

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES
D'AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT PAUL CEZANNE



Centre de Droit Maritime et des Transports

Directeur: Christian Scapel

3, avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence CEDEX 1

Tél. 04.42.17.28.62 - 04.91.13.74.74 - Fax. 04.42.17.28.62

LA LIBERALISATION DU TRANSPORT FERROVIAIRE DE PASSAGERS
EN EUROPE

Claire LASSERRE,

Master 2 Droit des transports terrestres 2011,

Sous la direction de M. Cyril BLOCH.

LA LIBERALISATION DU TRANSPORT DE PASSAGERS EN EUROPE

PREMIERE PARTIE : LE PROCESSUS DE LIBERALISATION

TITRE 1: la fin des monopoles

Chapitre 1 : un monopole public intégré

Chapitre 2 : l'amorce de l'ouverture du marché : la directive 1991

TITRE 2: les acteurs

Chapitre 1 : l'organisation de la famille du chemin de fer

Chapitre 2 : l'opérateur historique : la SNCF

Chapitre 3 : RFF

TITRE 3 : les paquets ferroviaires

Chapitre 1 : Les paquets infrastructure et sécurité

Chapitre 2 : Le paquet voyageurs

DEUXIEME PARTIE : UNE OUVERTURE SOUS CONTROLE : LA REGULATION

TITRE 1 : LES OUTILS DE L'OUVERTURE

Chapitre 1: Les industries de réseau et la théorie des facilités essentielles

Chapitre 2: le nécessaire recours au droit de la régulation

Chapitre 3 : Les ressources essentielles du secteur ferroviaire français

TITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE L'OUVERTURE

Chapitre 1 : L'ARAF

Chapitre 2 : L'accès des nouveaux entrants

Chapitre 3 : Le cabotage

Chapitre 4 : La libéralisation dans les Etats membres

INTRODUCTION

Les Chemins de fer Français sont nés en 1827, trois ans après l'ouverture au service public de la première voie ferrée anglaise. Ainsi, la France inaugure sa première ligne reliant Saint-Etienne à Andrézieux (Loire).

Les premières voies ferrées françaises furent dans un premier temps modestes (quelques dizaines de kilomètres) et avaient pour vocation de transporter le charbon à la voie d'eau la plus proche (Loire ou Rhône). Ces lignes étaient néanmoins accessoirement utilisées pour transporter des voyageurs, dans des conditions de confort bien éloignées des services dispensés aujourd'hui par la SNCF. Toutefois, les voitures du chemin de fer ont été très rapidement améliorées et ce mode de transport s'est développé, mais de manière timide.

En effet, plusieurs lignes se sont créées, restant cependant des lignes isolées et de courtes distances.

En 1841 la première ligne française à grande distance est créée. Cette ligne qui reliait alors Strasbourg à Bâle est également la première ligne internationale d'Europe.

Ainsi, à la fin de l'année 1841, on ne comptait en France que 560 Km de voies contre 4 912 Km pour l'ensemble de l'Europe et au moins autant aux États-Unis.

C'est avec la loi de 1842¹, loi relative à l'établissement de grandes lignes de chemin de fer, prévoyant de concessions de longue durée et l'aide de l'état pour l'établissement d'un réseau rayonnant autour de Paris, que le transport ferroviaire va connaître un véritable essor. L'industrie des chemins de fer devient alors une activité de grande ampleur.

¹ Loi n°1842-06-11 du 11 juin 1842 relative à l'établissement des grandes lignes de chemins de fer

Cette loi de 1842 fixe en même temps la configuration définitive du réseau national qui est alors entièrement centré sur Paris (conformément à l'organisation administrative ainsi qu'au quadrillage routier d'alors).

Plusieurs grandes compagnies voient le jour encouragées par ces nouvelles mesures étatiques : celles de Normandie et de Bretagne (1839-1842), lesquelles fusionnèrent en 1855 avec la Compagnie de "Saint-Germain" pour constituer la Compagnie de l'Ouest, celle du Nord, en 1842, celle du Chemin de Fer de Strasbourg, en 1845, entreprise qui deviendra la Compagnie de l'Est en 1854 au moment où lui fut accordé la concession de la ligne de Paris à Mulhouse, la compagnie de Lyon à Avignon et celle exploitant la ligne d'Avignon à Marseille qui fusionnèrent pour devenir la Compagnie de Lyon à la Méditerranée, puis celle du Paris-Lyon, en 1845 et de Lyon à Avignon, en 1846 qui fusionnèrent pour constituer le PLM (Paris Lyon Méditerranée) dès 1850.

En marge de ces Compagnies exploitant les grandes lignes on vit surgir de nombreuses entreprises exploitant chacune quelques lignes dans diverses régions françaises (chemins de fer de Lyon à Genève, du Dauphiné, d'Alsace, des Charentes, des Dombes, de la Vendée, Nantais, de Rouen à Orléans, d'Orléans à Châlons, des Ardennes).

Néanmoins, il se révéla difficile pour ces petites entreprises de gérer de telles charges et elles furent peu à peu absorbées par les entreprises plus importantes, de sorte que, vers 1860, la France ne comptait plus que six grands réseaux couvrant l'ensemble du territoire (le Nord, l'Est, le P.-L.-M., le P.-O., l'Ouest, le Midi et un petit réseau d'état dans le Sud-Ouest).

Vers 1875, le réseau Français dont la longueur atteignait environ 25 000 km, desservait toutes les villes importantes par un ensemble de grandes lignes.

Ces grands réseaux ont agi sur le marché ferroviaire jusqu'à leur nationalisation, le 1er Janvier 1938, date de la création de la SNCF.

A l'époque de la naissance du chemin de fer en France, les projets de création de lignes et d'exploitation de ces dernières étaient donc centrés sur le territoire national et peu ouverts sur l'idée de réseaux internationaux.

Néanmoins, il ne fallut pas attendre longtemps pour que de tels projets voient le jour.

En effet, la première convention Internationale relative au transport ferroviaire est la Convention de Berne qui vit le jour en 1890. A l'origine, cette convention avait pour vocation de créer une union administrative correspondant aux règles de droit international de l'époque dans le secteur ferroviaire. Le droit international du secteur ferroviaire que nous connaissons aujourd'hui a eu pour base cette convention de 1890 qui, par des modifications successives, a su s'adapter au fil des années à la modernisation et aux évolutions du rail. La Convention de Berne a donc été le socle du droit International Ferroviaire.

Néanmoins, si le mode de transport ferroviaire a connu un essor important tant pour le transport de marchandises que pour celui des voyageurs, il est impossible de retracer l'évolution de ce mode de transport sans évoquer l'arrivée de modes de transports concurrents.

En effet, en ce qui concerne le transport ferroviaire de voyageurs, deux modes de transports sont venus contrarier son essor : l'automobile et l'avion.

En premier lieu, le fordisme et la consommation de masse ont permis à de nombreux foyers de posséder une voiture et ce mode de transport individuel a entraîné les voyageurs sur les routes plus souvent que sur les rails. Cette tendance a perduré de nombreuses années, notamment en ce qui concerne les trajets quotidiens des particuliers, par exemple pour les déplacements du domicile au lieu de travail ou aux diverses activités attirant les Français hors de leur foyer. Néanmoins, tel le phœnix, le train a cette particularité de toujours renaître de ses cendres et on lui découvre aujourd'hui, des vertus qui, en ce début de siècle, sont au centre de nos préoccupations. En effet, ce mode de transport revient aujourd'hui sur le devant de la scène, en raison, notamment, de son caractère écologique et économique. Le rail reprend donc du service face à la route, renversant la tendance de ces dernières décennies.

Reste le concurrent aérien. Ici, la concurrence ne porte pas sur le même aspect que celle opposant le train à l'automobile. Pour ce qui est du transport de passagers, l'aérien concurrence le ferroviaire sur le terrain des transports longue distance (en oppositions aux trajets quotidiens évoqués plus haut). En effet, dans ce secteur et surtout en ce qui concerne les transports internationaux, le transport aérien de passagers est aujourd'hui le plus emprunté par les français. L'ouverture du marché au sein de l'Union Européenne du transport ferroviaire de passagers en France représente donc un vrai challenge et devra convaincre les voyageurs de ses atouts.

Transports intérieurs de voyageurs par mode								
	en milliards de voyageurs-kilomètres							
	2003	2004	2005	2006	2007	2008 (r)	2009	2009/08 (en %)
Voitures particulières	738,6	736,9	727,4	723,8	727,8	720,2	723,9	0,5
Autobus, cars	42,7	44,0	44,0	44,8	47,0	48,5	48,9	0,8
Transports ferrés	83,1	86,6	88,6	92,3	94,2	99,9	99,2	-0,7
SNCF	71,7	74,3	76,2	79,5	81,6	86,6	86,0	-0,6
dont :								
TGV	39,6	41,4	42,5	44,8	48,0	52,2	51,9	-0,7
Réseau principal hors TGV	22,6	23,0	23,4	24,1	22,6	23,0	22,7	-1,0
dont TER	9,1	9,6	10,2	11,1	11,6	12,7	13,0	2,1
RATP (métro + RER)	10,6	11,5	11,6	11,9	11,7	12,3	12,2	-1,5
Métro de province	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9	1,0	1,0	1,0
Transports aériens	13,0	12,7	12,9	13,2	13,2	13,1	12,9	-1,8
Total	877,4	880,3	872,9	874,0	882,3	881,7	884,8	0,4
r : données révisées.								
Champ : France.								
Source : SOeS, comptes des transports en 2009.								

2

Dès lors, les modalités de cette relance sont à trouver.

N'y a-t-il pas meilleure manière de relancer un secteur que de faire marcher le jeu de la concurrence ? Le courant libéral dirait que oui, et la politique globale européenne s'est engagée dans le long processus de la libéralisation des marchés dits de service public.

² Enquête INSEE 2010

Dans le cas du transport ferroviaire, la tâche est complexe puisque depuis 1937³ la SNCF remplit des obligations de service public et a, à ce titre, le monopole du secteur ferroviaire français. Dès lors, comme cela a été le cas pour les marchés du gaz, des télécommunications ou de l'électricité, la privatisation de l'entreprise historique s'impose et la question du partage du réseau se pose. Or, en 1991, lorsque la première étape de l'ouverture du marché a été franchie, la SNCF était encore propriétaire du réseau.

En effet, en tant qu'opérateur historique, la SNCF détenait le réseau d'infrastructure indispensable au fonctionnement du service ferroviaire français. Ces infrastructures extrêmement spécifiques et qui quadrillent le territoire national sont par là même essentielles aux futurs opérateurs, tiers concurrents. La question du partage des infrastructures indispensables dites « facilités essentielles » va dès lors devoir être abordé dans le processus de libéralisation.

En raison de cette position monopolistique et de la possession des infrastructures par la SNCF, l'ouverture à la concurrence ne peut donc s'opérer de manière trop brutale et nécessite certains aménagements permettant d'ouvrir le marché de manière progressive.

Les anciens monopoles remplissant des missions de service public ont tous été libéralisés aujourd'hui. Concernant le secteur ferroviaire, la question n'est pas seulement d'aménager une libéralisation progressive, en effet, il s'agit aussi de définir les services et lignes qui seront concernés par la libre concurrence.

Nous ne traiterons ici que de l'ouverture du marché ferroviaire de transport de passagers au sein de l'Union Européenne et donc des lignes internationales reliant un pays membre à un autre. Ces lignes internationales, à la différence des services régionaux (TER) ne sont pas des lignes dites de service public. Dans le domaine de l'ouverture du marché ferroviaire de transport de voyageurs en Europe, le problème n'est donc pas celui du service public. En effet, la difficulté est ici de permettre à des opérateurs étrangers de réaliser leurs prestations sur le réseau ferré français dans des conditions équivalentes à celles de l'opérateur historique, en l'espèce la SNCF. Or, une telle ouverture implique une entière collaboration de l'opérateur historique. En France, la SNCF est perçue par ses employés comme

³ Signature du décret-loi confiant à la SNCF les droits de construire et d'exploiter le réseau ferré français.

une vraie famille, c'est la grande famille du rail, et les rangs de la SNCF sont très souvent pourvus par des enfants et petits enfants de cheminots, bercés par la grande histoire du rail Français. En raison de la forte identité de cette entreprise, l'ouverture à la concurrence a été très controversée au sein de la SNCF.

Les usagers Français ont également manifesté une défiance certaine à l'égard de cette perspective de libéralisation. Les usagers, très attachés à la notion de service public, craignent que les anciens services publics français perdent du terrain sous l'influence de l'Europe. Néanmoins, la notion de service public n'est pas aisée à définir dans le sens où elle est à géométrie variable selon le moment où l'on se place, les attentes de la population et les priorités du pouvoir politique. La notion de service public s'articule autour de trois grands principes qui sont la continuité du service public (principe à valeur constitutionnelle depuis 1979), l'égalité devant le service public et l'adaptabilité ou la mutabilité du service public. Le dernier principe est intéressant concernant le sujet traité. En effet, cette obligation d'adaptabilité du service public signifie que le service public doit s'adapter aux évolutions de la société, il doit répondre aux besoins évolutifs des usagers. La France et les Français entretiennent un lien particulier avec cette notion de service public en raison de l'histoire Française au cours de laquelle la puissance publique s'est toujours investie de la tâche du développement économique du pays, le service public ayant souvent été à la base de cette évolution constante dans différents domaines dont celui des transports ferroviaires avec notamment le plan Freycinet à la fin du XIX^{ème} siècle.

Cependant, la France est engagée dans le processus communautaire et les traités de l'Union Européenne mettent le principe de concurrence au centre des projets de développement économique de l'Union Européenne. A ce titre, les manifestations de la notion de service public apparaissent dans cette conception comme des exceptions ponctuelles au principe de libre concurrence. Les communautés parlent de « services d'intérêt général » ou de « services d'intérêt économique général » (SIEG). On trouve dans cette dernière catégorie des SIEG des services ayant une nature économique mais étant soumis à des obligations de service public. C'est le cas du secteur du transport. Dans les traités de l'Union Européenne (UE), ces SIEG sont soumis aux règles de la libre concurrence dans la mesure où cette mise en concurrence ne compromet pas la réalisation des missions de service public en question.

Conformément à ces objectifs, l'UE a récemment réformé les situations de monopole de plusieurs services publics au sein des Etats membres (mise en concurrence du marché de l'énergie ou des télécoms).

Cette ouverture à la concurrence ou libéralisation sur tel ou tel marché ne contrarie pas le fonctionnement de ces secteurs, elle a au contraire pour ambition de relancer ces secteurs afin qu'ils répondent toujours au mieux aux besoins des usagers, l'ouverture du marché dans des secteurs dits de service public ne signant pas l'arrêt de mort de ces services publics. Néanmoins, si ces réformes à l'initiative des Communautés Européennes ne représentent pas la fin du service public français, elles aboutissent en revanche à une refonte de l'organisation du service public « à la française ».

Ainsi, la France qui est au cœur du projet Européen se doit d'appliquer ces mesures de libéralisation des services publics. Après avoir ouvert les marchés du gaz et des télécommunications, la France est en plein processus d'ouverture du marché du transport ferroviaire. Ce processus entraîne des très nombreuses et lourdes réformes du système ferroviaire à la française et se présente comme un travail de longue haleine, initié depuis maintenant vingt ans, cette ouverture n'est toujours pas achevée à ce jour, notamment pour le transport ferroviaire de passagers.

Cette ouverture nécessite le bouleversement de l'organisation juridique et économique du secteur jusque là en situation de monopole au profit de la SNCF. En effet, cette importante réforme que constitue la libéralisation du rail pose de nombreuses questions en matière de gestion de l'infrastructure, d'accès au marché et de régulation.

Ainsi, la presse spécialisée a évoqué ces questions, « L'Union, c'est l'ouverture, le rejet de la Constitution européenne n'y changera rien. En matière de transport les Etats ont accepté de se dessaisir d'une partie de leurs compétences. Pour revenir sur cette décision, il faudrait sortir de l'Union ou réunir une minorité de blocage au Conseil. A défaut d'envisager ces solutions extrêmes, la question qui se pose à présent est celle de la façon dont on encadre cette ouverture. Comment

régule-t-on le marché ? Quels gardes fous ? Et c'est là tout l'enjeu des années à venir.»⁴

Le Conseil de l'Union européenne a annoncé vouloir « *créer les conditions adéquates pour permettre de développer la place du transport ferroviaire et du transport combiné dans le système de transport de la Communauté*⁵ ».

Pour ce qui est de l'aspect juridique de la libéralisation, le processus d'ouverture a été réalisé par des réformes successives, appelés « paquets ferroviaires », ces paquets étant d'origine purement communautaire.

En effet, les institutions communautaires sont très favorables au développement du transport ferroviaire, ce dernier représentant de nombreux avantages, en termes, notamment de sécurité et d'environnement. C'est ainsi que la première grande réforme a été adoptée le 29 juillet 1991 (« directive mère ») dont le contenu donne une orientation générale à la refonte du système ferroviaire communautaire. Cette directive mère a donné le coup d'envoi d'une réforme globale du marché européen du transport ferroviaire. Depuis, trois autres ensembles de réformes ont été adoptés, fixant chacun des normes concernant d'autres aspects du secteur, normalisant ainsi une grande partie de la discipline.

Malgré tout, on pourrait se poser la question suivante : pourquoi faut-il intégrer l'espace ferroviaire européen ?

L'idée de cette intégration est celle d'un espace ferroviaire plus vaste et mieux organisé dans lequel la concurrence exercerait ses bienfaits, poussant les opérateurs à améliorer la qualité de leur service. Cette volonté de relancer le secteur ferroviaire est dictée par la situation actuelle du secteur.

Une première raison réside dans le déclin du rail. En effet, en dépit de plusieurs tentatives positives et de la restructuration des entreprises ferroviaires historiques dans plusieurs pays de l'Union européenne, la part de marché du secteur ferroviaire ne cesse de chuter.

⁴ La vie du Rail, du 24 janvier 2007, N° 3087, p. 4 « La Libéralisation. Ce que l'Europe nous réserve »

⁵ Résolution du 19 juin 1995

Un deuxième motif à cette ouverture réside dans l'atout écologique que représente le transport ferroviaire, en comparaison, notamment du transport routier.

Fort de ces constats, la Commission a présenté en juillet 1998, trois propositions dans le but d'améliorer l'efficacité de la législation existante. Après de longs débats au Parlement européen et au Conseil des ministres, un accord politique a été trouvé en novembre 2000.

Le Conseil a alors adopté trois directives formant « le premier paquet ferroviaire » en février 2001. Ces directives sont entrées en vigueur le 15 mars 2001. Elles forment aujourd'hui le «paquet infrastructure ferroviaire», que les Etats membres ont du transposer dans leurs législations nationales au plus tard le 15 mars 2003.

Ces dispositions amorcent la libéralisation du marché du fret ferroviaire transeuropéen en deux étapes, une première étape en 2003 pour les 50 000 km de voies ferrées du Réseau Transeuropéen, une deuxième étape en 2008 pour l'ensemble du réseau.

Elles définissent clairement les missions des acteurs du secteur pour plus de transparence. Ainsi, les entreprises ferroviaires ne sont chargées que du transport alors que les gestionnaires d'infrastructures, qui sont indépendants, assurent un accès équitable au réseau. De plus, ces directives mettent en exergue la nécessité de créer des organismes de régulation, en vue d'un arbitrage impartial des conflits potentiels. Au niveau européen, un système d'observation permanente de l'évolution du secteur ferroviaire est mis en place.

Le « second paquet ferroviaire », a été doté d'un intitulé explicite mais quelque peu fourre tout : « Vers un espace ferroviaire européen intégré ». Ce second paquet ferroviaire a été adopté en 2004. Le but de ces dispositions était d'accélérer l'intégration de l'espace ferroviaire européen ainsi que de renforcer la compétitivité du rail.

Le 3 mars 2004, la Commission Européenne propose un « troisième paquet ferroviaire » pour une ouverture du marché pour les transports internationaux de voyageurs, applicable au 1^{er} janvier 2010. Cette troisième étape vers la

libéralisation du marché du transport ferroviaire est rendue effective par l'adoption de ces dispositions le 13 octobre 2007.

Le troisième paquet ferroviaire concerne donc l'ouverture du marché au transport international de voyageurs et permet notamment aux entreprises ferroviaires de pratiquer le cabotage sous certaines conditions. La France transpose ces dispositions européennes avec la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 (JO 9 déc.) relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

Par l'effet de cette loi, toutes les entreprises ferroviaires habilitées devraient pouvoir accéder de manière non discriminatoire à l'intégralité du réseau ferroviaire européen, aussi bien pour le transport national que pour le transport international de marchandises comme de passagers.

Ainsi, c'est avec ce troisième paquet ferroviaire que l'ouverture de l'ensemble du secteur à la concurrence devient réalité.

Toutefois, si la France a réussi son ouverture du marché ferroviaire du fret, celle du marché du transport ferroviaire de passagers reste plus compliquée. En effet, de nombreux problèmes relatifs au partage des « facilités essentielles » se posent et il apparaît que l'opérateur historique, la SNCF, ne bénéficie pas encore de l'organisation juridique et économique adéquate à une ouverture de marché exempte de discriminations et d'inégalités. Le partage des « facilités essentielles » est le nœud du problème de l'ouverture du marché d'une industrie de réseau. En effet, l'opérateur historique est souvent propriétaire de l'infrastructure dont l'accès est indispensable à tout opérateur désireux d'exploiter une activité dans ledit secteur. La question des modalités du partage de ces infrastructures est donc au cœur de l'ouverture du secteur et nécessite de nombreuses réorganisations du système en place pour permettre l'indépendance du détenteur de l'infrastructure par rapport à toutes les entreprises actives dans l'exploitation du réseau. C'est l'application de la théorie dite des « facilités essentielles ». Cette théorie *« consiste à forcer le titulaire d'une infrastructure incontournable à la partager de manière non discriminatoire avec des tiers, de sorte que la concurrence puisse s'exercer sur le marché en cause. Pour être qualifié d'« essentiel », un actif se doit d'être non duplicable dans des conditions économiques raisonnables,*

indispensable et incontournable pour l'opérateur d'un service déterminé et contrôlé par un monopoleur ou un groupe de partenaires agissant comme tel »⁶. Concernant le réseau ferré français, sont considérées comme des facilités essentielles les voies ferrées, les gares et les équipements nécessaires à la réalisation d'un service de transport ferroviaire comme les ateliers et les locaux de maintenance des wagons. Le patrimoine ferroviaire français étant fractionné le partage de ces différentes facilités essentielles sera traité séparément. Cependant, il est à noter que la France n'a pas accompli les changements d'organisation nécessaires à une mise en concurrence fluide et transparente. Ce retard, combiné à d'autres facteurs, repousse sans cesse la libéralisation totale du secteur ferroviaire, cette libéralisation s'effectuant parcelle par parcelle, parfois en dehors des délais imposés par l'UE.

En effet, si le troisième paquet ferroviaire constitue une avancée spectaculaire dans la marche vers la libéralisation du secteur ferroviaire, il est à noter que son application en France n'est jusqu'à présent que partielle. La France applique aujourd'hui les dispositions relatives au transport de passagers transeuropéen et au cabotage mais retarde la mise en concurrence des opérateurs pour son trafic interne. Ainsi, la SNCF est toujours l'unique exploitant du réseau interne en matière de transport de voyageurs, situation rendue possible par le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, dit règlement « OSP » : obligations de service public. Ce règlement retarde les effets du troisième paquet ferroviaire concernant les lignes de TER (train express régional), toutefois ces lignes ne sont pas l'objet de ce propos, en effet, nous étudierons ici principalement les dispositions relatives au transport transeuropéen et leur application en France. En effet, la France applique aujourd'hui ce versant du troisième paquet ferroviaire et devra donc laisser une place à ces nouveaux opérateurs issus des Etats membres. Ce partage nouveau des rails et des gares demande évidemment la présence d'un gendarme, d'une autorité régulatrice veillant à la bonne application du droit d'accès au réseau de ces nouveaux concurrents.

⁶ Lamy concurrence 2009, n°19, Frédéric MARTY.

Effectivement, tout marché anciennement monopolistique et fraîchement ouvert à la concurrence a besoin de la médiation d'une autorité régulatrice. Il ne s'agit pas ici de droit de la concurrence mais de droit de la régulation. Le droit de la régulation trouve donc sa particularité dans le fait qu'il porte sur la régulation d'un marché qui jusqu'alors était exploité par une entreprise nationale en situation de monopole, dans une situation d'opérateur indispensable. Contrairement au droit de la concurrence le droit de la régulation constitue un encadrement de la création de la concurrence sur un marché donné et ensuite s'assure du maintien de celle-ci sur le marché ouvert.

Le droit de la régulation s'est avéré nécessaire dans des secteurs qui ne peuvent créer leur équilibre par eux-mêmes. Ainsi, cette matière s'applique-t-elle à divers secteurs comme la finance, les télécommunications, l'énergie, la santé et les transports.

Dans la pratique, cette mission de régulation est confiée à un organe spécialisé dit autorité de régulation, chaque secteur bénéficiant de sa propre autorité de régulation. Après quelques tâtonnements, l'autorité de régulation du secteur ferroviaire a enfin vu le jour, en France, avec la création de l'ARAF, Autorité de régulation de l'activité ferroviaire, en décembre 2010 avec la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009.

Cette autorité administrative indépendante a pour mission de veiller au respect des droits des concurrents désireux d'accéder au réseau français. A ce titre, l'ARAF doit permettre un accès au marché sans discriminations et sans inégalités et jouer le rôle de gendarme entre les différents acteurs du secteur ferroviaire, à savoir, RFF, la SNCF et les entreprises ferroviaires concurrentes.

Tous ces éléments bien considérés, plusieurs questions se posent alors. En effet, on peut s'interroger sur l'effectivité de la mise en œuvre des mesures communautaires relatives à cette ouverture du marché ? Comment cette libéralisation du transport de passagers s'orchestre-t-elle ? Quels sont les aspects du secteur qui rendent complexe cette ouverture ? Quels sont les acteurs de la libéralisation ? Quelles autorités de régulation et quelles prérogatives afin de gérer l'impartialité de l'accès au réseau ? Dans quelles conditions les tiers concurrents ont-ils accès au réseau ?

Il convient donc d'examiner si la mise en œuvre de la libéralisation de réseau ferroviaire français s'est déroulée selon les critères communautaires. Le secteur ferroviaire est d'ores et déjà immergé dans le processus de libéralisation et a réalisé de nombreux aménagements afin de rendre possible cette ouverture du marché à la concurrence. La concurrence déjà installée dans le fret ferroviaire a vocation à s'étendre encore. Quant au transport ferroviaire de voyageurs, tout reste encore à faire afin de permettre une réelle application des normes communautaires, pourtant transposées pour la plupart dans notre droit national. Conformément à la volonté de l'UE et comme l'indique le titre du deuxième paquet ferroviaire « Vers un espace ferroviaire européen intégré », l'unification de l'espace ferroviaire Européen est indispensable pour l'aboutissement du projet communautaire et la relance du secteur ferroviaire.

La libéralisation du secteur ferroviaire est un processus progressif dans lequel les Etats avancent étape après étape. Cette progression et les spécificités de ses étapes compte tenu des particularités du secteur ferroviaire français seront développées dans une première partie. Ces particularités sont nombreuses et résident notamment dans la qualité des acteurs du secteur et dans la nature même de cette activité ainsi que dans son histoire. Le transport ferroviaire de passagers étant depuis des années un service public en réseau il est apparu nécessaire d'encadrer sa libéralisation. Ainsi, nous verrons dans une deuxième partie la nature du contrôle opéré sur cette libéralisation par les institutions nationales et communautaires, notamment à l'aide du droit de la régulation. Sera alors exposée la théorie des facilités essentielles et son application au secteur ferroviaire en raison des particularités du réseau ferré français. Enfin, nous traiterons de la récente et inachevée mise en œuvre de l'ouverture du marché ferroviaire européen de passagers. Nous verrons comment l'Autorité de régulation de l'activité ferroviaire contrôle l'absence de discriminations dans l'accès des nouveaux entrants, notamment dans les opérations de cabotage et comparerons les avancées de la France à celles de l'Allemagne en termes d'ouverture.

PREMIERE PARTIE : LE PROCESSUS DE LIBERALISATION

TITRE 1: LA REMISE EN QUESTION DES MONOPOLES

CHAPITRE 1 : LE MONOPOLE PUBLIC FERROVIAIRE

Section 1 : Les industries de réseaux : des monopoles publics intégrés

On dit d'un monopole qu'il est intégré lorsque c'est l'Etat qui crée le monopole en question. Le monopole public qui est souvent verticalement intégré, c'est-à-dire, que l'entreprise monopolistique organise tout à la fois, elle est présente à tous les niveaux : la production du matériel, son entretien, la distribution et la commercialisation du service. C'était le cas de la SNCF jusqu'à l'intervention de l'UE dont les impératifs de libéralisation ont bousculé le fonctionnement monopolistique de la SNCF. La France n'est pas une exception dans ce secteur puisque dans tous les Etats membres un opérateur ferroviaire historique a existé ou existe encore. Depuis une vingtaine d'années, le courant global concernant les industries de réseaux réside dans la « démonopolisation » de ces industries. En effet, encouragée par la politique de la concurrence de l'UE et conformément à l'objectif d'achèvement du marché unique, la démonopolisation a touché toutes les industries de réseaux. Les résultats de cette libéralisation des industries de réseaux ne sont pourtant pas uniformes, en effet, chaque secteur abouti à un régime de concurrence plus ou moins complet.

« Le terme « industries de réseau » recouvre toutes les activités qui supposent l'utilisation d'un réseau. Il s'agit, entre autres, des secteurs des télécommunications, de l'énergie (gaz et électricité), du transport ferroviaire ou aérien, et des services postaux.

Or, ces marchés présentent des caractéristiques d'offre et de demande qui favorisent la concentration des entreprises et la formation de monopoles. On peut alors se demander dans quelle mesure la libéralisation des industries de réseau est possible, et sous quelles conditions la concurrence peut être viable. Cela

revient à s'interroger sur les modalités et les limites éventuelles du processus de libéralisation dans de tels secteurs ⁷».

Une étude des problématiques engendrées par l'ouverture à la concurrence d'une industrie de réseaux permet de cerner que l'accès au marché constitue l'enjeu essentiel du processus de libéralisation.

Toutefois, il faut bien distinguer deux catégories au sein de ces industries de réseau. En effet, le plus souvent, certaines activités au sein d'une industrie de réseau restent dans une situation de monopole alors que d'autres se libéralisent. Selon M. Pénard⁸, « Cette distinction se fait sur la notion de rendements d'échelle croissants. L'infrastructure du réseau est un monopole naturel, et la libéralisation ne remet pas en cause ce monopole (que celui-ci soit public ou privé), tandis que l'exploitation du réseau est ouverte à la concurrence ». On doit donc distinguer l'infrastructure du réseau de l'exploitation du réseau.

En ce qui concerne l'infrastructure du réseau, il semble préférable que les activités afférentes restent sous la coupe d'une seule entreprise, en situation de monopole. En effet, l'infrastructure étant un monopole naturel, elle se traduit par des activités à rendements d'échelle croissants (le coût moyen de production d'une unité diminue avec le nombre d'unités produites). Selon M. Pénard, « Il existe donc « naturellement » des coûts d'entrée et de sortie tels qu'ils constituent des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents⁹ ». Il est dès lors préférable de laisser une unique entreprise ou entité (publique ou privée) desservir ce marché.

Concernant l'exploitation du réseau, en revanche, et considérant qu'il n'y a pas en l'espèce de rendements d'échelle croissants, il est alors préférable que cette exploitation se fasse sous le signe de la concurrence, suivant ainsi la théorie néo-

⁷ T. Pénard, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, n°2-3, 2002.

⁸ T. Pénard, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, n°2-3, 2002.

⁹ T. Pénard, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Revue internationale de droit économique*, n°2-3, 2002.

classique selon laquelle la mise en concurrence des opérateurs a un effet bénéfique sur le marché. Cet effet bénéfique se ressentirait en premier lieu pour le consommateur qui aurait alors accès à des prestations de meilleure qualité et surtout à moindre coût.

Par ailleurs, la libéralisation des industries est motivée par d'autres éléments, facteurs techniques ou économiques. Concernant le secteur ferroviaire, l'apparition d'une concurrence nouvelle utilisant d'autres moyens pour transporter les marchandises et les passagers renforce la nécessité de redynamiser le secteur. De plus, l'appel aux financements publics est de plus en plus difficile et les sommes allouées par l'Etat de plus en plus restreintes, alors que parallèlement les financements privés semblent plus disponibles.

Section 2 : Le monopole du chemin de fer

De par les caractéristiques techniques qui le définissent, le transport ferroviaire nécessite des protocoles de sécurité stricts et nombreux. En effet, les trains vont de plus en plus vite alors que les trains ne disposent toujours que d'un unique degré de liberté : aller d'avant en arrière ou d'arrière en avant et que les distances de freinage restent importantes.

Par ailleurs, comme il a été dit plus tôt, le secteur ferroviaire est composé de deux grandes activités imbriquées l'une dans l'autre, il s'agit d'une part de l'infrastructure du réseau (les rails, les gares, les entrepôts...) et d'autre part de l'exploitation du réseau. L'une des parties serait totalement inutile sans l'autre puisque les trains ne peuvent circuler en dehors de rails et que les rails n'ont d'autre utilité que de faire circuler les trains. C'est cette imbrication entre l'infrastructure fixe et l'exploitation mobile du réseau qui a fait du secteur ferroviaire un secteur dit de monopole intégré.

Enfin, afin d'appréhender les problèmes que peut causer l'ouverture du marché, il faut aussi rappeler que le chemin de fer est fixe et rigide et qu'il ne permet de se déplacer que dans une dimension, astreignant ainsi les exploitants du réseau à l'utiliser à tour de rôle et non tous en même temps.

Sans revenir trop précisément sur l'historique du chemin de fer en France, rappelons néanmoins, que par convention datée du 31 Août 1937, l'Etat a créé une société Nationale des Chemins de fer pour une durée de 45 ans ayant pour mission d'exploiter le réseau. Puis, en 1983, la Loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) a transformé la SNCF en établissement public industriel et commercial (EPIC). Dès lors, la SNCF devient une entreprise publique, elle est l'opérateur historique qui détient le monopole du chemin de fer en France. La SNCF devient alors une parfaite illustration de ce qu'est un monopole verticalement intégré. En effet, l'EPIC est alors en charge de l'ensemble des opérations se trouvant en amont et en aval de la prestation de transport de personnes ou de marchandises. Elle est en amont gestionnaire de l'infrastructure, elle construit donc le chemin de fer en disposant les rails selon les lignes envisagées, elle construit les gares SNCF, elle gère la maintenance de l'infrastructure, veillant à son bon fonctionnement et faisant les réparations utiles, elle attribue les sillons et gère la circulation. Toute la gestion de ces diverses missions se fait selon les procédures de rigueur dans l'exploitation d'un service public.

Par ailleurs, la SNCF est dotée de la personnalité morale et possède une autonomie financière. Afin de mener à bien sa mission de service public, la SNCF doit chercher un équilibre entre ses dépenses et ses recettes. Toutefois, comme tout prestataire effectuant des missions de service public, la SNCF est dédommée par l'Etat d'une partie des frais engagés pour cette mission de service public, on parle de compensation financière. En raison de la décentralisation de l'administration française, ces compensations lui sont versées par l'Etat pour une part et par les collectivités locales pour le reste.

Le statut juridique de la SNCF lui permet de créer des filiales et d'investir. Ainsi, en 2005, le groupe SNCF possédait plus de 500 filiales exerçant une activité liée au transport.

Toutefois, la SNCF s'est rapidement retrouvée à la tête d'une dette très importante de 224 Milliards de Francs en 1995¹⁰. En effet, le désengagement progressif de l'Etat dans le financement de l'infrastructure plonge la SNCF dans un endettement considérable qui impacte la qualité du service ferroviaire et crée un effet boule de

¹⁰ Conseil supérieur du service public ferroviaire « Evaluation de la réforme du secteur du transport ferroviaire », rapport Paris; La Documentation française; 2003

neige faisant diminuer l'affluence dans les trains de la SNCF. Du fait de ce désengagement l'Etat ne manifeste alors que des ambitions limitées sans projet relatif à une nouvelle politique des transports, ne laissant que peu de perspectives de développement voire de pérennité à la SNCF et donc au secteur ferroviaire français.

C'est dans ce contexte et sous l'impulsion de la politique des transports de l'Union Européenne qu'est créé Réseau Ferré de France RFF en 1997. La Communauté Européenne va alors être le déclencheur d'une nouvelle politique des transports et donc d'une réforme du secteur ferroviaire tant attendue, même si les mesures communautaires ne sont pas toujours en adéquation avec les aspirations des cheminots Français.

Section 3 : La construction européenne à l'initiative du mouvement de libéralisation des industries de réseau

La libéralisation des industries de réseau en Europe a pour fondement l'idée que la mise en place de mécanismes concurrentiels est la seule solution valable en vue de créer de véritables marchés européens intégrés à la compétition internationale. C'est donc à l'initiative de la commission européenne que s'est mis en action un processus d'ouverture à la concurrence de ces industries. En témoigne l'article 154 du traité des communautés Européennes prône le positionnement des industries de réseau sur des marchés « ouverts et concurrentiels ». Les objectifs à long terme de cette ouverture sont les suivants : d'une part une meilleure efficacité capable d'engendrer des gains de productivité produisant des retombées positives dans le reste de l'économie, d'autre part des prix revus à la baisse et une qualité des services accrue. Ce cycle devrait sur le long terme générer des salaires plus élevés pour les salariés des entreprises ferroviaires. De plus, un marché ouvert à la concurrence permet de réduire la dépendance du consommateur à l'égard d'un unique opérateur.

C'est dans cette optique qu'intervient la politique communautaire

Un des objectifs principaux de l'Union Européenne est de permettre la libre circulation des biens et des personnes. La politique européenne des transports s'inscrit dans ce mouvement.

En tête des priorités de cette politique communautaire des transports on trouve la relance du secteur ferroviaire. Comme il a été dit plus haut, le remède au déclin du secteur ferroviaire est selon l'UE la mise en concurrence des entreprises ferroviaires pour ou sur le marché. Les mots clés de cette réforme vont être la compétitivité, les lignes longues distances, l'intermodalité, la transparence et la non discrimination.

A l'époque où l'Europe s'institutionnalise, le Traité de Rome consacrait déjà certaines de ses dispositions à une politique commune des transports. Toutefois, cette politique n'a pas été appliquée et il a été jugé nécessaire de réviser ces dispositions. C'est ainsi que le traité de Maastricht est intervenu en précisant cette politique et en fournissant à l'Europe les cadres institutionnels nécessaires à ces grands projets. C'est dans le traité de Maastricht qu'est évoqué pour la première fois dans les textes communautaires le terme de réseau transeuropéen. En 1987, l'Acte unique Européen va encourager la Communauté Européenne à entamer un travail de réforme relatif aux transports et notamment au chemin de fer. La libéralisation du secteur ferroviaire s'amorce alors enfin.

Par la suite, d'autres textes vont venir préciser et renforcer ce projet de libéralisation et d'intégration du secteur ferroviaire : le livre blanc de 1992, celui de 1996.

Le secteur du transport a longtemps été considéré comme un secteur particulier devant être organisé et exploité par l'Etat au travers, notamment, d'entreprises monopolistiques. Pour cette raison, les entreprises de transport, qu'il s'agisse de transport aérien ou ferroviaire, ont pendant longtemps été soumises à des régimes dérogatoires qui les exemptaient des contraintes de droit commun. Ces pratiques ont pris fin à la suite de plusieurs décisions qui ont mis fin à certaines de ces dérogations. En effet, en 1974, l'arrêt « commission c/ France » précise que les règles et principes énoncés dans le traité des communautés sont applicables aux transports. Puis en 1986, la décision « Nouvelles frontières » fait écho à l'arrêt

précédent en déclarant que les principes de la libre concurrence s'appliquent au secteur du transport aérien.

§1. Livre Blanc de 1996

Un Livre blanc est une appellation que l'on retrouve au niveau interne comme au niveau communautaire et qui désigne un document développant les intentions relatives aux actions à mener concernant un sujet précis et qui contient généralement un embryon de programme législatif. Le livre Blanc de 1996 intitulé « Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires »¹¹ a tenté de dresser un état des lieux du secteur ferroviaire en Europe et a dresser les grandes lignes du projet des communautés concernant ce secteur.

L'idée force avancée par la commission dans ce premier livre blanc est de laisser le jeu de la concurrence opéré et de placer le secteur ferroviaire sur un marché ouvert afin que les coûts des entreprises ferroviaires alors en place ne soient réduits, que la qualité des services soit accrue et que l'innovation soit stimulée. De plus, le livre blanc de 1996 sensibilise les Etats membres sur la nécessité de rendre les entreprises ferroviaires indépendantes des Etats afin de leur permettre de fonctionner de manière plus transparente, plus saine et plus indépendantes. Enfin ce Livre Blanc suggère la mise en place de « corridors ferroviaires de marchandises » sur lesquels la concurrence serait libre¹².

Ce premier Livre Blanc peut être considéré comme la base de toutes les mesures prises par la Commission depuis 1996.

§2. Livre Blanc de 2001

Le deuxième livre blanc¹³ est adopté le 12 septembre 2001 par la Commission Européenne. Ce livre blanc a pour intitulé « La politique européenne des

¹¹ Livre blanc de la Commission, du 30 juillet 1996, « une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires », COM (96) 421 final -

¹² Fret : les corridors n'attirent toujours pas les chargeurs », La vie du rail, 13 janvier 1999, n° 2679

¹³ Livre Blanc de 2001 COM (2001) 370 disponible

transports à l'horizon 2010: l'heure des choix » et propose de nombreuses dispositions en vue d'aiguiller la politique des transports de l'Union Européenne.

La disposition première du Livre Blanc de 2001 concerne les transports dans leur ensemble et exprime l'objectif de faire passer le transport ferroviaire au premier plan d'ici 2010 en dynamisant ce mode de transport notamment par la promotion de l'intermodalité, et surtout par la création d'un espace ferroviaire intégré dans lequel la place du fret serait particulièrement mis en valeur et revitalisé.

Le Livre blanc dresse un état des lieux du secteur ferroviaire au début des années 2000 en listant les lacunes du secteur. Parmi ces lacunes, la Commission déplore l'insuffisance d'infrastructures adaptées au transport moderne, l'absence d'interopérabilité entre les réseaux et les systèmes, le peu d'innovation concernant la technique ferroviaire et, surtout le décalage certain entre les besoins des consommateurs et les services ferroviaires proposés.

Toutefois, le Livre Blanc constate également des points positifs et encourageants, points positifs que la Commission encourage à développer. C'est notamment le cas des lignes à grande vitesse et des longs trajets de manière générale pour lesquels le nombre de voyageur est en augmentation constante.

Dans un premier temps, les objectifs de la Commission sont de stopper la baisse du nombre de voyageurs dans le secteur ferroviaire. Il s'agit d'inverser la tendance du déclin du rail.

Par ailleurs, le Livre Blanc rappelle la priorité que représente l'actualisation du réseau unifié transeuropéen.

En 2006, le Livre Blanc est révisé. Un troisième Livre Blanc est donc adopté par la Commission Européenne intitulé «Pour une Europe en mouvement - Mobilité durable pour notre continent ». Ce nouveau document ne rejette pas les objectifs du Livre Blanc de 2001 mais place au centre de la politique communautaire relative au secteur ferroviaire la nécessité de régler les problèmes d'accès au réseau constatés dans de nombreux Etats membres. Le transport ferroviaire est plus que jamais le mode de transport que les autorités veulent voir se développer. En effet, considérant la hausse incessante du prix du pétrole et les accords de Kyoto relatifs à la protection de l'environnement, le transport ferroviaire apparaît

comme la solution la plus adéquate aux préoccupations économiques et environnementales des Etats.

L'Europe souhaite alors plus que jamais mettre l'accent sur la compétitivité du rail.

CHAPITRE 2 : L'AMORCE DE L'OUVERTURE DU MARCHÉ : LA DIRECTIVE 1991

Section 1 : Les grands axes de la libéralisation du marché

La directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991 représente la première grande réforme européenne à œuvrer pour la libéralisation du secteur ferroviaire en Europe. Cette directive a posé les bases des quatre grands axes principaux autour desquels l'ouverture du marché ferroviaire allait s'articuler et se développer.

Ces grands axes ou grands principes sont les suivants : indépendance du gestionnaire face aux entreprises ferroviaires impliquant une séparation de l'activité de transport et de la gestion des infrastructures; assainissement financier, réalisé par la réduction de l'endettement des entreprises ferroviaires ; accès à l'infrastructure ferroviaire pour les d'entreprises internationales et les compagnies exploitant des services de transport combiné.

§1. L'indépendance du gestionnaire du réseau face aux exploitants du réseau

Comme il a été dit plus tôt, la SNCF, comme bien des opérateurs historique constituait un monopole public intégré. Cette notion signifie que la SNCF exécutait toutes les prestations nécessaires à la réalisation d'un transport par voie ferrée en amont et en aval de ce transport. A ce titre elle cumulait les fonctions d'exploitation du réseau et de gestionnaire de l'infrastructure. Ce cumul des fonctions faisant échec à une libéralisation exempte de discrimination en raison du conflit d'intérêt résultant de la position ambivalente de la SNCF. La directive 91/440/CE a donc posé les bases de l'indépendance des gestionnaires d'infrastructure vis-à-vis des exploitants du réseau. Ainsi, l'article 6.1 de la directive mère dispose : « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour assurer, sur le plan de la comptabilité, la séparation des activités relatives à l'exploitation des services de transports de celles relatives à la gestion des infrastructures ferroviaires » Pour ce qui est de la définition des infrastructures, il

est fait renvoi au règlement 2598/70 du 18 juillet 1978 qui énumère les biens assimilables à des infrastructures : les quais, les voies et les bâtiments nécessaires au fonctionnement du service. Par ailleurs, la directive définit les missions du gestionnaire de services. En effet l'article 3-2 dispose « [le gestionnaire doit] assurer l'entretien de ces installations, des systèmes de sécurité et de contribuer à la mise en place de nouvelles structures ». Il est de plus fait mention du moyen de rémunération prévu pour cette gestion de l'infrastructure à l'article 8 : les utilisateurs du réseau verseront une redevance au gestionnaire de l'infrastructure. Enfin, le gestionnaire d'infrastructure a une mission de délivrance des capacités et certificats du matériel des entreprises possédant un droit d'accès au réseau. Concernant la séparation entre le gestionnaire et l'exploitant du réseau, la directive précise que cette séparation ne serait être que purement comptable, la mission du gestionnaire d'attribution des sillons requérant une parfaite indépendance par rapport à toutes les entreprises ferroviaires.

§2. L'assainissement financier

La directive demande aux Etats de participer à la réduction de la dette des entreprises pour leur permettre de démarrer leur gestion autonome de manière saine afin de faire face aux exigences d'un marché ouvert. Contrairement à la construction du réseau routier qui a été financé par l'Etat, les infrastructures ferroviaires ont été financées par la SNCF par le moyen de l'endettement ainsi que sur ses fonds propres.

La directive demande aux Etats de coopérer avec les entreprises ferroviaires en mettant en place des mécanismes permettant à ces entreprises de réduire leur dette de façon à accéder à une situation financière saine qui ne soit pas une gêne dans leurs nouvelles positions d'acteurs du marché. La directive laisse aux Etats le libre choix des moyens d'assainissement des entreprises historiques. La Commission conserve néanmoins un pouvoir de contrôle sur les aides octroyées par les Etats à ces entreprises, ces aides d'Etat ne devant pas contrevenir aux articles 77, 92 et 93 du Traité des Communautés.

§3. Accès à l'infrastructure ferroviaire pour les d'entreprises internationales

L'ouverture du marché concerne les entreprises ferroviaires organisées en regroupement international étant titulaire d'une licence. L'ouverture implique l'octroi d'un droit d'accès et un droit de transit au profit de ces groupements.

Le droit d'accès constitue le droit de charger et de décharger des marchandises dans n'importe quel Etat membre. Le droit de transit se limite au droit d'utiliser l'infrastructure pour circuler sans permettre au transporteur de charger ou décharger des marchandises dans les Etats membres.

Par ailleurs, on entend par entreprise ferroviaire « *toute entreprise à statut privé ou public, dont l'activité principale est la fourniture de prestation de transport par chemin de fer [...] la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise*¹⁴. »

Section 2 : Bilan de la mise en œuvre

Le bilan de la mise en œuvre de cette première directive reste relativement décevant. L'autonomie de gestion des entreprises ferroviaires a certes progressé dans les Etats membres, mais comporte encore des restrictions. Les obligations de service public ne sont ni précisément définies, ni négociées, ce qui rend difficile la délimitation des marchés de service public de ceux ouverts. La séparation entre activité de transport et gestion d'infrastructure est le plus souvent demeurée théorique, certains Etats membres sont maintenant même des compagnies intégrées. Le plus souvent, l'assainissement financier s'est réduit à une opération de cantonnement de la dette héritée du passé, sans qu'une véritable capacité de remboursement apparaisse.

¹⁴ Article 3, directive 91/440/CEE

TITRE 2: les acteurs

Chapitre 1 : l'organisation du secteur ferroviaire

IL est tout d'abord à noter que le secteur ferroviaire est organisé selon deux niveaux, le niveau national et le niveau international.

Dès la création des premières lignes internationales, les Etats concernés ont pu mesurer les difficultés d'ordre technique et juridique que représentent de telles lignes. En effet, les législations et les techniques ferroviaires (infrastructures et matériel roulant différents) ne se coordonnent pas aisément. C'est ainsi que les Etats ont décidé de conclure des conventions internationales permettant de faciliter les passages de lignes internationales.

Le 14 juin 1890, la convention de Berne est signée, elle représente la première convention Internationale en matière de transport. L'objectif poursuivi par cette convention est de codifier les règles de droit international.

Puis près d'un siècle plus tard, le 9 mai 1980, la COTIF (Convention relative aux transports internationaux ferroviaires) est adoptée. Elle entre en vigueur le 1er mai 1985. Par leur qualité de signataires de cette convention les Etats y ayant adhéré constituent l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), dont le siège est à Berne.

La création de l'OTIF est une étape importante dans le processus d'internationalisation du chemin de fer puisque cette organisation est intergouvernementale et que par la COTIF les Etats signataires ont lié leur souveraineté. La COTIF est une convention multilatérale entre plusieurs États et elle a vocation à créer une institution, l'OTIF. De plus la COTIF peut n'être modifiée que selon les modalités et conditions fixées dans la convention.

Notons malgré tout que l'OTIF est encore aujourd'hui une organisation centrale dans le développement du rail international. Les profondes mutations du secteur ferroviaire en Europe du fait de la politique communautaire des transports ont

obligé l'OTIF à s'adapter. Ainsi, la COTIF a connu de nombreuses réformes depuis sa création.

Notons également que l'OTIF n'est pas la seule organisation visant à promouvoir le développement du secteur ferroviaire ainsi que son internationalisation.

On peut répertorier plusieurs organisations menant une action en ce sens, notamment l'European Infrastructure Managers (association internationale défendant les intérêts des gestionnaires d'infrastructures indépendants des entreprises ferroviaires historiques), la Communauté Européenne du rail, association regroupant plus de quarante entreprises ferroviaires et bien d'autres. Ces organisations sont des créations spontanées à l'initiative des acteurs du secteur ferroviaire.

A l'inverse, le Rail Net Europe, a été créé selon la volonté des communautés Européennes, en application de l'article 15 de la directive 2001/14. Mis en place en décembre 2003, ce groupement rassemble les vingt-neuf gestionnaires d'infrastructures européens. Le rail Net Europe cherche à grouper le traitement des demandes de sillons internationaux en établissement des procédures. Le but de cette organisation est d'accroître la compétitivité du rail en améliorant la qualité du service pour les entreprises exploitant le chemin de fer.

Chapitre 2 : l'opérateur historique : la SNCF

Comme il a été dit plus avant, jusqu'en 1937, le réseau ferroviaire français était détenu et exploité par une poignée de grandes entreprises indépendantes les unes des autres.

Néanmoins, suite au protocole d'accord signé le 31 août 1937 entre l'Etat et les 5 grandes compagnies de chemin de fer, la Société Nationale de Chemin de Fer est officiellement créée. L'Etat en est actionnaire à 51% et les compagnies privées (Nord, Est, Paris-Orléans, Paris-Lyon-Méditerranée et Midi) à 49 %.

Section 1 : La création de la SNCF

Jusqu'au protocole d'accord de 1937, les cinq grandes compagnies concessionnaires (Nord, Est, Paris-Orléans, Paris-Lyon-Méditerranée et Midi) et les deux réseaux d'état (État et Alsace Lorraine) détenaient les droits d'exploiter et de construire des chemins de fer. En 1938, cependant, suite au protocole d'accord précité, ces prérogatives furent confiées à une entreprise unique régie par le code du commerce, la SNCF.

Dans cette nouvelle configuration du secteur ferroviaire français, ces compagnies qui restent actionnaires ont pour mission d'apporter les lignes et le matériel nécessaires au réseau ferré. Le président de la Cour des comptes, M.Guinand, est nommé président de la SNCF.

En effet, de 1938 à 1982, la SNCF était une société d'économie mixte par actions dans laquelle le capital était réparti entre l'état (51%) et les anciennes compagnies (49%).

Néanmoins, la SNCF a depuis connu de nombreuses modifications organisationnelles, résultant dans un premier temps de la décentralisation administrative et comptable amorcée par l'Etat Français.

Section 2 : La décentralisation de la SNCF

Le 1^{er} janvier 2002 les régions de province deviennent autorités organisatrices du transport ferroviaire régional, plus connu sous le nom de TER. Cette réforme est l'aboutissement d'un long processus auquel tous les courants politiques nationaux ont contribué. Ce courant vise le développement du transport ferroviaire, ce mode de transport se trouvant dans une situation critique.

Le rôle des régions dans la mise en œuvre de la politique ferroviaire nationale a été défini progressivement.

La collaboration entre la SNCF et les régions repose tout d'abord sur un système de conventions.

Ce conventionnement avec les régions pour l'exploitation des trains régionaux a été dans un premier temps un peu timide puisque conformément à la Loi d'Orientation des Transports Intérieurs (LOTI) la S.N.C.F continuait à fixer le contenu du service.

La SNCF continue ainsi à percevoir l'ensemble des dotations financières de l'état pour faire fonctionner le service et le rôle des régions est finalement assez restreint.

C'est avec les lois de décentralisation et surtout avec la loi RFF de 1997 sur l'organisation des transports ferroviaires ainsi que de la loi SRU (Solidarité Renouvellement Urbain) que le pouvoir des régions se trouve accru.

Par l'effet combiné de ces textes, les régions acquièrent un pouvoir effectif d'organisation en ce qui concerne les transports ferroviaires situés sur leur territoire, on leur transfère le budget pour faire fonctionner ces transports et elles peuvent désormais fixer librement le contenu du service.

La SNCF et les régions passent alors des conventions.

La région devient officiellement l'organisatrice de la politique des transports et de l'aménagement.

En endossent la responsabilité des lignes TER (train express régional), les régions deviennent des acteurs principaux de la gestion des équilibres de l'ensemble du système ferroviaire. En effet, les régions vont dorénavant intervenir dans les politiques nationales et européennes relatives au transport ferroviaire.

Ainsi, selon un rapport du conseil économique et social¹⁵, les régions sont alors « *elles mêmes sensibilisées à la volonté conjointe du Gouvernement français et de la Commission européenne de rééquilibrer le transport de fret en faveur du rail et*

¹⁵ J. CHAUVINEAU, Notes d'IENA, information du conseil économique et social, n°59, 25 septembre 2001

du transport combiné. Dès lors, comme les contrats de Plan Etat-région l'ont montré, il n'y a aucun paradoxe au fait que les régions, entrant dans les responsabilités ferroviaires par le TER, s'impliquent aussi dans le développement du fret ».

Dès lors, la SNCF n'est plus l'acteur exclusif du transport ferroviaire français et doit composer avec les régions, qui deviennent coorganisatrices du transport ferroviaire français.

Cette mutation, n'est pas sans conséquence pour la SNCF, qui va désormais devoir répondre aux exigences de qualité et de d'efficacité imposées par les régions.

Par ailleurs, la Commission européenne qui est désireuse de développer ce mode de transport encourage la mise en concurrence systématique des opérateurs nationaux pour les transports locaux.

La France donne son accord à l'Europe pour la libéralisation du transport, mais le risque de déstabiliser le système ferroviaire français est important, et certaines mesures vont être nécessaires afin de permettre une ouverture à la concurrence.

Une fois passé le stade de la décentralisation, les régions ne peuvent conclure qu'avec la S.N.C.F.

La France est donc encore bien loin d'une ouverture totale du marché.

D'autres modifications vont en effet se révéler nécessaires à cette ouverture dans laquelle la France s'est engagée envers l'Europe.

Section 3 : La transformation de la SNCF en EPIC

Les aménagements requis pour l'ouverture du marché sont nombreux. La première mesure appliquée sera la transformation de la SNCF en Etablissement Public à caractère Industriel et Commercial.

En effet, à la suite du vote de la Loi d'Orientation des Transports Intérieurs (LOTI) de 1982, la SNCF est devenue un Établissement Public Industriel et Commercial (EPIC) le 1 janvier 1983.

L'EPIC est un organisme public doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, chargé de gérer un service dans un but d'intérêt général. Il doit rechercher l'équilibre entre ses recettes et ses dépenses et assurer des missions de service public.

Dès lors, « *en dépit de leur nature publique comme en dépit du caractère de service public de leurs activités, les EPIC entretiennent des relations de droit privé avec trois catégories de personnes – leurs usagers, leurs agents, et les tiers – et agissent, de manière plus générale, sous un régime de droit privé dès lors qu'est en cause l'une de leurs missions* »¹⁶

Un système de compensation financière est alors mis en place afin d'indemniser la SNCF. En échange de ses missions de service public ("transport de la vie quotidienne" exceptés les trajets " grandes lignes"), la SNCF reçoit une compensation financière de l'état. Cette compensation financière se traduit par des aides financières destinées à harmoniser les conditions de concurrence entre le transport ferroviaire et les autres modes de transport.

Section 4 : 1997 Création de l'établissement public Réseau Ferré de France (RFF)

L'étape suivant la transformation de la SNCF en EPIC a été celle de la dissociation du propriétaire des infrastructures ferroviaires et de son exploitant.

¹⁶ CE, 15 mai 2000, n° 172893, Glaise : JurisData n° 2000-060505 ; Rec. CE 2000, p. 897.

On entend par infrastructure, ou encore réseau, ferroviaire les voies, les ouvrages d'art, les quais, les postes d'aiguillage, les installations de traction électrique, de signalisation et de sécurité¹⁷.

Par ailleurs, est considérée comme une entreprise ferroviaire toute entreprise dont l'activité principale est la fourniture de services de transport ferroviaire, la traction des trains étant obligatoirement assurée par cette entreprise¹⁸.

Le 15 Février 1997, la loi portant sur la création de l'établissement public Réseau Ferré de France (RFF) a été promulguée par le Président de la République.

Cette réforme répond à deux impératifs, d'une part, cette dissociation est souhaitée par l'Europe en vue d'une future ouverture du marché, en effet la directive n° 2001/12 impose une autonomie suffisante du gestionnaire d'infrastructure par rapport aux entreprises ferroviaires pour garantir leur égalité d'accès au réseau, d'autre part, cette dissociation apparaît comme une solution aux conditions particulièrement déséquilibrées de financement des infrastructures ferroviaires nationales.

La réforme permet ainsi à la SNCF de ne plus être en charge du financement et de se consacrer essentiellement à ses objectifs d'entreprise publique, à savoir, la fiabilité du service, la recherche de tarifs plus bas, une qualité du service accrue ainsi qu'une meilleure gestion de l'infrastructure.

Néanmoins, la SNCF conserve en grande partie ses attributions. Elle transfère à RFF le choix et le financement des investissements, le financement du compte de gestion de l'infrastructure ainsi que la perception des redevances.

Dans le même temps, cependant, RFF se voit contraint de déléguer une part très importante de ses fonctions à la SNCF qui devient ainsi à la fois gestionnaire d'infrastructure délégué (GID) et entreprise ferroviaire. RFF se substitue à l'état pour rémunérer la SNCF de sa mission de gestion de l'infrastructure. Cette rémunération étant fixée par convention.

¹⁷ Directive européenne n° 91/440 du 29 juillet 1991

¹⁸ Directive européenne n° 91/440 du 29 juillet 1991

Section 5 : Bilan de la SNCF en 2010

Les effets combinés de l'ouverture à la concurrence du transport de marchandises, de la décentralisation du transport régional de voyageurs et des obligations réglementaires de séparation entre gestionnaire d'infrastructure et entreprise ferroviaire ont conduit la SNCF au cours des dix dernières années à redéfinir son organisation.

Selon un rapport de la Cour des comptes réalisé au printemps 2008, « *alors que les activités de gestion de l'infrastructure et d'entreprise ferroviaire étaient fortement imbriquées en 1997, elles sont désormais presque entièrement séparées. Il convient donc d'abattre les derniers obstacles, qui concernent surtout l'exploitation, afin d'accéder à une totale autonomie de la branche infrastructure. La SNCF a beaucoup amélioré ses outils de gestion au cours de ces dernières années mais elle manque encore d'orientations stratégiques à long terme.* »¹⁹.

¹⁹ « Le réseau ferroviaire : Une réforme inachevée, une stratégie incertaine », rapport de la Cour des comptes, 15 avril 2008.

CHAPITRE 3 : RFF

Section 1 : La création de RFF

Au cours du premier semestre de l'année 1996 et à l'initiative du Gouvernement s'est déroulé un débat national sur l'avenir du transport ferroviaire. Les objectifs principaux de ce débat résidaient dans la création des conditions d'un renouveau de ce mode de transport, dans la clarification des rôles des différents acteurs du secteur et dans la mise en œuvre d'un dispositif compatible avec les règles européennes, notamment avec la directive 91/440 du Conseil relative au développement des chemins de fer communautaires (JOCE 24 août 1991, no 237).

Par ailleurs, la transposition de la directive 91/410 dans la législation française rend obligatoire la séparation entre le réseau et l'exploitation de services ferroviaires afin de permettre une future libre concurrence dans le secteur. En effet, L'article 7 de la directive pose le principe selon lequel les Etats membres « *prennent les mesures nécessaires au développement de l'infrastructure ferroviaire nationale en prenant, le cas échéant, en compte les besoins globaux de la Communauté* ».

La première étape de cette séparation s'est concrétisée par une séparation purement comptable entre 1995 et 1997. Toutefois, après cet intermède jugé insuffisant au regard des impératifs communautaires, la France sépare effectivement le réseau²⁰, qui relève désormais de Réseau Ferré de France (RFF) et l'exploitation assurée par la SNCF.

La France a donc décidé de créer un « nouvel établissement public » qui sera effectif 1er janvier 1997 et auquel la propriété des infrastructures ferroviaires et la dette de la S.N.C.F. pour les financer seront transférées. Après la fixation

²⁰ Décret n° 97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de Réseau Ferré de France.

conventionnelle du montant de la dette (dans un premier temps fixé à 125 milliards de francs), il a été décidé d'une future clarification des responsabilités concernant d'une part les infrastructures ferroviaires, et d'autre part le maintien de « l'unicité de la S.N.C.F. » et le statut de ses agents.

La décision d'une telle séparation est prise en 1997 avec la loi « portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire ». Cette loi 97-135 du 13 février 1997²¹ portant création de Réseau Ferré de France, est complétée par trois décrets d'application adoptés en mai 1997, le décret no 97-444 du 5 mai 1997, modifié, relatif aux missions et aux statuts de Réseau ferré de France, paru au Journal Officiel le 7 mai 1997, le décret no 97-445 du 5 mai 1997, portant constitution du patrimoine initial de Réseau ferré de France, paru au Journal Officiel le 7 mai 1997 et enfin le décret no 97-446 du 5 mai 1997, modifié, relatif aux redevances d'utilisation du réseau ferré national, paru au Journal officiel le 7 mai 1997.

Toutefois, il apparaît que les modalités de ce partage soit plutôt particulier.

Section 2 : Les attributions de R.F.F

§ 1. Le propriétaire des infrastructures

En effet, il ne peut être contesté que la séparation juridique des installations et de l'exploitation ait désormais été opérée. Juridiquement donc, RFF est le propriétaire du réseau, cette propriété lui ayant été totalement transférée. La SNCF ne possède donc plus le réseau. R.F.F. a quant à lui pour mission d'exploiter, d'entretenir, d'aménager et de développer le réseau pour le compte de l'Etat. L'établissement public gère également le patrimoine et la dette liés au réseau ferré. Il est chargé de la cohérence et de la mise en valeur des infrastructures ferroviaires confiées par le passé à la SNCF. Néanmoins, les missions nécessaires

²¹ Loi no 97-135, 13 févr. 1997, JO 15 février 1997, désormais abrogée et figurant dans le Code des transports art. L. 2111-9

au fonctionnement du réseau sont confiées à la SNCF à qui cette infrastructure vient d'être supprimée.

Sur le papier, la France obéit ainsi aux exigences de la directive en consacrant le principe de la séparation de l'infrastructure et de l'exploitation. Il n'en demeure pas moins que la SNCF est à la fois client et sous-traitant de RFF, situation exceptionnelle en Europe voire dans le monde.

À l'inverse, RFF devient l'unique fournisseur de service d'accès au réseau pour la SNCF et l'unique client de la branche infrastructure de la SNCF, fournisseur des services de régulation de RFF. Il y a donc à la fois « *une séparation institutionnelle et une imbrication fonctionnelle entre les deux établissements, tous deux sous la tutelle de l'État...* »²²

Cet état d'imbrication est pour le moins propice à créer la confusion et certaines frictions, notamment en ce qui concerne la répartition du patrimoine ferroviaire ou encore l'allocation des capacités²³ et a fortiori l'ouverture du réseau à la concurrence elle-même. En effet, une telle situation comporte un important danger pour cette ouverture puisque le principal sous-traitant et fournisseur des services de régulation sur le réseau est aussi l'opérateur historique, ancien détenteur du monopole et donc un opérateur opposé à la concurrence.

Ainsi, « *la France a procédé en pratique à une transposition a minima de la directive* »²⁴ et n'a pas respecté l'esprit de la directive communautaire dans sa mise en œuvre.

En effet, force est de constater que la réforme déterminante consistant à distinguer les deux entités (RFF et SNCF) n'a été appliquée que de manière formelle et n'a eu que peu de conséquences pratiques.

²² H. Haenel., Rapport d'information, Sénat n° 220, fait au nom de la Commission des affaires européennes, sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne : 12 févr. 2009

²³ H. Haenel., Rapport d'information, Sénat n° 220, fait au nom de la Commission des affaires européennes, sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne : 12 févr. 2009

²⁴ H. Haenel., Rapport d'information, Sénat n° 220, fait au nom de la Commission des affaires européennes, sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne : 12 févr. 2009

§2. La répartition des capacités et l'attribution des sillons

Outre ses qualités d'EPIC, et de propriétaire de l'infrastructure, Réseau ferré de France s'est vu attribué par la suite d'autres missions.

En effet, par la publication du décret du 7 mars 2003 modifié²⁵, RFF devient l'organisme auquel incombe la répartition des capacités. C'est donc RFF qui attribue désormais aux entreprises ferroviaires qui en font la demande les « sillons ferroviaires », c'est-à-dire des créneaux horaires, pour leur permettre de circuler sur le réseau national. Les modalités de ces attributions seront traitées plus loin.

Section 3 : Ressources de RFF

Les ressources de RFF sont de trois sortes. Elles sont constituées par des recettes liées à l'exploitation de son patrimoine, par les concours financiers de l'État et des collectivités locales, ainsi par des redevances d'utilisation (ou péages) du réseau ferré national.

§1. Le concours financier de l'Etat

En tant qu'établissement public, RFF reçoit le concours financier de l'Etat. En 2010, RFF a reçu de l'Etat des subventions s'élevant à 2,01 Milliard d'Euros, dont une subvention d'exploitation d'un montant de 949,7 Millions d'Euros.

Par ailleurs, Cautions bancaires RFF a reçu des cautions bancaires à hauteur de 0,5 Millions d'Euros au 31 décembre 2010, au bénéfice de différentes préfectures

²⁵ Décret. No 2003-194, 7 mars 2003, JO 8 mars

pour couvrir des dépenses de remise en Etat des sites exploités dans le cadre de programmes d'investissements, soit trois cautions pour un montant de 0,3 Millions d'Euros ainsi que d'autres cautions extérieures aux collectivités locales.

§2. Les redevances

A) Le principe des redevances

Les redevances perçues par RFF proviennent d'une part de la SNCF pour l'exploitation des services de transport et, d'autre part, des autres utilisateurs du réseau ferré national (regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires pour des prestations de transports internationaux ou, plus généralement, par les entreprises ferroviaires pour des prestations de transport de marchandises²⁶). Ces redevances sont cruciales pour le gestionnaire d'infrastructure en ce qu'elles représentent pour lui « une garantie d'indépendance dans la mesure où elles établissent un lien direct avec l'utilisation du réseau par les sociétés de transports »²⁷.

Le principe de la perception de redevances est établi par les textes européens et par la loi n° 97-135 du 13 février 1997 créant RFF.

Néanmoins, il est à noter qu'un décret en date du 20 novembre 2008 institue une réforme des péages devenue « essentielle », selon RFF. Cette réforme a pour but d'assurer la pérennité du réseau²⁸.

Il s'agit en effet d'un aspect fondamental du nouveau fonctionnement du secteur ferroviaire français puisqu'il permet de maintenir le réseau en Etat voire de l'améliorer. Cette réforme tarifaire repose les propositions présentées au gouvernement par l'Inspection générale des finances et le Conseil général des ponts et chaussées dans le but d'assurer « une juste rémunération de l'usage du

²⁶ Arrêté. 20 déc. 2001, NOR : EQU0101765A, modifié, fixant le barème des redevances d'utilisation du réseau ferré national.

²⁷ Loïc GRARD, Droit du transport Européen.

²⁸ Décret. no 2008-1204, 20 nov. 2008

réseau, et à fiabiliser durablement son financement». Cette réforme a également pour objectif de faciliter l'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence.

La réforme dispose que l'utilisation par une entreprise ferroviaire des infrastructures doit être formalisée par un contrat entre l'utilisateur du sillon et le gestionnaire de l'infrastructure. Ce contrat doit prévoir le montant d'une redevance qui sera versée au gestionnaire de l'infrastructure²⁹.

La présence de redevances et surtout la transparence de leur mode de calcul et de leur application sont un élément essentiel à l'ouverture du marché. Les redevances doivent être établies de manière non discriminatoire et équitable afin de permettre un accès placé sous le signe de l'égalité aux diverses entreprises.

De plus, si la perception des redevances est importante pour RFF, elle l'est aussi pour les entreprises ferroviaires qui doivent intégrer ces coûts dans leurs tarifs et pour qui le montant d'une redevance peut être déterminant dans la décision d'agir sur le marché ferroviaire Français.

Ainsi, il apparaît que la redevance est un élément crucial pour tous les opérateurs du secteur ferroviaire.

En 2009, certaines lacunes étaient pourtant présentes dans le système français des redevances. En effet, contrairement aux dispositions européennes, le montant des redevances était fixé par le ministère des transports et non par le gestionnaire d'infrastructure de manière indépendante. De plus, les redevances étaient inférieures aux coûts marginaux d'utilisation de l'infrastructure.

Pour remédier à ces lacunes, la loi n°200961503 du 8 décembre 2009 a inséré de nouvelles dispositions dans le code des transports à l'article L.2111-25.

B) Le calcul de la redevance

Comme il a été dit plus haut, la RFF a vocation à s'autofinancer en partie à l'aide des redevances. Le montant de ces redevances est déterminé par elle selon plusieurs paramètres.

²⁹ L. n° 2009-1503, art. 1er, IV

En effet, RFF doit alors tenir compte du coût de l'infrastructure, des jeux de l'offre et de la demande et de la situation du marché ainsi que de la concurrence multimodale.

Les redevances constituant un élément essentiel dans le bon fonctionnement de RFF, elles ont été l'objet de plusieurs dispositions législatives. Dans un premier temps, le décret n°2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national a transcrit les points concernant les redevances contenues dans la directive 2001/12/CE. Par la suite, le législateur a modifié la structure de tarification des redevances par le décret n°2008-1204 du 20 novembre 2008 aujourd'hui inséré dans le code des transports à l'article L.2111-25.

De plus, les exigences de l'Union Européenne en matière de gestion des entreprises publiques vont avec la loi du 8 décembre 2009 s'appliquer à RFF. Ainsi, RFF va devoir appliquer les principes de transparence et de prévisibilité des coûts. Dès lors, RFF doit fixer pluri-annuellement les principes d'évolution des redevances dues pour l'utilisation de l'infrastructure³⁰. L'article L.2111-25 du code des transports dispose des modalités de calcul des redevances : « lorsque le marché s'y prête, de la valeur économique, pour l'attributaire du sillon, de l'utilisation du réseau ferré national et respecte les gains de productivité réalisés par les entreprises ferroviaires ».

La question est alors celle de la détermination du barème des prestations minimales. On entend par barème des prestations minimales le droit d'accès au réseau (la redevance d'accès est forfaitaire pour un horaire de service donné), le droit de réservation des capacités (sillons et arrêts en gare) et le droit de circulation (qui se différencie selon les activités ferroviaires concernées).

D'un point de vue organique, la détermination du barème des prestations minimales est faite par l'Etat mais sur proposition de RFF et après accord de l'ARAF. L'ARAF joue ainsi son rôle de gendarme de l'activité ferroviaire. Elle contrôle la conformité des barèmes avec les principes énoncés plus haut et les dispositions légales. Après cette vérification de l'autorité régulatrice, le barème est publié sous forme d'arrêté.

³⁰ Loi du 8 décembre 2009, article 2-2.

Pour l'année 2010, RFF a perçu environ 4,5 milliards d'euros de redevances.

Section 4 : Les relations entre RFF et la SNCF

Par les lois précitées, Réseau Ferré de France et la SNCF sont devenus deux ÉPIC indépendants.

Réseau Ferré de France possède alors plusieurs casquettes, il est le propriétaire et le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, mais il est aussi le maître d'ouvrage des opérations d'investissement réalisées sur le réseau ferré national. De par cette attribution, elle assure le développement, la mise en valeur du réseau ainsi que son financement. RFF détermine les ouvrages nécessaires sur le réseau et paie ces derniers. Ces ouvrages sont réalisés par le maître d'œuvre. De plus RFF décide des grandes lignes concernant la gestion du trafic et le fonctionnement du réseau.

La SNCF, quant à elle, conserve son rôle de transporteur. Toutefois, elle endosse également la qualité de maître d'œuvre pour les projets sur l'infrastructure. A ce titre, la SNCF assiste le maître d'ouvrage, et chapote la réalisation des travaux en tant que gestionnaire d'infrastructure délégué par RFF.

Il est à noter que dans le secteur ferroviaire de fret ont été mis en place des opérateurs ferroviaires de proximité (OFP). Cette mesure concerne exclusivement le fret.

Cette mesure est issue de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation du transport ferroviaire et portant diverses dispositions relatives aux transports visent à faciliter la mise en place d'opérateurs ferroviaires de proximité destinés à « relancer le fret ferroviaire »³¹. L'article 4 de ce texte prévoit pour les lignes à faible trafic réservées au transport de marchandises, la possibilité pour RFF de confier conventionnellement les missions de gestion, de fonctionnement et d'entretien à toute personne en tant que gestionnaire d'infrastructure délégué. C'est ainsi que des opérateurs ferroviaires de proximité, c'est-à-dire de petite taille pourront se voir confié la gestion de l'infrastructure ferroviaire.

³¹ Loi no 2009-1503, 8 déc. 2009, JO 9 déc.

Dans son avis du 3 septembre 2008³², le Conseil de la concurrence considère que « cette réforme n'est pas de nature, à elle seule, à instaurer un dispositif totalement satisfaisant et suffisamment impartial, en raison du rôle joué par l'opérateur historique dans l'attribution des sillons ferroviaires ».

En effet, contrairement au principe de base du droit de la concurrence, cette ouverture à la concurrence souffre de la position ambiguë de l'opérateur historique. Si ce dernier, la SNCF, exerce bien des activités mises en concurrence (le transport), il exerce parallèlement des activités qui resteront en monopole (la gestion du réseau). La solution alors préconisée par le Conseil de la Concurrence pour remédier à ce dualisme des activités de la SNCF est la mise en place d'une autorité de régulation.

Le Conseil de la Concurrence souligne cette ambiguïté dans le rapport précité en ces termes, « la création de Réseau Ferré de France (RFF), auquel la SNCF a transféré la propriété du réseau ferré national, n'a pas été accompagnée d'une répartition des moyens entre les deux entités conforme à leurs missions. Le transfert d'une partie des actifs et de la dette de la SNCF vers RFF a répondu à une logique financière alors qu'il aurait dû être conçu avant tout comme un transfert de compétences visant à séparer les activités devant s'ouvrir à la concurrence (le transport) de celles liées à la gestion des infrastructures devant nécessairement rester en monopole, cette séparation étant considérée comme un préalable à l'ouverture à la concurrence ».

Il découle de cette séparation non aboutie, un déséquilibre certain. Du point de vue organisationnel, il aurait été bénéfique de transféré plus de personnes à la RFF. En effet, RFF n'est pas capable actuellement de remplir les missions de gestionnaire du en raison du faible nombre de personnes mises à sa disposition, l'essentiel des moyens humains et des compétences techniques étant toujours affecté à la SNCF. Il est donc impossible à RFF de répondre seul à ses missions en raison d'un manque de moyens matériels. Il découle de cette carence le rôle confié à la SNCF de réaliser les études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons au sein de ses bureaux des horaires³³.

³² Conseil de la concurrence, avis n° 08-a-17 du 3 septembre 2008

³³ article 21 du décret n° 2003-194

RFF déclare lui-même ne pas être en mesure aujourd'hui de conduire réellement l'attribution des sillons et de le faire dans des conditions garantissant une stricte égalité entre les transporteurs³⁴. Jusqu'alors, ces problématiques d'attribution de sillons étaient cantonnées au fret, domaine déjà libéralisé depuis 2003.

Par ailleurs, il faut préciser que deux types d'attribution de sillons existent. Il y a d'une part, les demandes de sillons « classiques » et d'autre part les demandes dites de « dernière minute ». Les demandes de sillons « classiques » sont déposées un an à l'avance. Concernant ces demandes RFF peut avoir un certain contrôle. En revanche, concernant les demandes de sillons de " dernière minute ", c'est-à-dire ceux demandés moins d'une semaine avant leur utilisation, il incombe à la SNCF de les attribuer. Ainsi, « les services locaux de la SNCF instruisent et répondent à ces demandes avec un éventuel contrôle a posteriori de RFF » (Cour des comptes, rapport précité, p. 38). Or, il s'agit ici du monde du transport de marchandises, secteur dans lequel les opérations sont très rapides et où l'urgence est une permanente. Dans la pratique, donc, les sillons de « dernière minute » représentent la grande majorité des demandes (350 000) par rapport aux demandes classiques. Il est en effet rare que les entreprises ferroviaires de fret, et spécialement les nouveaux entrants, connaissent un an à l'avance les sillons dont elles auront besoin pour satisfaire les besoins de leurs clients chargeurs.

La Cour des Comptes propose alors plusieurs solutions à cette situation bancaire. La solution idéale, et la plus contraignante, consisterait à affecter le personnel aux entreprises SNCF et RFF en fonction de leurs missions. En l'occurrence afin de palier le manque d'effectifs de RFF, il faudrait « transférer à RFF toutes les directions de la SNCF en charge de la gestion effective du réseau »³⁵. A défaut d'un tel transfert qui représenterait une lourde réorganisation de la SNCF et de RFF, la Cour des Comptes préconise un transfert « a minima des services nationaux et régionaux spécialement chargés de l'attribution des sillons »³⁶.

³⁴ Cour des Comptes, rapport thématique, Le réseau ferroviaire, une réforme inachevée, une stratégie incertaine, 15 avril 2008.

³⁵ Cour des Comptes, rapport thématique, Le réseau ferroviaire, une réforme inachevée, une stratégie incertaine, 15 avril 2008.

³⁶ Cour des Comptes, rapport thématique, Le réseau ferroviaire, une réforme inachevée, une stratégie incertaine, 15 avril 2008.

Le Conseil de la concurrence approuve et encourage l'application de ces recommandations. Il demande un sérieux examen des deux options par la SNCF et RFF afin de sortir au plus vite de cette situation préjudiciable au jeu de la concurrence. Le Conseil de la Concurrence recommande de sortir « dans un délai raisonnable, du statu quo qui prévaut depuis dix ans, et qui comporte un risque majeur de favoriser les pratiques anticoncurrentielles »³⁷.

Toutefois, en attendant la réalisation de ces transferts, le Conseil de la Concurrence préconise « la mise en place par la SNCF d'un dispositif interne de surveillance chargé de diffuser, dans l'entreprise, les bonnes pratiques en matière de droit de la concurrence, particulièrement auprès des services dont l'impartialité est requise pour la gestion du réseau. Ce service pourrait en outre constituer un relais utile pour RFF, principalement pour appréhender les pratiques locales, et conserverait donc son intérêt même dans le cas d'un transfert des seuls bureaux nationaux des horaires ».

³⁷ Conseil de la concurrence, avis n° 08-a-17 du 3 septembre 2008

TITRE 3 : LES PAQUETS FERROVIAIRES

Le courant de libéralisation ayant été amorcé par la directive de 1991, la Communauté Européenne a ensuite encadré de manière plus précise la mise en œuvre de cette ouverture. Cet encadrement s'est fait au moyen de « paquets ferroviaires ». Ces paquets ferroviaires constituent un ensemble de directives adoptées entre 1997 et 2007 précisant les activités couvertes par ce mouvement : fret, transport voyageurs, transport international, cabotage...

La question ferroviaire a ainsi été traitée par blocs, par séries de quatre ou cinq textes.

Selon M. Haenel, « *La notion de paquet est inspirée par la création d'un équilibre entre, d'un côté, le développement de la libéralisation, et, de l'autre, le renforcement de la sécurité et des droits des consommateurs* »³⁸.

CHAPITRE 1 : LES PAQUETS INFRASTRUCTURE ET SECURITE

Section 1 : Le premier paquet ferroviaire de 1998/2001

Le premier paquet ferroviaire est constitué de trois directives préparées en 1998 et adoptées en 2001 modifiant la directive centrale de 1991.

§1. La directive 2001/12/CE

La principale, la directive 2001/12/CE prévoit l'ouverture de l'accès aux services de fret internationaux sur le réseau transeuropéen de fret ferroviaire au 15 mars 2003 au plus tard.

³⁸ H. HAENEL Rapport d'information n° 220 (2008-2009), fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 12 février 2009

Cette directive a pour base le principe d'équilibre. Pour garantir cet équilibre, l'ouverture des services de fret à la concurrence est complétée par un renforcement des obligations en matière de licences pour les entreprises ferroviaires.

§2. La directive tarification des sillons

Une autre directive vise également la tarification des « sillons ». On entend par sillon les routes ferroviaires entre deux points à un horaire donné.

A ce sujet, la directive 2001/14/CE est venue remplacer la directive 95/19/CE.

Elle met en place la répartition des capacités ferroviaires, la tarification des « sillons » et la certification en matière de sécurité. En vertu de cette directive, le gestionnaire d'infrastructure étudie de manière équitable l'ensemble des demandes.

Par ailleurs, cette directive contient en son article 30 les conditions de création d'un organisme de contrôle. Cet organisme serait chargé, entre autres missions, d'instruire et de trancher les éventuelles réclamations que pourraient adresser les entreprises ferroviaires au sujet de leur droit d'accès au réseau.

§3. Transposition du premier paquet ferroviaire

Les directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE formant le premier paquet ferroviaire et étant relatives à l'ouverture du transport international de fret devaient être transposées au plus tard le 15 mars 2003.

Cependant, les systèmes ferroviaires nationaux ne permettent pas toujours une transposition dans les délais impartis. Ainsi, au 3 mars 2004 les Etats membres ayant notifié des mesures de transposition étaient la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, la Finlande, la France, le Pays-Bas, le Portugal. Les Etats membres ayant notifié des mesures de transposition pour certaines des trois

directives étaient l'Irlande et le Luxembourg. Enfin, les Etats membres n'ayant pas encore notifié de mesures de transposition du premier paquet ferroviaire étaient l'Allemagne, l'Autriche, la Grèce, le Royaume-Uni et la Suède.

Néanmoins, il est à noter que sur les cinq Etats membres n'ayant pas en mars 2004 de mesures de transposition, quatre Etats (Allemagne, Autriche, Royaume-Uni, Suède) avaient déjà ouvert leur marché du fret ferroviaire à la concurrence sur la base de leur législation nationale.

Le bilan du premier paquet ferroviaire était donc encourageant et laissait penser à une future intégration du secteur ferroviaire sans grandes difficultés. C'est ainsi que l'Union Européenne s'est engagée dans le second paquet ferroviaire.

Section 2 : le deuxième paquet ferroviaire de 2002/2004

§1. L'ouverture du marché du fret

Le deuxième paquet ferroviaire est composé de cinq directives issues de la Commission Européenne. La principale directive est la 2004/51 qui ouvre véritablement la concurrence au fret ferroviaire. En effet, au 1er janvier 2006, l'accès à tout le réseau est ouvert aux services de fret international. La Commission fixe le 1^{er} janvier 2007 comme date buttoir concernant cette ouverture à l'ensemble du fret. Cette ouverture généralisée du fret, qui concerne aussi le fret domestique, est assortie d'une législation spécifique sur la sécurité ferroviaire.

§2. Un espace européen intégré

Ce deuxième paquet ferroviaire a également pour objectif de progresser rapidement vers un espace ferroviaire européen intégré. A cet effet, la Commission encourage une progression basée sur cinq points. Tout d'abord, les Etats sont invités à développer une approche commune de la sécurité ferroviaire. Pour ce faire, la première directive reprend les responsabilités de chacun en les

clarifiant à l'aide de méthodes, d'objectifs et d'indicateurs portants sur la sécurité et communs à tous les pays de l'UE. Le but était de mettre en place des certificats de sécurité reconnus de part et d'autres et qui feraient office de sésame concernant l'accès au réseau. Cette directive met aussi à la charge des opérateurs l'obligation de rendre publics ces certificats.

§3. L'interopérabilité

Par ailleurs, cette directive a pour but de compléter les principes fondamentaux de l'interopérabilité. Dans ce sens, la Commission préconise d'étendre la géographie de l'interopérabilité à celle de l'ouverture du réseau.

§4. L'agence ferroviaire européenne

Le deuxième paquet est également à l'initiative de la création de l'Agence ferroviaire européenne. « L'Agence Ferroviaire Européenne contribue à l'intégration des réseaux ferroviaires européens en renforçant la sécurité des trains et en leur permettant de franchir les frontières au sein de l'UE sans devoir s'arrêter³⁹». C'est le règlement n° 881/2004 de la Communauté européenne qui crée cet organisme en 2004. La mission de cette agence est principalement technique. En effet, elle a vocation à assister la Commission Européenne ainsi que les Etats membres sur les questions techniques notamment l'interopérabilité et la sécurité sur le réseau ferroviaire européen. Pour ce faire, cet organisme est chargé d'orienter les groupes de travail réfléchissant sur les questions de sécurité et de faire le lien entre ces derniers et la Commission.

L'agence de sécurité joue donc un rôle très important dans la mise en place de l'interopérabilité au sein de l'espace européen ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre des techniques de sécurité.

Toutefois, il est à noter que l'agence ne détient aucun pouvoir de décision, elle représente un maillon de la chaîne en matière de réglementation dans les domaines précités mais intervient en amont des prises de décision. A ce titre, elle est sommée de présenter ses propositions à la Commission qui décidera de leur bien fondé.

³⁹ Europa.eu/ institutions et organes/ agences et organismes décentralisés.

§.5 L'OTIF

Enfin, le deuxième paquet ferroviaire marque l'adhésion des Etats membres à l'Organisation pour les Transports Internationaux Ferroviaires (OTIF). L'OTIF élabore des règles uniformes pour le transport ferroviaire international⁴⁰. Les Etats membres de l'UE font aujourd'hui partie des 41 Etats que comprend l'OTIF.

Si les mesures comprises dans le deuxième paquet ferroviaire sont variées, elles ne concernent que très peu l'ouverture du marché du transport de passagers. En effet, il va falloir attendre le troisième paquet ferroviaire pour permettre à cette partie du transport ferroviaire de se libéraliser.

CHAPITRE 2 : LA REFORME ESSENTIELLE : LE TROISIEME PAQUET FERROVIAIRE

Section 1 : Processus Européen

Avec le troisième paquet ferroviaire, la législation européenne pour les transports ferroviaires a progressé vers les objectifs définis dans le Livre blanc. Selon Mme de Palacio « *Le livre blanc sur les transports adopté par la Commission européenne le 12 septembre 2001 dresse un portrait sans fard de la situation actuelle en matière de transport et présente un programme d'action ambitieux comprenant une soixantaine de mesures s'échelonnant d'ici à 2010*⁴¹ ». Ce rapport rédigé par la Commission Européenne est donc un support dans lequel la Commission a effectué un état des lieux du secteur ferroviaire et a fixé les objectifs à atteindre pour répondre aux exigences de l'ouverture du marché ferroviaire en Europe.

⁴⁰ Unité information et communication de la DG Energie et Transports

⁴¹ Loyola de Palacio, Avant-propos du Livre blanc « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix ».

Le 3 mars 2004, la Commission Européenne propose un « troisième paquet ferroviaire » pour une ouverture du marché pour les transports internationaux de voyageurs, applicable au 1^{er} janvier 2010. Cette troisième étape vers la libéralisation du marché du transport ferroviaire est rendue effective par l'adoption de ces dispositions le 13 octobre 2007.

Section 2 : Transposition en droit français

La France transpose ces dispositions européennes avec la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 (JO 9 déc.) relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports.

Par l'effet de cette loi, toutes les entreprises ferroviaires habilitées devraient pouvoir accéder de manière non discriminatoire à l'intégralité du réseau ferroviaire européen, aussi bien pour le transport national que pour le transport international de marchandises comme de passagers.

Ainsi, c'est avec ce troisième paquet ferroviaire que l'ouverture du secteur à la concurrence devient réalité.

Section 3 : Le contenu du troisième paquet ferroviaire

Le troisième paquet ferroviaire est composé de trois chapitres, le premier consacré au parachèvement du marché, le second relatif à la certification des conducteurs, le troisième aux droits des passagers.

Nous nous intéresserons ici particulièrement au premier volet de ce paquet ferroviaire relatif au parachèvement du marché. En effet, cette partie de la réforme est consacrée à l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires de passagers transfrontiers, notre sujet d'étude.

Cette partie est composée de diverses dispositions. Elle contient notamment la directive 2007/58 du 23 octobre 2007⁴² modifiant la directive européenne 91/440/CEE relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire.

Reprenant la substance de l'article 10.3 de la directive mère de 1991, la directive n°2007/58 consacre le droit d'accès au 1^{er} janvier 2010 à tous les opérateurs ferroviaires européens sur le réseau des Etats membres pour l'exploitation de services internationaux de transport de passagers. Ainsi, l'article premier, point 8 de la directive dispose : « *Les entreprises ferroviaires (établies dans un État membre) se voient accorder, au plus tard le 1er janvier 2010, un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs* »

Au service international précité s'ajoute la possibilité du cabotage. Concrètement, cette disposition permet aux entreprises ferroviaires de prendre et de déposer des voyageurs dans toutes les gares des Etats membres situées sur leur trajet, à condition que le trajet en question soit international. Il s'agit d'une possibilité de cabotage pour les entreprises ferroviaires. Le cabotage est donc ouvert à la concurrence. « Au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre ⁴³».

Toutefois, si le marché du cabotage est bien ouvert à la concurrence, il n'en est pas moins soumis à de nombreuses conditions qui seront énumérés plus loin.

Par ailleurs, le premier chapitre du troisième paquet ferroviaire comprend des dispositions relatives au droit d'accès. En effet, la directive modifie la directive du Parlement Européen et du Conseil n° 2001/14 du 26 février 2001 relative à la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la certification en matière

⁴² Journal Officiel de l'union européenne 3 Décembre 2007

⁴³ Directive 2007/58 du 23 octobre 2007, article premier, point 8

de sécurité⁴⁴, intégrant ainsi les répercussions de la réforme sur la tarification et la capacité d'accès aux infrastructures⁴⁵.

Section 4 : La date d'ouverture du marché

La question de la date d'ouverture a fait débat au sein de l'Union Européenne.

En effet, La version initiale présentée par la Commission avait fixé la libéralisation du trafic international pour l'année 2012 et celle du trafic national pour l'année 2015.

Soucieux de permettre cette ouverture au plus vite, le Parlement européen avait dans un premier temps demandé à ce que soient avancées les deux dates respectivement à 2008 et 2012. Par la suite, la date d'ouverture avait été avancée par un amendement fixant la date d'ouverture du trafic international de voyageurs à 2010 et décalant celle du trafic domestique à 2017. Finalement, le texte adopté par le Parlement européen et le Conseil, fixe l'échéance du 1er janvier 2010 pour le trafic international. En revanche, il n'est pas fait mention dans ce texte du trafic national.

Section 5 : Une réforme amoindrie par le règlement OSP

§1. Un règlement à contre-courant

Alors que le troisième paquet ferroviaire semblait dynamiser le mouvement de libéralisation en complétant les deux paquets précédents et en créant une série de mesures rendant effective et globale cette libéralisation, un règlement communautaire est venu moduler cette évolution : le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, dit règlement « OSP » : obligations de service public.

⁴⁴ Journal Officiel des communautés européennes 15 Mars 2001

⁴⁵ Lamy droit économique, « libre concurrence et monopole public »

§2. Le délicat équilibre entre service public et concurrence

Si le mouvement de l'ouverture à la concurrence a en effet été lancé dans le secteur ferroviaire, il n'en reste pas moins que ce secteur répond en partie à un besoin d'intérêt économique général. C'est dans le cadre de la réflexion sur ces services d'intérêt économique général (SIEG) que le règlement OSP a été créé. En outre, force est de constater que la notion de SIEG est un « point de friction rituel entre deux conceptions du projet politique européen : Comment concilier les règles de la concurrence avec le maintien des services d'intérêt général supposés fonctionner sur d'autres critères et avec d'autres objectifs que ceux associés aux mécanismes de marché ? »⁴⁶.

C'est ainsi que le règlement OSP dispose : « les SIEG sont soumis aux règles du Traité, notamment aux règles de concurrence », « l'introduction d'une concurrence régulée entre les opérateurs permet de rendre les services plus attrayants, plus innovants et moins chers ».

Néanmoins, le règlement reconnaît toutefois l'existence dans le secteur ferroviaire de différents types de services : « de nombreux services de transports terrestres de voyageurs représentant une nécessité d'intérêt général n'offrent pas de possibilités d'exploitation commerciale, une autorité nationale peut choisir de fournir elle-même des services publics de transport de voyageurs sur son territoire ou de les confier sans mise en concurrence à un opérateur interne ».

Dés lors, il semble qu'il faille fractionner le discours lorsqu'il est question de l'ouverture du marché ferroviaire. S'il est correct de dire qu'aujourd'hui la concurrence est la règle, il n'en demeure pas moins que « les services dont l'équilibre économique ne peut être assuré sans soutien public bénéficient d'un régime particulier »⁴⁷.

⁴⁶ Catherine Tasca : Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne - Rapport au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne - Sénat, n° 376 (2007/2008)

⁴⁷ Catherine Tasca : Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne - Rapport au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne - Sénat, n° 376 (2007/2008)

DEUXIEME PARTIE : UNE OUVERTURE SOUS CONTROLE : LA REGULATION

TITRE 1 : LES OUTILS DE L'OUVERTURE

CHAPITRE 1: LES INDUSTRIES DE RESEAU ET LA THEORIE DES FACILITES ESSENTIELLES

La théorie des facilités essentielles est issue de la doctrine américaine.

Il est intéressant de voir cette théorie appliquée aujourd'hui au secteur ferroviaire puisqu'elle est elle-même issue d'un contentieux dans le secteur ferroviaire, l'affaire Terminal Railroad (United States v. Terminal Railroad Assn. of St Louis, 224 U.S. 383) relative à l'accès à une infrastructure ferroviaire en 1912.

En l'espèce, le conflit portait sur l'accès au nœud ferroviaire de la ville de Saint-Louis, Missouri, à des entreprises tierces ne faisant pas partie de la Terminal Railroad Association, laquelle contrôlait l'infrastructure.

Cette théorie « consiste à forcer le titulaire d'une infrastructure incontournable à la partager de manière non discriminatoire avec des tiers, de sorte que la concurrence puisse s'exercer sur le marché en cause. Pour être qualifié d'« essentiel », un actif se doit d'être non duplicable dans des conditions économiques raisonnables, indispensable et incontournable pour l'opérateur d'un service déterminé et contrôlé par un monopoleur ou un groupe de partenaires agissant comme tel »⁴⁸.

⁴⁸ Lamy concurrence 2009, n°19, Frédéric MARTY.

L'application de cette théorie nécessite donc de déterminer au préalable ce qu'est une ressource essentielle et de définir les conditions dans lesquelles un refus à l'accès à ces ressources peut être caractérisé.

Section 1 : Typologie d'une facilité essentielle

Afin de pouvoir contrôler l'accès aux facilités essentielles, il faut donc pouvoir les identifier.

Tout d'abord, il est impossible de définir une ressource essentielle par sa nature. En effet, une telle ressource peut aussi bien être un bien corporel ou incorporel, qu'un bien public ou privé.

Le caractère essentiel de la ressource est donc apprécié in concreto en fonction de son caractère essentiel pour le concurrent qui ne disposerait pas de substitut actuel ou potentiel.

Par ailleurs, il y a abus dans le refus si ce dernier est injustifié. Madame Frison Roche propose de qualifier les entreprises qui détiennent des ressources essentielles au moyen de la notion d'«opérateur crucial»⁴⁹.

Depuis que cette théorie a vu le jour dans la doctrine américaine, elle s'est répandue en Europe et est souvent utilisée par la doctrine française qui a eu à commenter les récentes ouvertures des marchés du gaz et des télécoms. Toutefois, les tribunaux et autorités compétentes en matière de concurrence, s'ils ont souvent utilisé la substance de cette théorie, n'ont jamais explicitement cité la théorie des facilités essentielles dans leurs décisions.

C'est dans sa décision du 5 février 2009 que le Conseil de la concurrence a, pour la première fois, utilisé cette qualification en la définissant comme suit : « des infrastructures, produits ou services "indispensables" ou "essentiels" pour l'accès au marché pertinent ; ces infrastructures, produits ou services ne sont pas

⁴⁹ Frison Roche M.-A., D. 2006, p. 1895

“interchangeables” et en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable repris à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents».

Section 2 : l'usage abusif de la facilité essentielle

Détenir et exploiter une facilité essentielle n'est pas en soi condamnable. L'exploitation d'une facilité essentielle devient pourtant répréhensible si cinq conditions cumulatives sont réunies : il s'agit d'un « actif donnant à son détenteur la maîtrise d'une activité déterminée, dont l'utilisation par les tiers est indispensable pour exercer leur activité sur un marché apparenté, non duplicable à des conditions raisonnables, pour lequel un refus d'utilisation est opposé par le détenteur aux entreprises opérant sur les marchés apparentés, ce refus étant opposé sans raison valable »⁵⁰.

Un refus est donc constitutif d'abus dès lors qu'il est de nature à éliminer toute concurrence sur le marché sans justification puisque ce service est indispensable à l'exercice de l'activité.

Sur ces critères, la commission européenne a condamné par une décision du 14 janvier 1998⁵¹, sur le fondement de l'article 82 CE, devenu l'article 102 TFUE, la société qui exploitait l'aéroport de Francfort. Par sa décision, la commission a reconnu un véritable droit d'accès des entreprises aux infrastructures essentielles dès lors qu'elles sont nécessaires à l'exercice de leur activité. Toutefois, l'obligation de permettre l'accès aux facilités essentielles qui pèse sur leur détenteur n'est pas sans limite. Les exploitants peuvent limiter ce droit d'accès en cas de « contrainte insurmontable » dont ils ont la charge de la preuve. IL apparaît donc clairement que le refus d'accès revêt un caractère exceptionnel.

⁵⁰ Cons. conc., déc. n° 03-MC-04, 22 déc. 2003, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Messageries Lyonnaises de Presse.

⁵¹ Déc. Comm. CE no 98/190, 14 janv. 1998, Flughafen Frankfurt c/ Main, JOCE 11 mars, no L 72, Jus Letter 1998, no 14, p. 5

Dans le même sens, la Commission a sanctionné l'opérateur ferroviaire italien qui avait interdit à une entreprise ferroviaire allemande l'accès à son infrastructure ferroviaire ainsi que la création avec elle d'un regroupement international⁵².

L'exploitation d'une facilité essentielle n'est donc pas répréhensible en soi sur un marché concurrentiel mais revêt un caractère abusif selon l'usage qu'en fait son détenteur. Caractère abusif dont les critères sont définis par la jurisprudence.

La théorie des facilités essentielles tient donc son origine des monopoles publics. Si cette théorie a permis l'ouverture de certaines industries de réseau pour lesquelles la libéralisation semblait compromise, il n'en reste pas moins que cette ouverture doit permettre de conserver un certain équilibre et doit permettre à l'opérateur historique de rester dans la course en obtenant une part de marché. Ainsi, et conformément à l'avis du Conseil d'Etat, il n'est pas interdit à l'opérateur historique de refuser l'accès aux facilités essentielles dans certaines conditions. En effet, l'opérateur peut refuser cet accès à condition d'agir dans les limites des règles imposées par le droit de la concurrence. Nous verrons plus loin comment l'ARAF (autorité de régulation de l'activité ferroviaire) contrôle aujourd'hui les refus d'accès au réseau.

Ces ajustements consécutifs à l'ouverture du marché sont accrus concernant le secteur ferroviaire puisque ce secteur a évolué de manière très nationale depuis sa création jusqu'à l'intervention communautaire sans grand souci de l'international. Tel n'est pas le cas pour tous les modes de transports.

Section 3 : La théorie des facilités essentielles dans les autres modes de transport

§1. Dans le transport aérien

⁵² Déc. Comm. CE no 2004/33, 27 août 2003, GVG c/ FS, JOUE 16 janv. 2004, no L 11, Europe mars 2004, comm. 80, obs. Idot L.

Le secteur aérien, contrairement au secteur ferroviaire a connu un développement extrêmement important depuis une trentaine d'années. Toutefois, comme pour le secteur ferroviaire, l'ouverture à la concurrence et le partage des facilités essentielles dans le secteur aérien a été une histoire de paquets.

Concernant la libéralisation du transport aérien, la politique communautaire a débuté en 1980 et s'est réalisée selon quatre grands axes : l'accès au marché, le contrôle des capacités, les tarifs et la délivrance des licences d'exploitation des compagnies. Les étapes de libéralisation du secteur aérien sont assez semblables à celles du secteur ferroviaire. Ainsi, le « troisième paquet aérien », entré en vigueur le 1er janvier 1993, a établie les règles du cabotage aérien en imposant une période de transition de 5 ans. Le cabotage n'est devenu effectif que le 1er avril 1997.

Le transport aérien est le mode de transport qui a connu, au sein de l'Union Européenne, la progression la plus importante depuis trente ans. Cette incessante croissance du nombre d'opérateurs et de vols pose cependant des problèmes de saturation des aéroports et d'attribution des sillons. Dans son avis n°05-A-15 du 11 juillet 2005, le Conseil de la concurrence a rappelé que « les tarifs d'utilisation des infrastructures essentielles, ce que sont les aéroports, doivent être établis selon des règles objectives, transparentes, non discriminatoires et en relation avec les coûts.» La Commission rappelle ici les principes fondateurs du droit de la concurrence, l'égalité des entreprises face aux conditions d'utilisation de l'infrastructure. Un comportement contraire à ces principe se constitutif d'un abus de position dominante.

La Commission tient donc un discours analogue concernant les différents modes de transports et le partage de leurs facilités essentielles.

§2. Dans le transport maritime

Le transport maritime est par essence un mode de transport international. La problématique est donc différente de celle posée par le secteur ferroviaire. En effet, près de 90% du commerce extérieur s'effectue par voie maritime. Concernant les échanges de marchandises intra Union Européenne, ces derniers se

font presque par moitié par voie maritime (43%). Par ailleurs et au vu des pratiques ancestrales du commerce international, le transport maritime est un mode de transport libéralisé. Toutefois, l'ouverture de ce marché n'est pas totale puisque le cabotage maritime était, jusqu'en 1993, interdit et est maintenant autorisé dans certaines conditions pour les transports intra communautaires.

Le transport maritime n'est donc pas étranger à la régulation comme en attestent certaines décisions de la Commission dans lesquelles la théorie des facilités essentielles s'est appliquée au transport maritime en 1992⁵³, en 1993⁵⁴, et en 1996⁵⁵. Dans la décision concernant le litige Holyhead en 1992, la Commission a affirmé le principe de l'abus de position dominante en énonçant qu'une compagnie ne peut être à la fois propriétaire et utilisatrice d'une infrastructure essentielle et pratiquer une différence de traitement entre ses propres services et ceux de ses concurrents.

⁵³Journal officiel n° L 015 du 18/01/1994 p. 0008 - 0019

⁵⁴Comm. C.E., décision du 21 décembre 1993

⁵⁵C.J.C.E. affaire relative aux installations du port de Rodby

CHAPITRE 2: LE NECESSAIRE RECOURS AU DROIT DE LA REGULATION

Section 1 : le droit de la régulation

§1. Les anciens monopoles et le recours à la régulation

Au-delà de la distinction qui s'opère traditionnellement entre le droit privé et le droit public un droit de la régulation s'est imposé afin de normaliser le contrôle devenu nécessaire dans certains secteurs. Selon Marie-Arme Frisson-Roche, « le droit de la régulation a vocation à exprimer un nouveau rapport entre le droit et l'économie, à la fois un rapport d'organisation et de contrainte et un rapport détaché du passage nécessaire par l'Etat et son organisation administrative »⁵⁶.

Le droit de la régulation trouve donc sa particularité dans le fait qu'il porte sur la régulation d'un marché qui jusqu'alors était exploité par une entreprise nationale en situation de monopole, dans une situation d'opérateur indispensable.

Le droit de la régulation s'est avéré nécessaire dans des secteurs qui ne peuvent créer leur équilibre par eux-mêmes. Ainsi, cette matière s'applique-t-elle à divers secteurs comme la finance, les télécommunications, l'énergie, la santé et les transports.

Le droit de la régulation se différencie du droit de la concurrence en ce qu'il « construit et maintient⁵⁷ » la concurrence plutôt que de la conserver en l'état. La régulation a donc vocation à construire un marché concurrentiel.

Cet objectif particulier de construction ne va trouver sa place que dans certains secteurs, en raison notamment de l'histoire et de la nature des secteurs en question. Dans ces secteurs une dichotomie se crée puisque ces secteurs sont gouvernés d'une part par la concurrence mais d'autre part par autre chose que la

⁵⁶ M-A Frisson-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz 2001 n°7, p.601

⁵⁷ M-A Frisson-Roche, *Le droit de la régulation*, Dalloz 2001 n°7.p.603

concurrence. Il s'agit de secteurs qui sont « ouverts à la concurrence mais non abandonnés à la concurrence », selon Marie-Anne Frisson. En effet, ces secteurs sont ballotés entre la nécessité d'une ouverture à la concurrence et leurs obligations de service public.

Ainsi, le droit de la régulation s'imposerait dans les situations d'ouverture d'un secteur à la concurrence. Ce droit a pour vocation d'organiser juridiquement l'ouverture des marchés. Avec le droit de la régulation l'Etat délègue à une autorité régulatrice autonome le pouvoir d'encadrer l'ouverture d'un marché et de sanctionner, le cas échéant, les opérateurs ne respectant pas les règles de la régulation.

§2. Des autorités de régulation indépendantes

Comme il a été dit ci-avant, la régulation s'opère au moyen d'une autorité régulatrice. Cette autorité régulatrice est indépendante formellement de l'Etat et toutes les autres institutions administratives. Ainsi qu'il a pu l'être observé pour d'anciens monopoles nationaux, ce régulateur est le plus souvent une autorité administrative indépendante. Ces autorités peuvent édicter des règles à l'encontre des opérateurs présents sur le marché permettant au marché régulé de s'équilibrer. Elles n'ont pas toujours la personnalité juridique mais ont toutefois des prérogatives de sanction et de contrôle vis-à-vis des opérateurs intervenant sur le marché régulé.

De plus, il est à noter que ces autorités sont sectorielles. En effet, chaque secteur confronté à des impératifs de régulation du marché a sa propre autorité administrative indépendante, seul le conseil de la concurrence étant une autorité transversale.⁵⁸

Ces autorités se multiplient aujourd'hui, répondant ainsi aux spécificités de chaque marché.

⁵⁸ La régulation, objet d'une branche du droit, disponible dans « Droit de la régulation : questions d'actualité » M.-A. Frison Roche, n° spécial des Petites Affiches, 3 juin 2002, p. 3-7.

Ainsi, le secteur ferroviaire s'est vu attribuer son propre gendarme avec la création de l'Autorité Régulatrice de l'Activité Ferroviaire (ARAF) en décembre 2010.

§3. Des autorités veillant à l'utilisation des facilités essentielles

La question de l'ouverture de marché anciennement monopoles nationaux se pose surtout pour les industries de réseau. Selon Marie-Anne FRISON ROCHE, « un troisième terme pourrait se glisser entre service public, politique et patriotisme nationaux : l'opérateur crucial. Celui-ci met les autres en dépendance par une sorte d'effet de nature. L'opérateur crucial, dont la notion est ici proposée, se reconnaît en ce que le secteur ne peut fonctionner sans lui.[...]Trois types d'opérateurs cruciaux devraient être désignés les détenteurs d'infrastructures essentielles, les porteurs de l'innovation du secteur, les porteurs des risques du système. Ils ressemblent à des régulateurs de second de rang. Les projets de fusion entre marchés financiers l'illustrent »⁵⁹. Selon Mme Frison Roche il y a dans les industries de réseau des entreprises qui sont « cruciales » pour le marché, ce qui justifierait une différence de traitement de ces entreprises par rapport aux autres entreprises présentes sur le même marché. Selon Mme Frison Roche, ces entreprises dites « cruciales » devraient bénéficier de régimes dérogatoires dans leurs rapports avec les autorités publiques, ainsi que dans leurs rapports avec les autres entreprises. Cette différence de traitement trouverait sa justification dans le bon fonctionnement du marché.

Néanmoins, de telles mesures si discriminatoires ne seraient pas acceptables si elles devaient durer trop longtemps, car même si l'opérateur historique est parfois encore propriétaire du réseau, nous verrons plus loin qu'une telle situation est contraire aux directives européennes en la matière. En effet, l'Europe préconise dans de tels cas que l'infrastructure essentielle ne soit plus la propriété de l'opérateur historique.

⁵⁹ « Opérateur Crucial », M-A FRISON ROCHE, Doctrine, Dalloz 2006, p. 1895

Section 2 : la nécessaire régulation des industries de réseau

Il faut entendre par « industries de réseau » toutes les activités qui supposent l'utilisation d'un réseau. Il s'agit, entre autres, des secteurs des télécommunications, de l'énergie (gaz et électricité), du transport ferroviaire ou aérien, et des services postaux. Or la présence de ce réseau, souvent essentiel à l'exploitation du secteur, pose problème puisqu'il est généralement la propriété de l'opérateur historique. En aval, l'usage de ces infrastructures est donc indispensable pour atteindre le marché.

CHAPITRE 3 : LES RESSOURCES ESSENTIELLES DU SECTEUR FERROVIAIRE FRANÇAIS

Section 1 : Le réseau ferré ou le patrimoine de RFF

§1. Nature du patrimoine de RFF

La loi du 30 décembre 1982 précitée, modifiant la nature de la SNCF en la transformant en un EPIC, disposait que « l'ensemble des biens immobiliers dépendant du domaine public ou du domaine privé antérieurement concédés à la société anonyme d'économie mixte [lui étaient] remis en dotation ».

C'est la loi n° 97-135 du 13 février 1997 qui a organisé le régime patrimonial de l'infrastructure.

En effet, l'article 5 de cette loi dispose : *"Les biens constitutifs de l'infrastructure et les immeubles non affectés à l'exploitation des services de transport appartenant à l'État et gérés par la SNCF sont, à la date du 1er janvier 1997, apportés en toute propriété à RFF"*.

Par cette disposition, l'Etat confie donc l'exploitation directe des chemins de fer à deux établissements publics, RFF et la SNCF.

A l'article 11 de cette loi, dispose ce qui suit : *"Les biens immobiliers appartenant à RFF, affectés au transport ferroviaire et aménagés spécialement à cet effet ont le caractère de domaine public"*. Le réseau est donc défini comme ayant le caractère de domaine public

Par cette loi, RFF devient donc propriétaire de l'infrastructure qui est défini à l'article 5 en ces termes : *« Les biens constitutifs de l'infrastructure comprennent : les voies, les ouvrages d'art et les passages à niveau ; les quais à voyageurs et à*

marchandises ; les triages et les chantiers de transport combiné ; les installations de signalisation de sécurité, de traction électrique et de télécommunication liées aux infrastructures ; Les bâtiments affectés au fonctionnement et à l'entretien des infrastructures.»

§2. La répartition des biens entre RFF et la SNCF

I. Une répartition complexe.

Parmi ces dispositions est traitée la délicate répartition des biens entre RFF et la SNCF. La loi détermine alors une distinction entre les biens constitutifs de l'infrastructure transférés à RFF et ceux "dévolus à l'exploitation des services de transports", dont la SNCF conserve la propriété.

Il résulte de cette distinction une répartition pour le moins complexe des infrastructures entre la SNCF et RFF puisque les biens répartis sont souvent imbriqués les uns dans les autres.

L'exemple le plus frappant cette répartition potentiellement problématique est celui des gares. En effet, si les gares appartiennent à la SNCF, il n'en reste pas moins que RFF est propriétaire des quais à voyageurs. Comme le souligne Aurore Laget-Annamayer « Cette situation complexe pose des problèmes en matière de travaux dans les gares. De plus la gestion des gares par la SNCF n'apparaît pas compatible avec l'ouverture du trafic de voyageurs à d'autres entreprises de transport ferroviaire.»⁶⁰

De même, la SNCF a conservé la propriété des ateliers d'entretien du matériel roulant car considérés comme étant dévolus à l'exploitation, mais les voies ferrées permettant d'y accéder faisant partie de l'infrastructure, RFF en est le propriétaire.

⁶⁰ Aurore Laget-Annamayer JurisClasseur Administratif, Fasc. 279 : TRANSPORTS FERROVIAIRES

Cette imbrication portant à la confusion, les modalités de la répartition ont été plus clairement définies par le décret n° 97-445 du 5 mai 1997, portant constitution du patrimoine initial de RFF⁶¹.

La décret organise alors la répartition des biens transférés en pleine propriété à RFF selon quatre catégories : les voies, les installations de télécommunication, les bâtiments et installations, les autres actifs.

Par cette précision, il apparaît que toutes les voies ferrées appartiennent à RFF excepté celles situées dans les ateliers de la SNCF.

La difficulté des gares est réglée comme suit, le décret précise que les quais appartiennent à RFF « jusqu'aux plateformes d'extrémité des gares terminus ».

II. La procédure de répartition des biens

Un décret⁶² a donc réglé les procédures de répartition entre RFF et la SNCF.

Néanmoins, il a été nécessaire de conclure une convention de gestion entre les deux EPIC en prévision de difficultés de découpage parcellaire ou en volume des biens en question. Cette convention a pour vocation de solder le partage des charges et des recettes ainsi que les servitudes d'accès et d'utilisation réciproques des biens.

Par ailleurs, ce décret met en place une Commission Nationale de répartition des actifs que pourront saisir RFF et la SNCF pour arbitrer d'éventuels litiges. Cette commission a en outre le pouvoir de soumettre au ministre un découpage du bien litigieux en cas de désaccord persistant entre les parties.

On comprend donc, au vu de toutes ces difficultés, que le système de répartition imaginé par le législateur rend ce partage bien compliqué. En effet, le fait que la SNCF conserve des biens en vue d'accomplir ses missions complexifie l'équation.

⁶¹ Décret n° 97-445 du 5 mai 1997, portant constitution du patrimoine initial de RFF, paru au Journal Officiel le 7 Mai 1997

⁶² Décret n° 97-445 du 5 mai 1997, portant constitution du patrimoine initial de RFF, paru au Journal Officiel le 7 Mai 1997

Néanmoins, il est à noter que la SNCF dispose de délégations de RFF, délégations qui rétablissent une unité puisque la SNCF en tant que gestionnaire délégué gère finalement la majorité du réseau.

Toutefois, cette situation exclusive en Europe dans laquelle l'opérateur historique devient gestionnaire délégué du réseau n'est pas conforme aux contraintes européennes. Ainsi, quelque années plus tard, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 dispose en son article 6 : "Afin notamment de favoriser la création d'opérateurs ferroviaires de proximité spécialisés dans le fret, le Gouvernement remet sous six mois à compter de la promulgation de la présente loi un rapport au Parlement relatif aux modalités et à l'impact d'un transfert à Réseau ferré de France des gares de fret, y compris les voies de débord, les entrepôts et les cours de marchandises, dans le but de rendre ce transfert effectif avant le 31 décembre 2010".

On note ainsi une tendance de développement de RFF, de ses responsabilités et de ses biens, tendance qui ne fait que se renforcer avec le temps. Notons que sur un marché ouvert à la concurrence, l'indépendance de RFF à l'égard de la SNCF est plus que souhaitable.

§3. Le statut des biens non transférés

Les biens non transférés restent donc entre les mains de la SNCF. Le statut de ces biens demeure donc inchangé. Ces biens restent en effet la propriété de l'Etat et sont assortis d'un droit de jouissance en faveur de la SNCF.

A la création de l'EPIC SCNF, les attributs du droit de jouissance de la SNCF avaient été définis par la loi 30 décembre 1982. En effet, l'article 20 de la loi précitée et son décret n° 83-816 du 13 septembre 1983⁶³, fixaient trois catégories d'attributs du droit de jouissance de la SNCF.

⁶³ Journal Officiel 4 Décembre 1983

Force est de constater que ces droits sont aujourd'hui limités dans leur application. En effet, Aurore Laget-Annamayer dresse la liste des attributs de la SNCF aujourd'hui et souligne leurs limites comme suit :

- *« le droit d'effectuer tous les travaux nécessaires pour les besoins de l'exploitation ne concerne plus que les opérations d'entretien ou de réparation dont elle conserve la responsabilité directe. Le plus gros des travaux, qui concerne l'infrastructure, est effectué par RFF dans le cadre de la nouvelle organisation ;*
- *le droit d'indemnité en cas d'atteinte au droit de jouissance de la SNCF sur le domaine public ferroviaire voit son étendue tout aussi limitée, mais peut revêtir une certaine importance en ce qui concerne les gares et les immeubles de bureaux. Par exemple, par une décision conjointe des ministres des Transports, du Domaine et de l'Intérieur, la SNCF pouvait, pour des motifs d'utilité publique, être contrainte de céder les immeubles qu'elle utilisait à une collectivité territoriale, mais bénéficiait d'un droit à indemnité. Ce dispositif reste valable ;*
- *enfin les contrats d'occupation dans les gares et locaux de marchandises qui restent en jouissance à la SNCF sont toujours d'actualité. En revanche, ce qui concerne les embranchements est réglé dans le cadre de la compétence de RFF.⁶⁴ »*

De ce partage des biens entre RFF et la SNCF découle un partage de responsabilités complexe. Compte tenu de la position singulière de la SNCF, gestionnaire délégué, la question de la responsabilité en cas de dommage subi par un tiers du fait de l'ouvrage public se pose. Les juges ont alors dû préciser le régime de cette répartition de responsabilité.

Certains jugements ayant conclu à la responsabilité de RFF⁶⁵ et d'autres à la responsabilité de la SNCF⁶⁶, le Conseil d'Etat a donc dû se prononcer. Ainsi, dans

⁶⁴ Aurore Laget-Annamayer, JurisClasseur Administratif, Fasc. 279 : TRANSPORTS FERROVIAIRES.

⁶⁵ CAA Nantes, 20 déc. 2001, n° 99NT01474, Breton : JurisData n° 2001-178627

⁶⁶ Paris, 21 mai 2002, n° 99PA04195, SNCF c/ EARL Haquin : JurisData n° 2002-199530

son avis du 26 février 2003⁶⁷, le Conseil d'Etat a rappelé la position de maître d'ouvrage de RFF. Cette qualité de maître d'ouvrage permet en effet d'engager la responsabilité sans faute de RFF pour tout dommage résultant de l'ouvrage. Quant à la SNCF, sa responsabilité ne pourrait être engagée par des tiers que dans le cas où le dommage proviendrait directement des modalités d'entretien de l'ouvrage. Les recommandations exprimées dans cet avis ont depuis été appliquées par les tribunaux⁶⁸.

Section 2 : Les gares

Dans un arrêt de 1948, le Conseil d'Etat s'exprimait ainsi : « un chemin de fer ne peut pas se composer seulement de la voie sur laquelle s'opère la traction ; il y a un certain nombre d'accessoires qui forment les dépendances nécessaires de ces nouvelles voies de communication : telles sont les stations de voyageurs »⁶⁹, que nous appelons aujourd'hui gares. Quelle a été l'évolution de la propriété des gares et quelle solution est retenue aujourd'hui afin de permettre une mise en concurrence des opérateurs sans discrimination concernant l'accès aux gares ?

§1. L'évolution de la propriété des gares

Dans la loi du 30 décembre 1982⁷⁰ précitée, transformant la SNCF en EPIC, le législateur avait défini le patrimoine de la SNCF en ces termes : « Les biens immobilisés affectés au service public du transport ferroviaire et aménagés spécialement à cette fin ont le caractère de domaine public ». Cette loi précisait en outre que l'ensemble des biens immobiliers dépendant du domaine public afférant

⁶⁷ CE, avis, 26 févr. 2003, n° 251172, Courson : JurisData n° 2003-064990

⁶⁸ CE, 27 juill. 2005, n° 268861, Gilles Courson : JurisData n° 2005-068781

⁶⁹ CE, 22 juill. 1948, Min. Travaux publics c/ Tournois.

⁷⁰ . n° 82-1153, 30 déc. 1982 d'orientation des transports intérieurs : Journal Officiel 31 Décembre 1982.

au transport ferroviaire était « remis en dotation » à la SNCF. Parmi ces biens immobiliers figuraient les gares.

Par la suite, l'Union Européenne a exigé que l'exploitation soit séparée du réseau lui-même dans le but d'aménager un marché propice à l'ouverture à la concurrence. C'est ainsi que qu'est intervenue la séparation comptable entre le gestionnaire du réseau et celui de l'exploitation.

Faisant suite à cette séparation, le législateur a organisé le partage du patrimoine entre RFF et la SNCF comme il a été dit ci-avant avec la loi du 13 février 1997⁷¹. Cette transfère la quasi-totalité du réseau à RFF exception faite des gares, qui restent en la possession de la SNCF.

§2. Un point de friction entre la SNCF et RFF

La question de la répartition du patrimoine entre la SNCF et RFF est l'objet d'un débat important depuis la création de RFF. Néanmoins, le débat devient tout particulièrement friction lorsqu'il est question de la propriété des gares. Cette difficulté que constitue la répartition des gares ne fait que s'accroître à l'heure de la mise en concurrence du marché ferroviaire.

La difficulté particulièrement prononcée que représente le partage des gares s'explique aisément. En effet, à l'inverse de la voirie et des équipements, la gare n'est pas seulement un outil ferroviaire, parcelle de l'infrastructure. Selon. Hubert HAENEL, « La gare contemporaine est à l'aube de nouveaux bouleversements caractérisés par l'augmentation des trafics, la diversification de l'offre de transport mêlant plusieurs modes de transport urbain, et l'animation : la gare, lieu de passage, devient aussi un lieu de vie, de commerces. Toutes les gares suivent cette

⁷¹ L. n° 97-135 : Journal Officiel 15 Février 1997.

évolution, et certains anticipent déjà la fin des hyper surfaces commerciales à l'extérieur des villes, au profit de grandes surfaces à l'intérieur des gares⁷²... »

En outre, il est important de souligner l'impératif de transparence et l'absence de discrimination qui devra présider dans la gestion des gares de demain, et ce quelque en soit le gestionnaire. M. Haenel dans son rapport rappelle que « la concurrence favorisera l'émergence de nouveaux modes d'exploitation des espaces ferroviaires dans lequel les autorités locales devront prendre une responsabilité déterminante ». Cependant, s'il est acquis que la SNCF conserve la propriété des gares, ce non transfert de propriété crée des difficultés. En effet, la gare étant une facilité essentielle au sens du droit communautaire, on peut s'inquiéter de la naissance de discriminations si la gestion reste entre les mains de la SNCF. La question est de savoir comment garantir une absence de discrimination ?

Les difficultés liées à cette situation ont fait l'objet d'un avis du conseil de la concurrence sur un projet de loi de 2008⁷³ ainsi que d'un avis de l'Autorité de la concurrence⁷⁴. Le conseil de la Concurrence estime que « L'ouverture à la concurrence du transport international de voyageurs à compter du 1er janvier 2010 pose la question de l'accès aux gares et, partant, de la propriété et de la gestion des gares ferroviaires. En France, celles-ci font partie du domaine public affecté à la SNCF en vertu de l'article 19 de la LOTI et ont été expressément exclues du transfert d'infrastructures à RFF en vertu de l'article 5 de la loi n° 97-135 ».

§3. Une répartition non conformes aux principes du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence prône une égalité des opérateurs devant l'accès au marché afin que le jeu de la concurrence et du marché puisse fonctionner. Or en l'espèce, il apparaît discriminatoire que les gares soient la « propriété » d'un

⁷² Rapport d'information de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes
n° 220 (2008-2009) - 12 février 2009

⁷³ Cons. conc., avis n° 08-A-17, 3 sept. 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports.

⁷⁴ Aut. conc., avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 18.

opérateur alors que les autres infrastructures sont la propriété d'un EPIC ayant vocation à gérer l'infrastructure de manière indépendante. En 2007, Le Premier Ministre avait commandé à Fabienne Keller, Sénatrice du Bas-Rhin, un rapport sur la gare contemporaine. La sénatrice a remis ce rapport au Premier Ministre le 10 mars 2009 dans lequel elle recommande « *la séparation de l'activité de gestionnaire de gares de la SNCF de son activité concurrentielle de transporteur ferroviaire.*»

Conformément aux recommandations de ce rapport, la SNCF a opéré en son sein une scission comptable visant à séparer la branche « gares et connexions » de ses autres branches d'activité concernant l'exploitation du réseau.

Cette nouvelle branche d'activité de la SNCF est ainsi décrite par l'autorité de la concurrence dans son rapport du 4 novembre 2009⁷⁵ : « *Gare & Connexions disposera de huit "agences territoriales gares" directement rattachées au siège et compétentes sur un périmètre géographique donné. Ces agences fixeront des objectifs quantitatifs et qualitatifs aux quarante-trois établissements voyageurs rattachés aux directeurs de régions et qui seront les prestataires de Gares & Connexions.*

Gares & Connexions a mis en place une classification à quatre niveaux des gares, venant se substituer à la précédente classification opérée par la SNCF entre les branches SNCF Voyages et SNCF Proximités. Ces catégories concernent : les gares accueillant plus de 300 000 voyageurs par an, ce qui inclut les six grandes gares parisiennes et la gare de Lyon Part-Dieu ; les gares du réseau francilien, concernées pour la plupart par un trafic de type pendulaire ; les gares régionales de taille moyenne ; enfin, les gares monoporteur qui offrent peu de possibilité de connexions avec d'autres modes de transport que la voiture particulière.

Parallèlement, la SNCF met actuellement en place une "plateforme de service aux entreprises ferroviaires" destinée à jouer le rôle d'interface entre l'établissement public et les nouveaux entrants (fret ou voyageurs) souhaitant accéder aux prestations proposées par la SNCF (hors gestion déléguée de

⁷⁵ Aut. conc., avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 18.

l'infrastructure de RFF). Cette plateforme, qui sera rattachée à la direction de la stratégie ferroviaire et de la régulation, servira de point d'entrée pour les nouveaux entrants pour la commande des prestations en gare, conditionnée par l'octroi de sillon. Cette plateforme, dont il est prévu qu'elle préservera la confidentialité des données que la SNCF recevra, sera garante de l'accès non discriminatoire des entreprises ferroviaires aux prestations de base disponibles en gare et assurera la traçabilité des services fournis. Elle assurera également des fonctions d'études en amont et élaborera des devis pour les prestations demandées. Elle sera enfin en liaison avec Gares & Connexions pour la fourniture des prestations de base. »

Néanmoins, l'indépendance de la branche « Gare et connexions » n'est que comptable. Cette branche qui n'a pas la personnalité juridique jouit donc d'une autonomie quasi-nulle.

Au regard du droit de la concurrence, la mutation n'a donc eu que peu d'effets, le problème du risque de discrimination reste entier et semble même renforcé par le rattachement d'une filiale à « Gares et Connexions » dont la mission est de rentabiliser les espaces commerciaux spécifiques de la SNCF.

Comme le souligne Madame Idoux⁷⁶, « « Gares et connexions », à terme, est destinée à donner l'image d'une gestion neutre et d'une offre de services en plateforme ouverts à tous les gestionnaires de fuseaux. Comment pourrait-elle avoir la légitimité de le faire si elle gouverne dans le même temps une filière purement commerciale d'un des opérateurs soumis à concurrence ? ».

Ici encore, la France est le mauvais élève de l'Europe puisque la plupart des Etats membres ont favorisé la séparation organique entre le propriétaire des gares et son exploitant.

Madame Idoux propose trois solutions afin de remédier à cette séparation bancaire :

⁷⁶ Pascale Idoux, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 16, 18 Avril 2011, 2160 Sur la « propriété » des gares

« la formule « européenne » (gestion autonome, soit par une personne privée non lucrative comme *Network rail* au Royaume Uni, soit par un service de l'État comme *Jernhusen AB* en Suède, soit par un établissement public distinct de RFF, soit par RFF) ;

une formule privatisée confiant par délégation de l'État la gestion des gares à des opérateurs privés, soit dans le cadre de concessions, soit dans le cadre de formules alternatives permettant des rénovations des gares concertées (baux emphytéotiques administratifs ou PPP) ;

une formule décentralisée confiant les gares aux communes ou à une structure intercommunale pertinente. »

Financièrement et au regard de la dette de RFF, le transfère des gares à ce dernier lui permettrait de rembourser sa dette plus rapidement puisque les gares sont des zones commerciales dont les baux commerciaux sont très lucratifs. Cependant, sachant que RFF délègue la gestion des infrastructures à la SNCF, ce transfert ne semble pas le plus indiqué au regard du droit de la concurrence.

Selon Pascale Idoux, « il n'est évidemment pas interdit de penser que les trois modes puissent être utilisés, selon les cas et les terrains. »

Quoi qu'il en soit du choix retenu par les intéressés, il est à souligner que cette situation ne peut perdurer tant elle fausse le jeu de la concurrence et déroge aux dispositions communautaires de 1997.

§4. La réforme de la loi du 9 décembre 2009

La loi du 9 décembre 2009, a instauré une organisation de transition concernant la « propriété des gares, facilité essentielle ».

L'ouverture au trafic international de voyageurs au 1^{er} janvier 2010 a incité le législateur à retoucher çà et là les matières portant défaut relativement au secteur ferroviaire. C'est ainsi que la loi précitée est, notamment, intervenue sur la question des gares. Curieusement et malgré les lacunes citées plus haut, l'article 1, alinéa 2, de la loi énonce expressément la séparation comptable de « gares et connexions » du reste de la SNCF et valide ce choix. La loi rappelle néanmoins que la gestion des gares doit répondre au principe de non discrimination et remet entre les mains de l'ARAF (Autorité de régulation de l'activité ferroviaire) la mission de contrôler la gestion des gares par la branche « gares et connexions ».

C'est à ce jour la solution retenue par le législateur Français, même si cette organisation semble relever du « bricolage » plutôt que de la réorganisation de l'infrastructure.

TITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE

CHAPITRE 1 : L'ARAF

Section 1 : la nécessité de créer un gendarme du marché

Le troisième paquet ferroviaire initie l'ouverture du marché international de voyageurs.

Comme il a été dit plus haut, l'ouverture d'un tel marché constituant auparavant un monopole public intégré nécessite l'intervention d'une autorité de régulation.

Suite aux nombreuses directives et réformes libéralisant le secteur ferroviaire, le gouvernement national a décidé de créer une autorité de régulation propre au secteur ferroviaire.

Section 2 : les autorités ayant précédé l'ARAF

§1. La Mission de contrôle des activités ferroviaires

I. La création de la Mission de contrôle des activités ferroviaires

Par le passé, les missions de régulation étaient confiées au ministre des Transports qui bénéficiait dans cette tâche de l'aide de la Mission de contrôle des activités ferroviaires (MCAF).

La MCAF a été créée par le décret n°2003-194 du 7 mars 2003⁷⁷ relatif à l'utilisation du réseau ferré national. La MCAF était alors placée sous l'autorité administrative directe du ministre des Transports. En effet, en vertu des articles 28 et 29 du décret n°2003-194, le ministre chargé des transports endossait la responsabilité de trancher toute réclamation émanant d'un demandeur de sillon ou de toute personne y ayant un quelconque intérêt.

⁷⁷ L'article 29 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003

Le recours auprès du ministre était ainsi réservé à tout demandeur de sillon s'estimant victime « d'un traitement inéquitable, d'une discrimination ou de tout autre préjudice. » Ces préjudices devaient être liés au document de référence du réseau ou bien à une mauvaise procédure de répartition des capacités d'infrastructure, ou à une réclamation concernant le système de tarification ainsi qu'au niveau et à la structure des redevances, ou bien au certificat de sécurité, à la fourniture des prestations et services ou enfin à la mise en œuvre des accords-cadres ainsi que des contrats d'utilisation de l'infrastructure.

II. Composition et missions

Afin de remplir ses missions de contrôle, le ministre disposait d'un pouvoir de sanction à l'encontre des opérateurs qui dérogeraient aux règles régissant l'accès au marché (capacité professionnelle, capacités financières, honorabilité et couverture des risques).

La MCAF était affiliée au ministère des transports (secrétariat d'État chargé des transports) et était composée de trois membres officiant au Conseil d'Etat, à la Cour de Comptes et au Conseil général des ponts et chaussées.

Les missions de la MCAF étaient multiples quoi que plutôt consultatives. D'une part elle avait la mission d'instruire les demandes d'accès au réseau qui étaient adressées au ministre des transports et de dresser un observatoire des conditions d'accès au réseau. D'autre part, la MCAF participait au projet du document de référence du réseau pour lequel elle était consultée et donnait ainsi un avis.

III. L'insuffisance d'indépendance

Toutefois, la MCAF ne revêtait pas le caractère d'indépendance qui était pourtant indispensable à son rôle de régulateur. En effet, sa position au sein du ministère des transports ne lui permettait pas l'indépendance souhaitée par la Communauté Européenne.

Pour preuve de la confiance limitée des acteurs dans cette organisation, le nombre de saisies dont la MCAF a fait l'objet. En quatre années la MCAF n'a été saisie que trois fois révélant ainsi son manque de crédibilité.

§2. Réseau Ferré de France

Par ailleurs, RFF de part sa fonction de gestionnaire du réseau a pour mission de procéder à la répartition des sillons. Néanmoins, comme il l'a été dit plus haut, RFF ne disposant pas des effectifs nécessaires pour remplir à bien cette fonction a délégué les études techniques d'exécution nécessaires à l'instruction des demandes de sillons à la SNCF. RFF a ainsi reconnu ne pas être capable de réaliser elle-même l'attribution des sillons et donc par là même ne pas être capable de maintenir une réelle égalité entre les entreprises ferroviaires.

§3. L'Établissement public de sécurité ferroviaire

Il s'agit d'une autorité de régulation dont l'action se concentre sur les impératifs de sécurité imposés aux entreprises ferroviaires ayant une activité sur le réseau. Néanmoins, cet établissement public, à l'image de la MCAF ne jouissait pas d'une indépendance nécessaire afin de bien répondre aux impératifs communautaires.

Section 3 : La création de l'ARAF

Bien que les premiers textes amorçant l'ouverture du marché ferroviaire voient le jour en 1991, l'autorité de régulation de l'activité ferroviaire (ARAF) n'est créée qu'en décembre 2010 avec la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009.

L'ARAF est une autorité administrative indépendante créée en France en vue de "*concourir au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et des clients des services de transport ferroviaire*"⁷⁸. La mission principale de l'ARAF est de surveiller que les conditions d'accès au réseau ne fassent pas obstacle au développement de la concurrence. Pour ce faire, l'ARAF a été dotée de la personnalité morale. Cette attribution est le résultat d'un amendement de la

⁷⁸ Loi n° 2009-1503, art. 11

Commission des affaires économiques du Sénat, en vue de ne pas répéter les échecs connus par les premières autorités régulatrices précitées. En effet, ce statut permet à l'ARAF de mener à bien son rôle de gendarme du rail en toute indépendance. De plus, la création de cette autorité dotée de la personnalité juridique lui permet de conserver une autonomie financière, à laquelle concourt la création d'une contribution versée au profit de l'ARAF par les entreprises ferroviaires utilisant le réseau ferroviaire au sens de l'article 17-1 de la LOTI. Le montant de la redevance est fixé par arrêté⁷⁹.

Les modalités de fonctionnement de l'ARAF ont été précisées par le décret n° 2010-1023 du 1er septembre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'ARAF et portant diverses dispositions relatives au secteur ferroviaire (*Journal Officiel 2 Septembre 2010*).

Section 4: la nomination et le statut des membres

L'ARAF se compose de 7 membres nommés par décret au regard de leur connaissance du secteur ferroviaire et de leur compétence dans ce secteur, ainsi que de leur expertise en matière économique, juridique ou en matière de concurrence⁸⁰.

L'ARAF est dirigée par un président qui est seul membre permanent au sein l'autorité. Cette fonction a été attribuée à Monsieur Pierre Cardo, par décret du 20 juillet 2010. Selon l'article L.2132-5 du code du transport, la fonction de président doit être exercée à temps plein et ne peut pas se conjuguer avec une autre activité professionnelle. Par ailleurs, « tout mandat électif communal, départemental, régional, national ou européen, avec tout emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur du transport ferroviaire est interdit »⁸¹.

⁷⁹ Arrêté du 7 octobre 2010 Journal Officiel 14 Octobre 2010, p. 18469. – V. C. transports, art. L. 2132-13

⁸⁰ C. transports, art. L. 2132-1

⁸¹ C. transports, art. L. 2132-5

En dehors du président, trois des membres de l'ARAF désignés respectivement par les présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Conseil économique, social et environnemental. Contrairement au président, ils sont désignés pour remplir leurs fonctions le temps d'un mandat d'une durée de 6 ans non renouvelable. Cette désignation des membres de l'ARAF par diverses institutions et pour une durée limitée est un gage de l'indépendance de l'autorité de régulation. Le renouvellement des membres du collège s'effectue par tiers tous les deux ans. Par ailleurs, à l'instar du président, ces membres ne peuvent pas cumuler à leurs fonctions quelque mandat électif communal, départemental, régional, national ou européen et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur du transport ferroviaire⁸². En cas de manquement à cette mesure d'incompatibilité la révocation des membres est prévue par l'article L.2132-8 du code des transports.

Section 5 : Une autorité aux nombreuses prérogatives

L'ARAF est amené à connaître des litiges relatifs à toutes formes de traitements inéquitables, de discriminations issues de l'accès au réseau et aux facilités essentielles.

L'ARAF est vouée à intervenir dans différentes étapes du déroulement de l'ouverture du marché ferroviaire de transport de passager. A ce titre, cette autorité administrative indépendante possède différentes prérogatives qui vont s'appliquer dans tout le secteur.

L'objectif de l'ARAF est de mettre fin à toute situation susceptible de créer un déséquilibre durable et grave. Trois moyens d'action s'offre alors à elle : la pédagogie, la dissuasion, la médiation.

§1. Les pouvoirs de sanction

⁸² C. transports, art. L. 2132-8

Comme nous avons pu l'observer pour l'ouverture à la concurrence d'autres secteurs que celui du transport ferroviaire, les règles seules ne suffisent pas et les entreprises agissantes sur le marché régulé sont susceptibles de transgresser les règles de la concurrence, faussant ainsi le marché et pénalisant la plupart du temps le consommateur. Afin de pallier ces éventuels débordements, l'ARAF a été investi de pouvoirs de sanctions divers.

En effet, L'ARAF est tenue d'agir dans des cas de manquement aux obligations liées à l'accès au réseau et aux facilités essentielles, en cas de non exécution des décisions de l'ARAF ainsi qu'en cas de manquement aux obligations de communication et d'information.

Plusieurs catégories de sanctions sont alors envisageables.

L'ARAF peut en effet interdire temporairement l'accès à un opérateur qui aurait méconnu les obligations précitées mais aussi infliger des sanctions pécuniaires à cet opérateur.

Pour ce qui est de ces sanctions pécuniaires, elles doivent être proportionnées en fonction de la gravité de l'infraction, de la situation en question, ainsi que du dommage survenu de par l'infraction et des avantages en ayant résulté pour l'opérateur fautif.

Par ailleurs, il est à noter que ces sanctions pécuniaires sont plafonnées. En effet, une sanction pécuniaire infligée par l'ARAF ne peut dépasser 3% du chiffre d'affaire (HT) ou 5% en cas de récidive et ne peut excéder 150 000 Euros ou 375 000 Euros en cas de récidive.

La sanction est donc l'outil ultime dont dispose l'ARAF pour faire cesser une infraction aux règles de la concurrence.

Néanmoins, l'AAI du rail bénéficie de divers pouvoirs destinés à contrôler les entreprises du secteur ferroviaire en amont, évitant ainsi des sanctions punitives pécuniaires ou privatives d'accès au marché.

§2. Les pouvoirs de décision, d'approbation et d'autorisation importants.

Comme il a été dit plus haut, l'ARAF a vocation à contrôler l'activité des acteurs du secteur ferroviaire et ce, en amont comme en aval de l'exécution de la prestation de transport.

Afin de contrôler la teneur des rapports existants entre les différents acteurs du secteur et principalement afin de réguler les accords entre ces parties, l'ARAF s'est vu octroyée des pouvoirs de décision, d'approbation et d'autorisation importants.

L'ARAF émet un avis sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national en fonction des principes et des règles de tarification applicables au dit réseau.

L'ARAF émet alors un avis motivé.

Par ailleurs, elle a une fonction d'approbation des règles de séparation comptable.

Pour ce qui est de la pratique du cabotage dans le cadre de liaisons internationales, l'ARAF a pour mission de vérifier que l'objet principal du service réside bien dans le transport de voyageurs entre des gares situées dans des Etats membres différents. Dans ce domaine, l'ARAF est amenée à se prononcer sur l'existence éventuelle de l'atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public préexistant sur ces dessertes intérieures.

Concernant les rapports du gestionnaire d'infrastructure et des opérateurs ferroviaires, l'ARAF joue également le rôle de gendarme, puisqu'elle peut s'opposer au tarif négocié pour des redevances d'infrastructures dans la mesure où ce tarif constituerait une entrave à la concurrence. A ce titre, l'ARAF est l'autorité à laquelle il incombe de valider l'entrée en vigueur des accords cadres entre les entreprises ferroviaires et les gestionnaires de l'infrastructure.

Enfin, l'ARAF est consultée dès lors qu'un projet de texte réglementaire voit le jour et s'il concerne l'accès au réseau, l'utilisation du réseau ou encore les matériels de transport.

§3. Pouvoirs de contrôle, d'investigation et de coopération

Afin de permettre à l'ARAF de contrôler les activités des acteurs du secteur ferroviaire, cette autorité administrative indépendante s'est vue attribuer des pouvoirs de contrôle d'investigation et de coopération assez importants.

Tout d'abord l'ARAF dispose d'un pouvoir d'enquête sur pièces et par expertise, ainsi que d'un pouvoir de contrôle sur place. Ces pouvoirs sont assortis d'un pouvoir de visite et de saisie qui permet à l'ARAF de recueillir les informations nécessaires à l'exercice de ses missions.

Par ailleurs, il est important de noter que l'ARAF fait partie des Autorités Administratives Indépendantes dotées de la personnalité juridique. Cette attribution de la personnalité juridique est assortie de la création de ressources affectées à l'ARAF et garantissant ainsi ses moyens d'actions.

CHAPITRE 2 : LE DROIT D'ACCES AU RESEAU

Section 1 : le retard de la France en matière de transport de passagers

Bien qu'elle ne soit pas le plus mauvais élève de cette intégration du secteur ferroviaire en Europe, la France avait pris un certain retard dans l'ouverture de ce marché. En effet, en dépit de l'adoption du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national et de l'ouverture du fret à la concurrence depuis le 31 mars 2006⁸³, la France était encore loin d'avoir appliquée les mesures européennes relatives à l'ouverture du marché du transport de passagers.

Pour palier ce retard la loi n° 2009-1503– dite ORTF – est intervenu le 8 décembre 2009 pour affirmer l'ouverture du secteur à la concurrence.

Ainsi, l'un des objectifs de cette ouverture, l'ouverture aux trafics internationaux, a pu être atteint. En effet, la loi ORTF a intégré dans l'ordre national la possibilité pour le réseau d'être utilisé pour des trafics internationaux. Le développement de ce type de transport représente une des priorités de la politique commune des transports et la Commission insiste surtout sur les modalités de réalisation de cet objectif. En effet, l'ouverture aux trafics internationaux doit se réaliser sans discrimination et en toute transparence. Cet impératif est d'ailleurs clairement énoncé dans la directive 91/440 CE du 29 juillet 1991 qui prône "*la garantie des droits d'accès aux réseaux ferroviaires des États membres pour les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires effectuant des transports internationaux de marchandises*".

Dans le même temps, l'ouverture à la concurrence des services ferroviaires de transport international de personnes avec cabotage est traitée à l'article 30 de la directive 2007/58/CE. Cette ouverture doit intervenir au plus tard le 1er janvier 2010. Ces dispositions se recoupent avec celles de l'article 17-2 de la loi n° 2009-1503 *qui* ouvre à la concurrence les dessertes intérieures des services de transport

⁸³ L. n° 2006-10, 5 janv. 2006, relative à la sécurité et au développement des transports, art 19 : Journal Officiel 6 Janvier 2006, décret d'application, D. n° 2006-368, 28 mars 2006 : Journal Officiel 29 Mars 2006

international de voyageurs. Toutefois, cette possibilité de cabotage est soumise à conditions. L'activité de cabotage ne doit être que secondaire par rapport à l'activité de transport international de l'opérateur. De plus, ce cabotage ne doit pas porter atteinte à l'équilibre économique d'un contrat de service public (*C. transports, art. L. 2121-12*). L'ARAF est chargée de déterminer si ces conditions sont remplies par l'opérateur effectuant l'activité de cabotage. Cette autorité seule possède le pouvoir de dénoncer une de ces atteintes.

Du point de vue législatif, la France a adopté ces mesures en les transposant en droit interne. Ainsi, le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national transpose les directives du Conseil européen 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE du 26 février 2001, et ce domaine est aujourd'hui régi par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 organisant le droit d'accès au réseau ferré national modifié par le décret n° 2003-194. On peut donc trouver ces dispositions dans notre nouveau code des transports aux articles L. 2122-9 à L. 2122-13.

Dans la pratique, le droit d'établissement sur un marché régulé est rendu effectif par l'octroi d'autorisations et de licences. C'est d'ailleurs le système qu'a choisi l'Union Européenne et que la France a transposé dans son droit interne. Le régime adopté par la Commission se concrétise par la délivrance d'une autorisation. Avant la délivrance de cette autorisation, il est à noter que l'accès au réseau est ouvert à une certaine catégorie d'opérateurs soumis à un régime d'autorisations spécifiques au secteur. L'article premier de La loi n° 2009-1503 rappelle la nécessité d'un droit d'accès qui serait délivré aux entreprises ferroviaires dans des conditions équitables et sans discrimination, et qui donnerait accès à l'ensemble du réseau ferroviaire. Cette disposition a été insérée dans le code des transports à l'article L. 2122-9.

Section 2 : Bénéficiaires et contenu du droit d'accès

En principe, la gestion du droit d'accès est confiée à RFF en tant que gestionnaire de l'infrastructure par le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié par le décret

n° 2010-932 du 24 août 2010 relatif au transport ferroviaire de voyageurs. L'article 1^{er} de ce décret dispose : « *RFF veille à ce que toute entreprise ferroviaire [...] ait accès, sans discrimination, aux infrastructures qu'il gère ou dont le gestionnaire d'infrastructure est le titulaire d'un contrat de partenariat.* ». Les bénéficiaires de ce droit d'accès sont donc définis ici de manière très large sous la désignation « toute entreprise ferroviaire ».

Par droit d'accès on entend un droit permettant d'accéder à l'ensemble du réseau ferroviaire ce qui comprend l'intégralité des prestations permettant une intégration effective sur le marché ainsi que l'utilisation d'équipements essentiels à la réalisation de la prestation de transport.

Ce droit d'accès comprend l'accès aux "*infrastructures de services*", comme les gares, ou "*lorsqu'il n'existe pas d'autre possibilité d'accès dans des conditions économiques raisonnables, aux services que ces infrastructures permettent de leur fournir*⁸⁴". Ces infrastructures dites de services recouvrent de nombreuses prestations comme le traitement des demandes de capacité et le droit d'utiliser les capacités octroyées, le droit d'accès aux installations de traction électrique et aux gares et terminaux de marchandises.

Quant aux bénéficiaires potentiels du droit d'accès au réseau, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 et le décret n° 2010-932 les définissent de manière plus précise. On peut ainsi cataloguer quatre types de bénéficiaires potentiels.

Dans un premier temps, il y a les entreprises ferroviaires dédiées au transport de marchandises qui sont établies dans un pays de l'Union ou qui appliquent des règles similaires de celles de l'Union Européenne en raison d'accord conclu avec l'Union Européenne.

On compte ensuite les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires exploitant des services internationaux entre deux Etats membres, ayant leur activité en France et dans au moins un État membre de l'Union européenne ou

⁸⁴ Loi du 8 décembre 2009

appliquant des règles équivalentes à celles de l'Union Européenne en raison d'accord conclus avec celle-ci. Dans l'hypothèse d'un regroupement international n'ayant aucune entreprise installée en France, le regroupement se verra accorder un simple droit de transit sans possibilité de desserte.

Par ailleurs, la SNCF en sa qualité d'entreprise ferroviaire, pour les services de transport ferroviaire qu'elle exploite dans le cadre de la loi du 30 décembre 1982 fait également partie des bénéficiaires potentiels du droit d'accès.

Enfin, sont considérés comme bénéficiaires potentiels du droit d'accès au réseau les entreprises ferroviaires ayant leur établissement dans un État membre de l'Union européenne et visant l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs, conformément aux modalités énoncées dans la directive 2007/58/CE.

Section 3: Les Conditions de l'accès au réseau

Comme il vient d'être montré, certaines entreprises sont potentiellement bénéficiaires de l'accès au réseau. Néanmoins, ces entreprises devront remplir certaines obligations, l'obtention d'une licence d'entreprise ferroviaire, d'un certificat de sécurité, avoir une attestation d'assurance et un contrat d'utilisation de l'infrastructure du réseau ferré national.

Par ailleurs, il est à noter que dans le cas où un regroupement n'aurait pas la personnalité morale, chacune des entreprises le composant devrait remplir individuellement ces conditions.

§1. La licence d'entreprise ferroviaire

Le décret n° 2003-194 (à son titre II), l'arrêté du 6 mai 2003 et celui du 20 mai 2003⁸⁵ ont fixé les critères impératifs à l'obtention de la licence d'entreprise ferroviaire. Il s'agit de la capacité professionnelle et financière, ainsi que de conditions d'honorabilité.

I. la capacité professionnelle

Cette exigence recouvre plusieurs aspects. En effet, par capacité professionnelle on entend d'une part, la capacité de l'entreprise à organiser et contrôler le transport sur lequel porte la demande de licence⁸⁶. D'autre part, cette capacité s'adresse également aux employés de l'entreprise en question, affectés à une fonction de sécurité, qui doivent posséder l'habilitation légale⁸⁷. Enfin, la loi exige que l'ensemble de l'entreprise soit capable de fournir les services escomptés dans les conditions de sécurité du décret n° 2000-286 du 30 mars 2000 relatif à la sécurité sur le réseau ferré national.

II. La capacité financière

Comme c'est le cas en transport routier, les entreprises ferroviaires doivent justifier d'une certaine capacité financière pour être habilités à exercer leur activité sur le réseau. Cette capacité financière se traduit par un capital minimum ou d'une sûreté personnelle ou réelle dont doivent disposer les entreprises ferroviaires.

Afin de garantir la transparence, ces entreprises doivent fournir un compte prévisionnel de résultat et un bilan de leurs activités.

De plus, dans le cas où la même entreprise souhaiterait exercer une activité de transport de voyageur et une activité de fret, elle devrait fournir des comptes séparés propres à chacune des activités.

⁸⁵ Journal Officiel 8 Mars 2003

⁸⁶ Modifié par D. n° 2006-1279, 19 oct. 2006, art. 63 : Journal Officiel 20 Octobre 2006

⁸⁷ Décret n° 2000-286 du 30 mars 2000 relatif à la sécurité sur le réseau ferré national (Journal Officiel 1er Avril 2000)

III. L'honorabilité

Cette exigence d'honorabilité concerne les dirigeants personnes physiques des entreprises ferroviaires. En effet, ces derniers sont soumis aux dispositions de droit des sociétés et doivent à ce titre remplir les conditions d'honorabilité dites classiques⁸⁸.

IV. Durée de validité de la licence

La licence n'est pas soumise à une limite de validité précise. En effet, elle peut continuer d'être valide et de produire ses effets tant que les conditions citées plus haut sont respectées par l'entreprise ferroviaire. Toutefois, la conformité de l'entreprise à ces dispositions est contrôlée tous les quatre ans par le ministère des transports. De plus, si un doute sérieux se manifeste concernant le respect des ces conditions par l'entreprise, alors le ministère des transports peut lancer un contrôle anticipé de l'entreprise.

A l'issu de ces contrôles, si des infractions graves ou répétés sont constatées, le ministre a le pouvoir de suspendre la licence.

V. Licences attribuées en France

Suite au décret n° 2003-194 du 7 mars 2003, la France a octroyé des licences à diverses entreprises ferroviaires. Parmi ces entreprises ayant obtenu une licence pour le transport de passagers on compte la SNCF⁸⁹ dont la licence porte sur qui tous les services de transports sur l'ensemble des lignes du réseau ferré national, la Société CONNEX⁹⁰ qui est la première société ayant obtenu une licence de

⁸⁸ D. n° 2003-194, art. 8, modifié par D. n° 2010-932, 20 août 2010, art. 10, cité supra n° 94.

⁸⁹ A. 24 mars 2004 : Journal Officiel 28 Mars 2004

⁹⁰ A. 29 sept. 2005 : Journal Officiel 30 Juin 2005

transport de voyageurs en dehors de la SNCF, VEOLIA transport Rail⁹¹ et Eurailco⁹².

§2. Certificat de sécurité

Le décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 en son article 20 dispose : *“entreprise ferroviaire ne peut avoir accès au réseau ferré national sans être titulaire d'un certificat de sécurité établissant son aptitude à satisfaire aux exigences réglementaires de sécurité et à maîtriser les risques liés à l'exploitation des services de transport ferroviaire qu'elle entend réaliser sur ce réseau”*.

Le certificat de sécurité est donc un document indispensable à l'accès au réseau.

I. Contenu du certificat de sécurité

Le certificat de sécurité recouvre deux aspects, ces deux aspects étant traités chacun dans une partie du certificat, la partie A et la partie B.

La partie A concerne les mesures d'organisation que l'entreprise doit mettre en œuvre afin de garantir une sécurité adaptée au type de transport réalisé et à son importance.

La partie B atteste que l'entreprise a mis en place certaines mesures en vue d'assurer la sécurité selon le type de transport et son importance. Pour remplir ces conditions, l'entreprise doit remplir :

« -les conditions relatives à l'aptitude et à la formation des conducteurs et des conditions relatives à la délivrance de leur attestation ;

-les conditions relatives à l'aptitude et à la formation des personnes affectées aux autres tâches essentielles pour la sécurité et des modalités relatives à leur habilitation ;

⁹¹ A. 11 févr. 2010 : Journal Officiel 13 Février 2010

⁹² A. 5 oct. 2007 : Journal Officiel 30 Octobre 2007

- la réglementation de sécurité sur le réseau ferré national et ses modalités d'application ;
- la documentation d'exploitation prévue à l'article 10 ;
- les règles techniques et d'entretien qu'il incombe au titulaire du certificat de sécurité d'appliquer aux véhicules qu'il utilise, indépendamment des obligations de maintenance qui relèvent des missions de l'entité chargée de la maintenance ;
- les dispositions des articles 27-1, 27-2 ou 27-3 de ce même décret, pour les véhicules qu'il utilise.⁹³ »

Ce certificat de sécurité constitue la condition *sine qua non* de la délivrance de la licence.

II. Procédure d'attribution

Cette procédure d'attribution du certificat a été entièrement modifiée par le décret n° 2006-1279 du 19 octobre 2006 (*Journal Officiel 20 Octobre 2006*).

La procédure actuelle a été mise en place afin de se conformer aux exigences communautaires d'impartialité et donc d'indépendance des acteurs du processus. Ainsi, c'est l'Établissement public de sécurité ferroviaire créé par loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 qui est chargé de délivrer ce certificat. Le certificat de sécurité est attribué pour 5 ans après consultation de RFF.

Cet établissement public de sécurité ferroviaire "*veille au respect des règles relatives à la sécurité et à l'interopérabilité des transports ferroviaires sur le réseau ferré national*".

Les missions de l'établissement public de sécurité ferroviaire sont énoncées par le décret n° 2006-369 du 28 mars 2006 (*Journal Officiel 29 Mars 2006*) : « *il délivre, retire ou suspend les certificats de sécurité d'entreprise ferroviaire ; les agréments de gestionnaire d'infrastructure ; les agréments d'organisme ou d'expert qualifié ; les autorisations de réalisation, de modification substantielle et*

⁹³ fascicule droit administratif Aurore Laget-Annamayer JurisClasseur Administratif , Fasc. 279 : TRANSPORTS FERROVIAIRES

de mise en exploitation commerciale des systèmes et sous-systèmes de transport ; il assure le suivi et le contrôle de ces autorisations ; il assure le contrôle de la mise sur le marché des constituants d'interopérabilité ; en outre, il répond aux consultations du ministre sur ces questions, apporte son concours à des études et publie un rapport annuel relatif à la sécurité du transport ferroviaire ».

La création de cet établissement public met ainsi fin à la confusion des rôles qui régnait avant sa création puisque c'était la SNCF qui instruisait jusqu'alors les demandes de certificat.

§3. La Répartition des capacités d'infrastructure

L'ouverture du réseau signifie dans la pratique un plus grand nombre d'utilisateurs du réseau. En effet, tant que l'opérateur historique exploitait seul le réseau, il n'était soumis qu'à ses propres règles et impératifs pour disposer du réseau. Avec l'arrivée de nouvelles entreprises ferroviaires, la répartition des capacités d'infrastructures est devenue essentielle. La question des droits de passage sur le réseau se pose alors, sachant que conformément aux dispositions communautaires cette répartition doit s'effectuer "de manière équitable et non discriminatoire". Ainsi, afin de garantir cette impartialité, la directive 2001/19/CE du 14 mai 2001 (Journal Officiel des communautés européennes 31 Juillet 2001) exige que l'organisme chargé de cette répartition des capacités soit indépendant des entreprises ferroviaires qui utilisent le réseau. La France a confié cette mission à RFF.

I. La question de l'attribution des "sillons"

A. RFF, chargée de l'attribution de sillons

L'attribution des sillons consiste en l'attribution de droits effectifs de circulation aux entreprises ferroviaires. Un sillon représente un horaire précis sur un itinéraire défini selon le type de transport en question.

Comme il vient d'être noté, c'est RFF qui a la responsabilité de ces attributions de sillons. En effet, l'article 18 du décret modifié n° 2003-194 du 7 mars 2003 dispose que RFF est responsable *“de répartir les capacités d'infrastructures du réseau ferré national sur les infrastructures qu'il gère ou dont le gestionnaire d'infrastructure est le titulaire d'un contrat de partenariat”*.

A ce titre, RFF doit *“chaque année un document de référence du réseau qui décrit les caractéristiques de l'infrastructure mise à disposition des entreprises ferroviaires, les tarifs des prestations offertes, les règles de répartition des capacités, ainsi que les informations nécessaires à l'exercice des droits d'accès au réseau”*⁹⁴.

De plus, l'Autorité de régulation des transports ferroviaires doit remettre un avis motivé relatif à ce document de référence dans un délai de 2 mois suivant sa publication.

B. Les demandeurs de sillons

Selon l'article 19 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 modifié par le décret n° 2010-932 du 24 août 2010, il existe plusieurs catégories de demandeur de sillons.

On compte ainsi : *« les entreprises ferroviaires ayant un droit d'accès au réseau, les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires établies dans un État membre de l'Union européenne dont il a été fait mention ci-avant, le gestionnaire d'infrastructure, les opérateurs de transport combiné de marchandises mentionnés, les personnes publiques mettant en œuvre des services de transport de fret ainsi que les autorités portuaires gérant des voies ferrées portuaires raccordées à ce réseau, les collectivités publiques et leurs groupements en vue de la conclusion d'un contrat comportant une prestation de transport de fret pour leurs propres besoins, le syndicat des transports d'Île-de-France et les personnes*

⁹⁴ L'article 1er de la loi du 8 décembre 2009

publiques organisant un service public de transport de voyageurs sur le réseau ferré national à compter du 14 décembre 2008⁹⁵ ».

Par ailleurs, l'entreprise ferroviaire ayant acquis une capacité d'infrastructure ne peut céder ce droit à une autre entreprise.

C. Le Document de référence

Les informations devant figurer sur le document de référence sont énoncés à l'article 17-1, V de la loi de 2009. Le document de référence doit donc contenir « les informations générales ,la présentation des conditions d'accès au réseau ferré national, la consistance de l'infrastructure mise à la disposition des entreprises ferroviaires , la présentation des prestations auxquelles elles ont droit ,les règles de répartition des capacités d'infrastructure, les descriptions des services offerts ,les tarifs des prestations offertes, les conditions de mise en oeuvre par les entreprises de la réglementation relative à l'utilisation de l'infrastructure. »

Notre neuvième document de référence Français a été adopté le 10 décembre 2010. Il concerne couvre la période du 12 décembre 2010 au 10 décembre 2011.

II. Horaire de service

Par ailleurs, RFF est chargé de décider d'un "horaire de service", faisant mention de l'ensemble des mouvements programmés sur le réseau pour l'année complète à venir et débute le deuxième samedi de décembre à minuit.

Comment et selon quels critères RFF dresse-t-il cet « horaire de service » ? Tout d'abord RFF reçoit les demandes d'attribution de sillon. Afin de faciliter l'accès au réseau et la gestion des demandes de sillons, les entreprises ferroviaires ont la possibilité de conclure avec RFF un accord-cadre contenant les caractéristiques

⁹⁵ fascicule droit administratif Aurore Laget-Annamayer JurisClasseur Administratif , Fasc. 279 : TRANSPORTS FERROVIAIRES

des sillons dont a besoin l'entreprise. Par le biais de cet accord-cadre RFF s'engage à fournir les sillons en question à l'entreprise. L'accord-cadre est conclu pour 5 ans, renouvelable une fois, à condition que les entreprises « *justifient d'investissements spéciaux ou de contrats commerciaux avant cette date*⁹⁶ ». Ces demandes sont ouvertes aux entreprises ferroviaires, aux gestionnaires d'infrastructure d'autres États membres ou aux groupements de gestionnaires de plusieurs États membres. Les entreprises ferroviaires ne peuvent pas transférer les sillons qui leur sont attribués. La directive mentionne cette interdiction, qui est critiquable car un marché secondaire du sillon permettrait plus de souplesse à ce système pour le moins rigide.

Les demandes nécessitent une étude technique. C'est la SNCF qui instruit ces demandes et effectue ces études techniques en sa qualité de gestionnaire délégué du trafic et des circulations sur le réseau ferré national.

La question du cumul des fonctions de la SNCF et du risque de discrimination se représente alors.

Ainsi, la loi n° 2009-1503, 8 déc. 2009 (insérant un nouvel article dans la LOTI⁹⁷) a imposé la création d'un service spécialisé au sein de la SNCF, la Direction de la circulation ferroviaire, organe actif depuis le 1^{er} janvier 2010. La direction de la circulation exerce les missions de gestion du trafic et de la circulation. Il est pour l'heure impossible de juger si cette indépendance est effectivement assurée. Il faudra donc attendre de constater si en pratique cette indépendance est réelle.

Suite à cette instruction de la SNCF, RFF dresse un projet d'horaire de service au plus tard quatre mois avant son application et en informe les demandeurs de sillon. Ces derniers disposent d'un délai d'un mois pour faire entendre leurs observations et réclamations. A l'issue de ce délai l'horaire de service définitif est arrêté et rendu public.

Il est à noter que des demandes ponctuelles peuvent être traitées à tout moment, hors du cadre de cette procédure, néanmoins elles ont moins de chance d'aboutir.

⁹⁶ décret modifié n° 2003-194 du 7 mars 2003

⁹⁷ LOTI, article 1er, III

Enfin, RFF a la possibilité, sous certaines conditions de supprimer ou modifier les sillons attribués. Cela est possible en cas de travaux non programmés sur l'infrastructure mais nécessaires au bon fonctionnement du réseau, en cas de transports nécessaires à la défense sur demande du ministre, et si l'usage du sillonn a été inférieur au seuil fixé par le document de référence pendant une durée d'un mois.

La question de l'accès au réseau a donc été traitée par la directive 2001/19/CE du 14 mai 2001. Cette directive a élaboré la mise en place de nombreuses formalités afin de garantir un accès au réseau non discriminatoire pour les entreprises ferroviaires autres que l'opérateur historique. La transposition de cette directive a entraîné de nombreuses modifications dans l'organisation de RFF et de la SNCF. Toutefois, la position de la SNCF de gestionnaire délégué de l'infrastructure place l'opérateur historique au centre de l'attribution des sillons. La pratique seule pourra déterminer si l'organe responsable de cette répartition au sein de la SNCF est suffisamment indépendant pour permettre un accès au réseau français exempt de toute discrimination.

Section 4 : la question de l'accès aux gares

§1. « Gares et connexions » gestionnaire du droit d'accès aux gares

Comme il a été dit plus haut relativement au partage des biens entre RFF et la SNCF, la SNCF est restée en possession des gares en tant qu'affectataire du domaine public. Or, avec l'ouverture du marché l'accès aux gares est un point crucial pour les opérateurs actifs sur le réseau.

La gare est en effet une « infrastructure essentielle » au transport ferroviaire puisqu'elles sont « difficilement reproductibles sans engager pour un nouvel

entrant des investissements extrêmement lourds⁹⁸. » Le fait que la SNCF soit le gestionnaire de ces gares, infrastructures essentielles, demande un encadrement strict de cette activité de gestionnaire afin de garantir un accès non discriminatoire aux nouveaux opérateurs qui peuvent dorénavant desservir les gares situées sur le trajet des liaisons transfrontalières.

Ainsi, la loi du 8 décembre 2009 est venue encadrer les missions de gestionnaire des gares de la SNCF.

Il est impératif pour tous les opérateurs de bénéficier d'un accès aux gares en toute transparence et en l'absence de toute discrimination. A ce sujet, l'autorité de la concurrence avait dans son avis n°09-A-55 conseillé que les directions de gestion des gares au sein de la SNCF fassent l'objet d'une séparation juridique plus importante qu'elle ne l'était en janvier 2009.

En réponse à cette recommandation, la SNCF a créé en avril 2009 une nouvelle entité appelée « gares et connexions ». Cette entité s'est vue confiée la gestion de l'intégralité des gares françaises (3000 gares). « Gares et connexions » est une entité autonome et distincte des activités de transporteur ferroviaire de la SNCF. Elle peut donc agir de manière non discriminatoire sur l'accès aux gares des concurrents. De plus, « gares et connexions » agit en partenariat avec les collectivités locales afin de développer les gares comme centre de la ville. Afin de garantir l'accès équitable et non discriminatoire aux gares, le législateur est venu renforcer l'indépendance de « gares et connexions » avec la loi du 8 décembre 2009. Ainsi, Le nouvel article L. 17-1 de la LOTI dispose l'accès *“dans des conditions équitables et sans discrimination” des gares aux entreprises ferroviaires et ceux selon la nécessité de leur activité.*

De plus, et conformément aux recommandations de l'autorité de la concurrence, le nouvel article 17-1, II de la LOTI énonce que, la gestion des gares par la SNCF doit faire l'objet *“d'une comptabilité séparée de celle de l'exploitation des services de transport”*. Cet article interdit également que des subventions soient échangées entre les deux activités de la SNCF. Enfin, cet article dispose que l'utilisation des

⁹⁸ (Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009, sur le secteur du transport public de voyageurs, § 83 et 84).

gares par une entreprise ferroviaire doit faire l'objet d'un contrat entre cette dernière et « gares et connexions ».

§2. Tarification des services en gares

Une fois réglée la question de l'accès aux gares se pose celle de la tarification des services en gare. Cette question est cruciale dans un cadre concurrentiel. Pour que ces tarifs soient non discriminatoires il fallait que l'entité gares et connexions soit indépendante au niveau comptable. A cet effet, gares et connexions bénéficie de l'autonomie de gestion et de la séparation des comptes au sein de la SNCF.

Gares et connexions a dorénavant trois sources principales de revenus : les redevances versées par les transporteurs en contrepartie de l'usage des gares, le fruit des concessions commerciales situées dans les gares, les parkings, les locations de locaux dans les gares et la vente d'espace publicitaires.

§3. Une situation encore insuffisante au regard du droit de la concurrence

Malgré la réorganisation entreprise par la SNCF pour séparer en différentes entités ses différents rôles sur le réseau ferroviaire, la présence de la SNCF tout au long de la chaîne de transport ne satisfait pas aux règles du droit de la concurrence.

C'est en ce sens que l'Autorité de la concurrence s'est prononcée dans sa décision en date du 18 mai 2009. Selon l'Autorité, la SNCF "est amenée à jouer un rôle de premier plan sur les questions d'intermodalité, notamment en ce qui concerne l'articulation du transport ferroviaire avec les réseaux de transports publics"⁹⁹, rôle contrevenant clairement principe de séparation des fonctions.

⁹⁹ Autorité de la concurrence, déc. n° 09-SOA, point 7, p. 2

CHAPITRE 3 : LE CABOTAGE

Comme il a été développé plus haut, le troisième paquet ferroviaire contient une grande avancée pour l'ouverture du marché du transport ferroviaire de passagers. Ce paquet ouvre en effet la possibilité de réaliser du cabotage entre les États membres sous certaines conditions.

En effet, le but annoncé de l'Union Européenne est de relancer le secteur ferroviaire. Or, le transport international de passagers par voie ferroviaire n'est pas très développé. « En 2009, la part des transports internationaux de voyageurs par train, estimée par le moyen des ventes de billets internationaux, représente environ 10% du chiffre d'affaires voyageurs des entreprises ferroviaires (€2,4 milliards). Pour les pays de faible superficie cette part est beaucoup plus importante : Luxembourg 70%, Belgique 33%, Autriche 17%). Il s'agit ici des trajets internationaux, chaque voyageur traversant au moins une frontière »¹⁰⁰. L'ouverture à la concurrence semble le moyen adéquat pour développer les services de transport internationaux ferroviaires.

En réponse à cette préoccupation l'article 10.3 bis de la directive n° 91/440/CEE énonce que les entreprises ferroviaires communautaires : "*se voient accorder, au plus tard le 1er janvier 2010, un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs. Au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre.*"

Dès lors, à compter de cette date, des entreprises ferroviaires concurrentes de la SNCF pourront exécuter des prestations de transport international de voyageurs et profiter du droit de cabotage en découlant. « Le développement de l'offre de tels services devrait permettre aux usagers de bénéficier, sur les relations internationales, d'une augmentation du nombre de rames et de dessertes, d'un

¹⁰⁰ Commission Européenne, unité information et communication de la DG Energie et Transports, mémo sur le troisième paquet ferroviaire, l'unité information et communication de la DG Energie et Transports

renforcement de l'attractivité tarifaire et d'une diversification des services commerciaux¹⁰¹ ». Ces entreprises de transport pourront donc prendre et déposer des passagers dans des gares françaises se situant sur leurs lignes internationales. Toutefois, et conformément aux dispositions communautaires, le cabotage est permis sous deux conditions.

En effet, le droit de cabotage n'est pas sans limite et il peut faire l'objet de restrictions voire être refusé. Deux causes peuvent être à l'origine de la restriction ou du refus du droit de cabotage : si l'objet principal du service n'est pas la réalisation d'un service international ou si le cabotage est de nature à compromettre l'équilibre économique d'un contrat de service public.

Le respect de ces conditions est contrôlé par l'ARAF qui joue ici son rôle de gendarme du rail.

¹⁰¹Rapport du ministère des transports, « L'ouverture à la concurrence du service de transport ferroviaire international de voyageurs », 25 mai 2011.

CHAPITRE 4 : LA LIBERALISATION DANS LES ETATS MEMBRES

Section 1 : le bilan en Europe

Lorsque l'on parle de libéralisation du transport ferroviaire en Europe, force est de constater qu'il existe véritablement deux blocs dans cette matière, le fret et le transport de voyageurs. En effet, comme il a été dit plus haut ces deux branches du secteur ferroviaire ont souvent été traitées séparément dans les réformes communautaires. Néanmoins, le résultat escompté par l'union Européenne est le même pour les deux spécialités : la libéralisation du marché. Toutefois, ce si les mesures destinées au fret ont été appliquées dans les Etats membres de manière harmonieuse, il en va différemment du transport de voyageurs pour lequel l'application des dispositions communautaires est très disparate.

Dans son rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes M. Hubert HAENEL¹⁰², classe les différents niveaux d'application de l'ouverture du transport de passagers en quatre catégories.

La première catégorie est celle des pays dont le libre accès est « garanti et actif ». Il s'agit des pays ayant inscrit ce libre accès législativement dans leur ordre interne. Le marché est effectivement ouvert. C'est le cas de l'Allemagne. Dans ce système, l'autorité régulatrice nationale a choisi un opérateur (entreprise de transport ferroviaire) et a contracté avec ce dernier. Toutefois, le contrat fait de cette entreprise le seul opérateur sur le marché. L'utilisateur ne peut donc pas choisir l'entreprise ferroviaire avec laquelle il souhaite voyager. Par ailleurs, dans ce système, le secteur ferroviaire est ouvert à la concurrence et notamment aux entreprises européennes. Selon le rapport précité, en 2007, les concurrents de la Deutch Bahn assuraient ainsi « 16,7 % de la circulation des trains régionaux ».

¹⁰² Rapport d'information n° 220 (2008-2009) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 12 février 2009

La seconde catégorie concerne les pays dans lequel le libre accès est entré dans la législation interne mais sans être actif dans le pays. On trouve dans cette catégorie le Portugal, l'Italie et quelques nouveaux entrants.

Selon M. Haenel, « *le cas de la Pologne est le plus innovant avec le développement de co-entreprises, c'est-à-dire mêlant une société polonaise à une société d'un autre État membre* ».

Quant à l'Italie, elle est pour l'instant loin d'avoir appliqué l'ouverture cependant, il semble que le développement du marché privé soit amorcé puisque l'opérateur privé NTV avait commandé à Alstom 25 rames à grande vitesse, qui, selon les prévisions de la société devraient être mis en courant 2011 sur la ligne Rome-Milan.

Cependant, concernant l'Italie, il s'agit d'une ouverture fortement encadrée par l'Etat qui a soumis l'établissement de nouvelles entreprises ferroviaires à certaines conditions. En effet, selon ces règles, il faut que la nouvelle entreprise concurrente soit de droit italien, et son siège doit se trouver en Italie.

La troisième catégorie concerne les Etats dans lesquels la concurrence est généralisée sur le réseau et pour le marché.

C'est l'exemple du Royaume-Uni qui est cependant un exemple isolé. En effet, le Royaume-Uni est le seul pays à avoir mis en place une gestion privée des infrastructures (exploitation, entretien, et même construction...). Cet essai n'a cependant pas été concluant.

En effet, l'infrastructure britannique a été privatisée en 1996 et cette gestion privée n'a duré que six ans. C'est la société privée Railtrack (société cotée en bourse) qui s'est trouvée en charge du réseau ferroviaire durant ces six années. Toutefois, il est apparu avec le temps que cette société avait de graves difficultés dans la gestion du réseau ce qui entraînait des problèmes de sécurité. La situation est donc apparue comme intolérable. Afin de remédier à ces graves défaillances en matière de sécurité, la gestion du réseau a été retirée à la société Railtrack en 2002. La gestion du réseau a alors été confiée à Network Rail, société « privée à but non lucratif » sous le contrôle de l'État.

M. Hubert HAENEL Rapport d'information n° 220 (2008-2009) de, fait au nom de la commission des affaires européennes, développe une autre particularité du secteur ferroviaire du Royaume-Uni, sa grande ouverture à la concurrence concernant les services voyageurs. Toutefois cette ouverture s'opère sous le contrôle de l'Etat.

Ainsi, M. Haenel explique-t-il que « *les services « nationaux » ont été découpés en « groupes de lignes », par « franchise », dont la gestion est attribuée par le ministre des transports, après appel d'offres (sur la base de la subvention demandée la plus faible) à des entreprises privées, y compris, bien sûr, à des compagnies non britanniques. Les résultats ont été variables. En 2003, la Strategic Rail Authority a retiré la concession du réseau South Eastern à Connex, la filiale transport de Veolia, en raison de qualité de service insuffisante (retards pour les trois-quarts des trains !). La même année, l'autorité britannique a attribué le réseau de TransPennine (région de Manchester) au consortium formé par First Group et Keolis (filiale de la SNCF)*¹⁰³ ».

Enfin, la quatrième catégorie concerne les pays n'ayant pas du tout inclus les dispositions communautaires concernant le transport de voyageurs interne dans leur législations et dans lesquels le transport de voyageurs interne est encore assuré par les opérateurs historiques, monopolistiques ou quasi monopolistiques. On trouve dans cette catégorie la France, l'Espagne, la Belgique, l'Irlande et beaucoup des nouveaux États membres.

Section 2 : L'exemple de l'Allemagne

Lorsque l'on examine le panel des Etats Européens et leur avancée en termes d'ouverture du marché du transport ferroviaire de passagers, on note que deux Etats sont bien loin devant les autres, il s'agit de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne. Nous allons ici brosser les grandes lignes de la reconfiguration du

¹⁰³ Rapport d'information n° 220 (2008-2009) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 12 février 2009

système ferroviaire allemand. Afin de répondre aux directives communautaires relatives à cette ouverture, la Deutch Bahn (DB), l'opérateur historique Allemand, a connu de nombreux changements dans l'organisation de son secteur ferroviaire qui lui ont permis de mettre en œuvre une réelle libéralisation du secteur. On peut voir deux grandes lignes à la réussite de cette libéralisation. En effet, cette réussite s'explique par la restructuration complète de la Deutsche Bahn, qui a subi une séparation fonctionnelle selon les activités concernées en quatre entités (grandes lignes/transport régional/fret/infrastructures), de plus, l'Allemagne a introduit la régionalisation ferroviaire dans son Etat mais a également permis l'ouverture à la concurrence dans ces régions pour les transports internes. Cette régionalisation a été votée en 1993. L'ouverture juridique du réseau de la DB aux entreprises ferroviaires a été votée en 1994. En 1996, l'Allemagne lance les premiers appels d'offre. A partir de 2003, les concurrents privés de la DB vont commencer à développer leur activité sur le réseau.

§1. L'aide de l'Etat à l'opérateur historique

Le cas de l'Allemagne est différent de celui de la France concernant le financement. En effet, la France a confié dans un premier temps à la SNCF le réseau et lui a donné les clefs de son auto-financement par le jeu des redevances et des subventions sans alléger sa dette.

En Allemagne l'Etat a pris l'engagement d'effectuer un préfinancement vis-à-vis de la Deutch Bahn (DB) en finançant les investissements futurs, à charge pour la DB de rembourser les investissements rentables. Par ailleurs, l'Etat Allemand a désendetté la DB qui portait pourtant une dette de 70 milliards de marks 147. La France, elle a presque fait l'inverse puisqu'elle a voté l'indépendance comptable de la SNCF mais en laissant à la charge de cette dernière ses dettes et les coûts des infrastructures des lignes à grande vitesse, à l'exception des coûts des infrastructures du TGV Atlantique dont l'Etat a pris 30% en charge.

La DB a donc bénéficié d'un nouveau départ permis par l'Etat Allemand qui a financièrement aidé l'opérateur.

§2. L'action des länder

Comme il a été dit ci-avant, la régionalisation a été mise en place en Allemagne en même temps que l'ouverture du marché. Dès lors, on note des politiques et résultats différents selon les länder. On note alors que certains länder ont établis un calendrier relatif à l'ouverture alors que d'autres ont concentré l'ouverture à la concurrence sur la création ou la réouverture de lignes.

Par ailleurs, il faut noter qu'il s'agit en Allemagne d'une concurrence pour le marché plutôt que d'une concurrence sur le marché. La concurrence pour le marché correspond à la situation dans laquelle il y a mise en concurrence des opérateurs à la création de la ligne, pour l'attribution du marché, néanmoins, il n'y a qu'un opérateur choisi qui exploitera la ligne sans concurrent. La concurrence sur le marché, correspond à la situation dans laquelle il y a mise en concurrence de plusieurs opérateurs sur la même ligne, ces opérateurs exploitant de manière concurrente une même ligne.

Il est à noter que ces contrats d'exploitation de ligne ne sont signés que pour une durée précise, ces durées étant variables selon les contrats, de 2 à 20 ans, mais étant dans la pratique des contrats entre 7 et 10 ans.

Une ouverture réussie et maîtrisée

Selon M. Haenel, « en 2007, les entreprises ferroviaires autres que la DB ont assuré 16,3 % des circulations de trains et transporté 9,5 % des voyageurs régionaux ».

Malgré ces résultats plutôt modestes, M. Haenel estime que « La percée de la concurrence est réelle. La concurrence remporte 60% des appels d'offres. Les premières études d'opinion montrent une grande satisfaction des Länder et des usagers. Sur certaines lignes, le trafic a doublé en cinq ans et la concurrence a même permis des réouvertures de lignes ». On est donc bien ici dans un bilan qui coïncide avec l'effet escompté par l'UE, à savoir la relance du secteur ferroviaire.

Quant aux opérateurs concurrents, leur nombre s'accroît chaque année.

Il apparaît aujourd'hui que le principal de la DB est Veolia et ses filiales. Néanmoins, les profils des opérateurs sont très divers et on n'y compte pas que des entreprises privées puisque sont actifs sur le réseau Allemand des opérateurs historiques issus de pays voisins (chemins de fer fédéraux suisses), des groupes de transport internationaux (EuRailCo), des entreprises publiques des Länder (AKN, EVB). Outre le type de société qui opère sur ce réseau, les nationalités sont nombreuses, entreprise Britannique (Arriva), Suisse (CFFS précité), Française (Véolia)...

Quant au partage des gares, le plus souvent la DB vend les billets de voyage des sociétés concurrentes. Toutefois, comme c'est le cas pour la SNCF la DB tarifie ce service en retenant une commission de 15 % sur les ventes effectuées pour le compte des concurrents.

CONCLUSION

Depuis la « directive mère » de 1991, le visage du transport ferroviaire français a évolué. Au niveau strictement juridique, la France a effectué un réel effort pour transposer les nombreuses directives européennes visant à construire un espace ferroviaire européen intégré. Toutefois, cette transposition dans la législation interne n'est pas toujours suivie d'effets concluants pour l'ouverture effective du marché du transport de passagers. Les principes de base d'un marché ouvert dans lequel agissent librement les opérateurs concurrents sont, en effet, l'absence de discrimination et la transparence. Ces deux principes vertueux ne peuvent s'appliquer que dans l'hypothèse où une entité indépendante gère l'infrastructure dite « essentielle ». A cet effet, la France a créé RFF, EPIC chargé de la gestion de l'infrastructure. Néanmoins, RFF apparaît sous certains aspects comme une coquille vide en raison du manque de moyens qui lui ont été attribués par l'Etat à sa création. Cette situation contraignant RFF a délégué à la SNCF la gestion du réseau, conduit légitimement à douter de l'indépendance dont la SNCF fait preuve dans cette gestion. Dès lors, la question d'un accès sans discriminations se pose et il n'est pas certain que la France soit en mesure de garantir un tel accès dans l'état actuel du réseau. La présence d'une autorité de régulation spécifique au secteur ferroviaire et réellement indépendante, l'ARAF, atténue quelque peu ces inquiétudes. Toutefois, afin de permettre le fonctionnement d'un marché ouvert du transport ferroviaire en France, un retrait significatif sinon total de la SNCF dans la gestion de l'infrastructure serait non seulement souhaitable mais encore nécessaire.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES SPECIAUX

Loïc GRARD, *Droit du transport Européen*.

ARTICLES

M.A. FRISSON-ROCHE :

« Le droit de la régulation », Recueil Dalloz 2001, p.610

« Droit de la régulation : questions d'actualité », n° spécial des Petites Affiches, 3 juin 2002, p. 3-7.

« Définition du droit de la régulation économique », Recueil Dalloz, 2004, p. 126

« Les nouveaux champs de la régulation », Revue française d'administration publique 2004/1, N°109, p.53-63

« Opérateur Crucial », Doctrine, Dalloz 2006, p. 1895

P. IDOUX, « Sur la «propriété» des gares », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 16, 18 Avril 2011, 2160

LAGET-ANNAMAYER, fascicule droit administratif, JurisClasseur

F. MARTY, Lamy concurrence 2009, n°19,

L. DE PALACIO, Avant-propos du Livre blanc « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix ».

T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », Revue internationale de droit économique, n°2-3, 2002.

LA VIE DU RAIL, « Fret : les corridors n'attirent toujours pas les chargeurs », , 13 janvier 1999, n° 2679

LA VIE DU RAIL, « La Libéralisation. Ce que l'Europe nous réserve », 24 janvier 2007, N° 3087, p. 4

JURISPRUDENCE

CE, 15 mai 2000, n° 172893, Glaise : JurisData n° 2000-060505 ; Rec. CE 2000, p. 897.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE décision n° 03-MC-04, 22 déc. 2003, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Messageries Lyonnaises de Presse.

COMMISSION EUROPEENNE, décisions CE no 98/190, 14 janv. 1998, Flughafen Frankfurt c/ Main, JOCE 11 mars, no L 72, Jus Letter 1998, no 14, p. 5

COMMISSION EUROPEENNE, décisions CE no 2004/33, 27 août 2003, GVG c/ FS, JOUE 16 janv. 2004, no L 11, Europe mars 2004, comm. 80, obs. Idot L.

RAPPORTS, PROPOSITIONS ET PROJETS DE LOI

AUTORITE DE LA CONCURRENCE, avis n° 09-A-55, 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs : Contrats, conc. consom. 2010.

J. CHAUVINEAU, Notes d'IENA, information du conseil économique et social, n°59, 25 septembre 2001

COMMISSION EUROPEENNE, Livre Blanc « une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires », 30 juillet 1996

COMMISSION EUROPEENNE, Livre Blanc « La politique européenne des transports à l'horizon 2010 - l'heure des choix » 2001.

COMMISSION EUROPEENNE, « le troisième paquet ferroviaire », mémo, unité information et communication de la DG Energie et Transports.

CONSEIL DE LA CONCURRENCE, avis n° 08-a-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports.

CONSEIL SUPERIEUR DU SERVICE PUBLIC FERROVIAIRE « Evaluation de la réforme du secteur du transport ferroviaire», rapport Paris; La Documentation française; 2003

COUR DES COMPTES, « Le réseau ferroviaire : Une réforme inachevée, une stratégie incertaine », rapport du 15 avril 2008.

H. HAENEL., Rapport d'information, Sénat n° 220, fait au nom de la Commission des affaires européennes, sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne : 12 févr. 2009

MINISTERE DES TRANSPORTS, « L'ouverture à la concurrence du service de transport ferroviaire international de voyageurs », rapport, 25 mai 2011

C. TASCA : « Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne » - Rapport au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne - Sénat, n° 376 (2007/2008)

LA LIBERALISATION DU TRANSPORT DE PASSAGERS EN EUROPE

LA LIBERALISATION DU TRANSPORT DE PASSAGERS EN EUROPE	2
TITRE 1: LA REMISE EN QUESTION DES MONOPOLES	16
CHAPITRE 1 : LE MONOPOLE PUBLIC FERROVIAIRE.....	16
Section 1 : Les industries de réseaux : des monopoles publics intégrés.....	16
Section 2 : Le monopole du chemin de fer	18
Section 3 : La construction européenne à l’initiative du mouvement de libéralisation des industries de réseau	20
§1. Livre Blanc de 1996.....	22
§2. Livre Blanc de 2001.....	22
CHAPITRE 2 : L’AMORCE DE L’OUVERTURE DU MARCHÉ : LA DIRECTIVE 1991.....	25
Section 1 : Les grands axes de la libéralisation du marché	25
§1. L’indépendance du gestionnaire du réseau face aux exploitants du réseau	25
§2. L’assainissement financier.....	26
§3. Accès à l’infrastructure ferroviaire pour les d’entreprises internationales.....	26
Section 2 : Bilan de la mise en œuvre.....	27
TITRE 2: les acteurs.....	28
Chapitre 1 : l’organisation du secteur ferroviaire	28
Chapitre 2 : l’opérateur historique : la SNCF	29
Section 1 : La création de la SNCF.....	30
Section 2 : La décentralisation de la SNCF	30
Section 3 : La transformation de la SNCF en EPIC	32
Section 4 : 1997 Création de l’établissement public Réseau Ferré de France (RFF).....	33
Section 5 : Bilan de la SNCF en 2010	35
CHAPITRE 3 : RFF	36
Section 1 : La création de RFF	36
Section 2 : Les attributions de R.F.F.....	37

§ 1. Le propriétaire des infrastructures	37
§2. La répartition des capacités et l’attribution des sillons.....	39
Section 3 : Ressources de RFF	39
§1. Le concours financier de l’Etat	39
§2. Les redevances.....	40
A) Le principe des redevances	40
B) Le calcul de la redevance	41
Section 4 : Les relations entre RFF et la SNCF	43
TITRE 3 : LES PAQUETS FERROVIAIRES	47
CHAPITRE 1 : LES PAQUETS INFRASTRUCTURE ET SECURITE	47
Section 1 : Le premier paquet ferroviaire de 1998/2001	47
§1. La directive 2001/12/CE.....	47
§2.La directive tarification des sillons	48
§3. Transposition du premier paquet ferroviaire	48
Section 2 : le deuxième paquet ferroviaire de 2002/2004	49
§1. L’ouverture du marché du fret	49
§2. Un espace européen intégré	49
§3. L’interopérabilité	50
§4. L’agence ferroviaire européenne	50
§.5 L’OTIF	51
CHAPITRE 2 : LA REFORME ESSENTIELLE : LE TROISIEME PAQUET FERROVIAIRE 51	
Section 1 : Processus Européen	51
Section 2 : Transposition en droit français.....	52
Section 3 : Le contenu du troisième paquet ferroviaire.....	52
Section 4 : La date d’ouverture du marché	54
Section 5 : Une réforme amoindrie par le règlement OSP	54
§1. Un règlement à contre-courant.....	54

§2. Le délicat équilibre entre service public et concurrence	55
DEUXIEME PARTIE : UNE OUVERTURE SOUS CONTROLE : LA REGULATION.....	57
TITRE 1 : LES OUTILS DE L'OUVERTURE.....	57
CHAPITRE 1: LES INDUSTRIES DE RESEAU ET LA THEORIE DES FACILITES ESSENTIELLES	57
Section 1 : Typologie d'une facilité essentielle	58
Section 2 : l'usage abusif de la facilité essentielle	59
Section 3 : La théorie des facilités essentielles dans les autres modes de transport	60
§1. Dans le transport aérien	60
§2. Dans le transport maritime.....	61
CHAPITRE 2: LE NECESSAIRE RECOURS AU DROIT DE LA REGULATION	63
Section 1 : le droit de la régulation	63
§1. Les anciens monopoles et le recours à la régulation	63
§2. Des autorités de régulation indépendantes	64
§3. Des autorités veillant à l'utilisation des facilités essentielles	65
Section 2 : la nécessaire régulation des industries de réseau.....	66
CHAPITRE 3 : LES RESSOURCES ESSENTIELLES DU SECTEUR FERROVIAIRE FRANÇAIS	67
Section 1 : Le réseau ferré ou le patrimoine de RFF.....	67
§1. Nature du patrimoine de RFF	67
§2. La répartition des biens entre RFF et la SNCF	68
I. Une répartition complexe.....	68
II. La procédure de répartition des biens	69
§3. Le statut des biens non transférés	70
Section 2 : Les gares.....	72
§1. L'évolution de la propriété des gares	72
§2. Un point de friction entre la SNCF et RFF	73
§3. Une répartition non conformes aux principes du droit de la concurrence	74

§4. La réforme de la loi du 9 décembre 2009.....	77
TITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE	79
CHAPITRE 1 : L'ARAF	79
Section 1 : la nécessité de créer un gendarme du marché	79
Section 2 : les autorités ayant précédé l'ARAF	79
§1. La Mission de contrôle des activités ferroviaires	79
I. La création de la Mission de contrôle des activités ferroviaires	79
II. Composition et missions.....	80
III. L'insuffisance d'indépendance.....	80
§2. Réseau Ferré de France	81
§3. L'Etablissement public de sécurité ferroviaire	81
Section 3 : La création de l'ARAF	81
Section 4: la nomination et le statut des membres	82
Section 5 : Une autorité aux nombreuses prérogatives	83
§1. Les pouvoirs de sanction.....	83
§2. Les pouvoirs de décision, d'approbation et d'autorisation importants.	85
§3. Pouvoirs de contrôle, d'investigation et de coopération.....	86
CHAPITRE 2 : LE DROIT D'ACCES AU RESEAU.....	88
Section 1 : le retard de la France en matière de transport de passagers.....	88
Section 2 : Bénéficiaires et contenu du droit d'accès	89
Section 3: Les Conditions de l'accès au réseau	91
§1. La licence d'entreprise ferroviaire.....	91
I. la capacité professionnelle.....	92
II. La capacité financière	92
III. L'honorabilité.....	93
IV. Durée de validité de la licence.....	93
V. Licences attribuées en France	93

§2. Certificat de sécurité.....	94
I. Contenu du certificat de sécurité	94
II. Procédure d'attribution	95
§3. La Répartition des capacités d'infrastructure	96
I. La question de l'attribution des "sillons"	96
II. Horaire de service	98
Section 4 : la question de l'accès aux gares	100
§1. « Gares et connexions » gestionnaire du droit d'accès aux gares.....	100
§2. Tarification des services en gares	102
§3. Une situation encore insuffisante au regard du droit de la concurrence	102
CHAPITRE 3 : LE CABOTAGE	103
CHAPITRE 4 : LA LIBERALISATION DANS LES ETATS MEMBRES.....	105
Section 1 : le bilan en Europe	105
Section 2 : L'exemple de l'Allemagne	107
§1. L'aide de l'Etat à l'opérateur historique	108
§2. L'action des länder	109
CONCLUSION.....	111
BIBLIOGRAPHIE	112
RESUME	121

RESUME

A l'initiative de l'Union Européenne s'est entamé un processus de libéralisation du marché ferroviaire européen. Le secteur ferroviaire français doit alors se réorganiser pour permettre un accès au réseau exempt de toute discrimination. La transposition des directives européennes en droit français, notamment celle de la « directive mère » de 1991, commande en effet une séparation stricte entre gestion de l'infrastructure et exploitation de l'infrastructure. Un tel modèle est très éloigné de l'organisation régnant en France au début des années 90 puisque le secteur ferroviaire français fait alors l'objet d'un monopole public intégré.

Depuis la directive mère de 1991, de nombreuses dispositions communautaires sont venues préciser les modalités de cette ouverture. Concernant le transport ferroviaire de passagers, l'ouverture initialement prévue pour 2010 est repoussée. L'état actuel du réseau ferré français et les trop menues solutions juridiques choisies par la France pour conduire cette libéralisation amènent leur lot de questions. La mise en œuvre des mesures communautaires relatives à cette ouverture du marché est elle effective? Quels sont les aspects du secteur qui rendent complexe cette ouverture ? Comment cette libéralisation du transport de passagers s'orchestre-t-elle ? Avec quelles autorités de régulation et quelles prérogatives afin de gérer l'impartialité de l'accès au réseau ? Telles sont les questions auxquelles ce mémoire tente de répondre.

SUMMARY

On the initiative of the European Union began a process of liberalization of the European railroad market. The French railroad sector then has to be reorganized to allow an access to the network exempt from any discrimination. Transposition of the European directives in French law, in particular transposition of "directive mère" of 1991, indeed orders a strict separation between management of the infrastructure and exploitation of the infrastructure. Such a model is very remote from the organization reigning in France at the beginning of the 90's because the French railroad sector is then the object of an integrated public monopoly.

Since the "directive mère" of 1991, numerous Community clauses came to specify the modalities of this opening. Concerning the railroad passengers' transport, the opening initially planned for 2010 is pushed away to later. The current state of the French railroad network and the minors legal solutions chosen by France to drive this liberalization bring their lot of questions. The implementation of the Community measures is it effective? What are aspects of the sector which make complex this opening? How does this liberalization of the passengers transport orchestrated? With which authorities of regulation and which privileges to manage the impartiality of the access to the network? This work tries to answer to these questions.