

## **BGer 2C\_1030/2017 vom 5. Juli 2018**

Bundesgericht, 2018-07-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1030\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1030_2017)

FR: TF 2C\_1030/2017 du 5 juillet 2018

IT: TF 2C\_1030/2017 del 5 luglio 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le présent recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par les destinataires de l'arrêt entrepris, qui ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification ( art. 89 al. 1 LTF ). Il est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue par le Tribunal administratif fédéral ( art. 86 al. 1 let. a LTF ) dans une cause qui relève du droit public ( art. 82 let. a LTF ) puisqu'elle est fondée sur la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV; RS 745.1) et l'Ordonnance du 4 novembre 2009 sur le transport de voyageurs (OTV; RS 745.11).

Bien qu'ils soient un établissement de droit public, les Transports Publics Genevois (ci-après: les TPG ou les recourants) n'agissent pas en l'occurrence dans l'exercice de la puissance publique, mais sont directement touchés, à la manière d'un privé, par la décision entreprise, qui leur dénie le droit à la prolongation de concessions de zone. Ils ont donc un intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de la décision attaquée, de sorte qu'il faut leur reconnaître la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ; cf. arrêt 2C\_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 1.2).

#### **E. 2**

L'entreprise est tenue d'appliquer le droit du transport de voyageurs conformément à la législation et à la concession.

#### **E. 3**

La concession est octroyée pour une durée maximale de 25 ans. Elle peut être transférée, modifiée et renouvelée.

##### **E. 3.1**

Lorsque, comme en l'espèce, les normes légales et réglementaires accordent à l'autorité de première instance à la fois la liberté de décision ("

Entscheidungsspielraum ") en ce qu'elle "peut" octroyer une concession ( art. 6 LTV ) de zone ( art. 10 al. 1 OTV ), et une latitude de jugement ("

Beurteilungsspielraum "), en faisant usage d'une notion juridique indéterminée, force est de reconnaître à l'autorité administrative de première instance, en sus de celui qui lui revient de droit dans l'interprétation de la notion juridique indéterminée, un large pouvoir d'appréciation que l'autorité de juridiction administrative doit également respecter, en ne s'écartant pas de la solution retenue par l'autorité administrative de première instance sans nécessité. En d'autres termes, elle doit laisser cette dernière choisir entre plusieurs solutions opportunes et ne pas substituer sans motif pertinent à une solution convenable une autre solution également convenable ( ATF 135 II 296 consid. 4.4.3 p. 308).

### **E. 3.2**

L'instance précédente a jugé fondée sur des motifs objectifs l'interprétation donnée par l'OFT de la notion de "réseaux de transport locaux" en ce sens qu'elle recouvre un territoire géographique équivalant à la localité ou, le cas échéant, à la commune lorsqu'elle correspond au territoire de la localité, par référence au répertoire des localités de l'Office fédéral de la statistique (OFS), de façon à déterminer une zone de manière précise et stable et de manière à éviter une définition arbitraire des concessions de zone, ce que les recourants contestent.

### **E. 3.3**

Il n'y a pas lieu d'examiner si l'interprétation prônée par l'OFT doit être confirmée. En effet, même s'il fallait juger, avec les recourants, que l'interprétation adoptée par l'instance précédente et l'OFT devrait être corrigée et par conséquent privilégier une interprétation systématique s'alignant sur la notion de localité au sens de l' art. 5 al. 2 OTV , l'OFT serait encore en droit de faire usage du pouvoir d'appréciation que lui confère le caractère potestatif des art. 6 LTV et 10 al. 1 OTV. Il pourrait encore refuser d'octroyer aux recourants une concession de zone en considérant que les concessions de lignes constituent la règle et les concessions de zone l'exception.

Il appartenait donc aux recourantes de démontrer non seulement que l'instance précédente aurait violé le droit fédéral en interprétant la notion de réseaux de transport locaux, mais également d'exposer en quoi elle aurait outrepassé le pouvoir d'appréciation que confère à l'OFT le caractère potestatif des art. 6 LTV et 10 al. 1 OTV en jugeant que l'octroi de concession de ligne est la règle. Sous cet angle, force est d'admettre qu'en confirmant l'octroi de concessions de lignes aux recourants conformément à l' art. 9 al. 1 OTV , l'instance précédente ne s'est pas écartée sans nécessité de la solution retenue par l'OFT, laissant ce dernier choisir entre plusieurs solutions opportunes sans substituer sans motif pertinent à une solution convenable une autre solution également convenable.

Il apparaît en effet qu'avec la mise en oeuvre de la réforme des chemins de fer 2, qui a abouti à la modification de la loi sur le transport des voyageurs entrée en vigueur le 1er janvier 2010, le législateur fédéral poursuivait "l'objectif suprême de la politique des transports [...] d'assurer l'offre d'un système ferroviaire attrayant et performant [...], en améliorant progressivement l'efficacité des transports publics et en optimisant le rapport coûts - efficacité" (Message sur la réforme des chemins de fer 2 du 23 février 2005, FF 2005 2269, p. 2288). Dans le transport régional des voyageurs, la réforme s'est traduite par la mise en place d'incitations à la concurrence destinées à mettre à profit certaines synergies potentielles et à rendre disponibles des capacités inutilisées (loc. cit., p. 2290). L'objectif du législateur d'améliorer la concurrence également dans le transport régional des voyageurs se trouvait toutefois entravé par le système de la régle des transports publics ( art. 4 LTV ), puisque ce système implique l'octroi de concessions ( art. 6 LTV ). Or, lorsque la Confédération octroie une concession à une entreprise pour un trafic déterminé, elle lui donne non seulement le droit de transporter des voyageurs régulièrement et à titre professionnel, mais elle lui confère également une protection contre la concurrence (cf. Message sur la réforme des chemins de fer 2 du 23 février 2005, FF 2005 2269, p. 2325). Afin de minimiser l'effet de protection contre la concurrence qui résulte de la concession, l'Ordonnance sur le transport des voyageurs prévoit en priorité l'octroi de concessions et autorisations pour le transport des voyageurs sur des lignes déterminées ( art. 9 al. 1 OTV ; "sont octroyées"), tandis que ce n'est que subsidiairement que l'OFT "peut" octroyer des

concessions et autorisations à l'intérieur d'une zone déterminée à cette fin ( art. 10 al. 1 OTV ). Il tombe en effet sous le sens que la protection qu'une concession de zone porte sur le plan géographique une plus grande atteinte à l'objectif du législateur d'améliorer la concurrence que ne le fait la protection que confère la concession accordée pour une ligne.

#### **E. 3.4**

En confirmant la décision de l'autorité intimée d'octroyer des concessions de lignes et non une concession de zone aux recourants, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral. Le recours est rejeté sur ce point.

#### **E. 4**

Les recourants reprochent à l'instance précédente d'avoir violé l' art. 15 al. 3 OTV en subordonnant l'application de cette disposition à l'existence d'investissements extraordinaires.

##### **E. 4.1**

Aux termes de l' art. 6 al. 3 LTV , la concession est octroyée pour une durée maximale de 25 ans et, pour les installations à câbles, pour une durée maximale de 40 ans. Elle peut être transférée, modifiée et renouvelée.

L' art. 15 OTV à la teneur suivante :

" 1 La concession est octroyée ou renouvelée pour dix ans.

2 La concession peut être octroyée ou renouvelée pour une plus courte durée, notamment:

a. si l'entreprise de transport le demande;

b. si, à la date de la demande, la mise au concours des lignes concernées figure dans les planifications de mises au concours des cantons commanditaires; ou

c. si une mise au concours a prévu une durée de concession plus brève.

3 Elle peut être octroyée pour une plus longue durée, mais pour 25 ans au plus, si l'amortissement des moyens d'exploitation l'exige."

##### **E. 4.2**

L'instance précédente a confirmé la position de l'OFT pour qui le renouvellement ordinaire des moyens d'exploitation ne constitue plus un motif suffisant d'octroyer une concession durée supérieure à 10 ans au sens de l' art. 15 al. 3 OTV . Cela résultait

a contrario de l'art. 14 de l'ancienne ordonnance du 25 novembre 1998 sur les concessions pour le transport des voyageurs (OCTV; RO 1999 721, abrogée par l' art. 82 ch. 1 OTV ), qui prévoyait qu'en règle générale, la concession était octroyée pour dix ans, tandis que, si l'amortissement des moyens d'exploitation durait plus longtemps, elle pouvait être octroyée pour une plus longue durée, mais pour 25 ans au plus. Les termes "en règle générale" ayant été supprimés de l' art. 15 al. 1 OTV , l'OFT ne disposait plus d'une marge de manoeuvre aussi large que sous l'empire de l'OCTV et devait nouvellement s'en tenir à la durée de dix ans. A cette fin, c'était, selon l'instance précédente, à bon droit que l'OFT avait décidé que le renouvellement ordinaire des moyens d'exploitation ne constituait plus un motif suffisant pour accorder une durée de concession d'une plus longue durée, réservée à des situations particulières : il s'agissait par exemple d'entreprises ne bénéficiant pas d'indemnités publiques et exploitant un service à leurs risques et périls ou encore d'investissements

réalisés au moment de l'octroi de la concession pour du matériel très spécifique qui ne pourrait être exploité ailleurs que sur la ligne faisant l'objet de la concession.

#### **E. 4.3**

La position de principe de l'OFT, confirmée par l'instance précédente, trouve appui directement dans la volonté du législateur pour qui "les conventions à long terme, propagées ici ou là, sont superflues pour garantir la sécurité des investissements. Il n'est pas envisagé d'adapter la durée des concessions à la durée de vie des moyens d'exploitation" (cf. Message sur la réforme des chemins de fer 2 du 23 février 2005, FF 2005 2269, p. 2330). Elle est par conséquent conforme au droit fédéral. Il n'y a pas lieu de corriger la position de l'OFT sur la durée des concessions qu'il octroie, ni les critères qui autorisent ce dernier à accorder une concession de plus longue durée, d'autant moins, comme le souligne le message, qu' "un nouvel exploitant peut être tenu de reprendre les moyens d'exploitation" (ibidem).

#### **E. 4.4**

En application de l' art. 15 al. 3 OTV , c'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a constaté que les recourants ne se trouvaient pas d'une situation particulière exigeant l'octroi d'une concession d'une durée plus longue que dix ans, en raison notamment des indemnités publiques dont ils bénéficient. Le risque dénoncé par les recourants de devoir se séparer de leurs moyens d'exploitation en cas de refus du renouvellement de leur concession à son expiration est peut-être réel, mais trouverait un contre-poids suffisant dans le fait qu'un nouvel exploitant pourrait être tenu de reprendre leurs moyens d'exploitation. Le recours est rejeté sur ce point.

#### **E. 5**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, les recourants doivent supporter les frais de justice devant le Tribunal fédéral ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al.1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.