapes ont une influence sur les délais d'acheminement et sur le coût de revient du transport. En raison des ruptures de charge qu'ils impliquent et de leur organisation complexe, les services de wagon isolé présentent des coûts plus élevés que les services de train massif. Selon la SNCF, « [1]a structure de coût du transport par wagon isolé ainsi que le fait qu'il soit devenu une simple variable d'ajustement du transport routier, rendent cette activité, telle qu'elle est aujourd'hui organisée, structurellement non rentable. Ainsi, le wagon isolé représente un peu plus du tiers du chiffre d'affaires de Fret SNCF, mais génère près des deux tiers des pertes » (courrier de la SNCF du 10 juin 2010, cote 30 716).
309. Enfin, les services de train massif et de wagon isolé se différencient par les entreprises qui les assurent. En effet, la SNCF est la seule entreprise ferroviaire proposant des services de wagon isolé sur le territoire français, les nouveaux entrants s'étant concentrés sur les services de train massif.
310. Du point de vue de la demande, il existe également des différences entre les services de train massif et les services de wagons isolés tenant, en particulier, au fait que seuls les clients ayant d'importants volumes de marchandises à faire transporter et disposant de terrains embranchés au réseau ferré national peuvent utiliser les services de train massif.
311. La SNCF soutient cependant qu'en raison de la forte pression concurrentielle de la route, le marché de produits devrait s'étendre à l'ensemble des transports terrestres de marchandises. Dans l'étude économique annexée à ses observations à la notification des griefs, elle fait également valoir que le marché de produits est le marché du transport de marchandises par train massif et par route, à l'exclusion des services de wagon isolé, de transport combiné et d'autoroute ferroviaire. Elle allègue enfin qu'il faudrait distinguer les services de train massif réguliers et irréguliers.
 - ◆ Sur la distinction du transport ferroviaire de marchandises par train massif et du transport routier
312. La SNCF estime que la forte pression concurrentielle de la route sur le rail justifie une définition plus large du marché.
313. S'il n'y a pas lieu de revenir sur les décisions de la Commission européenne et du ministre chargé de l'économie dont elle se prévaut à cet égard, qui concernent des affaires différentes de la présente espèce, il convient d'examiner si, comme elle le soutient, le fret

routier exerce une pression concurrentielle significative sur le fret ferroviaire, comme en attesteraient notamment les élasticités-prix croisées élevées entre ces deux modes de transport, liée au fait que la plupart des services de transport ferroviaire pourraient techniquement être pris en charge par la route et que les chargeurs mettraient les deux modes de transport en concurrence en comparant les offres de l'un et de l'autre.

314. Outre les éléments déjà examinés, les autorités de concurrence peuvent apprécier la délimitation du marché au regard du test dit du « monopole hypothétique », qui consiste à évaluer si une augmentation faible, mais significative et non transitoire, du prix d'un bien ou d'un service au-delà du niveau concurrentiel serait profitable pour un offreur supposé en monopole sur ce service, compte tenu de la baisse de demande résultant de l'augmentation du prix. Il convient donc d'examiner, notamment, quelle proportion des chargeurs serait susceptible de renoncer au fret ferroviaire à la suite d'une telle hausse de prix.
315. Il convient de souligner que, pour appliquer ce test, il n'est pas approprié de partir du prix observé : il faut partir d'une situation concurrentielle, donc d'un prix proche du coût d'un opérateur efficace. Or, selon le rapport « *Pertinence du fret ferroviaire* » daté d'avril-mai 2009 et saisi dans les locaux de la SNCF, les nouveaux entrants ont un coût complet de 15 à 30 % inférieur à celui de Fret SNCF.
316. Ce rapport indique par ailleurs que, en ce qui concerne le train massif régulier, 100 % des trafics sont compétitifs par rapport à la route, sur la base des coûts de Fret SNCF.
317. Dans ces conditions, il est peu probable qu'un opérateur efficace pratiquant des tarifs alignés sur des coûts plus faibles de 15 à 30 % ait à craindre un report des trafics vers la route en cas de hausse de prix de 5 à 10 %.
318. En ce qui concerne le train massif irrégulier, ce même rapport compare dans un tableau (cote 37 066) les coûts du fret routier et du fret ferroviaire pour différentes catégories de trafics. Ces données permettent de déterminer la proportion de clients d'un monopole efficace (alignant ses tarifs sur des coûts de 15 à 30 % inférieurs à ceux de Fret SNCF) qui passeraient au mode routier suite à une hausse de prix de 5 à 10 %, dans l'hypothèse où le prix serait le seul critère pris en compte.
319. Dans cette hypothèse, on constate que, sur 75 % des trafics (en tonnes kilomètres) de train massif irrégulier, le mode ferroviaire resterait moins cher que la route à la suite d'une hausse de prix de 5 à 10 %. En réalité, compte tenu du fait que certains trafics ne peuvent techniquement pas être transférés vers la route, d'une part, et que les coûts liés au changement d'opérateur pourraient dissuader certains chargeurs d'opter pour le fret routier, d'autre part, la proportion de trafics perdus serait très probablement sensiblement inférieure à 25 %.
320. A supposer que, suite à une hausse du prix du fret ferroviaire de 5 à 10 % (au-dessus d'un niveau de référence proche du coût d'un concurrent efficace), 25 % des trafics de train massif irrégulier et aucun des trafics de train massif régulier soient redirigés vers la route, les opérateurs de fret ferroviaire ne perdraient que 15 % des trafics par train massif.
321. Par conséquent, la perte de volumes liée à cette hausse de prix serait faible, et la baisse de profit en résultant compte tenu du taux de marge de l'activité serait compensée par l'augmentation des recettes sur les clients fidèles au mode ferroviaire (à titre d'illustration, selon les calculs de l'étude économique de la SNCF (cote 44 243), pour le train massif, le taux de marge sur coûts évitables à court terme était, respectivement, 16 %, 11 % et 4 % en 2007, 2008 et 2009). Par conséquent, ce monopole hypothétique pourrait, de façon profitable, augmenter ses prix de 5 à 10 % au-dessus du niveau concurrentiel, ce qui

confirme que l'activité de fret ferroviaire par train massif doit être considérée comme un marché pertinent.

322. Ce résultat ne permet pas de retenir l'argument de la SNCF selon lequel le marché de produits devrait être élargi au transport routier, ni d'écarter l'appréciation fondée sur l'observation des données relatives à l'offre et à la demande respectives de services de train massif et de wagon isolée.
323. Cette appréciation est également confirmée par deux éléments complémentaires.
324. Du point de vue de l'offre, le transport ferroviaire de marchandises par train massif et le transport routier présentent des organisations différentes. Les services de transport routier sont plus flexibles en raison, notamment, de l'absence de contrainte liée à l'obtention de sillons. Ils fonctionnent sur la base de contrats plus courts, les contrats de transport ferroviaire par train massif ayant fréquemment des durées allant de 3 à 5 ans.
325. Les conditions pour accéder aux professions d'entreprise ferroviaire et de transporteur routier sont également différentes, les barrières, notamment réglementaires, étant beaucoup plus élevées pour la première que pour la seconde.
326. Du point de vue de la demande, certains chargeurs ne disposent pas d'infrastructures logistiques adaptées au basculement de leurs marchandises du train vers la route. En effet, les chargeurs ne disposent pas nécessairement d'installations permettant d'accueillir 40 camions (quantité équivalente à un train d'une vingtaine de wagons). Pour les chargeurs, l'abandon du rail au profit de la route ne pourrait donc pas se faire sans un certain délai nécessaire pour adapter leur organisation et leur logistique.
327. Un éventuel report ne pourrait donc être ni immédiat, ni total, et resterait matériellement difficile, également en raison de la nature et des volumes de marchandises transportées (voir le procès-verbal d'audition du 28 mai 2010 du directeur général et du directeur commercial de la Société de Carrières de Vignats, cote 27 231 ; le procès-verbal d'audition du directeur général de la filière granulats de la société Carrières du Boulonnais du 7 avril 2010, cote 23 989 ; le procès-verbal d'audition du 9 avril 2010 des représentants de la société Arkema, cote 24 001 ; et le procès-verbal d'audition du 29 mars 2010 de représentants d'ArcelorMittal, cote 39 670).
 - ◆ Sur la distinction entre le transport ferroviaire de marchandises par train massif régulier et irrégulier
328. La SNCF soutient, par ailleurs, qu'il faudrait distinguer, au sein du transport ferroviaire de marchandises par train massif, les services réguliers des services irréguliers, au motif que seuls les premiers seraient attractifs pour les nouveaux entrants.
329. Cependant, cet argument ne suffit pas, à lui seul, à renverser l'appréciation selon laquelle les services de train massif constituent, en l'espèce, le marché de produits.
330. En effet, si à court terme les services irréguliers sont moins intéressants que les services réguliers, à moyen ou à long terme, les nouveaux entrants peuvent, ainsi qu'ils l'ont tous déclaré, être intéressés par ce type de demande, à laquelle certains d'entre eux ont du reste d'ores et déjà répondu positivement (courriel d'ECR du 14 décembre 2011, cotes 42 627 à 42 628 ; courriel des CFL du 1^{er} décembre 2011, cotes 42 272 à 42 273 et 42 278 ; courriel de SNCB Logistics du 14 décembre 2011, cotes 42 508 à 42 510 et 42 514 à 42 519 ; courriel de Colas Rail du 9 décembre 2011, cotes 42 612 à 42 619 ; courriel d'Eurotunnel du 6 décembre 2011, cotes 42 279 à 42 284).

Conclusion sur la définition du marché de produits

331. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, le marché de produits doit être défini en l'espèce comme étant le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.

Sur le marché géographique

332. Dans l'arrêt *Deutsche Bahn/Commission* précité, le Tribunal avait retenu comme marché géographique le territoire de l'État membre concerné. Il avait, à cet égard, rappelé qu'« *un État membre peut constituer, à lui seul, une partie substantielle du marché commun sur laquelle une entreprise peut détenir une position dominante, et cela notamment lorsqu'elle est titulaire sur ce territoire d'un monopole légal (arrêt *General Motors Continental/Commission*, précité, point 9; arrêt de la Cour du 21 mars 1974, *BRT/ Sabam et Fonior*, 127/73, Rec. p. 313, point 5)* » (point 58).

333. En l'espèce, la SNCF occupait, au début des pratiques, une très forte position dominante en France, liée au monopole légal dont elle avait disposé jusqu'alors. En outre, les réseaux ferrés en Europe ont été construits sur des bases nationales et, aujourd'hui encore, chaque réseau présente ses propres spécificités techniques (écartement des voies, tension d'alimentation électrique, système de signalisation, etc.). Dans ces conditions, le marché géographique retenu sera le marché français.

Sur la position de la SNCF

334. Sur le marché domestique de fret ferroviaire en général, la SNCF évalue les parts de marché des différentes entreprises ferroviaires de la façon suivante (courrier de la SNCF du 10 juin 2010, cote 34143) :

Transport ferroviaire domestique de marchandises								
France	2009		2008		2007		2006	
	Gtk	%	Gtk	%	Gtk	%	Gtk	%
Total	23,2	100,0%	26,2	100,0%	25,2	100,0%	24,6	100,0%
SNCF	19,6	84,5%	23,2	89,0%	23,4	93%	23,1	94%
Nouveaux entrants	3,6	15,5%	3,0	11%	1,8	7%	1,5	6%

Source : estimations de la SNCF

335. Au 1^{er} avril 2010, les concurrents de la SNCF étaient estimés transporter 14,2 millions de tonnes de marchandises, soit 16 % du marché.

336. Ces chiffres sont confirmés par le rapport Grignon précité, qui évalue à 16 % les parts de marché des nouveaux entrants, mesurées en train-kilomètre, et 20 % à 25 %, mesurées en tonnes-kilomètres (cote 36 807). Selon ce rapport, les parts de marchés des différentes entreprises ferroviaires présentes sur le territoire français, mesurées en train-kilomètre sont les suivantes :

- SNCF : 84,4 % ;
- ECR : 10,4 % ;
- Europorte : 3,6 % ;
- autres : 1,6 % (cote 36 808).

337. Les nouvelles entreprises ferroviaires se sont quasi-exclusivement positionnées sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif. Au regard des tonnages transportés respectivement en 2009 par la SNCF (43,4 millions de tonnes) et par les autres entreprises ferroviaires (13 millions de tonnes), la part de marché de la SNCF sur le

marché des services de train massif est de 77 % environ. Les nouvelles entreprises ferroviaires détiennent quant à elles une part de marché cumulée de 23 %. Bien que la part de marché de la SNCF ait continué à progressivement décroître au profit de ses concurrents, des données publiques indiquent qu'elle est encore élevée (de l'ordre de 70 %).

338. D'autres éléments, conjugués à ces parts de marché, permettent de considérer que la SNCF occupe toujours une position dominante sur ce marché. La SNCF, opérateur historique dans le secteur, détenait, au début des pratiques, la totalité des parts du marché en raison de son monopole légal. Ensuite, sa part de marché demeure, aujourd'hui encore, très élevée par rapport à celle des autres entreprises ferroviaires. Parmi celles-ci, seule ECR détient une part de marché significative. Enfin, les moyens matériels et humains dont dispose la SNCF lui donnent, à la différence des autres entreprises ferroviaires présentes sur le marché, la capacité d'absorber la totalité de la demande. La SNCF demeure donc à ce jour en position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.
339. Ses propres documents internes, figurant au dossier, confirment d'ailleurs qu'elle se considère elle-même comme telle. Il en va ainsi d'un document de la direction de la stratégie de la SNCF en date du 1^{er} décembre 2006 intitulé « *Les services aux autres entreprises ferroviaires sur le RFN. Cas des gares marchandises et des centres d'entretien* », selon lequel : « *Pour les services fournis par la SNCF sur ces "équipements de services", l'article 3 III du décret évoque une rémunération "égale au coût du service lorsque celui-ci est rendu par un fournisseur en situation de monopole". Même en position dominante, la SNCF n'est pas en monopole ; la SNCF peut donc facturer son coût complet, avec une marge "raisonnable" » (cote 15 232).*
340. L'argument de la SNCF selon lequel, malgré sa forte part de marché, elle ne serait pas en position dominante car elle consent des pertes pour affronter la pression concurrentielle des nouveaux entrants et de la route, ne permet pas à lui seul de remettre en cause le fait qu'elle dispose encore, à ce jour, d'une position dominante sur le marché en cause. De nombreuses raisons peuvent expliquer qu'une entreprise effectue des pertes. Celles-ci peuvent par exemple tenir à l'organisation commerciale ou sociale de l'entreprise, à l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, etc. Cet élément ne peut donc pas être considéré comme déterminant.

b) Sur les marchés des cours de marchandises

341. La jurisprudence et la pratique décisionnelle relatives aux terminaux de transport sont abondantes. Elles concernent tant les ports ou les aéroports que les infrastructures ferroviaires. Les autorités de concurrence et les juridictions de contrôle les considèrent généralement comme des facilités essentielles, c'est-à-dire comme des infrastructures, des produits ou des services indispensables ou essentiels pour l'accès au marché pertinent, qui ne sont pas interchangeable et pour lesquels, en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternative viable pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché (voir notamment les arrêts du Tribunal du 22 octobre 1996, SNCF et British Railways Board/Commission, T-79/95 et T-80/95, Rec. p. II-1491, et du 15 septembre 1998, European Night Services, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141).

342. En l'espèce, les entreprises ferroviaires doivent charger et décharger leurs marchandises dans des terrains embranchés au réseau ferré national. Les entreprises ferroviaires peuvent ainsi opérer leurs trains :
- soit chez le client quand celui-ci dispose d'un terrain embranché et des capacités logistiques nécessaires ;
 - soit dans une cour de marchandises, qui se compose d'une voie, d'un terrain accolé permettant le déplacement des camions et d'un accès routier.
343. Lors de la répartition entre RFF et la SNCF, la SNCF s'est vu confier environ 1 000 des 1 400 cours de marchandises. Les entreprises ferroviaires interrogées considèrent que chaque cour de marchandises permet de desservir un client final et que les cours dont dispose la SNCF ne sont substituables à aucune autre.
344. La SNCF soutient que d'autres cours de marchandises sont substituables aux siennes, notamment celles de RFF dont les coûts d'accès sont moins élevés.
345. Cependant, cette analyse est contredite par les déclarations concordantes des autres entreprises ferroviaires qui pourraient les utiliser.
346. Dans ses déclarations, Colas Rail explique ainsi que :
- « Il n'existe pas de cours substituables. Si un choix avait existé, Colas Rail aurait choisi les voies dépendantes de RFF. (...) Dans tous les cas, Colas Rail a donc pris contact avec le responsable local de RFF. Colas Rail ne s'oriente vers une emprise SNCF que lorsqu'il n'existe pas d'autres solutions.*
- Colas Rail rappelle que Fret SNCF détient 80 % de part de marché, c'est donc elle qui fait ce marché. De plus, elle possède 90 % des cours de gare intéressantes pour le fret, 100 % des accès pour les pleins et visites de toiture, 100 % des gares voyageurs... »* (réponse de Colas Rail du 29 novembre 2011, cotes 41 732 à 41 735).
347. Dans le même sens, ECR a déclaré que la plupart des cours de la SNCF n'ont pas de substitut :
- « Les cours de marchandises louées par ECR à la SNCF servent principalement au déchargement des granulats. Elles appartiennent à la SNCF pour la simple raison qu'au moment du partage du patrimoine entre la SNCF et RFF, la SNCF a conservé la propriété de ces cours.*
- Dans la majorité des cas, il n'existe pas de cours qui soient substituables aux cours utilisées par ECR.*
- En effet, dans la majorité des cas, une cour de marchandises donne accès à une installation terminale embranchée ("ITE") d'un client. Ainsi, si ECR choisissait de décharger les marchandises transportées pour un client dans une autre cour que celle qui donne accès à l'ITE du client, ECR serait alors contrainte d'organiser le transport des marchandises du client par camion depuis la cour de déchargement jusqu'à l'ITE du client. Un tel transport par camion représenterait un coût qui peut être évalué à 1,48 € par tonne par tranche de 20 kms entre la cour de déchargement et l'ITE du client, ce qui est un coût très important au regard du prix moyen d'un train qui représente 10 à 14 € par tonne. Ainsi, le déchargement dans une autre cour de marchandises que la cour qui donne accès à l'ITE aurait pour conséquence de placer ECR hors marché. Pour que ECR soit rentable, ECR doit donc décharger les marchandises de ses clients dans les cours de marchandises qui donnent accès aux ITE de ses clients »* (Réponse d'ECR du 29 novembre 2011 sur les cours de marchandises, cotes 41895 à 41899).

348. Il ressort de ce qui précède que, sauf exception particulière, et dans tous les cas lorsque la cour de marchandises est reliée à une ITE, chaque cour constitue un marché pertinent.

Sur la position de la SNCF

349. La SNCF dispose d'environ 1 000 cours des 1 400 cours de marchandises existantes, les autres étant détenues par RFF.

350. Toutes les cours de marchandises en cause en l'espèce appartenaient à la SNCF à l'époque des faits.

351. La SNCF détient donc une position dominante sur chacune de ces cours.

D. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

352. Dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du fret ferroviaire, il a été reproché à la SNCF plusieurs pratiques susceptibles d'avoir entravé ou retardé l'entrée des entreprises ferroviaires nouvelles entrantes sur le marché. Il convient d'examiner successivement ces différentes pratiques, étant souligné d'emblée qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que celles-ci s'inscrivent dans une stratégie globale d'éviction.

353. Seront ainsi successivement examinées les pratiques de la SNCF liées à sa fonction de gestionnaire d'infrastructure délégué pour le compte de RFF (grief n° 2), puis celles portant sur l'accès de ses concurrents aux capacités ferroviaires (cours de marchandises, sillons, wagons) (griefs n° 3, n° 4 et n° 8), et enfin les pratiques portant sur les prix des services qu'elle offre aux chargeurs (griefs n° 10).

354. Seront enfin évoquées les autres pratiques reprochées à la SNCF (griefs n° 1, n° 5, n° 6, n° 7, n° 9, n° 11, n° 12 et n° 13).

1. L'UTILISATION D'INFORMATIONS CONFIDENTIELLES (GRIEF N° 2)

a) Principes applicables

355. Si l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche, cette situation impose, selon la jurisprudence constante, à l'entreprise concernée une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 57, du 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, point 105, et du Tribunal du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 112).

356. Si l'existence d'une position dominante ne prive donc pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, on ne peut, cependant, admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet d'exploiter de manière abusive cette position dominante (arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, Rec. p. 207, point 189 ; arrêts du Tribunal du 1^{er} avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission*, T-65/89, Rec. p. II-389, point 69; du

8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201, point 107, et Irish Sugar/Commission, précité, point 112).

357. Lorsque la position dominante dont jouit l'entreprise en question trouve son origine dans un ancien monopole légal, hypothèse qui recouvre notamment le cas d'un opérateur historique présent sur un secteur ouvert à la concurrence, cette circonstance doit être prise en compte pour apprécier l'ampleur de la responsabilité particulière incombant à cet opérateur (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, non encore publié au Recueil, point 23).
358. L'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective visant les comportements d'une entreprise en position dominante sur un marché où, du fait précisément de sa présence, le degré de concurrence est déjà affaibli, lorsque ces comportements ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale entre opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore ou au développement de cette concurrence (arrêt de la Cour de justice du 17 février 2011, TeliaSonera, C-52/09, non encore publié au recueil, et la jurisprudence citée).
359. La conquête de la clientèle est un élément essentiel du jeu normal de la concurrence, chaque concurrent devant s'efforcer de l'acquérir par ses mérites et sans recourir à une pratique anticoncurrentielle, que ce soit en s'entendant avec ses compétiteurs ou, lorsqu'il détient une position dominante, en abusant de celle-ci. Ainsi que l'a déjà rappelé l'Autorité, *« cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière »* (décisions n° 07-D-33 du Conseil du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 77, et n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, paragraphe 207).
360. L'utilisation, par une entreprise en position dominante, d'informations stratégiques obtenues dans l'exercice de la mission de gestion d'accès au réseau qu'elle détient peut donc constituer un abus de cette position dominante, prohibé par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce (voir, en ce sens, décision n° 07-D-33, précitée, paragraphes 85 et 86).

b) Appréciation de l'Autorité

361. En l'espèce, la SNCF s'est vu notifier un grief d'abus de position dominante consistant à transmettre, en tant que GID, des informations confidentielles à sa branche Fret entre avril 2006 et septembre 2008.
362. Comme l'expose le corps de la notification des griefs, le comportement reproché à la SNCF tient à la fois au fait d'avoir procédé à la transmission d'informations confidentielles reçues dans le cadre de ses fonctions de GID à une de ses divisions commerciales, et d'avoir ensuite utilisé, en tant qu'entreprise ferroviaire, ces informations sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, afin de renforcer ou à tout le moins de maintenir sa position dominante sur ce marché. Il est ainsi reproché à la SNCF d'avoir pu *« bénéficier d'un avantage concurrentiel, grâce à sa position de GID, sur le secteur du fret ferroviaire en utilisant des informations confidentielles des entreprises ferroviaires concurrentes à des fins stratégiques et commerciales »* (notification des griefs, p. 240).

363. Ce comportement a été commis par la SNCF en tant qu'entreprise ferroviaire détenant une position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, cette entreprise étant par ailleurs dotée, du fait de son statut d'opérateur historique, d'une mission de gestionnaire délégué de l'infrastructure. La séparation de cette mission et des divisions commerciales de la SNCF n'était pas encore aboutie à l'époque des faits. Ce comportement a également produit ses effets sur ce marché, dans la mesure où il a permis à la SNCF de bénéficier d'un avantage fondé sur l'utilisation induite d'informations confidentielles stratégiques concernant ses concurrents.
364. Ces informations étaient issues des demandes de réservation de sillons ferroviaires communiquées par les entreprises ferroviaires et des demandes de visite de sites techniques ferroviaires.
365. Elles étaient communiquées à la SNCF en sa seule qualité de GID, et à RFF en sa qualité de GI. Elles avaient donc un statut particulier dans la mesure où elles n'étaient destinées à être utilisées que dans le but de mettre en œuvre la mission de GI et de GID, consistant à garantir un accès non-discriminatoire et équitable au réseau ferroviaire français. Elles étaient en conséquence confidentielles par leur nature même, ainsi que le rappellent le IV de l'article 3 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 précité et l'article 1^{er} du décret n° 2011-891 du 26 juillet 2011, précité.
366. Ainsi que cela a été constaté aux paragraphes 80 et 81 ci-dessus, leur examen confirme du reste que ces informations sont bien, compte tenu de leur degré de précision, de nature à dévoiler les intentions commerciales futures des entreprises ferroviaires qui les communiquent. Elles fournissent, par exemple, des indications circonstanciées sur les clients qui sont démarchés, sur les appels d'offres auxquels les entreprises concernées envisagent de répondre ou encore sur les plans de transport qu'elles comptent mettre en place (sillons utilisés, type de traction, longueur des trains, tonnages transportés, etc.).
367. L'entreprise ferroviaire qui en a connaissance en tant que GID ne peut donc en aucun cas ignorer qu'elle ne doit pas en faire usage à d'autres fins que celles pour lesquelles elles lui ont été communiquées. Les précautions avec lesquelles la SNCF a traité ces informations montrent du reste qu'elle n'en ignorait pas le statut.
368. Ainsi, certaines d'entre elles sont expressément considérées comme confidentielles par les agents de la SNCF qui les communiquent. Lors de leur retransmission aux cadres dirigeants de la branche Fret, les agents en cause prennent par exemple la précaution d'insérer des mentions telles que « *Information confidentielles* » (cotes 38 760 et 39 088), « *Merci de ne pas citer les sources de ce document, il m'a été transmis à titre personnel* » (cotes 38 915 à 38 917). Une autre pièce mentionne de même que : « *Cette visite de site est dans notre responsabilité de GID et la convention de gestion nous rémunère pour cela. Par contre, je trouve maladroit d'aborder le sujet avec le client (...) Je te rappelle que l'Infra EX a un devoir d'impartialité et de confidentialité et que je me suis engagé auprès de RFF pour que cela soit respecté sur la région* » (cote 38 907).
369. Pour d'autres, la façon dont l'agent en cause se réfère à leur mode d'obtention montre qu'il sait qu'il ne devrait ni les avoir en sa possession ni à plus forte raison les utiliser à des fins commerciales. Ainsi que cela a été constaté au paragraphe 82 ci-dessus, les agents de la SNCF qui retransmettent les informations reçues les présentent par exemple de la façon suivante : « *les demandes de sillons adressées par EWSI à RFF se sont retrouvées sur mon bureau* » (cote 39 589) ou « *de nouvelles informations se sont égarées* » (cote 39 589).
370. Enfin, nombre d'informations reçues ont été transmises par la branche Infra de la SNCF, en charge de l'activité de GID, en méconnaissance de l'obligation de confidentialité qui

s'imposait à elle dans l'exercice de cette activité. On peut ainsi lire en en-tête ou dans le corps des courriers électroniques visés : « *Informations confidentielles issues de l'Infra* » (cotes 38 760 et 39 088), « *j'ai appris fortuitement de l'Infra* » (cote 38 908), ou encore « *Ce jour j'ai fait faire la visite d'ECR à Vitry le François (en tant que représentant de l'INFRA)* » (cote 38 827).

371. Le fait, pour la SNCF, de tirer avantage de ces informations à son propre profit, en diminuant l'incertitude qui doit normalement exister sur le marché quant aux intentions et aux pratiques des concurrents et en lui permettant d'infléchir sa propre stratégie commerciale en conséquence, a renforcé indubitablement ses chances de succès dans la compétition, au détriment du jeu normal de la concurrence et de ses concurrents.
372. Pour ne prendre qu'un exemple, la connaissance du contenu des demandes de sillons de l'entreprise EWSI a permis à la SNCF de reconstituer le plan de transport de ce concurrent sur les trafics en cause et ainsi de comprendre sa stratégie commerciale sur des trafics particuliers (cotes 39 589 à 39 592 ; voir paragraphe 84 ci-dessus).
373. La SNCF estime que l'Autorité ne serait pas compétente pour traiter d'une telle infraction et que, en tout état de cause, le comportement reproché n'aurait pas eu d'effets anticoncurrentiels.
374. Elle soutient ainsi que l'Autorité ne serait pas compétente pour traiter cette pratique dans la mesure où la gestion de l'infrastructure du réseau ferré serait une prérogative de puissance publique.
375. Cet argument doit être écarté.
376. Il convient en effet de distinguer la détention et la diffusion de ces informations confidentielles, par la SNCF en sa qualité de GID, de l'utilisation qui en a été faite par la SNCF, en tant qu'entreprise ferroviaire.
377. Comme l'ont rappelé les services d'instruction dans leur rapport : « *contrairement à ce qu'affirme la SNCF, il n'a été ni constaté, ni reproché de participation institutionnalisée du GID à ces pratiques. En revanche, plusieurs pièces du dossier permettent d'établir que la recherche d'informations, leur diffusion et leur remontée au sein de la branche Fret SNCF jusqu'aux cadres dirigeants était institutionnalisée* » (paragraphe 440).
378. La SNCF n'a en effet à aucun moment tenté de rendre impossible, ou du moins de limiter aussi fortement que possible, les phénomènes de porosité entre le GID et l'entreprise ferroviaire, comme il lui aurait appartenu de le faire compte tenu de la sensibilité des informations détenues et des risques que créait la proximité des personnels affectés à ces deux tâches, comme elle le souligne elle-même. Bien au contraire, ainsi que cela a été constaté au paragraphe 83 ci-dessus, les pièces du dossier attestent de l'ampleur de la circulation à l'intérieur de ses services, jusqu'à des niveaux élevés de la hiérarchie opérationnelle, et de l'utilisation à des fins commerciales et à son profit d'informations confidentielles qu'elle ne détenait qu'au titre de son rôle de GID.
379. La SNCF soutient également que de nombreuses informations n'auraient pas été communiquées à la branche Fret par les équipes en charge de la mission de GID, mais par d'autres voies plus indirectes.
380. La façon précise dont ces éléments sont entrés en sa possession n'est cependant pas déterminante. Il demeure en tout état de cause que la SNCF a utilisé ces informations pour fausser le jeu normal de la concurrence sur le marché.

381. Au demeurant, l'argument se heurte à la réalité des faits. Plusieurs pièces du dossier montrent que certaines des informations en cause ont bien été communiquées directement par la branche Infra de la SNCF, en charge de l'activité de GID (voir paragraphe 370 ci-dessus).
382. La SNCF soutient enfin que, bien qu'elle ait eu connaissance de ces informations, cette situation n'a pas produit d'effets anticoncurrentiels.
383. Cependant, les éléments matériels disponibles établissent que ces informations ont non seulement fait l'objet d'une large diffusion au sein de la branche Fret de la SNCF, notamment auprès de cadres de la direction nationale de cette branche d'activité, mais ont également été prises en compte par la SNCF dans sa stratégie commerciale, comme cela a été indiqué au paragraphe 84 ci-dessus. Ils ont donc eu des effets anticoncurrentiels non seulement potentiels (ce qui suffit à fonder un constat d'infraction selon la jurisprudence de l'Union : arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, Tomra Systems e.a./Commission, C-549/10 P, non encore publié au Recueil, point 68), mais aussi bien réels.
384. La connaissance de ces informations confidentielles lui a, en particulier, permis dans plusieurs cas d'écarter la menace d'une concurrence crédible sur un trafic donné, et donc de poursuivre sans risque sa politique commerciale initiale, dès lors que, par exemple, l'offre d'« *ECR n'est pas réaliste et ne correspond pas aux besoins actuels* » du client (cote 38 826), ou de formuler des offres en riposte particulièrement agressives afin de reconquérir un client sur le point de changer d'opérateur de transport ferroviaire (cotes 39 589 à 39 592).
385. En d'autres termes, la détention de ces informations lui a permis d'adapter sa stratégie commerciale, de façon ciblée, sur les trafics et les clients visés par ses concurrents. L'utilisation de ces informations à des fins commerciales a donc faussé la concurrence, en renforçant ou en maintenant sa position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif par d'autres moyens que ses mérites propres.
386. Il est donc établi que la SNCF a abusé de sa position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, en utilisant à son profit les informations confidentielles dont elle disposait aux fins exclusives de la gestion de l'accès à l'infrastructure ferroviaire française dont elle avait la charge en tant que GID, comportement qui lui a permis de protéger artificiellement sa position dominante en réduisant le degré d'incertitude existant sur ce marché et en évinçant certains concurrents de trafics stratégiques. Ce comportement enfreint les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
387. Compte tenu des éléments présents au dossier, cette infraction est établie du mois d'avril 2006 au mois de septembre 2008.

2. LA PUBLICATION TARDIVE ET INCOMPLÈTE DE LA LISTE DES COURS DE MARCHANDISES (GRIEF N° 4)

388. Ainsi qu'il ressort des constatations effectuées aux paragraphes 88 à 100 ci-dessus, la SNCF s'est abstenue de mettre à la disposition des entreprises ferroviaires nouvelles entrantes les informations nécessaires à l'utilisation des cours de marchandises, dans les différentes versions applicables du DRR, à compter de la date à laquelle la répartition des cours de marchandises entre elle-même et RFF a été effective.

389. Ce comportement sera examiné en vertu de la jurisprudence exposée aux paragraphes 355 à 358 ci-dessus.
390. Les cours de marchandises, qui permettent le transbordement entre le camion et le train, sont des infrastructures doublement nécessaires (accès et utilisation) pour les entreprises ferroviaires de fret. La SNCF dispose d'une position dominante sur le marché des cours de marchandises dont elle est propriétaire, ainsi que sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, comme cela a été relevé précédemment.
391. En ne publiant la liste des cours de marchandises qu'avec un retard de quatre mois, dans un premier temps, et surtout en s'abstenant de préciser, y compris dans les dernières versions du DRR, les conditions d'utilisation de ces cours de marchandises, notamment en termes de tarification, la SNCF a entravé l'accès des autres entreprises ferroviaires aux cours de marchandises.
392. Le caractère incomplet de cette publication, prévue par les textes réglementaires applicables à l'époque des faits (article 17 du décret n° 2003-194 modifié en dernier lieu par le décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012), tient à l'absence de toute référence aux spécifications techniques des cours de marchandises en cause, à leurs conditions d'utilisation et aux principes qui leur sont applicables en matière de tarification. Selon les termes mêmes de la direction audit et risques de la SNCF, la « *liste des cours fret n'est pas lisible et compréhensible par les autres entreprises ferroviaires qui la jugent donc inexploitable en sa forme actuelle* » (cote 15 670).
393. Il ressort par ailleurs des pièces du dossier que l'absence de mise à disposition des concurrents de données précises et complètes est le résultat d'un choix stratégique de la SNCF, qui a imposé aux entreprises ferroviaires de s'adresser de façon systématique à son guichet unique pour avoir accès à ses cours, faute pour ces entreprises de pouvoir en prendre connaissance par le biais d'une publication conforme aux demandes de RFF et de la MCAF.
394. Ainsi que cela a été constaté au paragraphe 94 ci-dessus, sous la rubrique « *La SNCF n'a que très tardivement et partiellement répondu aux exigences de RFF et de la MCAF* », la direction audit et risques de la SNCF insiste elle-même sur ce caractère délibéré :
- « - *En réponse à [la demande de RFF et de la MCAF], à l'automne 2006, la SNCF a simplement proposé d'indiquer dans le Document de Référence du Réseau (DRR) que son guichet unique instruirait, au cas par cas, les demandes des entreprises ferroviaires concernant l'accès aux cours Fret et proposerait des modalités de mise à disposition de ses installations, en fonction de leur configuration et de leur disponibilité effective*
- *Devant l'insistance de RFF et de la MCAF, Fret SNCF a dû se résoudre en 2007 à inclure dans le DRR du service annuel suivant, la liste des cours fret accessibles aux entreprises ferroviaires (annexe 7.3. du DRR).*
- *La liste fournie par la SNCF se borne cependant à énumérer par département et par ville les sites existants sans aucune description des modalités d'accès (ex : horaires d'ouverture, consistance des installations, éventuelles restrictions...) et sans aucune publication de tarifs (...)* » (cote 15 669).
395. Ce comportement de la SNCF a créé une asymétrie d'informations entre elle et ses concurrents, en ne leur permettant pas d'apprécier, d'un point de vue tant technique que tarifaire, leurs besoins en matière d'accès aux cours.
396. Sans accès aux principes de tarification, en effet, les autres entreprises ferroviaires se sont retrouvées privées de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon

approximative, le recours à cet équipement. Elles ont, par voie de conséquence, été empêchées de formuler des offres commerciales précises aux chargeurs. Elles ont aussi été privées de la faculté de déterminer, sans avoir à prendre contact au préalable avec la SNCF, si les options techniques retenues pour certains clients étaient effectivement viables ou non. L'absence de publication s'est donc traduite par des conditions d'accès dégradées aux infrastructures, tandis que la SNCF disposait de son côté de la maîtrise complète des coûts et des données en cause, qu'elle pouvait valoriser au mieux de ses intérêts.

397. La SNCF invoque plusieurs arguments, qui concernent le caractère tardif de cette publication, l'impossibilité d'y préciser davantage les conditions d'accès, ou l'absence d'effets de cette pratique sur le marché, pour justifier son comportement.
398. Elle soutient, tout d'abord, que la publication de la liste de ses cours de marchandises ne doit pas être considérée comme tardive. Elle estime que le délai de quatre mois écoulé entre l'arrêté du 27 novembre 2006 qui a fixé la répartition des cours de marchandises entre elle et RFF, d'une part, et la communication de la liste de ses cours à RFF au mois d'avril 2007, d'autre part, est dû aux difficultés inhérentes à l'élaboration d'une telle liste, tâche qui présentait un caractère technique et demandait des vérifications substantielles.
399. Si le délai de quatre mois peut à première vue paraître limité, il ressort en réalité de la réglementation applicable à l'époque des faits que la SNCF ne pouvait ignorer que la répartition des infrastructures devait être effectuée depuis 1997 (décret n° 97-445 du 5 mai 1997 portant constitution du patrimoine initial de RFF), d'une part, et qu'elle avait l'obligation de publier une telle liste, au plus tard au moment de l'ouverture effective à la concurrence du secteur du fret ferroviaire (article 17 du décret n° 2003-194, précité), d'autre part. La SNCF ne s'est pas préparée à effectuer une telle publication dans des conditions adéquates, et ce en dépit des demandes insistantes de RFF et de la MCAF à partir de 2005 (cote 15 669). Elle ne peut pas davantage arguer du caractère technique de cette mise à jour, compte tenu du temps dont elle disposait pour s'y préparer.
400. En outre, les pièces figurant au dossier permettent d'établir que ce délai de quatre mois, loin d'être dû à l'absence de préparation de la SNCF, en elle-même injustifiée comme cela vient d'être dit, s'explique aussi par ses réticences à publier la liste de ses cours de marchandises (voir paragraphe 89 ci-dessus). En particulier, ces réticences sont attestées par la réaction initiale de la branche Fret s'agissant d'une éventuelle publication, et ce jusqu'au moins de février 2007 : « *Pour [CS], suite à la réunion de concertation préalable au COMEX, notre position Fret est très claire, et a été retenue par S : il est hors de question de publier une liste de cours marchandises (vraisemblablement occupées par des activités commerciales, donc non disponibles – principe de répartition retenus en 1997)* » (cote 39 219).
401. S'agissant du reproche plus substantiel de l'absence de publication des conditions d'accès à ses cours, la SNCF soutient que, eu égard à la diversité des cours de marchandises, et compte tenu des différences que pouvaient présenter les demandes d'accès émanant des entreprises ferroviaires, le caractère incomplet de la publication ne saurait être démontré par le simple fait qu'elle n'a pas publié, pour chacune d'entre elles, des conditions d'utilisation et un tarif spécifiques. Elle fait valoir que les conditions d'utilisation ont été communiquées à RFF dès 2007 pour être annexées au DRR, d'une part, et que des principes de tarification figurent de façon suffisamment précise dans le DRR, à tout le moins dans ses versions les plus récentes, et ne peuvent être détaillés davantage, la tarification étant à effectuer au cas par cas sur la base d'un devis concret, d'autre part.
402. Néanmoins, l'Autorité ne reproche pas à la SNCF de ne pas avoir publié des conditions d'utilisation et de tarification spécifiques et exhaustives pour chacune de ses cours de

marchandises dans le DDR. Le comportement incriminé consiste à ne pas avoir procédé, de façon globale pour l'ensemble de ses cours de marchandises, à la publication de conditions d'utilisation et de tarification suffisamment précises et compréhensibles pour permettre aux autres entreprises ferroviaires d'anticiper les conditions dans lesquelles cette utilisation aurait lieu, d'une part, et les coûts y afférents, d'autre part, de manière à pouvoir formuler des offres compétitives aux chargeurs.

403. L'ARAF elle-même a récemment rappelé, dans son avis n° 2012-005 du 25 janvier 2012 relatif au DDR pour l'année 2013 (qui est selon la SNCF la version la plus précise à ce jour de ce document), que « *les conditions d'accès aux infrastructures de services, notamment celles gérées par la SNCF présentées à l'annexe 9 sont trop lacunaires* » (point VI.7).
404. La SNCF relève également que certains principes relatifs aux conditions d'utilisation et de tarification figurent bien dans les DDR, dans leurs versions les plus récentes. Il n'est pas contesté que ces éléments ont été inclus au titre de compléments aux DDR communiqués dès le mois de juin 2007 à RFF par la SNCF. Pour autant, les indications qui y figurent demeurent trop lacunaires et imprécises pour pouvoir être utilisées par les entreprises ferroviaires, qui restent donc tenues, en pratique, de se tourner vers le guichet unique de la SNCF. En outre, ainsi que cela a été rappelé au paragraphe 392 ci-dessus, la SNCF soulignait elle-même à l'époque des faits que la liste était « *inexploitable* » en l'état.
405. S'agissant des conditions d'utilisation des cours de marchandises, il a été constaté aux paragraphes 96 à 100 ci-dessus que les annexes pertinentes du DDR se bornent à indiquer qu'une convention d'utilisation doit être conclue, ainsi qu'un plan de prévention, et qu'une liste d'informations, dont les entreprises ferroviaires ne peuvent d'ailleurs disposer qu'une fois que la négociation avec un chargeur est très avancée, doit être fournie au cas par cas au guichet unique de la SNCF.
406. Pour leur part, les principes de tarification, tels qu'ils figurent dans la version du DDR de 2011, qui est la plus complète sur ce point, sont présentés sous la forme suivante : « *L'accès aux cours et voies marchandises de la SNCF, ainsi que leur utilisation, donnent lieu à la perception d'une rémunération par la SNCF dont le montant, compte tenu de la diversité des situations rencontrées, reste déterminé au cas par cas selon les conditions techniques définies par la convention d'utilisation. Ces rémunérations peuvent, suivant les cas, prendre en compte, les éléments suivants : étude et la préparation de la prestation, maintenance des installations, utilisation des installations, accès au site* ». Cette description abstraite, voire opaque, ne permettait pas d'anticiper les coûts d'utilisation, ni la pondération que la SNCF accorde à chacun de ces facteurs de prix.
407. La SNCF ne peut pas sérieusement soutenir, comme elle le fait, qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de publier des principes tarifaires plus précis. En effet, antérieurement même à la publication de ces principes, elle disposait pour elle-même d'une grille standard de tarification pour les cours de marchandises, donnant à chaque élément un poids précis, en fonction d'une formule de calcul préétablie pour l'ensemble de ses cours (voir paragraphes 118 et suivants ci-dessus), dans un souci de cohérence et d'homogénéité (cotes 14 463, 15 669, 15670, 34 053, 34 054 et 39 148).
408. Ce constat confirme que la SNCF s'est abstenue de communiquer à ses concurrents des informations dont elle disposait et qu'elle aurait dû porter à leur connaissance dans des conditions objectives et transparentes, abstention qui a abouti à lui réserver un avantage injustifié et, corrélativement, à entraver la capacité des autres entreprises ferroviaires à lui livrer concurrence.

409. Il est également établi qu'au moins initialement, les services compétents de la SNCF n'ont pas été formés pour traiter ce type de demandes d'accès, conformément à ses indications.
410. La direction audit et risques fait elle-même un bilan dépourvu d'ambiguïté de l'absence de préparation de la SNCF. Dans une présentation dont l'une des parties est intitulée « *Concentrant son énergie sur les moyens de restreindre l'accès à ses cours fret, la SNCF ne s'est pas préparée à répondre concrètement aux demandes des EF, à prévenir le risque d'abus et à saisir les opportunités de marché* », elle relève ainsi que « *la SNCF n'a pas veillé à définir, pour elle-même et à destination des autres EF, les règles contractuelles et de tarification pour l'utilisation des cours fret ; le Guichet Unique n'a donc pas été en capacité de renseigner les EF et d'instruire correctement les dossiers* » (cote 15 670).
411. La SNCF souligne enfin que son comportement n'a eu aucun effet anticoncurrentiel concret, en particulier en raison du fait que les demandes effectives d'accès concernent un nombre très restreint de cours, au maximum une vingtaine.
412. Mais, comme cela résulte de la jurisprudence citée précédemment, il n'est pas déterminant, aux fins de la qualification juridique du comportement de la SNCF, que les effets réellement observables de celui-ci sur le marché, qui ne sont au demeurant pas nuls aux dires mêmes de la SNCF, aient pu demeurer limités. Ce comportement a en effet tendu à restreindre plus largement la concurrence, ce qui aurait suffi – même en l'absence des effets concrets dont l'existence n'est pas contestée par la SNCF – à établir le caractère abusif de son comportement (arrêt Tomra Systems e.a./Commission précité, point 68). Cet argument n'a donc de pertinence que dans le cadre de l'appréciation de l'importance du dommage que ce comportement a pu causer à l'économie, où il sera pris en considération.
413. Il est donc établi que le comportement de SNCF tendait à restreindre l'accès des autres entreprises ferroviaires à ses cours de marchandises, alors que celles-ci en avaient besoin pour se développer sur le marché de transport ferroviaire de marchandises par train massif. Ce comportement a faussé la concurrence en rehaussant les barrières à l'entrée sur ce marché, et plus précisément en empêchant les autres entreprises ferroviaires d'utiliser les informations nécessaires à l'exploitation de ces cours de marchandises pour démarcher utilement des clients.
414. Il est donc établi que la SNCF a enfreint les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce en commettant un abus de position dominante consistant à publier, de manière tardive et incomplète, la liste de ses cours de marchandises dans le DRR, ce qui lui a permis de protéger sa position dominante sur le marché des services ferroviaires de marchandises par train massif, notamment en évinçant certains concurrents de trafics stratégiques.
415. Compte tenu des éléments présents au dossier, cette infraction est établie à partir du moment où la répartition des cours de marchandises entre RFF et la SNCF a été effective, le 27 novembre 2006.
416. Elle se poursuivait au jour de l'envoi de la notification des griefs, le 28 juillet 2011.

3. L'INDISPONIBILITÉ DE CAPACITÉS FERROVIAIRES

417. Ainsi que cela a été rappelé précédemment, les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce interdisent, entre autres, à une entreprise détenant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques tendant à évincer des concurrents aussi efficaces qu'elle-même, renforçant ainsi sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux

qui relèvent d'une concurrence par les mérites (arrêt de la Cour de justice du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, Rec. p. I-9555, point 275, point 177).

418. Comme cela a également été relevé, lorsque la position dominante dont jouit l'entreprise en question trouve son origine dans un ancien monopole légal, comme en l'espèce, cette circonstance doit être prise en compte pour apprécier l'ampleur de la responsabilité particulière incombant à cet opérateur (voir, en ce sens, arrêt Post Danmark précité, point 23).
419. C'est en particulier le cas lorsque son comportement vise à rendre indisponibles, sans justification objective, des capacités indispensables à la pénétration et au développement sur le marché de ses concurrents, capacités dont il était antérieurement le seul utilisateur compte tenu du monopole légal dont il jouissait.
420. De telles rétentions de capacités sont en effet susceptibles d'évincer, d'entraver ou de discipliner des concurrents aussi efficaces que l'opérateur historique, en particulier durant les premières années de libéralisation du secteur.
421. C'est au regard de ces éléments qu'il convient d'apprécier le comportement de la SNCF concernant la disponibilité de sillons (grief n° 3) et de wagons de type « EX » (grief n° 8).

a) La surréservation de sillons ferroviaires (grief n° 3)

422. Ainsi qu'il ressort des paragraphes 128 à 157 plus haut, il est reproché à la SNCF d'avoir réservé des sillons ferroviaires dans des volumes particulièrement importants, d'une part, et de ne pas avoir restitué ceux qu'elle n'utilisait pas effectivement, d'autre part, rendant ainsi indisponibles ces capacités ferroviaires indispensables aux autres entreprises ferroviaires.
423. L'Autorité examinera successivement le comportement reproché à la SNCF, le caractère indispensable de l'accès aux sillons pour les concurrents et les effets anticoncurrentiels, actuels ou potentiels, d'un tel comportement.
424. Elle appréciera ensuite les justifications objectives alléguées par la SNCF pour expliquer son comportement et enfin sa durée.

La pratique de surréservation

425. La pratique en cause trouve sa source dans la capacité de la SNCF à réserver, à son seul profit, une part substantielle des sillons ferroviaires disponibles en France afin, entre autres, d'offrir ses services sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif. C'est donc bien la position dominante de la SNCF sur ce marché, héritée de son monopole légal, qui lui a permis de continuer à réserver à son profit une large part des sillons disponibles. Il a ainsi été constaté que l'activité fret de la SNCF représentait au moins 23 % de la réservation de sillons en France, tous types de transport confondus, à comparer avec la part de 3 % que représentait l'ensemble de ses concurrents actifs dans le fret, pour un total d'au moins 142 millions de kilomètres de sillons réservés sur la période comprise entre 2006 et 2008.
426. Cette prééminence a fourni à la SNCF la possibilité de se comporter de manière indépendante par rapport aux autres acteurs du marché. Les chiffres fournis par la SNCF font apparaître que la proportion de sillons réservés et non utilisés pour sa seule activité de fret a été de 21,73 % en 2006, de 21,81 % en 2007 et de 17,94 % en 2008 (cote 44 128). Pour certaines périodes d'utilisation, ces chiffres semblent du reste avoir été sous-estimés.

Ainsi, pour les huit premiers mois de l'année 2008, la direction financière de la SNCF a elle-même estimé que cette proportion était de 31 % (cote 38 919).

427. Au-delà de la seule surréservation, la SNCF s'est longtemps abstenue de restituer de nombreux sillons qu'elle n'utilisait pas. Confrontée à des demandes d'accès d'autres entreprises ferroviaires, elle a fait preuve de beaucoup de réticences à les restituer, malgré les pressions en ce sens de RFF, entraînant d'importants délais dans leur réattribution et des incertitudes quant à la possibilité pour ses concurrents d'opérer certains trafics.
428. Ainsi que cela a été constaté aux paragraphes 150 à 153 ci-dessus, les interventions répétées du gestionnaire du réseau (RFF), saisi par les concurrents de la SNCF, confirment dans de nombreux cas l'absence de restitution de sillons non-utilisés par la SNCF, alors même qu'ils étaient nécessaires à l'activité d'autres entreprises ferroviaires (cotes 23 775 et 23 776, 23 911, 38 839 ; saisine n° 09/112 F, cotes 666 à 724).
429. Pour faire face à cette difficulté, RFF a dû mettre en place une politique de retrait de sillons pour les appels d'offres non remportés par la SNCF. Elle a, par exemple, mis en œuvre cette politique pour récupérer 50 sillons manifestement non utilisés en février 2009. S'agissant de l'efficacité de cette procédure et des répercussions qu'elle a eues sur la SNCF, les déclarations de RFF confirment que la SNCF ne restituait pas à l'époque des faits les sillons qu'elle n'utilisait pas : « *Cette procédure a été mise en œuvre mais est maintenant derrière nous. Fret SNCF a compris qu'elle n'a plus d'intérêt à conserver les sillons qu'elle n'utilise pas (...)* » (cote 23 911, voir paragraphes 155 et 156 ci-dessus).
430. RFF a également mis en place des incitations économiques, en augmentant fortement les redevances dues en cas d'inutilisation des sillons réservés. Ces augmentations ont incité la SNCF à lancer une politique générale de restitution de sillons non-utilisés à la fin de l'année 2007. Cette politique n'a cependant guère produit d'effets durant l'année 2008 en raison, selon les termes mêmes de la direction financière de la branche Fret, de la « *frilosité opérationnelle* » sur ce sujet, ne permettant que des libérations ponctuelles de sillons (cote 38 919).
431. Enfin, certaines pièces du dossier indiquent que c'est en connaissance de cause que la SNCF a utilisé sa politique de réservation de sillons à d'autres fins que la seule couverture des aléas de son plan de transport. En témoignent notamment les propos de certains de ses cadres opérationnels : « *Sur la restitution des sillons, j'ai beaucoup à dire et attention, nous ne sommes pas toujours purs et notamment dans le cas des sillons fac (...)* » (cotes 38 921), ou encore « *Reste que la pression de RFF reste acceptable et que nous n'apportons pas d'autres réponses que nous utilisons les sillons pour pallier nos aléas. Ça ne va pas tenir longtemps* » (cote 38 839).
432. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la SNCF a surréservé des sillons dans des proportions importantes et n'a pas restitué ceux qu'elle n'utilisait pas, ou ne les a rétrocédés que très tardivement, privant ainsi les autres entreprises ferroviaires actives dans le secteur du fret de la possibilité de les utiliser, alors même que certaines d'entre elles en avaient fait la demande en vue d'honorer des commandes d'ores et déjà reçues.

Le caractère indispensable de l'accès aux sillons

433. L'indisponibilité des sillons a porté sur un bien auquel il est de toute évidence indispensable d'accéder pour pénétrer sur le marché et s'y développer. L'accès des entreprises nouvelles entrantes à ces ressources rares conditionne donc leur capacité à offrir des services de transport ferroviaire sur le marché.

434. En outre, cette politique de surréservation a porté sur un nombre de sillons considérable. Sur la base des seuls chiffres communiqués par la SNCF, ce sont au minimum 34,11 millions de kilomètres sillons qui ont été surréservés et non-utilisés en 2006, 32,46 millions en 2007 et 34,36 millions en 2008. Cette politique s'est donc traduite par une indisponibilité massive de sillons.
435. Le caractère de rareté est encore plus marqué pour les sillons opérant sur des voies uniques à trafic restreint (VUTR), qui, en raison de leur vétusté, ne permettent que peu de passages de trains par jour (généralement quatre). Cette situation réduit d'autant le nombre de sillons disponibles sur ces voies. Or, ces voies, bien qu'elles soient secondaires par rapport au réseau principal, sont largement employées par les opérateurs de fret ferroviaire pour atteindre les sites de déchargement et les terrains embranchés des clients. Dès lors, le fait de surréservé et de préempter des sillons sur ces voies aboutit à priver les autres opérateurs d'une ressource rare, indispensable pour présenter des offres aux chargeurs. Pour remédier à ces dysfonctionnements, RFF a dû d'ailleurs mettre en place une procédure spécifique d'attribution « *sous réserve* » d'attribution effective des appels d'offres des chargeurs.
436. C'est précisément sur ce type de voies qu'une partie importante des pratiques de non restitution de sillons en cause dans la présente affaire a été mise en œuvre. Ces pratiques ont, le plus souvent, nécessité une intervention de RFF en vue d'obtenir la libération des sillons (voir paragraphe 428 ci-dessus).

Les effets de la pratique

437. La pratique en cause a restreint la concurrence en rendant indisponibles des sillons qu'un concurrent aussi efficace que la SNCF aurait pu exploiter utilement pour offrir ses services sur le marché.
438. Elle a produit, en particulier, deux types d'effets.
439. D'une part, l'indisponibilité de sillons sur certains tracés a pu empêcher les concurrents de la SNCF d'accéder à de nouveaux clients. Ainsi que cela a été indiqué au paragraphe 152 ci-dessus, cela est concrètement attesté dans le cas d'ECR qui, en l'absence de sillons disponibles du fait de leur réservation par la SNCF, n'a pas pu effectuer, en 2008, les prestations de transport pour lesquelles elle avait été sélectionnée par l'entreprise Lafarge (saisine n° 09/0112 F, cotes 831 à 833). Plus largement, les retards chroniques de la SNCF dans la libération de sillons non-utilisés, en cas de demandes de concurrents, et la nécessité qui en a découlé pour RFF d'intervenir, ont dissuadé les concurrents de concourir lors de certains appels d'offres (voir paragraphes 147 à 153 et 428 ci-dessus).
440. D'autre part, l'indisponibilité de sillons, et en particulier de ceux d'entre eux qui étaient stratégiques (VUTR notamment), a eu pour effet d'élever les barrières à l'entrée sur le marché, retardant ainsi la pénétration de concurrents aussi efficaces. En effet, la nécessité, dans les cas où cela était techniquement envisageable, de recourir à des solutions alternatives aux sillons réservés par la SNCF a tendu à dégrader la qualité du service offert aux chargeurs, ainsi que les conditions tarifaires proposées.
441. Par exemple, en l'absence de sillons permettant de desservir le groupe Basaltes au début de l'année 2007 sur le site de la carrière de Vignats, ECR a été contrainte d'accepter un acheminement par la ligne de nuit et d'assurer la terminaison finale avec le client à ses propres frais, par camions, affectant d'autant la rentabilité de ce trafic et renchérissant ses coûts (voir paragraphe 147 ci-dessus).

442. En plus de ces effets directs sur les concurrents, le retard dans le développement de ces entreprises ferroviaires a eu pour effet de réduire les sources d'approvisionnement offertes aux chargeurs, ces derniers pâtissant de prestations de qualité moindre ou d'offres tarifaires moins attractives.
443. La SNCF, consciente du caractère stratégique de la réservation de sillons, y a recouru, au vu de certaines pièces du dossier, comme un instrument commercial lorsqu'elle a préconisé en interne la réservation préventive, ou la non-restitution de sillons, en vue d'empêcher ses concurrents de se positionner de façon crédible sur un trafic. C'est par exemple le cas du sillon correspondant au tronçon « *Laragne-Chambéry* », sur-réservé dans le but de devancer ECR sur le trafic d'un client qui procédait à un appel d'offres (voir paragraphe 144 ci-dessus).
444. Dans des circonstances similaires concernant un trafic des Carrières de Luché, les déclarations de l'agent de la SNCF montre, de toute évidence, qu'il avait pleine conscience de la stratégie à l'œuvre : « *D'autre part ECR aurait signifié son intérêt de récupérer le ou les sillons de soirées. Sans faire d'obstruction, nous ne sommes pas payés pour favoriser ce type de demande. Je suggère que d'ores et déjà nous utilisions tous les sillons (en alternance d'un jour sur l'autre)* » (cote 38 981).

Les justifications objectives alléguées par la SNCF

445. La SNCF alléguant que son comportement est objectivement justifié, il convient de rappeler les conditions dans lesquelles une entreprise en position dominante peut se prévaloir d'un tel argument pour contester le caractère abusif de son comportement.
446. Lorsqu'une entreprise en position dominante fait valoir que le comportement qui lui est reproché est objectivement justifié, comme en l'espèce, ou engendre des gains d'efficacité dont une partie équitable est répercutée sur les utilisateurs, il lui incombe de démontrer le bien-fondé d'une telle justification objective, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants (arrêts de la Cour de justice du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 69, et du Tribunal du 9 septembre 2009, *Clearstream/Commission*, T-301/04, Rec. p. II- 3155, point 185). La jurisprudence souligne en particulier qu'il appartient à l'intéressée de démontrer, premièrement, que les gains d'efficacité engendrés par son comportement sont tels, eu égard à leur nature et à leur étendue, qu'ils compensent les effets préjudiciables de ce comportement sur le jeu de la concurrence et sur les consommateurs, deuxièmement, que ces gains d'efficacité sont bien la conséquence de son comportement, troisièmement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ces gains et, quatrièmement, qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle sur le marché (arrêt *Post Danmark* précité, point 42).
447. Contrairement à ce que soutient la SNCF, l'existence de raisons objectives justifiant son comportement n'est pas établie en l'espèce.
448. La SNCF relève que la surréservation de sillons est une pratique courante, nécessaire pour prévenir les aléas liés à l'activité de transport ferroviaire (travaux sur les voies, manque de réactivité du GI pour l'attribution de sillons de dernière minute, grèves ou encore changements d'orientation des chargeurs) et pour sécuriser les plans de transport préétablis. La restitution de certains sillons ne serait donc pas envisageable en pratique, dès lors que des aléas peuvent survenir jusqu'au moment d'exécuter les prestations de transport.

449. Cependant, il n'est pas reproché à la SNCF d'avoir mis en place, à l'instar d'autres entreprises ferroviaires, une politique de surréservation de sillons en tant que telle, dès lors que celle-ci se limite à pallier certains aléas susceptibles d'affecter le plan de transport de tel ou tel opérateur.
450. Il lui est reproché, d'une part, d'avoir mis en œuvre une politique de surréservation à une échelle massive, voire généralisée, et en tout état de cause disproportionnée au regard de la nécessité éventuelle de prévenir les aléas susmentionnés, et, d'autre part, de ne pas avoir restitué ces sillons quand ils étaient non-utilisés.
451. A cet égard, il ressort du dossier que la politique de surréservation de la SNCF excédait ses besoins et manquait souvent de justification tangible (cotes 38 919 et 44 128). Cette situation est confirmée par le fait que la SNCF a pu opérer ponctuellement des libérations massives de sillons réservés, pour des raisons financières liées aux nouvelles redevances exigées par RFF, et non pour des raisons liées à la disparition d'aléas. Cette démarche confirme que la SNCF avait la capacité de libérer, quand elle le voulait, un nombre de sillons importants sans porter atteinte à son plan de transport.
452. Au demeurant, le risque d'aléas ne peut justifier l'absence de restitution de certains sillons, quand la SNCF ne dispose plus de trafics à exploiter sur les tracés correspondants, comme dans des cas relevés sur des VUTR, ou encore quand elle perd des clients et des trafics au profit d'autres opérateurs. C'est cette situation qui a, par exemple, conduit RFF à prononcer en février 2009 un retrait préventif de 50 sillons que la SNCF ne prévoyait pas d'utiliser lors de l'année 2009, pour les remettre à la disposition de l'ensemble des entreprises ferroviaires.
453. Enfin, la SNCF ne pouvait ignorer, dans l'exercice de la pratique de surréservation de sillons, qu'il lui incombait, en tant qu'opérateur historique dominant, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à la concurrence. Elle a méconnu cette responsabilité particulière en pratiquant une politique massive de surréservation de sillons et a, de ce fait, faussé le jeu normal de la concurrence.
454. Ce comportement est donc intervenu en violation des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.

La durée de la pratique

455. Le comportement reproché à la SNCF est établi du mois de mai 2006, date de la première demande de sillons par son concurrent ECR, au mois de février 2009, date du retrait forcé et anticipé de sillons par RFF en raison de leur absence d'utilisation.
456. L'argument de la SNCF selon lequel la pratique se serait interrompue au début de l'année 2008, lorsque sa politique générale de restitution de sillons aurait commencé à produire des effets, ne peut être retenu. D'une part, il n'est pas démontré que cette politique ait reçu une traduction concrète, eu égard notamment à la « *frilosité opérationnelle* », selon les propres termes de la SNCF, de la restitution des sillons. D'autre part et en tout état de cause, cette politique n'a pas empêché la poursuite des rétentions injustifiées de sillons, qui ont conduit RFF à retirer à la SNCF 50 sillons de façon préventive au mois de février 2009.

Conclusion sur le grief n° 3

457. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il est établi que la SNCF a abusé de sa position dominante en rendant indisponibles, de façon aussi massive qu'injustifiée, des sillons indispensables à la pénétration de ses concurrents sur le marché du transport

ferroviaire de marchandises par train massif, retardant ainsi de façon artificielle leur développement. A supposer même que ce comportement ait pu s'inspirer d'une pratique au départ commune à l'industrie et destinée à faire face à des aléas ponctuels, il est en l'espèce abusif compte tenu de son échelle, de ses effets aussi bien potentiels que concrètement observables sur les concurrents, et de son absence de justification objective.

458. Il ressort des pièces du dossier que cette pratique a été mise en œuvre durant la période comprise entre les mois de mai 2006 et de février 2009.

b) L'indisponibilité de wagons de type « EX » (grief n° 8)

459. Ainsi qu'il ressort des paragraphes 158 à 188 plus haut, il est reproché à la SNCF d'avoir rendu indisponible, entre les mois de mai 2006 et février 2008, une partie du parc de wagons EX, spécialisés dans le transport de granulats, en se le réservant tout en n'en utilisant effectivement qu'une partie, et en ne libérant pas le reste au profit d'autres entreprises ferroviaires.

460. Ce comportement sera apprécié au regard de la jurisprudence rappelée aux paragraphes 355 et suivants et 417 et suivants ci-dessus.

461. A cette fin, l'Autorité examinera successivement la pratique de surréservation des wagons EX reprochée à la SNCF, les explications de la SNCF à ce propos, le caractère indispensable ou non, à court terme, de ces wagons pour les concurrents, et enfin les effets d'un tel comportement sur la concurrence. Elle appréciera enfin la durée des pratiques en cause.

La surréservation du parc de wagons EX de SGW

462. Il faut en premier lieu rappeler que la SNCF disposait, à l'époque des faits, d'une position dominante sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.

463. Cette position dominante, issue du monopole légal antérieurement détenu par la SNCF, lui a permis de continuer, après l'ouverture à la concurrence, à réserver l'ensemble du parc de wagons EX. Elle lui a donc permis de profiter du pouvoir de marché hérité de ce monopole légal pour rendre indisponible une partie du parc de wagons EX, qu'elle n'utilisait pourtant pas, au détriment des autres entreprises ferroviaires.

464. Le caractère abusif de ce comportement est lié au fait que la SNCF utilisait effectivement un nombre de wagons EX qui ne rendait pas nécessaire la réservation de la totalité du parc géré par SGW, alors même que les entreprises ferroviaires concurrentes en avaient besoin.

465. Il a ainsi été constaté aux paragraphes 181 et 182 ci-dessus que, sur cette période, le nombre de wagons réservés et non utilisés par la SNCF allait de 59 (mai 2007) à 917 (décembre 2007). Le nombre de wagons EX non utilisés était d'au moins 150 wagons pour 14 des 18 mois considérés. Il s'agit d'autant d'équipements que la SNCF aurait pu restituer à SGW et que cette dernière aurait pu mettre à la disposition des autres entreprises ferroviaires en ayant fait la demande, comme Colas Rail ou ECR.

Les arguments de la SNCF sur la disponibilité du parc de wagons EX

466. La SNCF soutient que les chiffres retenus par l'Autorité pour considérer cette pratique de surréservation comme établie sont erronés. Le nombre de wagons EX utilisés serait sous-évalué par l'Autorité, tandis que le parc de wagons effectivement disponibles serait plus restreint que ce qu'a constaté l'Autorité.

467. S'agissant du nombre de wagons qu'elle utilisait effectivement, la SNCF s'appuie, à titre principal, sur une présentation interne de juin 2007, qui reprend ses besoins prévisionnels en wagons EX pour les mois de mars à décembre 2007 (cote 39 581).
468. Cependant, ce document ne peut être considéré comme pertinent pour identifier le nombre de wagons que la SNCF utilisait effectivement. Tout d'abord, il ne s'agit que de prévisions des besoins en wagons EX et non de chiffres d'utilisation effective. En outre, et surtout, les chiffres qu'il indique sont en contradiction avec d'autres pièces du dossier et, en particulier, avec les données communiquées par la SNCF antérieurement ainsi qu'avec le tableau fourni par SGW, qui précise le nombre de wagons effectivement facturés à la SNCF sur la période en cause (cote 25 407). Il convient en particulier d'indiquer que, à la date de cette présentation, soit en juin 2007, les données dont elle fait état pour les mois de mars à mai 2007 apparaissaient d'ores et déjà manifestement erronées. Ainsi, pour mars 2007, la prévision était de 75 rames comparée aux 68 rames facturées ; pour avril 2007, elle était de 94 rames contre 70 facturées ; pour mai 2007, elle était de 95 rames contre 82 facturées. Ce document n'est donc pas suffisamment crédible pour pouvoir remettre en cause les éléments concordants dont dispose par ailleurs l'Autorité.
469. S'agissant du parc de wagons EX effectivement disponibles sur la période considérée, il convient d'indiquer que les chiffres retenus par l'Autorité sont des estimations minimales d'indisponibilité. Par ailleurs, ils prennent en compte la saisonnalité de l'activité de transport de granulats et les aléas liés à l'activité de location de wagons EX. Ainsi que cela a été pris en compte aux 177 à 180 ci-dessus, les aléas pris en compte sont les suivants :
- la maintenance courante de ces wagons, qui les rend indisponibles temporairement ;
 - l'immobilisation à titre gratuit de SGW pour ses clients, afin de pallier des pannes ponctuelles (obligation dite « *full service* ») ;
 - sur une partie de la période en cause, l'indisponibilité de 400 wagons EX en raison du remplacement pour des raisons de sécurité des mains montoires de certains wagons.
470. La SNCF soutient que l'immobilisation des 400 wagons, dont les mains montoires ont dû être réparées, ne serait pas correctement prise en considération par l'Autorité. Elle estime que le temps d'immobilisation d'un wagon à réparer, qui comprend le dés-attelage, l'acheminement aller et retour à l'atelier de réparation et la reconstitution des rames pour une utilisation effective, justifierait que 160 wagons par mois soient soustraits du nombre de wagons disponibles au total sur la période couvrant les mois d'août 2006 à mars 2007.
471. Cependant, ce chiffre de 160 wagons supplémentaires par mois n'apparaît pas davantage convaincant. D'abord, ce chiffre, qui conduirait à retenir une immobilisation effective sur les huit mois de réparation de 1 280 wagons au total, est le fruit de déclarations non étayées. En outre, des durées d'immobilisation aussi longues (15 jours en amont et en aval de la réparation) n'apparaissent pas justifiées au regard des autres pièces du dossier. En effet, le remplacement des mains montoires pouvait dans de nombreux cas s'effectuer sans passage en atelier. De plus, il ressort des discussions entre la SNCF et SGW qu'il était possible de réparer les mains montoires d'environ 30 wagons par semaine.
472. Ainsi, le chiffre avancé par la SNCF n'est pas de nature à remettre en cause l'appréciation de l'Autorité, qui a pris en compte le remplacement de mains montoires sur la base de 100 wagons indisponibles sur cinq mois, puis de 80 sur les trois mois suivants. Ces estimations sont en réalité le fruit d'hypothèses conservatrices et donc à l'avantage de la SNCF, puisqu'elles se fondent sur une immobilisation totale de 740 wagons sur huit mois pour refléter l'indisponibilité de 400 wagons seulement.

473. Du reste, dans l'hypothèse où le chiffre de 160 wagons indisponibles par mois serait considéré comme crédible, le différentiel entre wagons effectivement utilisés et effectivement disponibles serait d'au moins trois rames ou 66 wagons.

Le caractère indispensable des wagons EX à court terme

474. A la date des pratiques, qui se situent à une période charnière de l'ouverture à la concurrence, c'est-à-dire les deux premières années, les wagons EX constituaient une ressource indispensable à court terme pour permettre aux concurrents de la SNCF de pénétrer sur le marché et de s'y développer.

475. En effet, il n'existait pas alors, à court terme, de solutions de remplacement aussi efficaces qui auraient pu constituer un substitut proche en termes de performances.

476. Au contraire, il ressort des pièces du dossier que la construction de wagons EX ne constituait pas, à court terme, une alternative à la location de wagons EX, eu égard aux délais de livraisons (entre 12 et 18 mois environ) et surtout aux coûts de ces wagons neufs (compris entre 100 000 et 120 000 euros par unité) (cotes 39 614 et 39 618). Le fait que Colas Rail et ECR aient procédé à de telles acquisitions pour satisfaire leur stratégie de développement à long terme sur le marché ne remet pas en cause cette absence de substituabilité à court terme, ECR n'ayant, d'ailleurs, été livrée en rames neuves qu'à la fin de l'année 2008 (cote 24 494).

477. Deuxièmement, compte tenu des caractéristiques propres aux wagons EX (déchargement axial contrôlé, larges volumes transportés), leur substitution par d'autres types de wagons en France, comme les wagons tombereaux ou les wagons de type « EZ » (ou Facs), n'était pas une solution de remplacement satisfaisante pour les autres entreprises ferroviaires. En effet, l'exploitation d'autres types de wagons supposait de les adapter ou d'adapter les sites de déchargement, ce que les chargeurs français ne souhaitaient pas et qui aurait entraîné un surcoût important pour les entreprises ferroviaires (de l'ordre de 0,8 à 1,5 euros pour une tonne de marchandises transportée, généralement facturée moins de 10 euros, selon ECR : cotes 39 614 et 39 618). Ceci était, en particulier, le cas pour les wagons tombereaux conçus initialement pour transporter du charbon (cotes 25 538, 39 614, et 39 617) et les wagons de type « EZ » (Facs), catégorie de wagons à laquelle ni Colas Rail ni ECR n'ont d'ailleurs envisagé de faire appel en France. En tout état de cause, compte tenu des spécificités des sites de déchargement de certains types de chargeurs, comme ceux des producteurs d'enrobés bitumeux, de tels wagons « adaptés » n'auraient pas pu être utilisés (cote 39 613).

478. Troisièmement, à l'époque des faits, les importations de wagons EX ou d'autres types de wagons ont dû être abandonnées, en particulier en raison des réticences de l'EPSF, qui en refusait généralement l'homologation ainsi que cela ressort du compte-rendu d'une réunion menée par la MCAF au cours de l'année 2007 (cote 6 285).

479. Le caractère indispensable des wagons EX à l'époque des faits est également corroboré en pratique par l'attitude de Colas Rail qui, confrontée en mars 2007 à l'indisponibilité de ces wagons après que sa première demande de location eut été refusée par SGW, n'a pu assurer les trafics qu'elle envisageait et a dû en confier une partie importante à la SNCF qui, elle, disposait de tels wagons (cote 38 746).

480. Enfin, ainsi qu'il a été constaté aux paragraphes 184 à 187, la SNCF avait connaissance de ce caractère stratégique et indispensable des wagons EX pour les autres entreprises ferroviaires (cotes 6 437 et 6 438, et 39 581). En particulier, cette connaissance est attestée par les propos d'un de ses cadres en charge de la location de wagons : « Sur le fond, la

question du matériel roulant est l'élément principal qui fait qu'aujourd'hui nos concurrents ne sont pas prêts (momentanément) à nous concurrencer partout puisqu'ils attendent des wagons. Comme l'avait indiqué M. C..., tout au long de l'année la SGW reçoit énormément de demandes de wagons par les autres EF. Continuellement elle répond que le parc est utilisé par les bons soins de la SNCF. » (cotes 39 586 à 39588).

481. Il ressort, au demeurant, de certaines pièces du dossier que, dans certains cas, cet assèchement du marché a pu être effectué en toute connaissance de cause. Les propos d'un autre cadre de la SNCF le montrent sans ambiguïtés : « *Les exemples où Fret a cherché à empêcher les concurrents d'entrer sur le marché par l'abstraction d'une offre wagons a juste conduit à la construction de wagons neufs comme dans les granulats, ce qui fait que nos wagons vont chômer* » (cote 39 112).
482. Un autre cadre de la SNCF décrit en détail la stratégie à l'œuvre dans les termes suivants : « *Ensuite la grosse période critique débutera en octobre. Période à laquelle l'activité devient moins forte. Nous devons justifier l'utilisation des rames. Idéalement via le lissage des trafics sur cette période et par de nouveaux trafics. D'autres pistes sont à étudier pour l'utilisation des rames en période basse par la SNCF pour l'infra par exemple dans le cadre de ballastage. Si nous ne réussissons pas à justifier en terme de prévisions l'utilisation des rames d'EX et si nous ne pouvons pas ensuite prouver l'utilisation des rames dont nous avions prévu l'utilisation, ce sera difficile de continuer à utiliser le parc de wagons EX SGW comme unique utilisateur* » (cotes 39 586 à 39 588).

Les effets de la pratique

483. L'absence de disponibilité de wagons EX a eu pour effet aussi bien potentiel qu'effectivement observable d'évincer, d'entraver ou de discipliner les entreprises ferroviaires nouvelles entrantes sur le marché du train massif, en particulier, pour certains trafics de granulats.
484. En effet, l'indisponibilité de wagons EX a empêché les concurrents de la SNCF de formuler des offres commerciales crédibles et optimales en fonction de leurs propres mérites.
485. D'une part, pour ces trafics, qui sont au demeurant parmi les plus attractifs en termes de rémunération et de réputation, les nouvelles entreprises ferroviaires se sont retrouvées dans l'impossibilité de formuler des offres, par exemple aux chargeurs d'enrobés bitumeux, qui n'opèrent que sur la base de wagons EX (voir paragraphe 477 ci-dessus).
486. D'autre part, les nouveaux entrants n'ont pu présenter que des offres commerciales à des conditions financières dégradées et moins crédibles, dès lors qu'ils devaient supporter des coûts supplémentaires importants s'ils opéraient des wagons adaptés, comme des wagons tombereaux importés.
487. Ainsi, par son comportement, la SNCF a forclos, à tout le moins de façon temporaire, une partie des trafics de transport de granulats en élevant artificiellement des barrières à l'entrée sur le marché du train massif. Cela a été d'autant plus préjudiciable à la concurrence que, dans des conditions normales de marché, ces trafics auraient vraisemblablement dû attirer un nombre important de nouvelles entreprises ferroviaires, compte tenu de leur rentabilité affichée.
488. Ce comportement a également conduit à renchérir les coûts des concurrents, en leur faisant supporter des charges financières importantes de façon indue, que ce soit en raison de l'adaptation de wagons imparfaitement substituables aux wagons EX ou de l'acquisition dans une perspective de long terme de wagons EX neufs. A titre d'illustration, pour

l'acquisition de wagons EX neufs, ECR et Colas Rail ont supporté des investissements non nécessaires, compte tenu du nombre de wagons effectivement disponibles, et se situant respectivement autour de 15 et 30 millions (voir paragraphe 171 ci-dessus).

489. En définitive, la pratique mise en œuvre par la SNCF, sur une période clé de l'ouverture à la concurrence, a donc retardé la pénétration des concurrents sur le marché du train massif pour des trafics stratégiques et attractifs.
490. Ainsi que cela a été constaté au paragraphe 188 ci-dessus, un tel effet est observable, en particulier, dans le cas d'ECR, qui, compte tenu du refus de location en wagons EX dans le courant de l'année 2006, n'a pu honorer ses commandes (cote 6 824). C'est également le cas pour Colas Rail qui, faute de wagons EX, a dû renoncer en mars 2007 à la majeure partie du trafic Anor opéré pour le compte des CCM et la rétrocéder à la SNCF (cote 38 746).
491. Ainsi, le directeur commercial de Fret SNCF souligne lui-même les causes de la perte de ce trafic (déficit du taux de rotation des convois de Colas Rail) qui est la conséquence directe de l'indisponibilité en wagons EX, mais également les conséquences sur la crédibilité d'une entreprise ferroviaire, une partie des clients étant dans l'obligation de s'adresser à la SNCF pour garantir la continuité de ses acheminements. Il indique à cet égard : « *Leurs clients, y compris internes, sont donc revenus vers nous pour rediscuter de la possibilité de poursuivre certains trafics ; ce que j'accepterai pour autant que cela se fasse dans de bonnes conditions techniques (durée suffisamment longue) et économique (dernier prix maintenus) ; c'est une raison supplémentaire pour ne pas fournir de wagons car nous allons devoir tendre encore plus leur utilisation* » (cote 38 746).
492. S'il ressort de certaines pièces fournies par la SNCF que ses concurrents ont malgré tout réussi à conquérir des parts de marché, cette résistance, au demeurant relativement limitée, n'est pas de nature à remettre en cause le caractère abusif de la pratique en cause, conformément à la jurisprudence déjà évoquée. En l'absence d'un tel comportement, la pénétration de ces derniers aurait en effet selon toutes probabilités été plus importante, et en tout cas plus aisée.
493. Enfin, les chargeurs n'ont pas pu bénéficier de la possibilité de diversifier leurs sources d'approvisionnement, ni profiter de services de transport potentiellement plus efficaces, ce qui était l'un des objectifs principaux de l'ouverture à la concurrence.

La durée de la pratique

494. S'agissant de la durée du comportement anticoncurrentiel de la SNCF, celle-ci est établie du mois de mai 2006 au mois de février 2008.
495. En effet, il ressort des pièces du dossier qu'ECR, qui a été le premier à formuler une demande d'accès refusée à des wagons EX, pour une utilisation de wagons à compter du 1^{er} mai 2006, n'a pu honorer ses commandes.
496. Le comportement a cessé avec la mise à disposition de wagons EX à ECR au 1^{er} mars 2008, qui correspond à la libération effective de wagons EX de façon à faire cesser les effets anticoncurrentiels relevés plus haut.

Conclusion sur le grief n° 8

497. Au vu des éléments qui précèdent, il est établi que la SNCF a abusé de sa position dominante en rendant indisponibles, de façon injustifiée, des wagons EX indispensables à la pénétration de ses concurrents sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, retardant ainsi de façon artificielle le développement de la concurrence.

498. Cette pratique, qui viole les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, a été mise en œuvre durant la période comprise entre les mois de mai 2006 et de février 2008.

4. LA MISE EN ŒUVRE DE PRIX D'ÉVICTION (GRIEF N° 10)

499. Ainsi que cela a été rappelé aux paragraphes 189 à 207 ci-dessus, il est reproché à la SNCF d'avoir pratiqué, sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, des prix bas vis-à-vis des chargeurs tendant, par un moyen autre que le recours à la concurrence par les mérites, à évincer les concurrents sur ce marché.

a) Les principes applicables aux pratiques d'éviction fondées sur les prix

500. L'article 102 du TFUE interdit notamment à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime (arrêts de la Cour de justice du 3 juillet 1991, *Akzo Chemie/Commission*, C-62/86, Rec. p. I-3439, point 70, ci-après l'« arrêt Akzo », et *France Telecom/Commission* précité, point 106).

501. En particulier, l'article 102 du TFUE interdit à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques tendant à évincer des concurrents considérés comme aussi efficaces qu'elle-même, et à renforcer ainsi sa position dominante en recourant à des moyens, notamment fondés sur sa politique tarifaire, autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites (arrêt de la Cour de justice *Post Danmark* précité, point 25).

502. Il ressort de cette jurisprudence que tout comportement tarifaire d'un opérateur en position dominante, qui produit un effet actuel ou potentiel d'éviction sur les concurrents considérés comme aussi efficaces, restreint la concurrence et relève donc de l'interdiction prévue par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.

503. Pour apprécier la licéité au regard de ces dispositions d'une pratique mise en œuvre par une entreprise en position dominante et fondée sur sa politique de prix, il est donc à la fois nécessaire et suffisant de déterminer si ce comportement tend à restreindre la concurrence, en d'autres termes s'il est de nature à avoir ou encore s'il est susceptible d'avoir un effet d'éviction (arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, *Tomra Systems*, précité, point 68). La démonstration d'un effet constaté, et à plus forte raison sa quantification, ne sont donc nullement exigées pour fonder un constat d'infraction.

504. La méthode à appliquer pour qualifier une telle pratique a d'abord été précisée par la jurisprudence dans l'hypothèse spécifique de prix prédateurs. Les prix prédateurs, tels que définis par les juridictions tant internes que de l'Union (arrêts *Akzo* précité, points 70 à 72, et de la cour d'appel de Paris du 8 avril 2008, *Laboratoire GlaxoSmithKline*, n° 2007/7008, p. 8, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2009, *Ministre de l'économie et des finances*, n° 08-14.503) sont une forme parmi d'autres de pratique fondée sur des prix pouvant engendrer un effet d'éviction interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Cette interdiction se fonde sur la prémisse qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, de façon à évincer un ou plusieurs concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché

(paragraphe 63 de la communication sur les abus d'exclusion). Le scénario de prédation suppose donc que l'opérateur dominant supporte un sacrifice à court terme, une telle stratégie tendant à évincer ses concurrents et à permettre une récupération à plus long terme.

505. Le fait de pratiquer des prix prédateurs ne saurait cependant pas être considéré comme l'unique comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur une pratique de prix bas qui serait interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Cela peut aussi être le cas, notamment, de pratiques fondées sur des prix qui, à la différence de prix prédateurs, ne s'inscrivent pas dans une logique de sacrifice à court terme, mais tendent néanmoins à restreindre la concurrence par un effet d'éviction.
506. Ces pratiques peuvent notamment prendre la forme de prix d'éviction tendant à entraver de manière artificielle l'accès au marché des concurrents et ainsi à maintenir ou renforcer la position dominante de l'entreprise qui les met en œuvre.
507. S'agissant de la preuve de l'existence d'un tel effet d'éviction, l'arrêt Akzo (précité, points 71 et 72) a précisé, au départ également dans le cas particulier de prix prédateurs, qu'elle peut être rapportée en recourant à un test de coûts :

« Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire à ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite. »

508. Ce test de coûts a été rappelé, en dernier lieu, dans l'arrêt Post Danmark (précité, point 27) dans les termes suivants :

« Dans son arrêt AKZO/Commission, précité, où il s'agissait de déterminer si une entreprise avait pratiqué des prix prédateurs, la Cour a jugé, en premier lieu, au point 71 de cet arrêt, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts "variables" (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites) doivent être considérés, en principe, comme abusifs, dans la mesure où, en appliquant de tels prix, une entreprise occupant une position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents. En second lieu, elle a jugé, au point 72 de ce même arrêt, que les prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent ».

509. La Cour de justice a, dans ce même arrêt, estimé que cette grille de lecture n'est pas seulement pertinente pour apprécier la licéité de pratiques de prix prédateurs, en se fondant sur une comparaison des prix concernés et de certains des coûts encourus par l'entreprise dominante ainsi que sur la stratégie objectivement menée par celle-ci, mais aussi, plus

largement, pour apprécier la légalité de toute pratique de prix bas mise en œuvre par une entreprise occupant une position dominante au regard de la prohibition des abus de position dominante. La Cour a ainsi précisé :

« afin d'apprécier la licéité d'une politique de prix bas appliquée par une entreprise occupant une position dominante, la Cour a eu recours à des critères fondés sur une comparaison des prix concernés et de certains coûts encourus par l'entreprise dominante ainsi que sur la stratégie de celle-ci (voir arrêts précités AKZO/Commission, point 74, et France Télécom/Commission, point 108) » (arrêt Post Danmark, précité, point 28 ; voir également arrêt TeliaSonera précité, point 41).

510. Ce test de coûts peut se résumer de la façon suivante :

- lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont supérieurs aux coûts totaux moyens (c'est-à-dire situés dans la « zone blanche »), la pratique est considérée comme licite au regard des règles de concurrence ;

- lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire situés dans la « zone rouge »), la pratique doit être considérée comme abusive, dès lors qu'en appliquant de tels prix, une entreprise occupant une position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents, et ce indépendamment de la preuve d'une intention d'éviction ;

- lorsque les prix sont inférieurs aux coûts totaux moyens mais supérieurs aux coûts variables moyens (c'est à dire situés dans la « zone grise »), la pratique doit être considérée comme abusive s'il est démontré que ces prix sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

511. Cette appréciation doit, comme l'appréciation de tout comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur les prix, être conduite au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce (voir arrêt Tomra Systems précité, point 18 ; voir, également en ce sens, arrêt Post Danmark précité, point 26). Dans ce cadre, seuls les prix et les coûts de l'opérateur en position dominante doivent, en principe, pris en considération (arrêt TeliaSonera précité, point 44).

512. A cette fin, il convient notamment de déterminer les coûts à prendre en compte, en fonction du marché sur lequel les pratiques se produisent, ainsi que l'horizon matériel et temporel (court, moyen ou long terme) pertinent, pour effectuer le test de coûts issu de la jurisprudence.

513. Les coûts à prendre en compte dépendent de la structure de l'entreprise en cause. En principe, ces coûts sont les coûts variables moyens et les coûts totaux moyens de l'activité en cause au sens de l'arrêt Akzo précité. Ils sont plus aisément identifiables dans le cas d'une entreprise qui ne dispose que d'une seule activité, puisque tous les coûts, variables ou fixes, peuvent être imputés à l'activité en cause. Cette identification est en revanche plus délicate dans le cas d'une entreprise exerçant plusieurs activités partageant des coûts communs, une partie seulement de ces derniers pouvant être imputable à l'activité en cause.

514. Dans sa communication n° 2009/C 45/02 portant orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE [devenu l'article 102 du TFUE] aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7) (ci-après « la communication sur les abus d'exclusion »), la Commission européenne a présenté la façon dont ce test de coûts peut s'appliquer,

notamment, au cas d'une entreprise multi-produits. En pareil cas, comme il existe des coûts fixes communs à l'activité en cause et à d'autres activités, il convient de retenir :

- au lieu du coût variable moyen, le coût évitable moyen, c'est-à-dire la moyenne des coûts variables et fixes qui auraient pu être évités sur une période considérée si l'entreprise n'avait pas produit les unités concernées par le comportement en cause ; et
- au lieu du coût total moyen, le coût incrémental moyen de long terme (ou coût marginal moyen de long terme), à savoir la moyenne de tous les coûts variables et fixes supportés pour exercer l'activité en cause (paragraphe 26).

b) Appréciation en l'espèce

515. Ainsi que cela a été exposé aux paragraphes 190 à 197 ci-dessus, la SNCF subit de lourdes pertes dans le cadre de son activité de transport ferroviaire de marchandises. Environ deux tiers de ces pertes résultent de son activité sur le marché du transport de marchandises par wagon isolé, le reste provenant de son activité de transporteur par train massif. Ces pertes sont récurrentes, à tout le moins depuis l'année 2003. Cette situation, attestée par des données publiques et par les pièces communiquées par la SNCF et figurant au dossier, n'est pas contestée par cette dernière.
516. Il ressort en particulier des pièces du dossier que, pour les années 2007, 2008 et 2009, la SNCF couvrait en général l'ensemble de ses coûts directs liés à ses trafics par train massif, mais ne couvrait pas ses coûts de support et de structure.
517. Il convient donc de déterminer, conformément à la jurisprudence interne et de l'Union précitée, si ces pertes subies par la SNCF sur son activité de transport de marchandises par train massif sont de nature à évincer d'autres entreprises ferroviaires.

Sur la détermination des paramètres à prendre en compte pour le test de coûts

518. S'agissant de la nature des coûts à prendre en compte au cas d'espèce, il a été constaté que la SNCF propose aux chargeurs des prestations de transport de leurs marchandises à la fois par train massif et par wagon isolé. Ces deux types de prestations, compte tenu de la façon dont elles sont organisées, engendrent des coûts communs qu'il convient de répartir entre elles afin de déterminer quels coûts seraient évitables dans l'hypothèse où la SNCF cesserait son activité par train massif. Le test de coûts pertinent en l'espèce doit donc s'attacher à comparer les prix pratiqués par la SNCF aux coûts évitables de l'activité de transport de marchandises par train massif, tels que définis dans la communication sur les abus d'exclusion précitée.
519. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, la définition des paramètres du test de coûts permettant d'apprécier si le comportement tarifaire de la SNCF est susceptible de produire un effet d'éviction suppose, après avoir rappelé le contexte dans lequel s'inscrit la politique tarifaire de la SNCF, d'identifier le périmètre d'activité sur lequel ce test doit porter, d'une part, et l'horizon temporel pertinent à prendre en compte, d'autre part.

Sur le contexte dans lequel s'insère la politique tarifaire de la SNCF

520. Il doit être constaté d'emblée que la politique tarifaire de la SNCF ne s'inscrit pas dans une logique de prédation au sens de la jurisprudence, contrairement à ce qu'allègue ECR.
521. En effet, les pertes subies par la SNCF sont durables, et même antérieures à l'ouverture du marché à la concurrence. L'existence d'un scénario de prédation classique consistant à

sacrifier un profit à court terme afin d'évincer la concurrence, puis de récupérer ces pertes en relevant ses prix sur le marché, peut donc être exclue.

522. Pour autant, il convient de rechercher si les prix pratiqués par la SNCF tendent, par l'effet réel ou potentiel d'éviction qu'ils entraînent, à fausser la concurrence sur le marché.

Sur le périmètre d'activité à prendre en compte

523. Pour effectuer cette recherche, il faut d'abord déterminer dans quelle mesure le comportement tarifaire de la SNCF tendait à évincer, totalement ou partiellement, un concurrent au moins aussi efficace qu'elle, critère retenu de manière générale par la jurisprudence relative aux abus d'éviction, mais à appréhender dans chaque cas au vu du contexte et notamment de l'activité considérée.
524. Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, ce point de référence doit être défini non pas en se fondant sur une analyse trafic par trafic mais au regard de l'activité de train massif de la SNCF prise dans son ensemble.
525. En effet, l'activité de transport ferroviaire de marchandises par train massif permet à une entreprise ferroviaire opérant un certain nombre de trafics dans une même zone géographique de réduire ses coûts, une partie des postes de coûts étant partagée entre plusieurs trafics. Plusieurs pièces du dossier montrent que ces possibilités de mutualisation des coûts sont effectivement centrales dans certains choix tarifaires de la SNCF (cotes 39 036 et 39 037, 39 427 et 39 428, 39 440, 39 442 et 39 444). La SNCF ne le conteste d'ailleurs pas. Elle a au contraire elle-même confirmé l'existence d'une telle mutualisation pour expliquer le comportement tarifaire qui lui est reproché en l'espèce.
526. De ce fait, la stratégie tarifaire adoptée par un opérateur ne peut être appréhendée indépendamment de l'ensemble des trafics déjà détenus ou susceptibles de l'être à court terme. Plus largement, les conditions de concurrence sur le marché du train massif ne peuvent pour la même raison s'analyser de façon pertinente au niveau de chaque trafic pris isolément.
527. Une analyse trafic par trafic pourrait d'ailleurs fournir des résultats trompeurs, en ce sens qu'un opérateur pourrait sembler plus efficace que ses concurrents à l'échelle d'un trafic particulier alors même que ses coûts seraient en réalité plus élevés à l'échelle de l'ensemble de l'activité de train massif.
528. Ce risque se vérifie concrètement en l'espèce. En raison du caractère récent de l'ouverture à la concurrence du secteur et du poids historique de la SNCF sur celui-ci, cette entreprise bénéficiait d'un volume d'activité par train massif substantiellement plus important que ses concurrents, qui ne disposaient, à l'époque des faits, ni des mêmes économies d'échelle, ni des mêmes possibilités de mutualisation des coûts entre plusieurs trafics. La SNCF pouvait ainsi afficher des coûts évitables faibles pour un trafic donné, une partie des coûts communs étant affectée à d'autres trafics, d'ailleurs eux-mêmes susceptibles d'être non rentables. Il est pour cette raison possible que, pour certains trafics attractifs pour de nouvelles entreprises ferroviaires, la SNCF puisse apparaître à première vue comme plus efficace que ses nouveaux concurrents.
529. Tel n'est cependant pas le cas en réalité, les éléments du dossier montrant au contraire, comme cela n'est d'ailleurs pas contesté par la SNCF, que ses concurrents sont généralement plus efficaces qu'elle d'un point de vue concurrentiel. Il ressort ainsi de documents saisis dans les locaux de la SNCF que certains nouveaux entrants, comme ECR ou Veolia Cargo (devenu Europorte), ont des coûts complets en moyenne inférieurs de

14 % à 30 % aux siens, notamment en raison de coûts de personnel moins élevés, d'un meilleur taux d'utilisation du matériel et de frais de structure plus légers.

530. Eu égard aux éléments qui précèdent, il convient de raisonner à l'échelle du marché du train massif dans sa globalité pour apprécier si des concurrents au moins aussi efficaces que la SNCF pouvaient être évincés du marché du fait des pratiques de prix de l'opérateur dominant.
531. Le test de coûts à retenir pour déterminer si le comportement tarifaire de la SNCF était de nature à créer un effet d'éviction doit donc tenir compte de l'ensemble des coûts supportés et des prix pratiqués par cet opérateur sur l'ensemble de son activité de transport de marchandises par train massif.
532. Il convient, dès lors, de vérifier si la SNCF couvre ses propres coûts imputables à cette activité. Si tel n'est pas le cas, un opérateur aussi efficace, qui devrait s'aligner sur les prix de la SNCF, devrait lui aussi enregistrer des pertes.

Sur les coûts à prendre en compte et l'horizon temporel pertinent

533. Le coût évitable en cas d'abandon de l'activité de train massif couvre l'ensemble des coûts qui lui sont imputables, qu'ils soient communs ou non avec d'autres activités de la SNCF. Si le coût évitable était défini sur un périmètre restreint, comme par exemple un trafic donné, il pourrait ne couvrir que les charges de convoi et de desserte, puisqu'en cas de perte du trafic, l'organisation liée aux fonctions de support et de structure ne serait pas modifiée, et les coûts liés à ces fonctions ne pourraient être évités. Au contraire, si l'on raisonne sur l'ensemble du périmètre du train massif, la cessation de cette activité impliquerait, à moyen terme, de supprimer tous les postes de coûts imputables directement à cette activité, ainsi qu'une partie des coûts communs avec d'autres activités telles que le wagon isolé.
534. Le coût évitable à prendre en compte ne se distingue donc pas du coût incrémental de long terme, tous deux englobant au contraire l'ensemble des postes de coûts, directs ou communs à d'autres activités, qui sont imputables à l'activité de train massif et qui pourraient être évités à long terme si elle était abandonnée.
535. Dans ces conditions, les deux seuils définis par la Commission européenne dans sa communication sur les abus d'exclusion pour les besoins du test de coûts pertinents, à savoir le coût évitable moyen et le coût marginal (ou incrémental) moyen de long terme, sont confondus en l'espèce.
536. La Commission européenne a déjà retenu une telle approche dans sa décision n° 2001/354/CE du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG) (JOCE n° L 125 du 5 mai 2001, p. 27). Dans cette décision, elle a en effet qualifié d'abus de position dominante, en application du test de coûts issu de l'arrêt Akzo, la pratique de prix bas de Deutsche Post en se fondant sur le seul fait que l'entreprise dominante ne couvrait pas ses coûts incrémentaux liés à l'activité concurrentielle de transport de colis pour la vente par correspondance de façon récurrente sur une période de six années consécutives. Elle est arrivée à cette conclusion sans avoir à établir l'existence d'un plan global de l'opérateur historique visant à évincer les concurrents.
537. Elle a donc estimé, dans cette affaire, que la ligne de partage issue de l'arrêt Akzo et en-dessous de laquelle le prix est considéré comme abusif au regard des règles de concurrence, définie comme le coût variable moyen, correspondait en l'occurrence, en raison du périmètre considéré (à savoir l'ensemble du secteur de l'envoi de colis pour la

vente par correspondance), au coût incrémental moyen calculé à un horizon temporel de moyen terme.

538. En effet, ainsi que cela a été rappelé plus haut, la définition de l'horizon temporel pertinent aux fins du test de coûts doit se faire en fonction des circonstances pertinentes du cas d'espèce. C'est en particulier le cas pour l'horizon temporel sur lequel s'effectue le calcul des coûts évitables de l'entreprise en position dominante, qui doit correspondre à l'échéance à laquelle les coûts correspondant au périmètre d'activité retenu pourraient être évités.
539. En l'espèce, les coûts liés à l'activité de train massif ne pourraient pas être supprimés instantanément. En effet, la cession des actifs ou la réallocation du matériel et du personnel en lieu et place d'investissements ou de recrutements prévus ne pourrait se faire à court terme.
540. En outre, il a été constaté que les relations entre entreprises ferroviaires et chargeurs sont formalisées sur une base contractuelle. Dans l'hypothèse où la SNCF déciderait de cesser son activité de train massif, elle devrait donc honorer ces contrats jusqu'à leur échéance.
541. Or, la plupart des contrats conclus pour cette activité ont une durée pluriannuelle. Selon ECR, pour les trafics réguliers, leur durée est comprise entre un et cinq ans, avec une durée moyenne de trois ans. La SNCF a, pour sa part, déclaré que la durée des contrats de services de fret ferroviaire s'échelonnait le plus souvent entre un et trois ans (cote 30 746).
542. Toutefois, les durées les plus courtes s'observent le plus souvent dans les secteurs de l'automobile et des produits de grande consommation, où les services de transport sont majoritairement effectués par wagon isolé.
543. Pour l'activité de train massif, de nombreuses pièces du dossier attestent de durées contractuelles comprises entre trois et cinq ans dans les secteurs de l'agriculture et des produits de carrière, des produits sidérurgiques, de la chimie/pétrole et du BTP (cotes 2 220, 8 014, 10 125, 17 740, 24 002, 30 746, 31 523, 31 888, 32 088, 38 987 et 42 333).
544. En outre, au moins quatre des cinq principaux clients de la SNCF, sur la période comprise entre 2007 et 2009, avaient signé un contrat pluriannuel de trois à cinq ans. Arcelor, qui représente 10 % du marché du fret ferroviaire français, avait par exemple signé un contrat de cinq ans (cote 23 931).
545. Enfin, les 25 principaux contrats pluriannuels représentaient à eux seuls un quart du chiffre d'affaires de la SNCF en 2008 (cote 8 492).
546. Compte tenu de ces éléments, une analyse de la pratique tarifaire de la SNCF au regard de ses coûts sur le court terme apparaît dépourvue de pertinence. Un horizon temporel de trois ans paraît en revanche constituer le minimum approprié.
547. Dès lors, il convient, pour déterminer l'existence d'un effet actuel ou potentiel d'éviction, de rechercher si, sur la base du test de coûts décrit précédemment, la SNCF couvre ou non ses coûts incrémentaux, à un horizon de trois ans minimum, sur le marché du train massif.

L'application du test de coûts aux prix pratiqués par la SNCF

548. La SNCF propose aux chargeurs des prestations de transport de leurs marchandises à la fois par train massif et par wagon isolé.

549. Tant l'activité de wagon isolé que celle de train massif, pour laquelle la SNCF fait face à la concurrence d'autres entreprises ferroviaires, engendrent des pertes, bien que ces pertes soient plus importantes pour l'activité de wagon isolé.
550. Le grief que la SNCF s'est vu notifier ne porte que sur les prix qu'elle pratique pour son activité de train massif. Dès lors, c'est au regard de cette seule activité que le test de coûts doit être effectué.
551. En l'espèce, le coût évitable à un horizon minimal de trois ans, qui se confond avec le coût incrémental de long terme, inclut l'ensemble des coûts qui seraient évités à cet horizon en cas de cessation de l'activité de train massif. Il recouvre donc l'ensemble des coûts, variables ou fixes, qui sont propres à l'activité de train massif, auxquels s'ajoute une partie des coûts communs avec les autres activités de la SNCF, essentiellement l'activité de wagon isolé. Il convient donc de déterminer quelle partie des coûts communs est à considérer comme évitable à un horizon de trois ans en cas de cessation de l'activité de train massif.
552. Les coûts communs aux activités de train massif et de wagon isolé sont des charges de support et de structure, à savoir essentiellement des coûts de personnel. En effet, les agents affectés à certaines plateformes et des responsables des dessertes sont chargés aussi bien du wagon isolé que du train massif, tout comme les agents commerciaux et les responsables des diverses fonctions support du siège de la branche Fret. Il n'est donc pas possible d'attribuer à certains de ces agents en particulier l'activité de train massif.
553. Le calcul des coûts évitables en cas d'arrêt de l'activité du train massif requiert donc une reconstruction de la fraction des coûts communs qui pourrait être évitée, sur la base d'une organisation correspondant au maintien de la seule activité de wagon isolé. Ce scénario contrefactuel d'une entreprise ferroviaire opérant uniquement une activité de wagon isolé doit correspondre à des hypothèses réalistes et reposer sur les données les plus fiables dont dispose l'Autorité.
554. En l'espèce, il n'est pas vraisemblable qu'en cas d'abandon de l'activité de train massif, les structures communes aux deux activités soient maintenues dans leur périmètre actuel, l'activité supprimée dans cette hypothèse ayant représenté, entre 2007 et 2009, 57 % à 73 % du chiffre d'affaires et 65 % à 71 % des volumes d'activité fret. Au contraire, à moyen terme, les postes de coûts communs devraient être réorganisés pour s'ajuster aux besoins imputables à la seule activité de wagon isolé.
555. Au demeurant, de nombreux éléments du dossier montrent que, si la SNCF devait cesser son activité de train massif, cela entraînerait vraisemblablement à moyen terme un redimensionnement de son activité de wagon isolé.
556. En effet, selon les propres déclarations de la SNCF, « *les clients du wagon isolé sont avant tout les plus grands comptes de Fret SNCF* » (cote 1 836). Dans le cas de l'abandon de l'activité de train massif, il est donc peu probable, voire irréaliste, que la SNCF continue à leur proposer, essentiellement à perte, des services par wagon isolé si elle ne peut plus leur offrir un service de transport par train massif. Dans ces conditions, l'arrêt des services de transport par train massif devrait entraîner une réduction de l'activité de wagon isolé. Cette réduction d'activité entraînerait à son tour une réduction additionnelle d'une partie des coûts communs aux deux activités, notamment des coûts de support et de structure, devenus surdimensionnés. Il n'est donc pas vraisemblable de considérer que l'abandon du train massif s'accompagnerait d'un maintien de l'essentiel des coûts de support et de structure pour les besoins de la seule activité de wagon isolé. Au demeurant, le

redimensionnement de l'activité de wagon isolé est loin d'être irréaliste, les volumes transportés ayant déjà diminué de 42 % entre 2005 et 2009 (cote 30 713).

557. Il peut être relevé, à titre de comparaison, que, dans la décision ayant donné lieu à l'affaire à l'origine de l'arrêt Post Danmark précité, l'autorité de concurrence avait considéré que certains coûts communs à l'activité concurrentielle et à l'activité relevant de la mission de service universel pourraient être réduits sur une période de trois à cinq ans si l'opérateur dominant cessait l'activité concurrentielle, raison pour laquelle elle avait inclus, dans les coûts incrémentaux, une partie des coûts fixes communs à l'activité concurrentielle et à la mission de service universel. Cette méthode de détermination des coûts incrémentaux était apparue pertinente à la Cour de justice, dans la mesure où elle visait à « identifier l'essentiel des coûts imputables à l'activité concurrentielle » (arrêt Post Danmark précité, point 34).
558. Eu égard aux éléments qui précèdent, le test de coûts pertinent au cas d'espèce doit être effectué en prenant en compte une activité de wagon isolé à laquelle seraient affectées des charges de support et de structure adaptées à ses besoins si elle était opérée seule, c'est-à-dire reflétant l'usage réel que l'activité de wagon isolé fait actuellement des ressources communes.
559. Au vu des éléments du dossier, les seuls éléments de coûts fiables et exhaustifs permettant d'identifier, au sein des coûts communs, les coûts imputables à chacune des deux activités, sont les données fournies par la SNCF au début de l'instruction. Dans le tableau communiqué par la SNCF, celle-ci a imputé, pour les besoins de sa propre gestion, les charges de support et de structure spécifiquement à l'activité de train massif et à celle de wagon isolé, selon une clé de répartition comptable qui vise à refléter l'usage réel des ressources communes par chacune de ces deux activités (cote 36 755).

En M€	2007			2008			2009		
	TM	WI	Total	TM	WI	Total	TM	WI	Total
Total produits affectables aux flux	975,04	729,31	1704,34	996,62	591,95	1588,57	916,33	338,01	1254,34
Charges de convoi ⁴	-671,16	-371,44	-1042,60	-731,78	-341,12	-1072,89	-648,6	-194,19	-842,79
Charges de desserte ⁵	-143,69	-227,05	-370,74	-155,20	-165,25	-320,44	-227,68	-206,12	-433,8
Charges de Triage ⁶	-19,32	-101,62	-120,94	-21,54	-94,01	-115,55	-15,07	-43,06	-58,13
Total Charges de production	-834,17	-700,11	-1534,28	-908,51	-600,37	-1508,88	-891,35	-443,37	-1334,72
Total charges de support et de structure	-204,97	-199,45	-404,42	-202,54	-216,08	-418,62	-254,85	-128,32	-383,17
Résultat courant (1)	-64,11	-170,25	-234,35	-114,44	-224,50	-338,94	-229,87	-233,68	-463,55

(1) En 2009 : Résultat Opérationnel Courant (ROC)

560. Il ressort de ces données que de 2007 à 2009, la SNCF ne couvrait, au maximum, que 88 % de ses charges totales toutes activités confondues et que, s'agissant de la seule activité de train massif, elle ne couvrait, au maximum, que 94 % des charges imputées à cette activité, comme indiqué dans le tableau ci-dessous :

	2007			2008			2009		
	TM	WI	Total	TM	WI	Total	TM	WI	Total
Part des charges totales couvertes par le total des produits	94 %	81 %	88 %	90 %	72 %	82 %	80 %	59 %	73 %

561. Pour obtenir le coût incrémental de long terme du train massif, il reste à déduire la redevance d'entreprise, qui est incluse dans les charges mentionnées dans le tableau fourni par la SNCF. En effet, cette redevance est la contribution de la branche Fret aux coûts communs de fonctionnement de l'EPIC SNCF. Elle couvre donc des coûts qui ne sont pas imputables au fait d'opérer le train massif et ne seraient pas évités en cas d'abandon de cette activité. Cette redevance ne représente que 3 % des coûts totaux de la branche Fret.
562. Après déduction de cette dernière, il apparaît que les recettes de la SNCF sur la période comprise entre 2007 et 2009 étaient systématiquement inférieures aux coûts incrémentaux de long terme de son activité de train massif.
563. Au demeurant, ainsi que cela a été constaté aux paragraphes 201 et 202, la SNCF a mis délibérément en œuvre une stratégie d'éviction pour certains trafics particuliers en pratiquant des prix sans considération de rentabilité. Un courrier électronique de l'ancien directeur commercial en atteste : « *Je reviens sur la question des contrats tri annuels qui seraient malgré tout en perte. (cf. notre discussion d'hier) (...) Dans 3 cas et pour des raisons défensives, nous avons vendu aux prix du marché sans considération de rentabilité pour empêcher l'implantation hégémonique de nos concurrents (Basaltes sur Voutre Neuillé, Ineos sur Fos Italie, et Eurorail sur Epinal Espagne).(...) nous avons toujours amélioré la marge sans pour autant pouvoir garantir qu'elle était positive. Cette action s'est inscrite dans notre volonté de limiter AU MAXIMUM la pénétration des nouveaux entrants* » (cote 38 749).
564. Cette stratégie d'éviction est également attestée par le fait que la SNCF a délibérément employé, pour formuler ses offres commerciales, des cotations sous-estimées de ses propres coûts et des hypothèses de mutualisation entre trafics purement théoriques, afin de justifier les prix à perte qu'elle pratiquait (voir paragraphes 203 et 204 ci-dessus). Ce comportement délibéré a permis à la SNCF de retenir de nombreux trafics à perte comme il ressort des paragraphes 205 à 207 ci-dessus.
565. Cela a en particulier été le cas pour le trafic « *OI – BSN Sable Puy Guillaume* » pour lequel elle était, entre autres, en concurrence avec VFLI. La dernière offre de Fret SNCF pour ce trafic a suscité des réactions des cadres de VFLI en charge de ce trafic qui indiquent précisément le caractère artificiel de la présentation des coûts que fait Fret SNCF pour justifier ses prix en l'espèce : « *la rentabilité de chaque trafic Fret repose sur la mutualisation avec d'autres, et les effets de seuil ne sont jamais supportés par personne... toujours la même chanson, toujours le même résultat à la fin...* » (cotes 39 435 et 39 436) ; « *l'analyse de (...) se confirme: le Fret fera tout pour garder la pâte. Impossible de lutter.(...)* » (cote 39 435) ; « *Écœurée. On ne peut pas lutter face à de telles inepties. Il faudra un jour qu'on m'explique comment fret dégage toujours des marges de 12 %, 13 %, 14 %....* » (cote 39 435).
566. La SNCF avance quatre arguments visant à remettre en cause le fait que les pertes constatées puissent être constitutives d'une politique tarifaire de prix bas tendant à restreindre la concurrence sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif. Ces arguments ont trait à la nature du grief qui lui a été notifié (i), à l'analyse de ses coûts et de ses prix qui, selon elle, devrait être effectuée trafic par trafic et sur un horizon temporel de court terme (ii), à la répartition des coûts communs entre l'activité de train massif et celle de wagon isolé (iii), et enfin à l'absence prétendue d'effets d'éviction sur le marché en cause (iv).

567. En premier lieu, la SNCF soutient que c'est par une approche inédite qu'il lui est reproché de pratiquer des prix d'éviction, celle-ci ne devant être examinée qu'au regard de la jurisprudence applicable à la prédation.
568. Cet argument ne peut être retenu. Ainsi que cela a déjà été rappelé (voir paragraphes 500 à 509 ci-dessus), il ressort au contraire clairement de la jurisprudence sur laquelle s'appuie la SNCF que diverses formes de pratiques tarifaires de prix bas, qu'elles s'inscrivent ou non dans une logique de prédation, sont à même de produire un effet d'éviction contraire à l'article 102 du TFUE, d'une part, et que le test de coûts pertinent pour établir une pratique de prédation l'est aussi pour appréhender d'autres pratiques de prix d'éviction, d'autre part, à condition de tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce (arrêt Post Danmark précité, points 26 à 28 et 34).
569. C'est précisément ainsi qu'a raisonné l'Autorité au cas présent.
570. En deuxième lieu, la SNCF soutient que l'appréciation de sa politique de prix devrait être effectuée trafic par trafic sur le marché du train massif, et sur un horizon temporel de court terme en application de l'arrêt Akzo.
571. Cet argument ne peut être retenu, dès lors que l'Autorité a montré que ces deux approches n'étaient pas pertinentes compte tenu des circonstances du cas d'espèce, et qu'il convenait de procéder à une analyse portant sur l'ensemble de l'activité de train massif de la SNCF (voir paragraphes 523 et suivants ci-dessus) et réalisée sur un horizon temporel de trois ans minimum (voir paragraphes 540 et suivants ci-dessus).
572. Au demeurant, il faut rappeler, comme cela a déjà constaté aux paragraphes 563 à 565 ci-dessus, que, pour certains trafics, la SNCF a délibérément soumis des offres à des chargeurs « *sans considération de rentabilité* » ou en sous-estimant manifestement ses coûts en vue de conserver ces trafics.
573. En troisième lieu, la SNCF soutient que les prix pratiqués aux chargeurs pour ses services par train massif couvriraient globalement l'ensemble des coûts imputables à cette seule activité. En se fondant sur deux études économiques, elle soutient que, en cas d'abandon de son activité de train massif, la plupart des coûts communs (qui sont principalement des coûts de support et de structure) à cette activité et à celle de wagon isolé demeureraient.
574. Selon la SNCF, sur la base d'hypothèses détaillées pour chaque poste de coûts de support et de structure, l'abandon de l'activité de train massif, qui représente, entre 2007 et 2009, 57 % à 73 % de son chiffre d'affaires fret et 65 % à 71 % du total des volumes (cote 30 713), ne permettrait pas, à long terme, d'économiser plus de 19,7 % des coûts de support et de structure totaux liés aux deux activités (cotes 44 244 à 44 249). Plus de 80 % des coûts de support et de structure seraient donc non évitables à long terme. Elle en conclut que ses recettes couvrent ses coûts évitables à long terme pour les années 2007 et 2008, mais ne les couvrent pas en 2009 en raison de la crise économique générale.
575. Pour justifier les hypothèses qu'elle avait avancées à cet effet lors de l'instruction, la SNCF a produit, lors de la séance du 7 septembre 2012, un document précisant la méthodologie suivie afin d'identifier, au sein de certains postes de coûts de transport et de structure, ceux qui seraient évitables à long terme en cas de cessation de l'activité de train massif. Ce document a fait l'objet d'une note en délibéré d'ECR transmise le 17 septembre 2012, sur laquelle la SNCF a fait valoir ses observations le 25 septembre 2012.
576. A titre liminaire, il convient de constater que les conclusions que la SNCF tire du test de coûts sont particulièrement sensibles aux hypothèses relatives à la proportion de coûts

évitables. Il faut vérifier que celles-ci sont suffisamment robustes pour pouvoir être jugées pertinentes et crédibles. A titre d'exemple, si la part évitable des coûts communs était, non pas de 19,7 % comme l'avance la SNCF, mais de 26 %, la SNCF ne pourrait prétendre pratiquer des prix supérieurs à ses coûts moyens incrémentaux de long terme que pour l'année 2007. Si une proportion de 40 % était retenue, ses prix seraient inférieurs à ses coûts moyens incrémentaux de long terme pour les trois années considérées.

577. Or, tel n'est pas le cas, pour plusieurs raisons.
578. Tout d'abord, la SNCF fait valoir qu'une partie des coûts de support et de structure (les coûts communs aux deux activités), notamment les charges de personnel, dépendrait à titre principal du nombre de dessertes effectuées et non du chiffre d'affaires réalisé. Elle soutient à cet effet que son activité de train massif représente 63 % de son chiffre d'affaires fret, mais seulement 30 % de ses dessertes, contre 70 % pour le wagon isolé. Cependant, même si cette pondération devait être retenue pour certains postes de coûts, la part des coûts de support et de structure qui serait évitable à long terme dans l'hypothèse de l'abandon du train massif serait alors vraisemblablement comprise entre 30 % et 63 %, et serait donc très éloignée du chiffre de 19,7 % de coûts communs évitables en cas d'abandon de l'activité de train massif.
579. Ensuite, les justifications que la SNCF présente dans le document qu'elle a fourni en séance ne peuvent être tenues pour crédibles, dès lors qu'elles se fondent sur des estimations de coûts théoriques et invérifiables, d'une part, et sur l'hypothèse – très discutable – selon laquelle l'abandon de l'activité de train massif n'entraînerait aucune réduction de l'activité de wagon isolé, d'autre part.
580. S'agissant du chiffrage des coûts communs évitables que la SNCF propose, il suffit de constater que les coûts de support et de structure libellés « *Ordonnement production locale* » et « *Ordonnement grand parcours* », pour lesquels un calcul des coûts évitables a été détaillé dans le document fourni, représentent moins de 30 % du total des coûts de support et de structure. Le caractère évitable des autres coûts qu'elle met en avant repose uniquement sur des éléments déclaratifs et invérifiables. Par ailleurs, les calculs de la SNCF pour les deux postes de coûts mentionnés plus haut sont fondés sur la description du fonctionnement d'une « *plateforme type en 2008* », reconstitution théorique qui ne repose pas sur des données concernant l'activité réelle de plateformes existantes. Les chiffres utilisés par la SNCF ne peuvent donc pas être vérifiés et ne sauraient être considérés comme reflétant de façon crédible la réalité économique des coûts imputables à la seule activité de train massif.
581. Enfin, s'agissant du périmètre de l'activité de wagon isolé en cas d'abandon de l'activité de train massif, la détermination des coûts évitables liés à cette dernière activité repose sur l'hypothèse que l'activité de wagon isolé serait conservée en totalité et dans son périmètre actuel. Or, il a déjà été constaté que cette hypothèse est irréaliste, dès lors que les principaux utilisateurs de transport par wagon isolé sont également les plus grands comptes de la SNCF et que le volume de cette activité entre 2005 et 2009 a déjà connu une réduction importante (voir paragraphes 554 à 556 ci-dessus).
582. Il ressort de plus des pièces du dossier que cette activité est lourdement déficitaire et a fait l'objet de multiples restructurations depuis 2003. Le fait d'exclure des coûts incrémentaux du train massif, comme le demande la SNCF, 61 % des coûts fixes propres à cette activité en vue de les allouer au wagon isolé opéré seul, alors que ce dernier est déjà lourdement déficitaire, reviendrait à réduire artificiellement les coûts de l'activité de train massif.

583. La détermination des coûts évitables, telle que présentée par la SNCF, ne peut être considérée en l'espèce comme une alternative pertinente ou crédible aux données utilisées par l'Autorité, données dont il faut rappeler qu'elles sont, elles aussi, des données émanant de la SNCF.
584. En quatrième et dernier lieu, la SNCF soutient que les prix qu'elle a pratiqués sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif n'auraient pas réellement produit d'effets anticoncurrentiels. Au contraire, depuis l'ouverture à la concurrence du secteur du fret ferroviaire, ses concurrents nouveaux entrants auraient gagné d'importantes parts de marché. De plus, le nombre de contrats perdus par la SNCF serait plus important que celui que les contrats remportés.
585. Ces arguments ne permettent pas d'écarter la qualification d'abus de position dominante.
586. La jurisprudence constante citée plus haut rappelle en effet qu'il suffit, pour pouvoir considérer que le comportement d'une entreprise en position dominante est abusif, que ce dernier tende à restreindre la concurrence ou soit de nature à avoir un tel effet (arrêt Tomra Systems précité, point 68). Comme le rappelle le juge de l'Union, « *il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse des effets concrets [des pratiques en cause] sur la concurrence, étant donné que, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement en cause est susceptible d'avoir un tel effet* » (arrêt Tomra Systems précité, point 79 ; voir également arrêt Teliasonera précité, point 64).
587. Dans le cas spécifique où une entreprise en position dominante met en place une politique tarifaire de prix bas, le caractère abusif de cette pratique est en principe établi, comme cela résulte de la jurisprudence rappelée plus haut, dès lors que les prix de cet opérateur sont inférieurs à la moyenne de ses coûts variables (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites), l'intéressé étant présumé ne poursuivre aucune autre finalité économique, en pratiquant de tels prix, que celle d'éliminer ses concurrents (arrêt Post Danmark précité, point 27). Eu égard au caractère économiquement irrationnel de cette démarche, la jurisprudence considère en d'autres termes que la démonstration de celle-ci, effectuée en recourant au test qu'elle énonce, atteste en principe en elle-même d'effets anticoncurrentiels.
588. Cette jurisprudence n'interdit naturellement pas de faire état des conséquences concrètes d'un tel abus d'éviction lorsque celles-ci peuvent être observées sur le marché, ni d'en tenir compte lors du prononcé de la sanction, dans le cadre de l'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie.
589. Au cas d'espèce, ainsi que cela a été exposé plus haut, l'examen du comportement tarifaire de la SNCF a montré que l'ensemble des conditions caractérisant l'existence d'un abus de position dominante étaient réunies. En pratiquant, sur le marché du transport ferroviaire par train massif, des prix inférieurs à ses coûts moyens incrémentaux de long terme, la SNCF a entravé, dissuadé ou ralenti l'entrée et le développement des nouveaux opérateurs.
590. L'observation du marché atteste au demeurant des conséquences concrètes de ce comportement. Pour certains trafics, la SNCF a délibérément formulé des offres sans considération de rentabilité et utilisé des cotations de coûts sous-estimées et irréalistes, ce qui lui a permis d'empêcher des concurrents aussi efficaces qu'elle de formuler des offres aussi attractives nonobstant leurs mérites.
591. De son côté, la SNCF conserve les contrats les plus importants en termes de chiffres d'affaires. Sur la période comprise entre 2006 et 2010 (et à l'exception, dans une certaine mesure, de l'année 2009), ses concurrents nouveaux entrants ont remporté une proportion de contrats qui peut à première vue paraître importante au plan strictement quantitatif, mais

qui ne représente en réalité qu'un faible chiffre d'affaires (32 % à 42 % du total des sommes mises en jeu) et un faible tonnage (13 % à 45 % des tonnages mis en jeu), et qui concerne en outre des contrats contestables chaque année. La pénétration de nouvelles entreprises ferroviaires s'est donc effectuée sur la base de contrats de petite taille. Ces entreprises ont de plus été incitées à s'orienter vers des trafics que la SNCF juge moins pertinents ou nécessaires pour l'avenir de son activité.

592. En limitant le volume d'activité de ses concurrents et en se le réservant abusivement, la SNCF les a empêchés de bénéficier d'économies d'échelle et de possibilités de mutualisation des coûts qui, comme elle l'indique dans l'étude économique jointe à ses observations sur la notification des griefs, lui permettraient d'être « *plus efficace* » qu'eux sur certains trafics bien qu'elle soit, « *toutes choses égales par ailleurs, moins efficace (...)* notamment sur le niveau de ses frais généraux ».

c) Conclusion sur le grief n° 10

593. Il résulte de ce qui précède que la SNCF a abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché du transport ferroviaire par train massif en mettant en œuvre une politique tarifaire tendant à évincer ses concurrents aussi efficaces, dès lors qu'elle pratiquait des prix inférieurs à ses coûts moyens incrémentaux de long terme. Compte tenu des éléments de preuve présents au dossier, cette infraction est établie pour les années 2007, 2008 et 2009.

5. SUR LES AUTRES GRIEFS

a) La facturation de l'accès aux cours de marchandises (grief n° 5)

594. Au titre du grief n° 5, il est reproché à la SNCF d'avoir commis un abus de position dominante en mettant en place une pratique tarifaire dissuasive, non transparente et contraire à la directive n° 2001/14/CE et au décret n° 2003-194 précités.
595. La SNCF soutient que l'Autorité n'est pas compétente pour appréhender la pratique en cause.
596. L'Autorité n'est, en effet, pas compétente pour poursuivre et, le cas échéant, sanctionner en tant que telles des infractions à des dispositions prévues par une réglementation sectorielle. Comme le souligne la SNCF, cette compétence appartient, dans le secteur du fret ferroviaire, à l'ARAF, dans les conditions et limites fixées par le législateur. L'incompatibilité d'un comportement d'entreprise avec l'article 102 du TFUE (et donc avec la disposition interne correspondante) est en effet indépendante de sa conformité ou non à d'autres règles juridiques, ce qui explique qu'un comportement légal au regard d'autres branches du droit que le droit de la concurrence puisse être prohibé par ce dernier (arrêt du Tribunal du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, Rec. p. II-2805, point 677) ; de même, une pratique contrevenant à d'autres corps de règles ne saurait être considérée de ce fait comme interdite par le droit de la concurrence, cette question devant être appréciée au cas par cas, au regard des exigences propres à l'interdiction des abus de position dominante.
597. Pour autant, l'Autorité relève que, saisie du projet de texte ayant donné lieu au décret n° 2012-70 précité, qui a modifié le décret n° 2003-194 précité, elle a, dans son avis n° [11-A-15](#) du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et

autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, observé que « *certaines prestations régulées des infrastructures de services telles que les cours de marchandises sont susceptibles de passer de catégorie de l'accès à celle des services et de voir ainsi passer leur tarification d'un coût "directement imputable à l'exploitation du service ferroviaire" vers une "facturation du degré d'utilisation réel de l'infrastructure", du fait du changement de cadre juridique et des dispositions du document de référence du réseau en vigueur. Cette évolution est susceptible de provoquer un renchérissement des redevances pour les entreprises ferroviaires utilisant ces infrastructures* » (paragraphe 166).

598. Il appartiendra, le cas échéant, au juge administratif de se prononcer sur la conformité du droit interne, tel qu'il résulte du décret n° 2012-70 précité, aux dispositions de la directive n° 2001/14 précitée.

b) Le recrutement de personnel formé pour Veolia Cargo par la SNCF (grief n° 1)

599. Aux termes du grief n° 1, il est reproché à la SNCF de ne pas s'être abstenue de recruter des agents de Veolia (devenu Europorte) qu'elle formait au métier de conducteur, par le biais de son unité de Formation Traction de Rennes. Ce comportement de la SNCF aurait conduit à désorganiser Veolia à l'époque des faits et à retarder le développement de ce concurrent sur le marché des services ferroviaires de transport de marchandises.

600. Il ressort de la jurisprudence que l'identification d'un abus de position dominante doit tenir compte de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause (arrêt Tomra Systems précité, point 18, et la jurisprudence citée).

601. En l'espèce, la SNCF a recruté sept des stagiaires qu'elle formait pour le compte de Veolia.

602. Cependant, il ne ressort pas des pièces du dossier que la SNCF a démarché ces stagiaires pour les débaucher au détriment de Veolia, les formateurs en cause s'étant bornés, pour certains d'entre eux, à relayer au sein de la SNCF leurs demandes de candidatures.

603. Ensuite, il ressort des pièces du dossier que ce sont les stagiaires en formation qui ont, spontanément, démarché la SNCF. Ces stagiaires étaient, par ailleurs, en période d'essai à l'époque des faits qui venait d'être renouvelée pour six mois supplémentaires, par un contrat qui ne comportait pas de clause de dédit formation.

604. En outre, il ne ressort pas des pièces du dossier que la SNCF ait recruté les stagiaires en question à des conditions préférentielles. Elle s'est d'ailleurs abstenue de recruter deux d'entre eux.

605. Par ailleurs, il peut être constaté que Veolia a pu disposer rapidement, à la suite du recrutement des stagiaires par la SNCF, de structures de formation opérationnelles pour assurer la formation de ses agents de conduite sans avoir besoin de recourir à un prestataire extérieur de services tel que la SNCF. En effet, avant même que les stagiaires ne soient recrutés par la SNCF, Veolia disposait déjà des autorisations ministérielles requises pour ouvrir un tel centre de formation, ce qui s'est concrétisé dès le mois de décembre 2006 par une première promotion d'agents aptes à la conduite de trains et formés par ses propres moyens.

606. Enfin, il n'est pas apparu que Veolia, quelles qu'aient été les difficultés qu'ont pu lui causer ces défections imprévues, ait dû pour autant renoncer à un contrat.

607. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce

n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.

c) Le maintien des contrats liant les conventions d'occupation des terrains embranchés aux services ferroviaires (grief n° 12)

608. La SNCF s'est vu notifier un grief lui reprochant d'avoir abusé d'une position dominante en maintenant, au sein des contrats historiques signés avec les chargeurs, une clause liant les conventions d'occupation des terrains embranchés, dont elle a la propriété, à l'utilisation des services ferroviaires qu'elle offre aux chargeurs. Une telle clause pourrait, selon le grief, avoir pour effet de dissuader ces derniers de changer de prestataire de services de transport ferroviaire de marchandises, de crainte de perdre la jouissance de terrains embranchés dont ils ne sont pas propriétaires, mais sur lesquels ils ont néanmoins consenti des investissements d'équipement éventuellement importants.
609. Comme cela résulte de la jurisprudence rappelée au paragraphe 600 ci-dessus, le comportement d'une entreprise susceptible de constituer un abus de position dominante doit être apprécié au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes qui l'entourent.
610. En l'espèce, la SNCF a maintenu, dans les conventions d'occupation des terrains embranchés la liant à certains chargeurs, des clauses de garantie de trafic lui permettant de résilier ce contrat lorsqu'elles ne sont pas respectées. Ces clauses préexistant à l'ouverture du transport ferroviaire de marchandises à la concurrence, le comportement reproché à la SNCF est de ne pas avoir retiré ces clauses de ces contrats à partir de mars 2006.
611. De fait, le maintien de telles clauses, que l'ouverture à la concurrence prive de tout caractère légal, est susceptible d'entraîner des effets anticoncurrentiels en induisant en erreur certains chargeurs, et en les dissuadant de faire appel à une autre entreprise ferroviaire de crainte de perdre l'usage de leurs terrains embranchés.
612. Néanmoins, il ne ressort pas des pièces du dossier que la SNCF aurait refusé à un chargeur de supprimer de ces conventions historiques les clauses en cause. Il n'en ressort pas non plus que, à partir de mars 2006, la SNCF aurait fait pression sur les chargeurs pour mettre en œuvre ces clauses et, par ce biais, les dissuader de changer d'opérateurs ferroviaires.
613. Au contraire, la SNCF a fourni une liste de quinze chargeurs qui ont changé, au moins partiellement, d'opérateurs ferroviaires et dont les conventions d'occupation des terrains embranchés n'ont pas été remises en cause (cote 35 273).
614. Par ailleurs, la SNCF a produit des documents relatifs à une formation des personnels commerciaux les incitant, notamment, à ne pas invoquer ces clauses pour dissuader des chargeurs de changer d'opérateur ferroviaire.
615. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.
616. Pour autant, l'Autorité constate que le maintien des clauses en cause est de nature à permettre des dérives susceptibles de présenter un caractère anticoncurrentiel, comme le reconnaît d'ailleurs le directeur financier de la branche Fret (cote 34 113). La SNCF ne

peut à l'avenir se prémunir contre ce risque que par l'envoi d'une information écrite, claire et dépourvue d'ambiguïté, à l'ensemble des chargeurs concernés.

d) Les pratiques de vente de services réalisés par train massif et par wagon isolé (grief n° 11)

617. La SNCF s'est vu reprocher un grief d'abus de position dominante lié à la conclusion, avec certains chargeurs, de contrats-cadres liant les ventes de services effectués par wagons isolés à ceux effectués par trains massifs. Cette exploitation de la position dominante qu'elle détiendrait sur le marché des services de transport de marchandises par wagons isolés aurait, selon le grief, pour effet de verrouiller une partie du marché de transport ferroviaire de marchandises par train massif à son profit.
618. L'article L. 420-2 du code de commerce prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante consistant en des ventes liées, au même titre que l'article 102, alinéa 2, sous d), du TFUE.
619. La vente liée ou le couplage est une pratique consistant à lier la fourniture de deux produits distincts ou de deux prestations de service distinctes ou d'en subordonner réciproquement la fourniture l'une à l'autre. Elle est interdite si elle tend à restreindre la concurrence.
620. La jurisprudence constante de l'Union indique que la caractérisation d'une vente liée abusive repose sur quatre éléments cumulatifs :
- le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts ;
 - l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché du produit liant ;
 - cette entreprise ne donne pas aux consommateurs le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié ;
 - la pratique en cause restreint la concurrence (arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, Rec p. II-3601, points 842 et 859, et la jurisprudence citée).
621. En l'espèce, il ne ressort pas de l'instruction que les chargeurs, qui ont conclu avec la SNCF un contrat-cadre couvrant les prestations réalisées par wagons isolés et celles par trains massifs, aient été contraints au sens de la jurisprudence à accepter des prestations supplémentaires (arrêt Microsoft précité, points 864).
622. D'une part, les déclarations recueillies auprès des représentants d'Arcelor et d'Arkema, deux des plus importants utilisateurs de services par trains massifs et par wagons isolés, montrent que ces deux entreprises ont mis en concurrence les principaux opérateurs du secteur (notamment ECR et Veolia) avant de signer un contrat-cadre avec la SNCF et ont délibérément choisi, pour des raisons commerciales, de qualité et de diversité de services, de conclure un tel contrat avec la SNCF.
623. D'autre part, il ne ressort pas des pièces du dossier que la SNCF ait eu recours à des pressions de quelque nature que ce soit pour obtenir la signature de tels contrats, notamment en concédant des remises tarifaires aux chargeurs ou en les menaçant de ne plus leur proposer des services de wagons isolés.
624. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments

suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.

e) Les autres pratiques tarifaires reprochées à la SNCF

625. Aux termes de l'article 102, sous c), du TFUE, est interdite l'exploitation abusive d'une position dominante consistant à appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. Pour sa part, l'article L. 402-2 du code de commerce prohibe notamment les abus de position dominante consistant en des conditions de vente discriminatoires.
626. Il est de jurisprudence constante que, pour rapporter la preuve de tels comportements abusifs, et notamment de prix inégaux, trois conditions cumulatives doivent être remplies : premièrement, l'existence d'une différence de traitement entre les partenaires commerciaux, qui, deuxièmement, concerne des prestations équivalentes et, troisièmement inflige un désavantage concurrentiel (arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, *United Brands e.a./Commission*, 27/76, Rec. p. 207, point 234 ; voir aussi, en ce sens, arrêt du Tribunal du 7 octobre 1999, *Irish Sugar e.a./Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 114).
627. En l'espèce, trois griefs de discrimination tarifaire ont été notifiés à la SNCF concernant la facturation à VFLI de l'accès à ses cours de marchandises et la location de locomotives à Naviland Cargo. Un quatrième grief de discrimination tarifaire a été notifié à la SNCF et à France Wagons (devenue Ermewa Ferroviaire) concernant la location de wagons.

L'utilisation des cours de marchandises (griefs n° 6 et 7)

628. La SNCF s'est vu notifier deux griefs d'abus de position dominante lui reprochant d'appliquer des conditions tarifaires discriminatoires à sa filiale VFLI pour l'utilisation de certaines cours de marchandises. La SNCF aurait ainsi favorisé VFLI au détriment des autres entreprises ferroviaires en lui facturant avec retard l'utilisation des cours de marchandises de Poix-Picardie, Saint Louis-Aygalades et Mitry-Mory, d'une part, et en lui appliquant des tarifs d'utilisation plus bas que ceux pratiqués auprès d'ECR pour la cour de Mitry-Mory, d'autre part.
629. S'agissant des retards de facturation et de paiement pour l'utilisation des cours de marchandises, il a été constaté que VFLI n'a pas bénéficié d'un accès gratuit aux trois cours de marchandises concernées et s'est acquittée de factures pour l'ensemble des périodes pour lesquelles elle les a utilisées.
630. Il ressort également des pièces du dossier que le comportement de la SNCF ne tendait pas à procurer à VFLI un avantage de trésorerie. En effet, la SNCF a identifié la facturation des cours de marchandises à VFLI comme une nécessité (cotes 13 201 et 34 080) dès 2008, soit avant la date des retards de facturation constatés. VFLI savait en conséquence ne pouvoir prétendre à un accès gratuit à ces infrastructures, qui ne s'est d'ailleurs pas concrétisé dans les faits. La SNCF a, de plus, relancé à plusieurs reprises VFLI afin de formaliser les conditions d'utilisation de ces cours, notamment en régularisant la facturation des sommes dues par VFLI pour l'ensemble des périodes pour lesquelles cette dernière avait utilisé les cours.
631. S'agissant d'une possible discrimination tarifaire entre VFLI et ECR pour l'utilisation de la cour de Mitry-Mory, il ressort des pièces du dossier que les conditions appliquées à VFLI et à ECR étaient équivalentes en l'espèce. Le loyer payé à SNCF Participations était établi

au prorata d'utilisation des voies par les entreprises ferroviaires, auquel s'ajoutaient les services de déchargement de trains à hauteur de 690 euros HT par train, soit 825,24 euros TTC.

632. Il est, par ailleurs, constaté que la SNCF a effectivement facturé à la fois VFLI et ECR en fonction de cette clé de répartition, proportionnelle au taux d'utilisation de l'équipement.
633. La SNCF a ainsi facturé à ECR des loyers mensuels, comprenant les coûts de déchargement, de 27 077 euros TTC par mois en 2009 et de 29 683 euros TTC par mois pendant l'année 2010.
634. Si VFLI avait eu le même taux d'utilisation de la cour de Mitry-Mory qu'ECR sur la fin de l'année 2009 (86 % du trafic) et en 2010 (94 % du trafic), elle aurait dû s'acquitter, au prorata des loyers payés à SNCF Participations, de 15 681 euros TTC par mois en 2009 et de 16 437 euros TTC en 2010. Ces sommes ne comprennent pas les frais de déchargement facturés par la SNCF à VFLI. Dès lors que les sommes acquittées dans les faits par ECR comprennent ces frais de déchargement, il convient de les soustraire pour en déduire le prix effectivement payé par cette dernière pour la seule utilisation de la cour. Le tableau suivant précise les prix appliqués à ECR pour la seule utilisation de la cour, comparés à ceux qu'aurait dû payer VFLI dans les mêmes circonstances. Il en ressort qu'ECR a acquitté des sommes équivalentes à celles payées par VFLI.

Année	Loyer mensuel versé à SNCF Participations	Trains ECR	Trains Fret SNCF	Taux d'utilisation d'ECR	Prix mensuel VFLI	Prix mensuel payé par ECR
Sept-Déc 2009	18 234 €	45	7	86 %	15 681 €	17 793 €
2010	17 487 €	212	14	94 %	16 437 €	15 159 €
Total	-	-	-	-	32 118 €	32 952 €

635. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.

Les pratiques concernant la location de locomotives (grief n° 9)

636. La SNCF s'est vu notifier un grief d'abus de position dominante lui reprochant, par le biais de Fret SNCF, d'avoir loué des locomotives, pour la majeure partie de type BB22200, à des prix inférieurs à ceux du marché à sa filiale Naviland Cargo. Ces prix seraient notamment inférieurs à ceux pratiqués par Akiem, filiale de la SNCF en charge de la location de ce type d'actifs, à compter de sa création en 2009. Cette pratique de discrimination tarifaire aurait eu pour effet, selon le grief, de favoriser artificiellement Naviland Cargo sur le marché du fret combiné.
637. Il ressort cependant des pièces du dossier que les prestations de services que la SNCF fournit, par le biais de Fret SNCF, à Naviland Cargo ne sont pas identiques ou équivalentes à celles que proposent Akiem à ses clients, que ces derniers appartiennent ou non au

groupe SNCF, ou à celles qui sont généralement proposées par les entreprises spécialisées dans la location de locomotives.

638. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier que les locomotives de type BB22200 louées à Naviland Cargo ne peuvent pas être considérées comme équivalentes aux locomotives BB27000 louées par Akiem. Toutes deux sont des locomotives électriques bi-courant, mais leur puissance et leur vitesse diffèrent (cotes 44 579 et 44 580). En outre, les locomotives BB22200 louées à Naviland Cargo sont plus vétustes que les BB27000 louées aux autres entreprises ferroviaires. Ceci a pour effet d'entraîner une maintenance plus fréquente et donc une nécessité de disponibilité de matériel plus importante pour Naviland Cargo afin d'assurer son plan de transport, ce qui justifie un prix unitaire moins élevé à la location. Les locomotives louées par Naviland ont en particulier un taux de fiabilité moindre que celui des locomotives BB27000, comme le confirme un tableau fourni par la SNCF, qui recense les jours d'immobilisation effectives de ces matériels (cotes 44 217 et 44 619).
639. En second lieu, il a été constaté que, contrairement aux autres opérateurs de fret ferroviaire clients d'Akiem, la location des locomotives à Naviland Cargo n'est que l'un des volets de la relation contractuelle qui lie Naviland Cargo à la SNCF quant à l'utilisation du certificat de sécurité de cette dernière. En effet, le contrat-cadre du 1^{er} octobre 2007 concernant la fourniture de moyens techniques et matériels pour la réalisation des prestations de transport par Naviland Cargo porte sur des prestations globales comprenant tous les moyens humains et matériels nécessaires à ces prestations, comme le confirme l'objet même du contrat (article 1). Ainsi, les locomotives sont mises à la disposition de Naviland Cargo afin que cette dernière gère sa propre traction avec le personnel et le matériel mis à disposition par la SNCF, en l'espèce par l'intermédiaire de Fret SNCF. C'est donc à la lumière de ce contrat qu'il faut apprécier, de façon globale, les conditions de la « *fourniture d'engins moteurs* », ou locomotives, stipulées à l'article 4, paragraphe 3.
640. La simple location de locomotives réalisée par Akiem au profit de ses clients n'est donc pas comparable au contrat d'achat de prestations globales conclu entre Naviland Cargo et Fret SNCF. Par exemple, Naviland Cargo paye d'autres charges, généralement non imputées à d'autres entreprises ferroviaires, telles que les services d'assistance (700 000 euros par an), une contribution aux frais généraux (670 000 euros par an) et la taxe professionnelle (comprise entre 40 000 à 50 000 euros par an). A ces charges s'ajoutent les frais de mise à disposition de personnel.
641. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.

Les pratiques concernant la location de wagons (grief n° 13)

642. France Wagons et la SNCF se sont vu notifier un grief d'abus de position dominante portant sur des pratiques de prix discriminatoires pour la location de wagons à Fret SNCF, ayant pour effet, selon le grief, de favoriser cette dernière par rapport aux autres entreprises ferroviaires sur la marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.
643. Il ressort cependant des pièces du dossier que les prestations et les conditions, dans lesquelles s'insère la location de wagons par France Wagons à Fret SNCF, ne sont pas équivalentes à celles pratiquées par cette dernière à l'égard des autres entreprises ferroviaires.

644. En premier lieu, il a été constaté que des conditions financières particulières lient France Wagons à la SNCF depuis la création de cette entreprise, dont l'activité principale était, à l'origine, de mettre des wagons à la disposition de Fret SNCF. En effet, la SNCF a transféré ses wagons à France Wagons à la valeur nette comptable, conservant à sa charge l'endettement propre à cette activité. Ce lien financier, qui a continué à faire supporter par la SNCF des dettes importantes inhérentes à l'activité de sa filiale, place France Wagons dans une situation particulière par rapport à la SNCF. En conséquence, le loyer annuel facturé à la SNCF par France Wagons intègre la charge de l'endettement supportée par la SNCF sur la période couvrant les années 1993 à 2012 afin d'amortir cet investissement.
645. Par ailleurs, il ressort également des pièces du dossier que les loyers de Fret SNCF ont progressivement été augmentés à partir de 2006 pour se rapprocher de ceux généralement constatés sur le marché.
646. En second lieu, il apparaît que les conditions de location ne sont pas comparables à celles pratiquées à l'égard des autres entreprises ferroviaires, notamment en raison du fait que la majeure partie des wagons mis à la disposition de Fret SNCF sont des wagons qui n'ont pas été modernisés et que Fret SNCF prend directement à sa charge certains coûts inhérents à l'entretien de ces wagons (cote 44 311).
647. Au vu des éléments qui précèdent et des informations dont dispose l'Autorité, les conditions d'application des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce n'apparaissent, en l'espèce, pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en l'absence d'éléments suffisamment probants, de considérer les faits en cause comme contraires aux règles de concurrence.

E. SUR L'IMPUTABILITÉ DES GRIEFS ÉTABLIS

648. La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence et aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 du TFUE parallèlement aux règles de concurrence internes du code de commerce (arrêts de la Cour de justice du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, Rec. p. I-4529, points 49 et 50, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, *Lacroix Signalisation e.a.*, n° 2011/01228, p. 18).
649. Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, lorsque l'existence d'une infraction est établie, il faut déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction (voir, notamment, arrêts du Tribunal du 17 décembre 1991, *Enichem Anic/Commission*, T-6/89, Rec. p. II-1623, point 236, et de la Cour de cassation du 23 juin 2004, *BNP-Paribas e.a.*, n° 01-17896 et 02-10066).
650. L'infraction doit, ainsi, être imputée sans équivoque à une personne juridique qui sera susceptible de se voir infliger la sanction (arrêt de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a./Commission*, C-97/08 P, Rec. p. I-8237, point 57).
651. En l'espèce, les pratiques constatées ont été mises en œuvre par la division Fret SNCF, division dépourvue de personnalité morale de l'EPIC SNCF, l'argument de la SNCF selon lequel sa division Fret serait « *autonome* » étant sans portée à cet égard.

652. C'est donc l'EPIC SNCF, qui dispose pour sa part d'une telle personnalité morale, d'une part, et qui était à l'époque et demeure aujourd'hui l'entreprise responsable de l'exploitation de cette division, d'autre part, qui doit être tenu pour responsable de l'ensemble des infractions en cause.

F. SUR LES SUITES À DONNER

653. Les différentes infractions constatées par l'Autorité appellent différentes mesures.

654. L'Autorité imposera ainsi une sanction pécuniaire au titre des pratiques visées par les griefs n° 2, 3, 4 et 8 (1).

655. La pratique visée par le grief n° 10 ne fera, pour sa part, pas l'objet d'une sanction pécuniaire, mais donnera lieu à des injonctions, pour les raisons qui seront exposées ensuite (2).

656. Enfin, l'Autorité estime pertinent d'imposer une obligation de publication (3).

1. SUR LA SANCTION (GRIEFS N° 2, 3, 4 ET 8)

657. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que 101 et 102 du TFUE.

658. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « (s) *il le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ».

659. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le* (titre VI du livre IV du code de commerce). *Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

660. Enfin, il faut rappeler que, si l'Autorité peut imposer plusieurs sanctions à une entreprise ou à un organisme ayant commis plusieurs infractions (arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007, Bouygues Télécom e.a., n° 07-10303, 07-10354 et 07-10397), en déterminant chacune d'elles en fonction des critères prévus par le code de commerce (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge e.a., n° 10-17482 et 10-17791) et en vérifiant qu'aucune d'entre elles n'excède le maximum légal applicable, il lui est néanmoins loisible, si elle l'estime opportun eu égard à l'identité ou à la connexité des secteurs ou des marchés en cause, d'une part, et à l'objet général des pratiques, d'autre part, d'infliger une seule sanction au titre de plusieurs infractions (arrêts de la Cour de

cassation du 22 novembre 2005, Dexxon Data Media e.a., n° 04-19102, et de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, EPSE Joué Club e.a., n° 2008/00255, p. 20).

661. En l'espèce, même s'il ne ressort pas du dossier que les pratiques en cause étaient unies par une stratégie globale d'éviction de la part de la SNCF, il est néanmoins établi que les pratiques visées par les griefs n° 2, 3, 4 et 8 étaient toutes de nature à produire un effet d'éviction sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif. Ces pratiques peuvent donc être considérées comme ayant toutes concouru, chacune à sa manière, à permettre à l'opérateur historique de maintenir, voire de renforcer, sa position dominante sur ce marché. Dans ces conditions, l'Autorité estime en l'espèce opportun de n'imposer à la SNCF qu'une seule sanction pécuniaire pour ces quatre infractions.
662. L'Autorité déterminera cette sanction pécuniaire au regard des critères prévus par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.
663. La SNCF a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination d'une telle sanction. La présentation de ces différents éléments par les services d'instruction ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule délibération.

a) Sur la valeur des ventes

664. La valeur des ventes de l'ensemble des catégories de services en relation avec les infractions commises par la SNCF, durant son dernier exercice comptable complet de participation à ces infractions, pourra être utilement retenue comme assiette de sa sanction. Certes, le code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte (arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1997, Société française de transports Gondrand frères, n° 95-16378). Pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique des infractions en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 72 ; voir également arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, pp. 37 et 38), comme cela ressort aussi de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 7 juin 1983, Musique diffusion française/Commission, 100/80, Rec. p. 1825, points 119 à 121, du 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commission, C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, Rec. p. I-7191, point 114).
665. Une sanction unique étant imposée en l'espèce, l'Autorité ne prendra en considération, comme assiette, qu'une seule et même valeur des ventes en relation avec l'ensemble des pratiques en cause (voir les décisions n° [12-D-10](#) du 20 mars 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, paragraphe 241, n° [12-D-09](#) du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires, paragraphe 889 ; voir aussi la décision n° [12-D-06](#) du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, paragraphe 221).

666. Les catégories de services à prendre en considération à cette fin sont celles en relation avec les infractions commises par la SNCF, telles que décrites dans la partie de la décision consacrée à la qualification des pratiques (paragraphe 386, 414, 457 et 497 ci-dessus).
667. L'ensemble de ces infractions ont, eu égard à leurs effets anticoncurrentiels, tendu à maintenir ou à renforcer la position dominante de la SNCF sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.
668. Il convient donc de retenir comme assiette la valeur des ventes de services offerts aux chargeurs par train massif réalisées en France par l'EPIC SNCF.
669. S'agissant de l'exercice à retenir à cette fin, il doit être déterminé en tenant compte du fait que la durée des différentes infractions en cause est variable, d'une part, et que la date de cessation respective de chacune d'entre elles s'échelonne dans le temps.
670. A partir des éléments de preuve figurant au dossier, il a été établi que les pratiques visées par le grief n° 4 se poursuivaient au jour de la notification des griefs.
671. Eu égard à ce constat, l'Autorité retiendra l'exercice comptable complet de participation aux pratiques le plus récent, à savoir l'exercice 2011, pour déterminer la valeur des ventes de la SNCF, celui-ci n'apparaissant pas manifestement non représentatif du poids économique de la SNCF sur le marché en cause pendant la période de commission des pratiques, compte tenu des éléments à la disposition de l'Autorité.
672. Il sera toutefois tenu compte, au moment d'apprécier la durée à prendre en considération aux fins de la sanction, du fait que les infractions en cause n'ont pas toutes été de même durée (voir, par analogie, décision n° 12-D-09, précitée).
673. Au vu des considérations qui précèdent, la valeur des ventes à utiliser comme assiette est de 459 000 000 euros.

b) Sur la détermination du montant de base

674. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de base de la sanction imposée à la SNCF sera déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux aux pratiques constatées. Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de la valeur des ventes retenue, démarche qui, comme indiqué plus haut, permettra de proportionner l'assiette de la sanction à la réalité économique des infractions, d'une part, et au poids relatif sur le secteur concerné de la SNCF, d'autre part. L'Autorité procédera ensuite à une appréciation de la situation et du comportement individuels de la SNCF.
675. La durée des pratiques, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits (arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Orange France, n° 11-22144) que l'importance du dommage causé à l'économie (arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge ciments e.a., n° 10-17482 et 10-17791), fera ensuite l'objet d'une prise en compte sous ce double angle.

Sur la gravité des faits

676. Afin d'apprécier la gravité des faits au cas d'espèce, il convient d'évoquer successivement la nature des pratiques mises en œuvre, la nature du secteur sur lequel elles ont été commises, et les caractéristiques concrètes de ces pratiques.

677. S'agissant en premier lieu de la nature des pratiques mises en œuvre par la SNCF, celles-ci sont des abus tendant à évincer les concurrents de cette entreprise. Elles revêtent un degré certain de gravité en ce qu'elles tendent à élever les barrières à l'entrée et à empêcher les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres (décision n° [09-D-36](#) de l'Autorité du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 446).
678. La jurisprudence constante de l'Union est dans le même sens, en rappelant que des pratiques d'éviction commises par des entreprises dominantes constituent des infractions graves, voire particulièrement graves pour certaines d'entre elles (arrêt de la Cour de justice du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom précité, point 275, et la jurisprudence citée).
679. S'agissant en deuxième lieu de la situation du secteur dans lequel sont intervenues les pratiques, il faut noter que celles-ci ont été mises en œuvre par l'opérateur historique de transport ferroviaire en France, élément qui, dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur du fret, lui conférait une responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur ce marché (voir, en ce sens, arrêt Deutsche Telekom précité, point 275).
680. S'agissant, en troisième et dernier lieu, des caractéristiques concrètes des pratiques, il convient de constater, tout d'abord, qu'aucun élément du dossier n'atteste de l'existence d'une stratégie globale, et a fortiori délibérée, par laquelle la SNCF aurait entendu évincer ses concurrents du marché. Si la SNCF a commis un ensemble d'abus de position dominante, élément qui doit être pris en compte, ceux-ci n'en présentent pas moins un degré de gravité moindre que s'ils s'étaient intégrés dans une stratégie globale et sophistiquée d'éviction. L'absence d'une telle stratégie conduit à tempérer la gravité des faits en l'espèce.
681. En outre, toutes ces pratiques ne revêtent pas elles-mêmes un degré équivalent de gravité.
682. L'une d'entre elles porte sur l'utilisation d'informations confidentielles propres à l'activité de gestionnaire d'infrastructure ferroviaire, que la SNCF n'aurait pas dû utiliser à des fins autres que celle pour laquelle elle en disposait. Cette pratique se rapproche des pratiques d'utilisation de bases de données commerciales issues d'une situation de monopole légal, dont l'Autorité a déjà eu l'occasion de souligner qu'elles sont d'une particulière gravité (décision n° [07-D-33](#) du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 96, et décision n° [09-D-24](#) du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, paragraphe 219).
683. En pratique, certaines de ces informations confidentielles ont été mises à la disposition de la branche Fret de la SNCF par du personnel en charge de son activité de gestionnaire délégué d'infrastructure au sein de la branche Infra, au mépris de l'obligation légale de confidentialité prévue, à l'époque des faits, par le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 précité.
684. Il faut toutefois relever, en sens inverse, qu'il n'est pas établi qu'une telle pratique ait été généralisée ou systématique.
685. Les autres pratiques constatées ont tendu à rendre indisponibles ou plus difficilement accessibles des capacités d'infrastructure nécessaires à l'activité des autres entreprises

ferroviaires dans un contexte d'ouverture à la concurrence. Tel est en particulier le cas des sillons gérés par RFF.

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

686. L'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4).
687. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).
688. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché de l'entreprise sanctionnée sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).
689. Il convient, en premier lieu, d'examiner l'ampleur des pratiques en cause en l'espèce.
690. Celles-ci ont été mises en œuvre par un opérateur qui détenait, à l'époque des faits, c'est-à-dire pendant la majeure partie des infractions, une part de marché très élevée sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, de l'ordre d'au moins 70 %.
691. Ces pratiques s'inscrivent par ailleurs dans des politiques commerciales générales ayant vocation à faire sentir leurs effets sur la totalité du territoire national.
692. Pour autant, elles ont porté sur des aspects ciblés, comme l'utilisation de cours de marchandises ou l'utilisation de wagons EX, par rapport à l'ensemble des éléments structurant les coûts des nouveaux entrants. Cet élément est de nature à diminuer l'importance du dommage causé à l'économie, même s'il n'en remet en cause ni l'existence ni le caractère certain, contrairement à ce que soutient la SNCF.
693. En deuxième lieu, afin d'apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité s'attache à prendre en compte les caractéristiques économiques objectives du secteur en cause, dans la mesure où ces dernières sont de nature à influencer sur les conséquences conjoncturelles ou structurelles des pratiques.
694. Les marchés de services ferroviaires, et en particulier l'activité de train massif, se caractérisent, comme cela a été relevé dans la décision n° 09-DCC-54 de l'Autorité du

16 octobre 2009 portant sur la concentration SNCF/Novatrans, par d'importantes barrières à l'entrée aussi bien réglementaires (obtention d'une licence, obtention du certificat de sécurité, obtention des sillons) que techniques (obtention de locomotives et homologation, formation du personnel) qui font que l'entrée d'un opérateur ferroviaire est un processus long, coûteux et difficile.

695. Toute élévation artificielle des barrières à l'entrée par l'opérateur historique, notamment du fait de pratiques d'éviction, est donc susceptible de ralentir la pénétration des nouveaux opérateurs existants, mais aussi de contribuer à décourager des entrants potentiels. Il ressort à cet égard de la jurisprudence que, sur un marché sur lequel la concurrence est déjà affaiblie par la position dominante d'un opérateur économique, des pratiques d'éviction mises en œuvre par cet opérateur entraînent nécessairement un affaiblissement de la concurrence en retardant la pénétration de nouveaux entrants (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 avril 2008, SFR e.a., n° 2007/5604, p. 9). Ce retard et ce découragement des concurrents potentiels engendre un dommage certain, quand bien même il ne serait pas aisément quantifiable précisément du fait du comportement mis en œuvre par l'opérateur historique.
696. En troisième lieu, les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques peuvent également être prises en compte par l'Autorité dans son appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie.
697. Les pratiques établies ont toutes eu pour effet au moins potentiel, et dans certains cas réellement observé sur le marché, d'entraver l'accès au marché et le développement des activités des nouvelles entreprises ferroviaires. Cela est d'autant plus dommageable que les pratiques ont été mises en œuvre, pour partie, dès l'ouverture du marché à la concurrence, et donc au moment crucial où le marché pouvait évoluer et où ces nouveaux entrants étaient appelés à convaincre, pour la première fois, les clients potentiels de la qualité et de la fiabilité de leurs services.
698. La SNCF soutient que la forte progression des parts de marché de ses concurrents n'est pas compatible avec l'existence de telles conséquences. Elle avance que la comparaison du développement de la concurrence en France et dans d'autres pays européens voisins confirme une telle position, la croissance des nouveaux entrants sur le territoire français ayant été, selon elle, l'une des plus fortes en Europe.
699. Cependant, le fait que les nouveaux opérateurs ferroviaires aient pu développer leur activité malgré les pratiques d'éviction mises en œuvre par la SNCF ne démontre pas nécessairement l'absence d'effet de telles pratiques. Il atteste certes qu'une éviction totale n'a pas eu lieu, mais ne remet pas en cause le fait que les concurrents aussi efficaces que la SNCF ont, en raison des pratiques, été empêchés de se développer plus rapidement.
700. Ces pratiques ont, par ailleurs, empêché les chargeurs de tirer parti d'une entrée plus importante des nouveaux entrants, alors qu'un développement plus rapide et à plus grande échelle de ces derniers aurait pu leur permettre de bénéficier d'effets de volume et de mutualisation entre trafics, et de réduire leurs coûts et d'améliorer leur qualité de service.
701. S'agissant plus particulièrement des pratiques visées par le grief n° 2 relatives à l'utilisation d'informations confidentielles, elles ont tendu à déséquilibrer les conditions de concurrence entre la SNCF et les nouveaux opérateurs ferroviaires. Les informations utilisées, propres à la seule activité de GI relatives aux sillons demandés et aux visites de site effectuées par les concurrents, ont révélé à la SNCF les projets commerciaux de ces entreprises ferroviaires, leur crédibilité et leur état d'avancement. La diffusion de ces informations au sein de la branche Fret de la SNCF et leur exploitation à des fins

commerciales lui ont donc permis d'ajuster sa stratégie commerciale dans ses négociations avec les clients concernés.

702. Elle a, par exemple, été en mesure de concentrer ses efforts sur les clients que les nouveaux opérateurs cherchaient à acquérir, sans avoir besoin de fournir des efforts commerciaux sur les autres contrats. Plusieurs pièces au dossier confirment l'existence et la réalité de ces effets. Ainsi, les pièces relatives à l'appel d'offres des Carrières du Boulonnais montrent que les agents commerciaux ont tenu compte de ces informations confidentielles dans les négociations avec ce client. Dans de nombreux cas, la SNCF a ainsi appris que ses concurrents étaient sur le point de concrétiser une offre sur certains trafics particuliers, et a ainsi disposé d'une information privilégiée pour remporter le trafic puisqu'elle pouvait connaître des détails relatifs au schéma opérationnel envisagé par ses concurrents (horaires, nombre de trains, organisation des trafics). Ses concurrents ne disposaient à l'inverse pas de telles informations sur ses propres projets.
703. L'utilisation de ces informations a donc conduit la SNCF à empêcher, par d'autres moyens que ses mérites propres, l'obtention de contrats par les nouveaux entrants. Dans le même temps, lorsque, comme dans le cas de l'appel d'offres d'Alcan, les informations propres à l'activité de GI lui ont permis de déduire que ses concurrents n'étaient pas en mesure d'opérer certains trafics, elle s'est à l'inverse retrouvée en mesure de faire des offres moins compétitives sans risquer de perdre des clients.
704. Les pratiques visées aux griefs n° 3 et n° 8 et consistant, pour la SNCF, à retenir de ressources nécessaires à l'activité de ses concurrents –sillons et wagons EX destinés au transport de granulats –, ont également entravé l'activité des nouveaux entrants.
705. La non-restitution de sillons que la SNCF avait réservés, mais ne comptait pas utiliser, comme le confirme le retrait de 50 sillons de façon préventive en février 2009 par RFF, a ainsi empêché les nouveaux entrants de conquérir de nouveaux clients en les dissuadant de concourir lors de certains appels d'offres. Par ailleurs, là où les nouveaux entrants avaient obtenu des contrats, ces pratiques ont pu les empêcher d'honorer leurs engagements (comme dans le cas du contrat d'ECR avec Lafarge en 2008), nuisant ainsi à leur réputation auprès des clients qui, pour leur part, ont dû subir les conséquences d'une qualité de service dégradée.
706. Les éléments figurant au dossier montrent que, pour contourner ces contraintes, les nouvelles entreprises ferroviaires ont parfois dû modifier leur plan de transport, notamment en décalant des horaires d'ouverture de gares ou en supportant des surcoûts de transport par camions (ce qu'ECR a fait pour desservir le groupe Basaltes début 2007), réduisant d'autant la rentabilité des trafics concernés.
707. Au-delà de ces conséquences directes, la surréservation massive et la non-restitution d'un nombre important de sillons a plus généralement contribué à ralentir le développement des nouveaux entrants, privant ainsi les chargeurs d'offres plus efficaces et attractives.
708. L'indisponibilité de wagons EX (grief n° 8) a eu des conséquences similaires, puisque là aussi, il s'agissait d'une ressource indispensable à court terme aux entrants pour opérer des trafics de granulats. Ce comportement a donc eu pour effet d'évincer partiellement les concurrents de cette activité.
709. D'une part, il a empêché les concurrents de la SNCF de s'adresser à certains clients qui ont exclusivement recours aux wagons EX, ou en ce qui concerne les autres clients, de formuler des offres commerciales crédibles et financièrement attractives. Dans certains cas comme celui de Colas Rail pour les carrières de Vignats, les concurrents ont dû renoncer à

des commandes qu'ils ont été incapables d'honorer et les rétrocéder à la SNCF à la demande des clients.

710. D'autre part, cette pratique a conduit à renchérir les coûts des concurrents de la SNCF, en les obligeant à investir pour adapter leurs wagons imparfaitement substituables aux wagons EX, ou pour acquérir des wagons EX neufs (coût de 15 millions d'euros pour ECR et le double pour Colas Rail), alors même que le marché français était suffisamment pourvu. Enfin, les trafics des granulats étant parmi les plus rentables et permettant d'asseoir la crédibilité d'un opérateur, l'éviction des entrants de cette activité a pu avoir des effets plus larges sur leur développement sur le marché du train massif dans son ensemble.
711. Enfin, l'infraction portant sur les cours de marchandises (grief n° 4) a eu pour effet potentiel d'entraver l'accès des autres entreprises ferroviaires à ces infrastructures nécessaires à leur activité, en les empêchant de connaître précisément les coûts correspondant aux offres qu'ils pouvaient faire à leurs clients, et en augmentant artificiellement ces coûts du fait de l'incertitude créée par la SNCF.
712. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, prises aussi bien dans leur ensemble qu'individuellement, les pratiques d'éviction mises en œuvre par la SNCF ont causé un dommage à l'économie certain, même si son importance doit être considérée comme limitée du fait, notamment, du caractère relativement circonscrit des éléments de coût sur lesquels elles portaient.

Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes

713. Compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite ci-dessus de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée à la SNCF, une proportion de 6 % de la valeur de ventes de services offerts aux chargeurs par train massif réalisées en France par l'EPIC SNCF.

Sur la durée des infractions

714. Comme indiqué précédemment, la durée d'une infraction aux règles de concurrence est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une telle infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.
715. Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités pratiques suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de commission des infractions en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent.
716. Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée des infractions et appliqué à la proportion de la valeur des

ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence.

717. En l'espèce, compte tenu des éléments présents au dossier, les cinq infractions établies l'ont été sur des périodes distinctes et ont eu des durées différentes, à savoir :

- grief n° 2 : d'avril 2006 à septembre 2008, soit un an et onze mois (voir paragraphe 387 ci-dessus) ;
- grief n° 3 : de mai 2006 à février 2009, soit deux ans et dix mois (voir paragraphe 415 ci-dessus) ;
- grief n° 4 : à partir du 27 novembre 2006, la pratique étant encore en cours au moment de la notification des griefs (voir paragraphe 421 ci-dessus) ;
- grief n° 8 : de mai 2006 à février 2008, soit un an et dix mois (voir paragraphe 498 ci-dessus).

718. Tout en étant de durées hétérogènes, ces infractions se concentrent donc, pour la plupart, sur une période comprise entre les mois de décembre 2006 et février 2008, toutes étant concomitantes sur cette période de un an et trois mois.

719. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité retiendra une durée correspondant à la période de concomitance de l'ensemble des pratiques, tout en tenant compte, de manière forfaitaire, du fait que certaines d'entre elles ont duré plus longtemps. Un coefficient de 1,75 sera retenu à ce titre.

Conclusion sur la détermination du montant de base

720. Eu égard à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, le montant de base de la sanction pécuniaire, déterminé en proportion des ventes de services offerts aux chargeurs par train massif réalisées en France par le biais de la division Fret SNCF en relation avec les infractions, d'une part, et en tenant compte de leur durée, d'autre part, sera fixé à 48 195 000 euros.

c) Sur la prise en compte des circonstances propres à la SNCF

721. L'Autorité s'est ensuite engagée à adapter le montant de base retenu reflétant la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie au regard du critère légal tenant à la situation individuelle de l'entreprise sanctionnée et, quand c'est le cas, du groupe auquel elle appartient.

722. A cette fin, et en fonction des éléments propres à chaque cas d'espèce, elle peut prendre en considération différentes circonstances atténuantes ou aggravantes caractérisant le comportement de la SNCF dans la commission des infractions établies, ainsi que d'autres éléments objectifs pertinents relatifs à sa situation individuelle. Cette prise en considération peut conduire à ajuster la sanction tant à la hausse qu'à la baisse.

723. Au cas présent, le comportement de la SNCF ne permet pas, tel qu'il ressort des éléments figurant au dossier et des arguments de l'intéressée, de retenir l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes.

724. En particulier, il convient d'écarter l'argument de la SNCF selon lequel le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur du fret ferroviaire serait à considérer comme une circonstance atténuante justifiant une réduction de sa sanction. Au contraire, ainsi qu'il a été indiqué au paragraphe 679 ci-dessus, cet élément est, dans le cas présent, de nature à

renforcer la gravité des faits compte tenu de la responsabilité et des missions particulières qui incombent à l'opérateur historique.

725. En revanche, il ressort des éléments du dossier que la puissance économique, la taille et les ressources de la SNCF sont importantes, ce qui justifie une augmentation de sa sanction à ce titre. De plus, la SNCF se trouve en situation de réitération au sens du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, ce qu'il convient également de prendre en compte.
726. Le montant issu de ces ajustements sera ensuite comparé au maximum légal applicable, en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.
727. Enfin, la SNCF a invoqué l'existence de difficultés financières particulières de nature, selon elle, à limiter sa capacité contributive. L'Autorité appréciera donc cet élément en dernier lieu.

Sur la puissance économique de la SNCF

728. L'appréciation de la situation individuelle peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause ou du groupe auquel elle appartient (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2004, Colas Midi-Méditerranée e.a., n° 02-15203).
729. La jurisprudence constante des juridictions de l'Union citée au paragraphe 664 ci-dessus est dans le même sens. Tout en indiquant que le recours à la valeur des ventes de l'entreprise en cause permet de proportionner l'assiette de la sanction à l'ampleur économique de l'infraction et au poids relatif de l'intéressée sur le secteur ou marché en cause, elle rappelle en effet qu'il est légitime de tenir compte, dans le même temps, du chiffre d'affaires global de cette entreprise, en ce que celui-ci est de nature à donner une indication de sa taille, de sa puissance économique et de ses ressources (arrêts de la Cour de justice Musique Diffusion Française/Commission, précité, points 119 à 121, et du 26 juin 2006, Showa Denko/Commission, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, points 16 et 17), sans préjudice de l'examen d'éventuelles difficultés affectant sa capacité contributive (arrêt du Tribunal du 29 avril 2004, Tokai Carbon e.a./Commission, T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, Rec. p. II-1181, point 242).
730. De fait, la circonstance qu'une entreprise ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec les infractions, un périmètre d'activités significatif, ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération de plusieurs infractions données, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 71). A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée (arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2012, Séphora e.a., n° 12-14401, 12-14584, 12-14595, 12-14597, 12-14598, 12-14624, 12-14625 et 12-14632 et 12-14648).
731. La jurisprudence constante de l'Union précitée est dans le même sens. Elle énonce ainsi, en se fondant sur l'objectif non seulement répressif mais aussi dissuasif des amendes attachées à la violation des règles de concurrence de l'Union – objectif également mis en exergue, s'agissant des sanctions pouvant être imposées en cas de violation de règles nationales de concurrence, par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 27 septembre 2011, Menarini Diagnostics/Italie (Req. n° 43509/08, point 41) – que la Commission européenne ou le Tribunal est fondé à estimer qu'un chiffre d'affaires global

significatif par rapport à celui des autres participants à une entente justifie une augmentation de l'amende (arrêt Showa Denko/Commission, précité, point 18).

732. Il peut y avoir également lieu de tenir compte du fait que cette entreprise appartient à un groupe qui dispose lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes, notamment au regard de celles des autres participants à la pratique (arrêts de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 32, et du 11 octobre 2012, précité, p. 71).
733. En l'espèce, l'EPIC SNCF est une entreprise dont les ressources financières globales sont importantes. Son chiffre d'affaires social était de 19,65 milliards d'euros pour l'année 2011. Par ailleurs, il forme avec ses filiales un groupe dont le chiffre d'affaires mondial consolidé est de 32,64 milliards d'euros pour l'année 2011. Les activités de l'EPIC et du groupe sont bien plus vastes que celle liée au fret ferroviaire, puisqu'elles s'étendent à d'autres activités de transport, notamment de voyageurs (par train ou par route) et de marchandises par route. La valeur des ventes de services de transport de marchandises par train massif réalisées par l'EPIC SNCF, sur laquelle est assise la sanction, ne représente que 1,4 % du chiffre d'affaires mondial consolidé du groupe SNCF. Ces éléments attestent de l'existence d'une puissance économique importante au sens de la jurisprudence précitée.
734. Eu égard à ces éléments, le montant de base de la sanction pécuniaire sera proportionné à la situation individuelle de l'EPIC SNCF et à celle du groupe auquel il appartient, en étant majoré de 15 % et porté, par voie de conséquence, à 55 424 250 euros.

Sur la réitération

735. La réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme à s'affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, décision n° [07-D-33](#) du Conseil du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 112). La jurisprudence de l'Union est dans le même sens (arrêt de la Cour de justice du 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, point 47).
736. Il est possible de retenir la réitération lorsque quatre conditions sont réunies :
- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;
 - ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
 - ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
 - le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e.a., n° 10-12913 et 10-13686 ; voir également pour le rappel des quatre conditions la décision n° 07-D-33, précitée, paragraphes 116 à 126).

Sur l'existence d'un constat antérieur d'infraction

737. La circonstance que les pratiques en cause dans la présente décision aient débuté avant qu'une précédente infraction ait fait l'objet d'un constat par l'Autorité ne suffit pas à priver celle-ci de la possibilité de retenir la réitération, lorsque ces pratiques se sont poursuivies de manière continue après ce premier constat d'infraction (arrêts de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, EPSE joué club e.a., n° 2008/00255, p. 20, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, précité, et du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 33).
738. Les juridictions de l'Union suivent une analyse similaire. Elles ont ainsi considéré que la Commission européenne avait à bon droit retenu la récidive dans le cas d'une entreprise ayant continué de participer à l'entente en cause pendant plus de quatre ans après la décision adoptée dans une précédente affaire (arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, Lafarge/Commission, T-54/03, Rec. p. II-120, points 738 et 739, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 17 juin 2010, Lafarge/Commission, C-413/08 P, Rec. p. I-05361, point 91).
739. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a constaté, par une décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, que la SNCF avait commis plusieurs abus de position dominante et une entente anticoncurrentielle.
740. Dans le cadre de la présente décision, il a été établi que la SNCF avait mis en œuvre une série de pratiques constitutives d'abus de position dominante. Il y a lieu de rappeler, pour une de ces pratiques (le grief n° 4), que le comportement de la SNCF a commencé en novembre 2006. Il se poursuivait au jour de la notification des griefs, le 28 juillet 2011. La SNCF a donc poursuivi, dans le cadre de la présente affaire, une pratique anticoncurrentielle bien qu'une précédente infraction au droit de la concurrence ait été constatée à son encontre par le Conseil de la concurrence.
741. En revanche, eu égard à la date de cessation des autres infractions relevées (griefs n° 2, n° 3 et n° 8), une situation de réitération ne peut être retenue au titre de ces dernières.
742. La SNCF soutient, néanmoins, que la décision n° [09-D-06](#) ne saurait être considérée comme un constat antérieur d'infraction dès lors qu'elle n'a pas, dans cette première affaire, contesté les griefs en vertu du III de l'article L. 464-2 du code de commerce.
743. Cet argument est inopérant. En effet, le fait qu'une entreprise n'ait pas contesté les griefs n'emporte aucune conséquence sur la nature du constat d'infraction effectué par l'Autorité, dès lors que ce dernier, aux termes mêmes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, est bien « *une pratique prohibée par le présent titre* ». Par ailleurs, le fait que l'entreprise à laquelle les griefs ont été notifiées ne les conteste pas suffit, conformément à la jurisprudence (voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., n° 2009/03532, p. 10, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e.a., n° 10-12.913), à fonder un constat d'infraction dans tous ses aspects (constatation des faits, qualification juridique de ces faits au regard du droit interne et de l'Union, et responsabilité de l'entreprise en cause).

Sur le caractère définitif, à la date de la présente décision, du constat d'infraction

744. La SNCF soutient que la décision n° 09-D-06 ne serait pas définitive au sens de la réitération, cette décision faisant l'objet d'un recours encore pendant à ce jour.

745. Cet argument ne peut qu'être rejeté. En effet, le recours formé par la société Expedia, et celui incident formé par la SNCF, à l'encontre de cette décision visent uniquement le constat d'entente retenu à son encontre par le Conseil de la concurrence. En d'autres termes, les constats d'abus de position dominante également retenus à son encontre par le Conseil dans la même décision n'ont pas été frappés de recours. Ils sont dès lors devenus définitifs. Au demeurant, la SNCF n'aurait pas été en mesure de remettre en cause, devant la cour d'appel, les constats d'abus de position dominante retenus à son encontre par le Conseil de la concurrence, dès lors qu'elle n'avait pas contesté les griefs qui lui avaient été notifiés à cet égard. En effet, une entreprise qui décide, en vertu du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, de ne pas contester la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard des règles de concurrence, ni leur imputabilité, n'est pas davantage recevable à le faire devant la cour d'appel de Paris qu'elle ne le serait devant le collège de l'Autorité lui-même (arrêt du 29 mars 2012, Signalisation Lacroix e.a., précité, p. 23).

Sur l'identité ou la similitude des pratiques

746. La réitération a pour objet d'appréhender les cas dans lesquels un organisme ou une entreprise précédemment sanctionné pour avoir enfreint les règles de concurrence viole de nouveau ces règles. Pour qu'elle puisse être prise en compte, il suffit que les pratiques en cause soient identiques ou similaires par leur objet, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, ou en raison de leurs effets, critère qui s'attache davantage à la finalité des comportements poursuivis. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les premières pratiques sanctionnées avaient été mises en œuvre. Ainsi, des pratiques d'entente et des comportements unilatéraux peuvent rechercher le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., n° 2009/03532, p. 20, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, précité ; voir, également, décision n° 07-D-33, précitée, paragraphe 122).

747. La SNCF conteste en l'occurrence l'existence de pratiques identiques ou similaires qui pourraient donner lieu à une situation de réitération. Selon elle, le fait que les constats d'abus de position dominante figurant dans la décision n° 09-D-06 portent sur une activité différente des pratiques en cause dans la présente affaire, à savoir la vente en ligne de titres de transport voyageurs, et n'ont pas les mêmes effets, s'opposerait à la prise en compte d'une situation de réitération.

748. Cet argument n'est pas fondé.

749. Sur le premier point, la Cour de cassation a jugé, eu égard aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, que le fait que les premières pratiques portent sur des marchés ou des zones géographiques différents ou plus restreints de ceux concernés par les secondes ne fait pas obstacle à ce que soit constatée l'existence d'une situation de réitération (arrêt Adecco France e.a. précité). Il en va nécessairement de même s'agissant des marchés de produits, a fortiori dans le cas où les deux constats d'infraction portent sur des services qui, tout en étant différents, relèvent à l'évidence du même secteur d'activité, en l'espèce le transport ferroviaire.

750. Sur le second point, la SNCF a été condamnée dans la décision n° 09-D-06 pour plusieurs abus de position dominante, qu'elle n'avait pas contestés. En particulier, la SNCF avait été condamnée en raison de pratiques discriminatoires visant à refuser l'accès des distributeurs de billets, qui lui faisaient concurrence sur le marché, aux fonctionnalités techniques dont elle était propriétaire (Billet Imprimé, Offres Dernière Minutes et iDTGV). Ces pratiques

discriminatoires visaient en substance à favoriser son site Internet marchand au détriment de ses concurrents, et ainsi à évincer du marché des services de la distribution de billets de train, et à tout le moins du canal de distribution par Internet, des concurrents aussi efficaces.

751. Dans la présente affaire, au titre du grief n° 4, la SNCF a commis des abus de position dominante en publiant de façon incomplète la liste et les conditions d'accès aux cours de marchandises dont elle avait la propriété. Cet abus a eu pour effets, en retardant l'accès à ces infrastructures ferroviaires, d'évincer les concurrents sur le marché et de les empêcher d'offrir leurs services aux chargeurs de façon efficace.
752. Ces pratiques poursuivaient un effet anticoncurrentiel similaire, c'est-à-dire à évincer des concurrents du marché en limitant de façon artificielle leur efficacité et leur attractivité pour les clients, à celui poursuivi par les abus de position dominante condamnés par la décision n° 09-D-06.

Sur le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et les pratiques en cause

753. Il y a lieu de prendre en compte le délai, en l'espèce très court, entre les deux infractions commises par la SNCF. La SNCF avait à l'évidence été sensibilisée récemment à la nécessité du respect des règles de concurrence pour la violation desquelles elle venait d'être sanctionnée, ce qui aurait dû l'inciter à mettre fin aux pratiques en cause en l'espèce.
754. Cependant, il y a aussi lieu de prendre en compte, dans un sens favorable à l'entreprise, le fait que l'Autorité n'impose en l'espèce qu'une seule sanction au titre de quatre infractions, dont une seule permet de retenir une situation de réitération.

Conclusion sur la réitération

755. Eu égard aux éléments qui précèdent, il y a lieu de considérer que la SNCF se trouve dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 10 % de sa sanction, qui sera ainsi portée à 60 966 675 euros.

Sur la vérification du maximum applicable

756. Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe SNCF, qui consolide le chiffre d'affaires de l'EPIC SNCF, était de 32 645 000 000 000 euros en 2011. Le montant maximum de la sanction s'élève donc à 3 264 500 000 000 euros en ce qui la concerne. Ce montant est supérieur au montant mentionné au paragraphe 755 ci-dessus.

Sur la capacité contributive de la SNCF

757. Au titre des éléments propres à la situation de chaque entreprise ou organisme en cause, l'Autorité s'est en dernier lieu engagée à apprécier les difficultés financières particulières de nature à diminuer leur capacité contributive dont les parties invoquent l'existence, selon les modalités pratiques indiquées dans le communiqué du 16 mai 2011 précité.
758. Il appartient à l'entreprise de justifier l'existence de telles difficultés en s'appuyant sur des preuves fiables, complètes et objectives attestant de leur réalité et de leurs conséquences concrètes sur sa capacité contributive (voir, en ce sens, arrêts de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 73, du 29 septembre 2009, Etablissements Mathé, n° 2008/12495, p. 15 et 16).

759. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'entreprise qui les allègue appartient à un groupe, c'est au regard des ressources financières dont ce groupe dispose que de telles difficultés seront appréciées (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 74).
760. En l'espèce, la SNCF a invoqué l'existence de difficultés financières particulières de nature, selon elle, à limiter la capacité contributive de sa division Fret SNCF qu'elle considère seule responsable des infractions établies.
761. La SNCF n'a en conséquence communiqué à l'Autorité que des éléments financiers et comptables relatifs à Fret SNCF, division sans personnalité morale de l'EPIC SNCF appartenant lui-même au groupe SNCF.
762. Eu égard aux exigences jurisprudentielles rappelées plus haut, l'analyse des difficultés financières particulières alléguées par la SNCF et de leurs conséquences doit s'apprécier au regard de la situation financière du groupe auquel le destinataire de la décision appartient.
763. Les éléments financiers et comptables communiqués par la SNCF à l'appui de sa demande, qui ne concernent que la situation financière de Fret SNCF, ne donnent aucune indication quant à la capacité contributive de l'EPIC et du groupe dans leur ensemble.
764. Il convient donc de constater que la demande de la SNCF n'est pas appuyée d'éléments de preuve complets permettant à l'Autorité d'examiner l'incidence des difficultés financières alléguées par la SNCF sur sa capacité contributive.
765. Au demeurant, il y a lieu d'indiquer que l'EPIC SNCF a réalisé un résultat net de 152 millions d'euros en 2011 et de 541 millions d'euros en 2010. Pour sa part, la groupe SNCF a enregistré un résultat net de 125 millions d'euros en 2011 et de 697 millions d'euros en 2010.
766. La sanction pécuniaire finale de la SNCF sera donc fixée à 60 966 000 euros.

2. SUR L'INJONCTION (GRIEF N° 10)

767. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce habilite l'Autorité, non seulement à ordonner aux entreprises ou aux organismes ayant mis en place une pratique anticoncurrentielle d'y mettre fin dans un délai déterminé, mais aussi à leur imposer des conditions particulières, sous la forme d'injonctions dont elle est ensuite en mesure de contrôler la bonne exécution en usant de ses pouvoirs d'enquête et d'instruction, puis, s'il y a lieu, de sanctionner la méconnaissance en vertu de l'article L. 464-3 du même code.
768. En l'espèce, il a notamment été constaté plus haut que la SNCF a commis un abus de position dominante interdit par les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce en pratiquant des prix d'éviction sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.
769. L'examen de la politique tarifaire de la SNCF a, plus précisément, révélé que les prix qu'elle pratiquait à l'égard des chargeurs ne couvraient pas, de façon globale, les coûts imputables à son activité de transport par train massif. Conformément à la jurisprudence pertinente et aux caractéristiques du cas d'espèce, l'analyse ayant conduit à un tel constat a porté sur les coûts évitables moyens pour cette activité sur un horizon temporel de trois ans, l'examen de la structure concurrentielle du marché en cause ayant montré que celui-ci reposait notamment sur des contrats d'approvisionnement pluriannuels avec les chargeurs. Compte tenu de l'activité générale de la SNCF sur le secteur du fret ferroviaire, ces coûts

sont constitués pour partie de coûts communs partagés avec son activité de transport par wagons isolés, mais évitables à horizon de trois ans.

770. L'Autorité estime que les circonstances très particulières entourant ce comportement justifient, de manière exceptionnelle, de privilégier le recours à une injonction à titre, non pas cumulatif avec une sanction – solution que l'Autorité serait en mesure de retenir en vertu du I de l'article L. 464-2 du code de commerce – mais en l'espèce alternatif.
771. En effet, cette solution est, en l'occurrence, la plus apte à assurer, non seulement le rétablissement d'une concurrence efficace sur le marché du fret ferroviaire par train massif, mais aussi son maintien dans la durée. Cette activité, dans laquelle la SNCF a fait le choix de maintenir sa présence en dépit des pertes récurrentes qu'elle engendre, est centrale pour les utilisateurs, auxquels elle offre une alternative à la route. Cette liberté donnée aux utilisateurs de choisir, en fonction de leurs préférences respectives, mérite d'être préservée, même si les deux modes de transport ne sont que partiellement substituables et ne constituent pas un même marché. Cet objectif concurrentiel rejoint d'ailleurs des objectifs d'intérêt général plus larges que la mission de régulation concurrentielle confiée à l'Autorité, tels que ceux liés à l'aménagement et à l'intégration des territoires, à la préservation de l'environnement ou au développement de réseaux plus efficaces.
772. Le recours à une injonction, qui s'inscrit donc dans le cadre de la mission de régulation concurrentielle des marchés confiée à l'Autorité par l'article L. 461-1 du code de commerce, doit viser à garantir que la SNCF s'abstienne effectivement de poursuivre le comportement constaté dans la présente décision (ou un comportement dont l'objectif ou les effets seraient équivalents) et de le réitérer à l'avenir. En d'autres termes, l'injonction doit permettre d'éviter que l'atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif identifiée dans la décision ne se poursuive ou ne se reproduise, tout en demeurant limitée à ce qui est nécessaire à cette fin. Elle s'inscrit dans cette mesure dans l'objectif général de préservation de l'ordre public économique auquel répondent les règles de concurrence (décision n° 2012-280 QPC du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], cons. 11).
773. Cet objectif peut être atteint au moyen d'une injonction mettant la SNCF en mesure de pratiquer une politique tarifaire plus transparente afin, non seulement d'être mieux armée face au risque de nouvelle infraction aux règles de concurrence, mais aussi de disposer pour l'avenir d'un outil de surveillance et d'évaluation plus fin des coûts attachés à ses différentes activités.
774. Un tel objectif implique de la part de la SNCF des actions à mener en plusieurs étapes. En effet, il convient tout d'abord qu'elle identifie, parmi les coûts communs à ses activités de train massif et de wagon isolé, la part de ces coûts qui doit être imputée à chacune de ces deux activités, à l'aide de clés de répartition pertinentes pour chaque catégorie de coûts, en justifiant les choix effectués. Cette étape réalisée, il est ensuite nécessaire que la SNCF identifie le montant des coûts qui pourraient être évités à un horizon de trois ans dans l'hypothèse d'un abandon de l'activité de train massif. Il faut enfin que les prix qu'elle pratique, de façon globale, pour ses services offerts par train massif couvrent les coûts en question.
775. Cette sécurisation de la politique tarifaire de la SNCF ne peut pas intervenir du jour au lendemain, compte tenu des conditions de marché concrètes applicables à l'activité concernée, dont l'Autorité doit tenir compte pour que l'injonction soit apte à répondre à son objectif et puisse effectivement être mise en œuvre.

776. Compte tenu des constats effectués plus haut dans le cadre de l'examen de la pratique tarifaire en cause, il est en particulier nécessaire de prendre en compte le cycle de développement de la concurrence sur le marché du fret ferroviaire par train massif, tel qu'il existe au jour de la présente décision, et donc de raisonner dans le cadre d'un horizon temporel de trois ans. Dès lors que ce cycle se construit au fur et à mesure du renouvellement des contrats pluriannuels qui unissent les chargeurs aux entreprises ferroviaires offrant des services de train massif, l'évolution de la politique tarifaire de la SNCF ne peut elle-même intervenir que progressivement, au fil du renouvellement de chacun de ces contrats. Cette transition peut cependant être achevée au terme du cycle en question, compte tenu de la durée de celui-ci.
777. De la même manière, la rationalisation des coûts indispensable pour permettre à la SNCF de maintenir une offre compétitive sur le marché du train massif – objectif qui n'est pas seulement dans l'intérêt de l'opérateur mais aussi conforme à l'intérêt général attaché au maintien de sa présence sur le marché et à sa contribution à l'animation d'une concurrence robuste et durable sur celui-ci – nécessite des efforts de réorganisation, qui ne pourront eux-mêmes porter leurs fruits à qu'à moyen terme. Cet élément justifie lui aussi que la vérification du respect de l'impératif de couverture des coûts intervienne à l'issue d'une période de trois ans permettant à l'opérateur de prendre toutes les mesures requises pour se préparer à cette échéance et la respecter.
778. Il apparaît cependant nécessaire, dans l'intérêt de la SNCF elle-même, de séquencer cette période de trois ans pour assurer la réalisation effective de l'injonction. L'objectif de couverture des coûts moyens évitables relatifs à l'activité de fret ferroviaire par train massif ne peut en effet être atteint à un horizon de trois ans que si l'étape préalable d'identification et d'imputation des coûts communs à cette activité et à l'activité de wagon isolé intervient elle-même en temps utile.
779. Dans ces conditions, il sera enjoint à la SNCF :
- premièrement, de mettre en place, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la présente décision, une comptabilité analytique séparée pour son activité de fret ferroviaire par train massif, d'une part, et pour son activité de fret ferroviaire par wagon isolé, d'autre part ; cette comptabilité doit permettre d'identifier et de rendre compte, de façon transparente, de l'imputation, à chacune de ces deux activités, de leurs coûts communs ; cette identification et cette imputation devront être effectuées en fonction de clés de répartition pertinentes et justifiées pour chaque catégorie de coûts ; les principes de comptabilité analytique seront soumis à l'Autorité de la concurrence lors d'une séance contradictoire qui sera organisée au plus tard dans un délai d'un an à compter de la notification de la présente décision, et à laquelle l'ARAF pourra être invitée en tant que témoin en application de l'article L. 463-7 du code de commerce ; la SNCF transmettra, trois mois au moins avant la séance, un rapport décrivant les principes de comptabilité analytique qu'elle envisage de retenir ;
 - deuxièmement, d'établir, dans un délai de dix-huit mois à compter de la notification de la présente décision, un rapport d'étape identifiant le montant des coûts qui pourraient être évités à horizon de trois ans dans l'hypothèse d'un abandon de l'activité de train massif, et justifiant les conclusions relatives aux différentes catégories de coûts évitables par des éléments précis s'appuyant sur des données

d'exploitation effective actualisées ; ce rapport permettra de vérifier les progrès réalisés en vue de garantir la mise en œuvre de l'injonction ;

- troisièmement, de garantir, dans un délai de trois ans à compter de la notification de la présente décision, que les prix des services de train massif qu'elle offre aux chargeurs couvrent les coûts moyens évitables à horizon de trois ans relatifs à l'activité de fret ferroviaire par train massif ; un rapport attestant de la couverture de ces coûts évitables, répondant aux mêmes exigences que le rapport d'étape, sera remis à l'Autorité à cette échéance.

3. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION

780. Afin d'attirer la vigilance des acteurs économiques présents sur le secteur du transport ferroviaire de marchandises en France et, en particulier, des chargeurs, il y a lieu d'ordonner, sur le fondement du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, la publication aux frais de la SNCF, dans les éditions des journaux « *Les Echos* » et « *La vie du rail* », du résumé de la présente décision figurant ci-après :

« Le 18 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision par laquelle elle a sanctionné la SNCF, à hauteur de 60,9 millions d'euros, pour avoir mis en œuvre plusieurs pratiques ayant entravé ou retardé l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché du transport ferroviaire de marchandises.

Ces pratiques sont constitutives d'abus de position dominante au regard des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et L. 420-2 du code de commerce. Elles ont faussé le bon fonctionnement du secteur dans le contexte particulier de son ouverture à la concurrence, à partir du 31 mars 2006.

En substance, les pratiques sanctionnées ont consisté, pour la SNCF :

- *à utiliser, dans son propre intérêt commercial, des informations confidentielles stratégiques concernant ses concurrents, dont elle disposait en tant que gestionnaire délégué des infrastructures ferroviaires ;*
- *à empêcher ses concurrents, par différents moyens, d'accéder à des capacités ferroviaires indispensables à leur activité (cours de marchandises, sillons, wagons).*

Par ailleurs, la SNCF a pratiqué auprès de certains clients des prix très bas - inférieurs à ses coûts de production - pour ses prestations de transport par train massif, qui rendaient impossible toute concurrence effective de la part des nouveaux entrants. L'Autorité n'a pas sanctionné pécuniairement la SNCF à ce titre, mais a prononcé à son encontre une injonction afin qu'elle prenne toutes les dispositions nécessaires, notamment comptables et commerciales, pour prévenir à l'avenir ce type de pratique. Ces mesures devront être effectives à l'issue d'une période de 3 ans.

L'Autorité a écarté les huit autres reproches qui avaient été adressés à la SNCF par les services d'instruction, estimant qu'ils n'étaient pas fondés.

LES PRATIQUES SANCTIONNÉES

- 1. L'utilisation à des fins commerciales par la SNCF d'informations confidentielles obtenues dans le cadre de sa mission publique de gestion des infrastructures***

Parallèlement à son activité de transport ferroviaire, la SNCF est gestionnaire d'infrastructure délégué (GID) pour le compte de Réseau Ferré de France (RFF), qui la rémunère à cet effet. A ce titre, elle recueille, à l'occasion des demandes d'attribution de sillons ou de visites de sites techniques par les nouvelles entreprises ferroviaires, des informations sensibles et confidentielles concernant la stratégie et les intentions commerciales de ses concurrents. Elle a ainsi connaissance, par exemple, des clients démarchés, des appels d'offres concernés, des plans de transport envisagés par ses concurrents.

Les perquisitions menées dans les locaux de la SNCF ont montré que la « branche Fret » de la SNCF a eu accès à des informations confidentielles de ce type et les a utilisées dans son propre intérêt commercial. Dans certains cas, elle a adapté sa stratégie commerciale sur les trafics spécifiquement visés par ses concurrents.

Cette pratique, qui ne relève pas d'une concurrence par les mérites, a entravé artificiellement le développement de ses concurrents et porté atteinte au fonctionnement concurrentiel du secteur.

2. Les obstacles mis à l'accès des concurrents aux capacités ferroviaires

La SNCF a mis en œuvre des pratiques tendant à empêcher ses concurrents d'accéder à des capacités ferroviaires indispensables à leur activité (cours de marchandises, sillons, wagons).

L'accès aux cours de marchandises

Les cours de marchandises sont des terrains adaptés et reliés au réseau permettant de charger et décharger les marchandises entre le rail et la route. Ces terminaux constituent des infrastructures indispensables pour les entreprises ferroviaires de fret qui doivent pouvoir y accéder pour exercer leur activité. Pour de nombreuses d'entre elles, la SNCF est à la fois utilisateur et gestionnaire de ces infrastructures en ce qui concerne leur accès pour les autres entreprises ferroviaires.

En dépit de ses obligations réglementaires et de multiples interventions de RFF, la SNCF a publié tardivement la liste de ces équipements et surtout s'est abstenu d'en préciser, de façon transparente et suffisamment claire, les conditions d'utilisation et de tarification, obligeant les entreprises ferroviaires concurrentes à s'adresser à son guichet unique.

En l'absence d'informations suffisamment précises leur permettant d'anticiper de façon autonome les conditions dans lesquelles cette utilisation serait possible, les entreprises ferroviaires se sont trouvées dans l'incapacité de démarcher utilement leurs clients et de formuler des offres de façon crédible.

La surréservation des sillons

Les sillons sont les capacités d'infrastructure requises pour faire circuler un train donné d'un point à un autre dans un créneau horaire précis. Leur attribution, sur demande des entreprises ferroviaires, est effectuée par RFF en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure (GI). L'accès à ces sillons des entreprises nouvelles entrantes conditionne leur capacité à offrir des services de transport ferroviaire sur le marché.

Les pièces réunies par l'Autorité montrent que la SNCF a pratiqué une politique de surréservation des sillons dans des proportions très importantes et qu'elle n'a pas restitué ceux qu'elle n'utilisait pas (ou l'a fait très tardivement).

Les autres entreprises ferroviaires actives dans le secteur du fret ont de ce fait été privées de la possibilité de les utiliser : certaines d'entre elles ont pu être dissuadées de concourir à certains appels d'offres ou se sont trouvées dans l'incapacité d'honorer des commandes d'ores et déjà reçues.

Dans certains cas, l'indisponibilité de sillons a obligé les opérateurs concurrents à recourir à des solutions alternatives qui ont dégradé la qualité du service offert aux chargeurs et augmenté leurs coûts.

La surréservation des wagons EX

Les wagons de type « EX » sont des wagons spécialisés pour le transport des gros tonnages : ils sont de ce fait particulièrement adaptés pour livrer, par exemple, les produits de carrière et les centrales à béton ou à bitume. En 2006, au moment de l'ouverture du secteur du fret ferroviaire à la concurrence, le seul loueur de ce type de wagons en France était la société SGW (groupe SNCF), à laquelle tous les propriétaires ou détenteurs de wagons EX avaient confié la gestion locative de leur parc.

Il a été établi que la SNCF se réservait l'exclusivité d'utilisation de l'intégralité du parc de wagons EX disponibles géré par SGW et qu'elle n'utilisait ensuite en réalité qu'incomplètement ce parc.

Durant les deux premières années d'ouverture à la concurrence du marché, les wagons EX constituaient pourtant une ressource indispensable à court terme pour permettre aux concurrents de la SNCF de pénétrer sur le marché et de s'y développer.

Cette pénurie a permis à la SNCF de retenir certains clients qui envisageaient de passer à la concurrence et de s'abstraire de toute pression concurrentielle en leur imposant, dans certains cas, des conditions commerciales moins avantageuses pour eux.

3. Une sanction pécuniaire de 60,9 millions d'euros

Le fait pour une entreprise, en position dominante et ancien opérateur historique, de chercher à évincer ses concurrents dans un contexte d'ouverture du marché est grave et a généré un dommage à l'économie certain. Cependant, l'Autorité a relevé qu'aucun élément au dossier ne permet de penser que les pratiques en cause relèvent d'une stratégie globale ou d'un plan d'ensemble conçu ou élaboré par la SNCF. Dans ces conditions, l'Autorité a imposé une sanction pécuniaire de 60,9 millions d'euros à la SNCF.

LES PRIX D'ÉVICTION PRATIQUÉS AUPRÈS DES CHARGEURS

La SNCF a, de plus, pratiqué auprès de certains clients et sur certains trafics des prix inférieurs à ses coûts, dans le but de conserver ses positions et d'empêcher artificiellement ses concurrents de pénétrer le marché.

Dans le cadre de l'ouverture du marché à la concurrence, des entreprises ferroviaires sont entrées sur le marché à partir de 2007 en proposant des prix sensiblement plus bas que ceux de la SNCF (jusqu'à 20% pour certains trafics). Ces écarts de prix ont, entre autres, conduit la SNCF à adopter une politique commerciale consistant à baisser ses prix, notamment pour les trafics les plus rentables, prioritairement visés par ses concurrents. Cette politique de prix inférieure à ses coûts a été mise en œuvre alors que la SNCF subissait pourtant, à l'époque des faits, des pertes lourdes et récurrentes dans le cadre de son activité de transport ferroviaire de marchandises.

Les éléments au dossier montrent que pour les années 2007, 2008 et 2009, la SNCF couvrait en général l'ensemble de ses coûts directs liés à ses trafics par train massif, mais ne couvrait pas ses coûts de support et de structure. Pour certains trafics, la SNCF a délibérément formulé des offres sans considération de rentabilité et utilisé des cotations de coûts sous-estimées, ce qui lui a permis de conserver le marché.

La SNCF a ainsi pu conserver - au détriment de concurrents au moins aussi efficaces qu'elle - les contrats les plus importants en termes de chiffres d'affaires et les plus stratégiques ; la pénétration de nouvelles entreprises ferroviaires n'a pu s'effectuer que sur la base de contrats de petite taille moins propices à leur développement.

L'injonction prononcée

Il est dans l'intérêt du marché que la SNCF puisse demeurer un acteur essentiel et performant sur le marché du fret ferroviaire, qui présente un intérêt important pour les entreprises utilisatrices, et au-delà pour diverses politiques publiques (aménagement du territoire, préservation de l'environnement, etc.). L'Autorité de la concurrence n'a pas prononcé, au titre de l'infraction de prix d'éviction, de sanction pécuniaire, en considérant, à titre exceptionnel, qu'il y avait seulement lieu de prononcer une injonction à l'encontre de la SNCF. Cette injonction va conduire la SNCF à faire évoluer son modèle économique progressivement mais dans un délai de 3 ans prévu par la décision.

L'Autorité a enjoint à la SNCF :

- de mettre en place dans un délai de 18 mois, par étapes successives précises, une comptabilité analytique qui permettra d'identifier précisément les coûts supportés pour son activité de fret par train massif,*
- et de garantir que les prix des services de train massif qu'elle offre aux chargeurs couvrent les coûts à horizon de trois ans.*

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que l'EPIC SNCF a enfreint les dispositions de l'article l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce en utilisant à son profit, sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif, les informations confidentielles dont elle disposait aux fins exclusives de la gestion de l'accès à l'infrastructure ferroviaire française dont elle avait la charge en tant que GID.

Article 2 : Il est établi que l'EPIC SNCF a enfreint les dispositions de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce en publiant de façon tardive et incomplète la liste des cours de marchandises dont elle est propriétaire dans le document de référence du réseau.

Article 3 : Il est établi que l'EPIC SNCF a enfreint les dispositions de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce en rendant indisponibles, de façon massive et injustifiée, des sillons ferroviaires indispensables au développement des autres entreprises ferroviaires sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.

Article 4 : Il est établi que l'EPIC SNCF a enfreint les dispositions de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce en rendant indisponibles des wagons EX indispensables au développement des autres entreprises ferroviaires sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.

Article 5 : Il est établi que l'EPIC SNCF a enfreint les dispositions de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce en pratiquant des prix d'éviction sur le marché du transport ferroviaire de marchandises par train massif.

Article 6 : L'Autorité de la concurrence considère, sur la base des informations dont elle dispose s'agissant des griefs n° 1, 5, 6, 7, 9, 11, 12 et 13, que les conditions d'une interdiction au titre des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ne sont pas réunies. Il n'y a donc pas lieu, en application de l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, de poursuivre la procédure, que ce soit au titre du droit de l'Union ou du droit interne.

Article 7 : Est infligée à l'EPIC SNCF, au titre des pratiques visées aux articles 1^{er}, 2, 3 et 4 une sanction pécuniaire de 60 966 000 euros.

Article 8 : Il est enjoint à l'EPIC SNCF, au titre des pratiques visées à l'article 5, de se conformer, en tous points, aux injonctions ordonnées au paragraphe 779 de la présente décision.

Article 9 : L'EPIC SNCF fera publier le texte figurant au paragraphe 780 de la présente décision, en respectant la mise en forme, dans les éditions du journal « *Les Echos* » et le magazine « *La vie du rail* ». Ces publications interviendront dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractères gras de même taille : « *Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises* ». Elles pourront être suivies de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont

exercés. L'EPIC SNCF adressera au bureau de la procédure, sous pli recommandé, copie de ces publications, dès leur parution et au plus tard le 18 février 2013.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Eliezer García-Rosado et M. Ronan Perrotte, rapporteurs, et l'intervention de Mme Carole Champalaune, rapporteure générale adjointe, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot et MM. Emmanuel Combe et Noël Diricq, membres.

La secrétaire de séance,
Caroline Orsel-Sébès

La vice-présidente,
Elisabeth Flüry-Hérard

© Autorité de la concurrence