Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.571/2004 /fzc

Arrêt du 22 mars 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler, Wurzburger, Müller et Yersin.
Greffier: M. Vianin.

Parties
X._____ SA,
recourante,
représentée par Me Yves Donzallaz, avocat,

contre

Office fédéral des transports, Bollwerk 27, 3003 Berne,
Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication,
3003 Berne.

Objet
assujettissement d'un chemin de fer à la régale fédérale en matière de transport de voyageurs,

recours de droit administratif contre la décision du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, du 1er septembre 2004.

Faits:
A.
Depuis 1975, la société X._____ SA (anciennement Société anonyme Y._____, puis Z._____ SA, ci-après la Société ou la recourante) exploite à A._____, au-dessus de B._____, un parc d'attractions à caractère touristique. Ces attractions sont le funiculaire reliant A._____ à C._____ (Funiculaire), le chemin de fer touristique à voie étroite (Petit Train Panoramique), qui circule entre C._____ et le pied du barrage de D._____ et le chemin de fer monorail à crémaillère (Minifunic), qui relie le terminus du Petit Train Panoramique au haut du barrage.

Par arrêté du 4 août 1975, le Conseil fédéral a décidé que le chemin de fer touristique à voie étroite n'était pas soumis à la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101). L'Office fédéral des transports a prêté son concours au Département des travaux publics du canton du Valais pour la surveillance du chemin de fer touristique à voie étroite (convention des 13 et 23 décembre 1977).

En se référant aux deux actes précités, le Département des travaux publics du canton du Valais a délivré, le 13 avril 1978, une autorisation d'exploiter dont la teneur était la suivante:
«1) La Société anonyme des transports Y._____, à B._____, est autorisée, sous réserve de l'acceptation expresse de la convention mentionnée ci-dessus entre l'OFT [Office fédéral des transports]et le DTP [Département des travaux publics du canton du Valais]et sous réserve des conditions propres au Canton, à exploiter pour la même durée que celle accordée par la Confédération pour le funiculaire de E._____, sous sa responsabilité exclusive, le chemin de fer touristique à voie étroite de D._____ et le chemin de fer monorail à crémaillère entre le pied et le haut du barrage de D._____.

[...]

4) La présente autorisation, qui n'engage pas la responsabilité de l'Etat, est accordée à bien-plaire et pourra être retirée en tout temps si les conditions d'exploitation du chemin de fer touristique et du chemin de fer monorail n'assurent plus la sécurité des voyageurs et des tiers, ainsi que celle du personnel de l'entreprise.»
B.
A la suite de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1999, de la «Réforme des chemins de fer», l'Office fédéral des transports (ci-après: l'Office) a invité la Société à déposer pour le Petit Train Panoramique une demande de concession fédérale pour le transport des voyageurs, conformément à la loi fédérale du 18 juin 1993 sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par routes (loi sur le transport de voyageurs, LTV; RS 744.10) dans sa nouvelle teneur du 20 mars 1998.

La Société n'ayant pas obtempéré, l'Office a rendu, le 27 février 2001, un mandat de répression la condamnant à une amende de 5'000 fr. du chef d'infraction à la régale du transport des voyageurs. La Société ayant fait opposition, le Juge II des districts de Martigny et St-Maurice l'a acquittée de ce chef d'accusation par jugement du 11 juin 2002, entré en force.

Par décision du 16 octobre 2002, l'Office a constaté que les transports de voyageurs effectués sur la ligne C._____-pied du barrage étaient soumis à concession au sens de l'art. 5 de l'ordonnance fédérale du 25 novembre 1998 sur les concessions pour le transport des voyageurs (OCTV, RS 744.11).

La Société a recouru contre cette décision auprès du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication. Le recours a été rejeté par décision du 1er septembre 2004.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, la Société demande au Tribunal fédéral d'annuler cette décision, sous suite de frais et dépens. Elle requiert au surplus que son recours ait effet suspensif. En vue de démontrer qu'elle n'est pas soumise au régime de la concession, la recourante invoque d'abord les dispositions transitoires du nouveau droit, aux termes desquelles les autorisations existantes demeurent en vigueur. Elle soutient ensuite qu'elle n'est pas soumise à la régale du transport des voyageurs et que les conditions dont le nouveau droit fait dépendre l'assujettissement au régime de la concession ne sont pas réalisées dans son cas. Par conséquent, la décision attaquée violerait le droit fédéral. Au surplus, elle serait contraire aux principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication conclut au rejet du recours. L'Office fédéral des transports ne s'est pas déterminé.

Par ordonnance présidentielle du 22 novembre 2004, la demande d'effet suspensif a été admise.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Selon l'art. 97 OJ en relation avec l'art. 5 PA, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions fondées sur le droit public fédéral - ou qui auraient dû l'être -, à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 98 OJ et pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée (ATF 129 II 183 consid. 3.1 p. 186; 129 I 337 consid. 1.1).

Selon l'art. 99 al. 1 lettre d OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable contre l'octroi ou le refus de concessions auxquelles la législation ne confère pas un droit. En l'occurrence, cette disposition n'est pas applicable, car la décision attaquée ne porte pas sur l'octroi ou le refus d'une concession, mais sur l'assujettissement au régime de la concession au sens de l'art. 5 OCTV.

Le recours de droit administratif est subsidiaire (art. 102 OJ). Dans le cas particulier, la législation ne prévoit pas de recours à la Commission fédérale de recours en matière d'infrastructures et d'environnement, de sorte

que cette condition est également réalisée.

Au surplus, le présent recours a été déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi; il est donc recevable.
2.
Il convient d'examiner d'abord si la recourante n'est pas soumise au régime de la concession en vertu du droit transitoire.
2.1 L'art. 26 de l'ancienne Constitution fédérale disposait que «la législation sur la construction et l'exploitation des chemins de fer est du domaine de la Confédération» (cf. aussi l'art. 87 Cst.). Sur cette base, la Confédération a édicté la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101), aux termes de laquelle «une concession fédérale est nécessaire pour construire et pour exploiter un chemin de fer» (art. 5 al. 1 dans sa teneur du 20 décembre 1957, RO 1958 p. 342). Le législateur est parti de l'idée que le constructeur de l'infrastructure l'utiliserait pour circuler et aurait le droit exclusif de le faire (Message du Conseil fédéral du 13 novembre 1996 sur la réforme des chemins de fer [ci-après: le message], FF 1997 I 853 ss, 874). Par conséquent, la concession donnait à l'entreprise concessionnaire à la fois le droit de construire et d'exploiter l'infrastructure ferroviaire et celui de transporter régulièrement des voyageurs (Gurovits/Müller/Assfalg, Le Droit Suisse des Chemins de Fer après la Réforme, Zurich 2000, p. 58). La situation s'est modifiée avec la réforme des chemins de fer, processus engagé dans le but d'augmenter l'efficacité des transports publics et d'introduire des éléments de
concurrence dans le système ferroviaire et qui a conduit à plusieurs révisions successives (24 mars 1995 [RO 1995 3680], 20 mars 1998 [RO 1998 2835], 18 juin 1999 [RO 1999 3071]) de la loi sur les chemins de fer, ainsi qu'à la révision ou au remplacement d'autres textes, avec effet au 1er janvier 1999. En effet, la réforme a introduit le principe de la commande: lorsqu'une prestation de transport ne peut être fournie selon les principes de l'économie de marché et de manière rentable, la collectivité publique concernée doit la commander et l'indemniser à l'aide d'un montant fixé d'avance. Cela peut entraîner des entorses au principe selon lequel le détenteur de l'infrastructure a également le droit de l'utiliser. La réforme a aussi prévu d'accorder à d'autres entreprises un droit d'accès au réseau, le détenteur n'ayant plus le droit exclusif de l'utiliser. Dans ces conditions, il devenait nécessaire de distinguer entre le droit de réaliser l'infrastructure et celui de transporter régulièrement des voyageurs et de prévoir en conséquence des concessions ou autorisations distinctes. La concession portant sur la construction et l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire est régie par la loi fédérale sur les chemins de fer
(spécialement art. 5 à 8), tandis que la concession ou l'autorisation pour le transport régulier de voyageurs est réglementée par la loi sur le transport de voyageurs (art. 4) ainsi que par l'ordonnance sur les concessions pour le transport des voyageurs (message, p. 857, 874 s.; Gurovits/Müller/Assfalg, op. cit., p. 49, 58 s., 67). Le régime de la concession pour le transport régulier des voyageurs permet de contrôler l'offre et d'éviter ainsi que les offres déficitaires commandées par la Confédération et les cantons soient concurrencées, ce qui entraînerait une augmentation des indemnités qu'ils doivent verser (message, p. 875).
2.2 Les modifications législatives liées à la réforme des chemins de fer ont introduit des dispositions transitoires qui règlent notamment le sort des concessions et autorisations qui existaient lors de leur entrée en vigueur. Ainsi, les dispositions finales de la modification du 20 mars 1998, entrée en vigueur le 1er janvier 1999, de la loi fédérale sur les chemins de fer ont la teneur suivante (al. 1):
«Les concessions existantes demeurent valables. Sauf disposition contraire, elles s'appliquent jusqu'à leur échéance tant à la construction et à l'exploitation de l'infrastructure qu'au transport régulier des voyageurs au sens de l'article 4 de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par route».
Intitulé «dispositions transitoires», l'art. 53 de l'ordonnance fédérale sur les concessions pour le transport des voyageurs, également entrée en vigueur le 1er janvier 1999, prévoit ce qui suit:
«1 Les concessions pour automobiles II existantes demeurent en vigueur. Si leurs titulaires demandent de les modifier ou de les transférer, elles seront remplacées par des concessions ou des autorisations selon le nouveau droit.

2 Les concessions ferroviaires existantes demeurent en vigueur. Si leurs titulaires demandent de les modifier ou de les transférer, elles seront remplacées par des concessions selon le nouveau droit.

3 Les autorisations existantes pour la navigation demeurent en vigueur. Les cantons peuvent les retirer, si les conditions auxquelles elles doivent satisfaire en vertu de l'art. 32 ne sont plus remplies. Si leurs titulaires demandent de les modifier ou de les transférer, elles seront remplacées par des autorisations cantonales selon le nouveau droit.

4 Les autres concessions et autorisations existantes demeurent en vigueur. Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent à leur transfert, à leur modification et à leur retrait.

[...]

6 Les cantons édictent d'ici au 31 décembre 1999 les prescriptions d'exécution applicables à l'octroi des autorisations cantonales. [...].»
En exécution de cette disposition, le Conseil d'Etat du canton du Valais a adopté le règlement concernant l'octroi d'autorisations cantonales pour le transport de voyageurs (RATV, RS/VS 740.100). Celui-ci contient des dispositions transitoires à son art. 19, dont la teneur est la suivante:
« 1 Les concessions pour automobiles II existantes demeurent en vigueur jusqu'à leur date de renouvellement. Si leurs titulaires demandent de les modifier ou de les transférer, elles seront remplacées par des concessions ou des autorisations selon le nouveau droit.

2 Les autorisations existantes pour la navigation demeurent en vigueur. Les cantons peuvent les retirer, si les conditions auxquelles elles doivent satisfaire ne sont plus remplies. Si leurs titulaires demandent de les modifier ou de les transférer, elles seront remplacées par des autorisations cantonales selon le nouveau droit.

3 Les autres autorisations existantes demeurent en vigueur»
3.
3.1 L'autorité intimée relève qu'avant la réforme des chemins de fer, la loi fédérale sur les chemins de fer permettait d'octroyer une concession globale, portant à la fois sur l'infrastructure et le transport de voyageurs. Elle ne réglait pas spécialement le droit de transporter des voyageurs, dans le cas d'entreprises ne détenant pas une concession d'infrastructure, le droit fédéral était lacunaire à cet égard. Par conséquent, l'arrêté du Conseil fédéral du 4 août 1975 n'a pas pu exclure la recourante de la régale fédérale du transport de voyageurs ni, partant, la libérer de l'obligation de demander une concession pour le transport de voyageurs. La compétence législative de la Confédération en matière de chemins de fer n'étant pas exclusive, on peut tout au plus se demander si l'autorisation du 13 avril 1978 repose sur une base légale cantonale comblant la lacune du droit fédéral et ayant pour effet d'exclure la recourante de la régale du transport des voyageurs. Dans l'affirmative, encore faudrait-il s'assurer que la Confédération est «tenue de prendre en compte, dans le cadre des dispositions transitoires de l'OCTV, une décision cantonale reposant sur une telle base légale».

Les termes de l'autorisation cantonale du 13 avril 1978, qui a été accordée «à bien-plaire» et peut «être retirée en tout temps» ainsi que l'absence de références à des dispositions légales cantonales et d'indication des voies de droit donnent à penser que celle-ci ne repose pas sur une base légale, en particulier pas sur une base cantonale. L'autorité intimée en conclut qu'il s'agit d'une autorisation provisoire qui ne pouvait valablement permettre à la recourante de transporter des voyageurs. Or, une autorisation qui n'était déjà pas valable sous l'empire de l'ancienne législation ne saurait produire des effets juridiques en vertu des dispositions transitoires prévues par le nouveau droit. Par ailleurs, la recourante ne peut, au titre des règles sur la protection de la bonne foi, se prévaloir du fait que les autorités fédérales ont toléré la situation, étant donné que le droit a changé entre-temps.
3.2 Avant la réforme des chemins de fer, la législation fédérale y relative connaissait un seul type de concession: la concession globale, qui portait à la fois sur l'infrastructure et sur le transport de voyageurs. Par conséquent, quoi qu'en dise l'autorité intimée, la décision selon laquelle une entreprise n'était pas soumise à ladite législation avait pour conséquence de la libérer de l'obligation de demander une concession fédérale aussi bien pour l'infrastructure que pour le transport de voyageurs. Si le Conseil fédéral avait estimé que la recourante devait rester soumise à la surveillance de la Confédération dans son activité de transport des voyageurs, ri-

en ne l'empêchait de restreindre sa décision d'exemption à une partie de la législation topique. Cela pouvait constituer une solution dans le cas des entreprises de chemins de fer qui transportaient des voyageurs sur une infrastructure appartenant à une autre entreprise. On ne saurait ainsi dire que la législation fédérale d'avant la réforme des chemins de fer était lacunaire.

L'arrêté du Conseil fédéral du 4 août 1975 ne signifiait pas que le chemin de fer touristique à voie étroite pouvait être exploité librement, sans être soumis à autorisation, ce qui, compte tenu des biens de police pouvant être lésés par cette activité, aurait été difficilement concevable. En effet, la compétence de la Confédération de légiférer en matière de chemins de fer n'étant, de l'avis même de l'autorité intimée, pas exclusive, les cantons pouvaient de leur côté soumettre l'exploitation à autorisation. C'est ce qu'a fait le canton du Valais, qui a accordé l'autorisation d'exploiter le chemin de fer touristique à voie étroite le 13 avril 1978. L'autorité intimée conteste toutefois la validité de cette décision, ce qu'il y a lieu d'examiner à présent.
3.3 Contrairement à ce qu'affirme l'autorité intimée, l'autorisation du 13 avril 1978 n'a pas été accordée en l'absence de tout fondement juridique: elle repose sur l'arrêté du Conseil fédéral du 4 août 1975 ainsi que sur la convention conclue les 13 et 23 décembre 1977 entre l'Office fédéral des transports et le Département des travaux publics du canton du Valais, qui fait partie intégrante de l'autorisation (art. 9). Selon ce texte, les deux autorités exercent leur surveillance en appliquant par analogie la législation fédérale sur les chemins de fer (art. 3). De plus, l'autorisation a été octroyée «sous réserve des conditions propres au Canton».

Le passage selon lequel l'autorisation «est accordée à bien-plaire et pourra être retirée en tout temps» - d'ailleurs seulement «si les conditions d'exploitation du chemin de fer touristique [...]n'assurent plus la sécurité des voyageurs et des tiers, ainsi que celle du personnel de l'entreprise» - ne saurait être compris dans le sens que l'autorisation est accordée en l'absence de base légale. Il signifie plutôt que le titulaire de l'autorisation n'a pas un droit à l'obtenir et à la conserver quelles que soient les circonstances. Ce passage renforce le statut du titulaire de l'autorisation, dans la mesure où celle-ci ne peut lui être retirée librement, mais seulement pour des questions de sécurité.

Au vu de ce qui précède, l'argumentation de l'autorité intimée selon laquelle il s'agit d'une autorisation provisoire ne peut être suivie. Elle est démentie également par le fait que le Département des travaux publics du canton du Valais a d'abord délivré, le 5 août 1977, une autorisation d'exploiter provisoirement le chemin de fer touristique à voie étroite (voir le préambule de la convention des 13 et 23 décembre 1977, précitée). Au contraire, il ne ressort pas du texte de l'autorisation d'exploiter du 13 avril 1978, qui lui a succédé, que celle-ci aurait un caractère provisoire. Cette autorisation a bien plutôt créé une situation juridique stable pour la recourante. Elle a au demeurant été octroyée «pour la même durée que celle accordée par la Confédération pour le funiculaire de E._____», soit, selon les allégations non contredites de la recourante, jusqu'en 2025.

La recourante dispose donc d'une autorisation qui vaut aussi pour le transport des voyageurs. Elle peut ainsi se prévaloir de l'art. 53 al. 4 OCTV, disposition transitoire selon laquelle les autorisations existant lors de son entrée en force demeurent en vigueur. Partant, la recourante n'est provisoirement pas soumise au régime de la concession prévu par la loi sur le transport de voyageurs. Bien fondé, le recours doit être admis, sans qu'il soit besoin d'examiner si la recourante serait assujettie à ce régime en vertu du nouveau droit. Cette question se posera lorsqu'elle ne bénéficiera plus de son statut transitoire.
4.
Vu ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée.

Bien qu'elle succombe, la Confédération n'a pas à supporter les frais judiciaires, car ses intérêts pécuniaires ne sont pas en cause (art. 156 al. 2 OJ).

La recourante a droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ), qu'il convient de mettre à la charge du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.

Le recours est admis et la décision du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication du 1er septembre 2004 est annulée.
2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
3.
Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication versera à la recourante une indemnité de 5'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à l'Office fédéral des transports et au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication.
Lausanne, le 22 mars 2005
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: